

Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família

10  
Volume  
Ano 2016

# FAMÍLIAS NOSSAS DE CADA DIA



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

**FAMÍLIAS NOSSAS  
DE CADA DIA**

**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); Diretora Sul: Ana Carla Harmatiuk Matos (PR); Diretora Sudeste: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP);

**Comissões** - Científica: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP); Vice: João Batista de Oliveira Cândido (MG); Direito das Sucessões: Zeno Veloso (PA); 1º vice: Tatiana de Almeida Rego Saboya (RJ); 2º Vice: Flavio Murilo Tartuce Silva (SP); Mediação: Suzana Borges Viegas de Lima (DF); Vice: Ana Gerbase (RJ); Infância e Juventude: Melissa Telles Barufi (RS); Vice: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (RJ); Idoso: Tânia da Silva Pereira (RJ); Jurisprudência: Viviane Girardi (SP); Assuntos Legislativos: Mário Luiz Delgado Regis (SP); 1º Vice: Érika de Barros Lima (PE); 2º Vice: Ricardo Lucas Calderón (PR); Gênero e Violência Doméstica: Adélia Moreira Pessoa (SE); Vice: Ana Florinda (AL); Notários e Registradores: Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito (SP); Vice: Karin Regina Rick Rosa (RS); Estudos Constitucionais da Família: Gustavo José Mendes Tepedino (RJ); Vice: Ana Luiza Maia Navares; Ensino Jurídico de Família: Waldyr Grisard Filho (PR); 1º vice: Fabiola Albuquerque Lôbo (PE); 2º Vice: Marcos Alves da Silva (PR); Relações Acadêmicas: Marcelo Luiz Francisco Bürger (PR); 1º Vice: Ulisses Lacerda Moraes (MT); 2º Vice: Luiz Geraldo do Carmo (PR); Direito Homoafetivo: Patricia Cristina Vasques de Souza Gorisch (SP); Vice: Vladimir Fernandes Mendonça Costa (SP); Adoção: Silvana do Monte Moreira (RJ); Advogados de Família: Marcelo Truzzi Otero (SP); Vice: Aldo de Medeiros Lima Filho (RN); 2º Vice: Daniel Blikstein (SP); Magistrados de Família: Jones Figueiredo Alves (PE); Vice: Andréa Maciel Pachá (RJ); Promotores de Família: Cristiano Chaves de Farias (BA); Defensores Públicos da Família: Karinne Matos (CE); Direito Previdenciário: Melissa Folmann (PR); Direito de Família e Arte: Ana Maria Gonçalves Louzada (DF); Vice: Fernanda Leão Barreto (BA); Comissão da Pessoa com Deficiência: Cláudia Grabois Dischon (RJ); Vice: Katya Maria de Paula Menezes Monnerat (RJ).

**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: Radian Miguel Filho; RORAIMA - Presidente: Denise Abreu Cavalcanti (RR); 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 Paranaçu 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.

---

Congresso brasileiro de direito de família (10. : 2015 : Belo

C749 Horizonte, MG)

Famílias nossas de cada dia. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2015.

630 p.

ISSN: 2359-3695

1. Direito de família. I. Pereira, Rodrigo da Cunha. II.Título.

CDU 347.61

---

Catálogo na publicação: Maria Idalina Gonçalves Neves – CRB6: 1269

Arte da capa: Sérgio Lima

Layout da capa e Diagramação: Bruno Santos

**Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**  
**FAMÍLIAS NOSSAS**  
**DE CADA DIA**

**Editor**

Ronner Botelho Soares

**Revisão**

Cybele Maria de Souza

**Assessoria de Comunicação**

Simone Castro

Thaís Pontes

Maran Oliveira

**Gerente Comercial e de Relacionamento**

Maria José Marques

**Superintendente**

Maurício Augusto dos Santos



## **APRESENTAÇÃO**

Viver e conviver traduzem, em um país tomado por desafios e em uma sociedade complexa, desigual e polissêmica, demandas sobre os limites e as possibilidades da instância jurídica ofertar respostas, propor caminhos e acolher a realização de um direito fundamental: TER E SER FAMÍLIA.

A fotografia captada pelo direitos das famílias no Brasil contemporâneo apresenta, assim, luzes e sombras na legislação, na jurisprudência e na literatura jurídica.

É tempo e hora de fazer um balanço de mentes e corações comprometidos com a defesa de um olhar lúdico e sensível sobre o que somos e o que sonhamos ser de modo aberto, plural e justo. Tal como o pão vital que deve nutrir todos os dias, as famílias se alimentam de funções e paradoxos que reclamam debates propositivos de interrogação e de ideias aptas a desenrolar o conhecimento e renovar experiências.

Sejam bem-vindos ao Congresso das Famílias IBDFAM, que se reúne para celebrar a vida e propor construções de pontes em direção ao futuro, recolhendo o legado pretérito e transformando o presente em abrigo teórico e prático do afeto, da tolerância, da liberdade, da autonomia, da responsabilidade e de todas as estruturas que sonham e vivem como famílias. Sintam-se em casa!

Luiz Edson Fachin  
Conselho Científico



# SUMÁRIO

## DOCTRINAS

- 1 Dilemas do afeto  
Gustavo Tepedino ..... p. 11
- 2 A divisibilidade dos frutos no regime de bens do casamento e na união estável: o que são frutos?  
Ana Florinda Dantas..... p. 29
- 3 A sociedade simples e o regime de bens no casamento e na união estável  
Rolf Madaleno.....p. 41
- 4 A técnica da ponderação e suas aplicações ao direito de família e das sucessões  
Flávio Tartuce.....p. 69
- 5 A violência patrimonial contra a mulher nos litígios de família  
Mário Luiz Delgado.....p. 99
- 6 As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka..... p. 119
- 7 As inovações do Código de Processo Civil de 2015 no direito das sucessões  
Ana Luiza Maia Nevares..... p. 141
- 8 As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga post mortem e as suas consequências no direito de família e das sucessões  
José Roberto Moreira Filho..... p. 185
- 9 Aspectos preventivos e políticas públicas no enfrentamento à violência contra as mulheres  
Adélia Moreira Pessoa..... p. 211
- 10 Ação de prestação de contas da administração dos bens do casal e alimentos  
Thiago Felipe Vargas Simões..... p. 231

- 11 **Direito de família e religiões: colisão de princípios jurídicos e princípios religiosos**  
Pe. Alex Barbosa de Brito.....p. 239
- 12 **Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo Código de Processo Civil**  
Fernanda Tartuce .....p. 287
- 13 **Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015**  
Paulo Lôbo.....p. 297
- 14 **Famílias ectogenéticas – os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida**  
Marianna Chaves ..... p. 309
- 15 **Indenização por inadimplemento alimentar**  
Dimas Messias de Carvalho ..... p. 341
- 16 **O calvário da adoção**  
Maria Berenice Dias.....p. 357
- 17 **Como as perícias psicológicas podem ajudar os processos judiciais. O Código de Processo Civil 2015**  
Evani Zambon Marques da Silva .....p. 367
- 18 **Famílias pluralizadas. Nova doutrina e experiência judiciária**  
Jones Figueirêdo Alves .....p. 383
- 19 **Redesignação de sexo e a desnecessidade de judicialização para retificação do registro de nascimento. Eliminação de rituais de passagens na busca de implementação imediata de direitos fundamentais dos transexuais**  
Newton Teixeira Carvalho..... p. 393
- 20 **Das disposições testamentárias**  
Zeno Veloso ..... p. 477
- 21 **A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**  
Nelson Rosenvald ..... p. 505
- 22 **Os tratados internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes**  
Paulo Lins e Silva ..... p. 515

- 23 **Mudança de domicílio e foro de discussão da guarda: sequestro interparental?**  
Ana Carla Harmatiuk Matos.....p. 525
- 24 **A função social do profissional de família: desafios, responsabilidades e novas perspectivas**  
Diana Poppe..... p. 541
- 25 **Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial**  
Luciano L. Figueiredo .....p. 553
- 26 **Direito e arte – a mulher na obra de Chico Buarque**  
Ana Louzada .....p. 571
- 27 **A ideologia por detrás da mediação**  
Águida Arruda Barbosa .....p. 585
- 28 **Responsabilidade civil pelo fim da conjugalidade**  
Marcelo Truzzi Otero .....p. 595
- 29 **Direito das famílias e religiões: liberdade, fé e a primazia do afeto**  
Andréa Pachá..... p. 619



## DILEMAS DO AFETO

Gustavo Tepedino

Professor Titular e ex-Diretor da Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

**Sumário:** 1. Apresentação do problema: os sentimentos humanos e a autogestão da liberdade. 2. O Direito de Família na legalidade constitucional. 3. A categoria jurídica do afeto e sua repercussão na família. 4. Pluralidade e novos modelos de família. 5. Direito a ter direitos: nova perspectiva da cidadania e autonomia responsável. 6. Os cinco dilemas próprios da gestão da liberdade nas relações afetivas: (i) a autonomia (auto nomos) é autossuficiente? (ii) preparam-se os filhos para a vida ou protege-os da vida? (iii) a geração credora: direitos sem responsabilidade? (iv) a busca do par perfeito: enlace ou liberdade? (v) há limites para os modelos de família? É legítima a judicialização da moral? 7. Referências.

### 1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: OS SENTIMENTOS HUMANOS E A AUTOGESTÃO DA LIBERDADE

A prioridade alcançada, no âmbito do Direito de Família, pelo *valor substancial dos sentimentos* em detrimento das *formalidades dos vínculos*, constitui conquista extraordinária, que enaltece a importância do afeto, tornando muito mais *humanas e pulsantes* as relações jurídicas de família.

A conhecida expressão da dramaturgia, *a vida como ela é*, parece encontrar-se felizmente apreendida pelo Direito, após longo e resistente percurso. As instituições e as solenidades cedem lugar aos caprichosos desígnios da realidade, mais criativos que a mais ousada das narrativas ficcionais, a fotografarem as relações de família tais como são. Ao mesmo tempo, contudo – outra face da mesma moeda –, o florescer da sensibilidade do Direito para com o afeto revela inevitavelmente a instabilidade dos sentimentos, como é próprio do *humano*; aguça a fragilidade dos relacionamentos; e torna transitórias, volúveis e contraditórias as certezas jurídicas acumuladas.

Almeja-se o sentimento verdadeiro e sincero nas relações afetivas, o qual traz em si vulnerabilidade e insegurança, na medida em que se abre mão do esteio de normas heteronômicas (quer ditadas

pelo Estado, pela Igreja, por padrões morais da comunidade). A auto-gestão da liberdade, permanentemente posta à prova, e a substituição do penhor institucional, formal e externo, pela segurança forjada pela autonomia privada, a partir das próprias decisões, mutantes e frágeis, eis o maior desafio da mulher e do homem na comunidade familiar contemporânea.

Observa Bauman, ao propósito, que nesse

mundo de furiosa individualização, os relacionamentos são *bênçãos ambíguas*. Oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro [...]. No líquido cenário da vida moderna, os relacionamentos talvez sejam os representantes mais comuns, agudos, perturbadores e profundamente sentidos da ambivalência.<sup>1</sup>

## 2 O DIREITO DE FAMÍLIA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Com efeito, a sociedade contemporânea assiste à evolução sem precedentes no Direito de Família, até há pouco considerado ramo menor de Direito Civil, ou especialidade de segunda classe. Mostra-se inegável a passagem da família instituição para a família como núcleo de desenvolvimento da pessoa humana.

O novo conceito de unidade familiar (expressão chave para a compreensão da evolução do Direito de Família) introduzido pela Constituição assinala alteração paradigmática da unidade formal em torno do matrimônio à unidade instrumental à realização dos componentes do núcleo familiar.

Nesse particular, o Direito Civil ofereceu extraordinária contribuição para a teoria da interpretação, superando o formalismo positivista que por longo tempo reproduziu dogmática pretensamente neutra e contida no sistema codificado, em busca de pureza conceitual que, a rigor, se mostrava avessa às alterações sociais, insensível aos modelos diversos do paradigma do homem burguês: marido, contratante, proprietário e testador. Os diversos métodos de interpretação assim concebidos eram excludentes e ideologicamente comprometidos com uma única visão de mundo, eurocêntrica e patrimonialista.

Intensas e robustas se apresentaram as resistências contra o que seria a *contaminação* do Direito Civil pelas normas de ordem pública constitucional, notadamente do Direito de Família, reduto da intimidade da vida privada, com sua tradição milenar. Ironicamente, contudo, em nome da liberdade, que tanto prezamos, e dos espaços de não

---

<sup>1</sup> BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 8. (Grifo nosso).

ingerência na vida privada, permitiu-se ao longo do tempo o aviltamento da personalidade da mulher e dos filhos em favor do predomínio masculino, autoritário, sexista e misógino, que estabeleceu em torno do modelo monogâmico do casamento verdadeira poligamia masculina velada *vis-à-vis* da sexualidade quase angelical feminina, ameaçada pela chibata do desprezo social diante do menor desvio de conduta em face do paradigma dominante.

A constatação do fracasso da bandeira da *não ingerência nos espaços de liberdade*, sem uma ordem pública que garanta a *igualdade do viver livremente às relações existenciais*, certamente contribuiu para a admissão da força normativa das normas constitucionais nas relações privadas. Entretanto, por impressionante relutância cultural, permanece ainda viva a imagem do texto constitucional como elemento adjetivo, que corrobora as interpretações progressistas, que se mantêm como limite ao legislador ordinário. O perigo dessa atitude aparentemente venturosa é que, à míngua de sólida construção argumentativa que insira a axiologia constitucional em cada norma a ser aplicada, acaba-se por oferecer aos magistrados o poder de valoração subjetiva dos conceitos, transformando o debate jurídico em ringue ideológico no qual, infelizmente, nem sempre a maioria da magistratura se mostra alinhada com a família democrática, reduto de liberdade na igualdade e na solidariedade constitucionais.

Segue-se daí a imprescindibilidade de se andar além da admissão da força normativa da Constituição da República e do princípio da dignidade humana como balizadores da ordem pública interna, na qual se inserem as escolhas existenciais, os espaços de liberdade privada e a família em particular. O Direito de Família, tendo logrado apartar-se do Direito Civil patriarcal e institucional, precisa urgentemente ser entendido na legalidade constitucional, no âmbito da proteção da pessoa humana. É na axiologia constitucional que a pessoa humana há de ser protegida, amparada pelos princípios da solidariedade social, da igualdade formal e substancial e da dignidade humana, que asseguram a unidade do sistema.

Nessa direção, compreende-se o temor de que a ordem pública constitucional pudesse expropriar das pessoas as possibilidades de desenvolvimento pleno de suas liberdades existenciais. Stefano Rodotà percebeu tal desconfiança, atribuindo-a, contudo, a certo “mal-entendido” quanto ao papel atual da ordem jurídica. Cuida-se de compreensão –riflesso figlio di un fraintendimento –, que circunscreve a experiência jurídica a puro vincolo, deixando-se de percebê-la como consolidação dos espaços de liberdade e das oportunidades para a promoção da cidadania.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Roma: Laterza, 2012, p. 6.

A singularidade do Direito de Família encontra-se justamente na circunstância de lidar com a pessoa humana em seu ambiente de privacidade, sendo a axiologia constitucional aporte indispensável para se construírem alicerces seguros de tutela da autonomia existencial. As liberdades somente têm legitimidade em ambiente de igualdade, de tal modo que a ausência de ingerência estatal deixe de ser entendida como “espaço de não direito”; já que essa desejada ausência de regulamentação representa, bem ao contrário, garantia constitucional para a promoção da pessoa.

Atribui-se, assim, responsabilidade na liberdade e na alteridade própria das relações afetivas. Expressões como “comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres”, de que trata o art. 1.511 do Código Civil, adquirem extraordinário significado como instrumento da autonomia responsável, instigando à recíproca libertação construída no cotidiano das famílias, isto é, *nas nossas famílias de cada dia*.

### **3 A CATEGORIA JURÍDICA DO AFETO E SUA REPERCUSSÃO NA FAMÍLIA**

Nesse cenário, há de se refletir sobre a conquista representada pela prevalência no direito da realidade fática da família como comunidade de pessoas de carne e osso sobre a família no modelo formal e institucional de reprodução sexual e acumulação econômica em torno da autoridade patriarcal. O afeto torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse de estado de filho e flexibilizando-se, com benfazeja elasticidade, os requisitos para a constituição da família.

O Direito de Família passa a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados, mas) à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária. Realidade e percepção da realidade se tornam para o Direito de Família indispensáveis para a superação de paradigmas formalistas e patrimonialistas.

Entretanto, há de se cuidar, com zelo de ourives, para que não se banalizem os sentimentos, reduzindo-os à percepção valorativa de cada magistrado ou, pior, às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de conflitos de interesses. E o melhor antídoto para tais riscos mostra-se o balizamento do merecimento de tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e toda a legislação infraconstitucional.

No cenário da vida como ela é, o amor por vezes falta, o egoísmo aflora e os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. A alteridade tem consequências para o constituinte. É como se a legalidade constitucional se valesse da percepção do afeto para imediatamente encharcá-la, plasmá-la e impregná-la com os valores constitucionais, vinculando as relações jurídicas com deveres de solidariedade e igualdade. Torna-se indispensável, portanto, que uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, não se releguem as relações de família, filiais ou conjugais, à pura espontaneidade, desprovida de valores, deixando-se em segundo plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. Autonomia total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional.<sup>3-4</sup>

---

<sup>3</sup> Tem-se reconhecido no afeto valor jurídico, levado em conta pelo direito para certos efeitos. A filiação socioafetiva é produtora de efeitos pela aparência decorrente da socioafetividade, não pelo amor nela contida: admite-se, por exemplo, a posse de estado (dominus, tractus, fama) independentemente de aferição de sentimentos individuais. Mesmo porque a ausência de amor do pai para com o filho ou pela mulher não reduziria os direitos e deveres próprios da relação de família, tampouco servindo de suporte para a invalidação de negócios ou atos jurídicos praticados no âmbito da convivência socioafetiva. Não se pode, evidentemente, exigir o amor. De fato, costuma-se atribuir dois sentidos ao afeto. O primeiro significado seria subjetivo (correspondência afetiva na vida sentimental) e o segundo objetivo (que, a rigor, seria a percepção do zelo e cuidado na vida relacional). O significado subjetivo (vínculo sentimental) mostra-se irrelevante ao Direito, sendo verdadeira a produção de certos efeitos jurídicos decorrentes da percepção do afeto (espécie de *contemplatio affectio*). A essa última acepção (ou percepção da realidade afetiva) podem-se associar deveres, não decorrentes do sentimento, mas da lei, ou do ofício de direito privado (autoridade parental) imposto aos genitores ou responsáveis (os modelos prescritivos são a Constituição e as leis infraconstitucionais, não o sentimento). Ao propósito, cf. Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 18, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/02---rbdcivil-volume-4---a-multiparentalidade-como-nova-figura-de-parentesco-na-contemporaneidade.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015); “O princípio da afetividade não comanda o dever de afeto, porquanto se trata de conduta de foro íntimo, incoercível pelo Direito. O grande desafio é que, por mais que se queira negar, o afeto consiste em um elemento anímico ou psicológico. E, sob um certo aspecto, que urge ser pontuado, é um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, mas apenas pela normatividade da Moral [...] o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar, e, por isso, condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família”.

<sup>4</sup> A ordem jurídica considera três tipos de efeitos diversos para a percepção do afeto (como valor): (i) posse do estado de filho (desde que presentes os requisitos do *nomem, tractus e fama*); (ii) caracterização do *animus* de constituir comunidade familiar (igualmente presentes os mesmos requisitos: *nomem, tractus e fama*). V. sobre tais requisitos, LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 97); (iii) exigibilidade de deveres da autoridade parental. Nesse último caso, não são o afeto ou a aparência de amor a relevar, mas o dever de assistência decorrente do múnus de direito privado próprio da autoridade parental, que deve prevalecer tenha-se ou não amor, ou carinho ou afeto.

## 4 PLURALIDADE E NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

Nas últimas décadas, a jurisprudência brasileira, de forma corajosa, passou a admitir, em nome da igualdade e da liberdade, novas entidades familiares, que permitiram a sua afirmação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, em festejadas e históricas decisões. Nesse percurso evolutivo, ressalte-se o acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça em que se passou a considerar as pretensões oriundas de união de pessoas do mesmo sexo como pedidos juridicamente possíveis<sup>5</sup> e, em seguida, a conhecida decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a união homoafetiva.<sup>6</sup>

Na mesma esteira, têm-se admitido efeitos jurídicos de famílias simultâneas, e o eloquente crescimento da contratualização de ajustes que procuram, irônica e paradoxalmente, resguardar os conviventes, mediante minuciosa regulamentação, no âmbito de relações constituídas de forma absolutamente livre e espontânea. É o caso de contratos de namoro, em que se celebra escritura, com eficácia declaratória evidentemente discutível, para se negar a intenção de constituição de família;<sup>7</sup> ou, por outro lado, a escritura pública lavrada recentemente

<sup>5</sup> STJ, REsp n. 820.475/RJ, 4ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.9.2008.

<sup>6</sup> STF, ADI 4277, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; STF, ADPF 132, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011.

<sup>7</sup> O rompimento de namoro tem suscitado, com inquietante frequência, pretensões de comunhão de aquestos. A título exemplificativo, o informativo do STJ dá conta de decisão em segredo de justiça, segundo a qual a convivência com expectativa de formar família no futuro não configura união estável. Para que um relacionamento amoroso se caracterize como união estável, não basta ser duradouro e público, ainda que o casal venha, circunstancialmente, a habitar a mesma residência; é fundamental, para essa caracterização, que haja um elemento subjetivo: a vontade ou o compromisso pessoal e mútuo de constituir família. Seguindo esse entendimento exposto pelo relator, ministro Marco Aurélio Bellizze, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao recurso de um homem que sustentava ter sido namoro – e não união estável – o período de mais de dois anos de relacionamento que antecedeu o casamento entre ele e a ex-mulher. Ela reivindicava a metade de apartamento adquirido pelo então namorado antes de se casarem. Depois de perder em primeira instância, o ex-marido interpôs recurso de apelação, que foi acolhido por maioria no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Como o julgamento da apelação não foi unânime, a ex-mulher interpôs embargos infringentes e obteve direito a um terço do apartamento, em vez da metade, como queria. Inconformado, o homem recorreu ao STJ. Quando namoravam, ele aceitou oferta de trabalho e mudou-se para o exterior. Meses depois, em janeiro de 2004, tendo concluído curso superior e desejando estudar língua inglesa, a namorada o seguiu e foi morar com ele no mesmo imóvel. Ela acabou permanecendo mais tempo do que o previsto no exterior, pois também cursou mestrado na sua área de atuação profissional. Em outubro de 2004, ainda no exterior – onde permaneceram até agosto do ano seguinte –, ficaram noivos. Ele comprou, com dinheiro próprio, um apartamento no Brasil, para servir de residência a ambos. Em setembro de 2006, casaram-se em comunhão parcial – regime em que somente há partilha dos bens adquiridos por esforço comum e durante o matrimônio. Dois anos mais tarde, veio o divórcio. A mulher, alegando que o período entre sua ida para o exterior, em janeiro de 2004, e o casamento, em setembro de 2006, foi de união estável, e não apenas de namoro, requereu na Justiça, além do reconhecimento daquela união, a divisão do apartamento adquirido pelo então namorado, tendo saído vitoriosa em primeira instância. Queria, ainda, que o réu pagasse aluguel pelo uso exclusivo do imóvel desde o divórcio – o que foi julgado

no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro para contratualizar a união homoafetiva entre três mulheres naquilo que se tem convencionado chamar de união poliafetiva.<sup>8</sup>

A ruptura das uniões livres mostra-se frequentemente tormentosa, como no caso de famílias simultâneas, em que a difícil partilha patrimonial demonstra o aspecto egoísta – porque humano – de toda e qualquer relação afetiva; e a necessidade de se contrapor a responsabilidade à liberdade de constituição de arranjos familiares.<sup>9</sup>

Em última análise, a liberdade crescente, admitida pelo Judiciário, para a constituição de modalidades de convivência nem sempre encontra os instrumentos jurídicos aptos à sua normatização. Somente o tempo saberá dar conta dessa acomodação da autonomia privada à frenética realidade social, em constante transformação, sendo certo que a validade e eficácia dos instrumentos contratuais, submetidas a difuso controle jurisdicional, dependerá do merecimento de tutela

---

improcedente. Ao contrário da Corte estadual, o ministro Bellizze concluiu que não houve união estável, “mas sim namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram, para o futuro – e não para o presente –, o propósito de constituir entidade familiar”. De acordo com o ministro, a formação do núcleo familiar – em que há o “compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material” – tem de ser concretizada, não somente planejada, para que se configure a união estável. “Tampouco a coabitação evidencia a constituição de união estável, visto que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, por estudo), foram, em momentos distintos, para o exterior e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente”, afirmou o ministro no voto. Por fim, o relator considerou que, caso os dois entendessem ter vivido em união estável naquele período anterior, teriam escolhido outro regime de casamento, que abarcasse o único imóvel de que o casal dispunha, ou mesmo convertido em casamento a alegada união estável. (O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial).

<sup>8</sup> Da escritura, celebrada em 6 de outubro de 2015 e gentilmente cedida pela tabeliã Dra. Fernanda de Freitas Leitão, vale destacar três cláusulas que, certamente, suscitarão polêmica quanto à sua validade e eficácia: “Cláusula Segunda – Durante o tempo de vigência da convivência, as declarantes deverão observar o dever de lealdade, de respeito e de dignidade uma para com a outra, bem como a observância de todos os afazeres e os cuidados exigidos para uma sólida e harmônica vida familiar em comum. [...] Cláusula Quarta – As conviventes rogam aos órgãos competentes, que cada uma delas goze de todos os benefícios que tenham direito ou venham a ter perante a qualquer plano de saúde, previdência pública ou privada, Receita Federal, na qualidade de dependentes uma das outras. Cláusula Quinta – As declarantes, ora conviventes, estabelecem para esta união, um regime patrimonial análogo ao regime da comunhão parcial de bens, previsto nos arts. 1.640 e seguintes, do Código Civil Brasileiro” (Grifos nossos).

<sup>9</sup> Sobre o reconhecimento de “uniões dúplices”, cf. o pungente acórdão do TJMG, Rel. Des. Maria Elza de Campos Zettel (Ap. Cív. 1.0017.05.016882-6/003, julg. 20.11.2008), do qual vale destacar: “No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa – mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. 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. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. 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”.

de cada uma das entidades constituídas e do conteúdo dos pactos celebrados.

No exame de validade e eficácia de tais uniões, há de se afastar o paradigma do casamento, submetido a controle formal e substancial rigoroso e, em particular, ao princípio da monogamia, que não se constitui em modelo prescritivo único.<sup>10</sup> Em alguns casos, há colisão entre o casamento e união estável, como nas famílias simultâneas, em que o Judiciário tem admitido a possibilidade de comunidades constituídas com seriedade e estabilidade, aptas a tutelar efetivamente a personalidade de seus integrantes.<sup>11</sup> Nestas hipóteses, o princípio da monogamia pode ser preterido, no caso concreto, em favor de valores da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

Também no campo da filiação adotiva permanece injustificável resistência quanto à adoção por casais ou pessoas homoafetivos, tendo o STJ desempenhado relevante papel para que pré-conceitos fossem superados.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

<sup>11</sup> Sobre o processo de admissão progressiva de modelos de família na realidade social, v. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 163: “A nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um dos seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade. A família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordos do leímotiv do afeto”.

<sup>12</sup> V., sobre o ponto, REsp 1.185.337/RS, 3ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.3.2015, em que se extrai da ementa: “Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso Peculiaríssimo. Preservação da família x Dignidade e Solidariedade Humanas. Sustento da Alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decorso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas [...] O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial”.

<sup>13</sup> V., a propósito, REsp 1.540.814/PR, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 18.8.2015, assim ementado: “Inscrição de homoafetivo no registro para adoção de menores. Possibilidade. Limite de idade para ser adotado. Inexistência de previsão legal. 1. Hipótese em que pessoa homoafetiva intenciona figurar no registro de pessoas interessadas em adoção de menores. 2. A tese do Ministério Público estadual é de que o interessado homoafetivo somente pode se inscrever para adoção de menor que tenha no mínimo 12 (doze) anos de idade, para que possa se manifestar a respeito da pretensa adoção. 3. Não há disposição no ordenamento jurídico pátrio que estipule a idade de 12 (doze) anos para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva”. No voto do Relator, destaque-se: “[...] nesse contexto de pluralismo familiar, e

## 5 DIREITO A TER DIREITOS: NOVA PERSPECTIVA DA CIDADANIA E AUTONOMIA RESPONSÁVEL

A substituição do modelo autoritário, institucional e hierarquizado por modelo pluralista, democrático e igualitário da família coincide com a crescente atribuição de poder político e reivindicativo a todas as pessoas que adquirem a pretensão de serem cidadãos com iguais direitos e deveres.

A democracia se torna cada vez mais complexa, em que a informação se torna o bem mais valioso. O acesso às tecnologias de comunicação e a uma multidão de bens de consumo gera extraordinária sensação de poder associada a aparente ausência de limites para o exercício das liberdades. O céu parece ser o limite para o sedutor fascínio gerado pela sensação de poder, visualizada, com deslumbramento, pelo homem contemporâneo, pronta para reivindicar e judicializar seus direitos. Promove-se, assim, a inquietante imagem da família como núcleo hedonístico, deixando de atentar para a responsabilidade na qual deve ser exercida a autonomia existencial.

O pluralismo pressupõe liberdade para a construção do próprio destino, atribuindo-se exclusivamente à autonomia privada o planejamento familiar e reprodutivo. Trata-se de espaço indecifrável pelo legislador, ainda na argutíssima percepção de Stefano Rodotà,<sup>14</sup> atribuído à consciência dos interessados, não já dos deputados e senadores,<sup>15</sup> já que destinado a incidir imediatamente sobre a dignidade humana, em sua mais recôndita intimidade. Tal liberdade, contudo, é promovida

---

pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não se vislumbra a possibilidade de haver nenhuma distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas da população brasileira homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva [...] caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. Na verdade, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante”.

<sup>14</sup> “Quando si giunge al nucleo duro dell’esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all’indecidibile. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell’interessato” ( Dal soggetto alla persona. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 33).

<sup>15</sup> Stefano Rodotà, Politici, liberateci dalla vostra coscienza, o qual assinala: Si trascura così il cuore del problema, che consiste appunto in una valutazione preventiva intorno al ‘se’ della decisione, all’opportunità stessa del legiferare quando la coscienza da rispettare non è quella di deputati e senatori, ma quella delle donne e degli uomini che devono poter governare la loro esistenza. E che, quindi, non devono essere espropriati della libertà di decisione, ma messi in grado di esercitarla responsabilmente, allo stesso modo degli scienziati, per i quali «non si tratta di appellarsi alla fede o alla religione ma di puntare su una presa di coscienza» (così Ignazio Marino). (La democrazia è anche sobriedade e respeito. Disponível em: <<http://daleggers.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-oscienza%C2%BB/>> Acesso em: 21 dez. 2015).

pelo texto constitucional, que a prevê permeada e qualificada internamente pela solidariedade social. A pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro, na troca de experiências, no processo dialético do seu amadurecimento e aprendizado de vida. Ao fim e ao cabo, são nesses espaços de intersubjetividade, delimitados pelo olhar do outro, que a pessoa edifica sua personalidade.<sup>16</sup>

O exercício da liberdade exige, pois, responsabilidade, seja no casamento, nas uniões estáveis, nas uniões livres, na filiação, devendo-se respeitar os contratos, compromissos, convenções, ajustes expressos tácitos, estabelecidos. Nas comunidades familiares, mais do que em qualquer outra relação privada, a solidariedade é limite interno e qualificador da liberdade.

## **6 CINCO DILEMAS PRÓPRIOS DA GESTÃO DA LIBERDADE NAS RELAÇÕES AFETIVAS**

Esse delicado exercício da liberdade nas relações afetivas, contudo, não se realiza sem a angústia de ao menos cinco dilemas próprios da sociedade contemporânea:

O *Primeiro Dilema*: A *autonomia (auto nomos)* é *autossuficiente*? A *autonomia existencial* importa no afastamento de ingerências estatais e a autogestão da liberdade na vida privada. *Auto nomos* (na etimologia, do grego antigo) é o reger-se por leis próprias. Como assegurar a liberdade propiciada pelas tecnologias de informação e pela vasta gama de recursos de comunicação, afastando as ingerências limitadoras por parte do Estado, sem descuidar da tutela das vulnerabilidades, especialmente afloradas na família?

Afinal, a noção de sujeito abstrato constitui-se na técnica da idade moderna para se assegurar a igualdade formal e a liberdade, paulatinamente reduzidas, como se sabe, pelos poderes hegemônicos da economia. A pessoa diferenciada da contemporaneidade, protegida de acordo com suas necessidades especiais, não pode ser estigmatizada ou reduzida em sua autonomia, ao mesmo tempo em que as vulnerabilidades devem ser especialmente tuteladas em favor da igualdade substancial. O tema vem a lume com a recente Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que em boa hora afasta a incapacidade civil pelo simples fato de se tratar de pessoa com necessidade especial. Nos termos do art. 6º da Lei n. 13.146/2015, pode, com efeito, a pessoa com deficiência: (i) casar-se ou constituir união estável; (ii) exercer direitos

---

<sup>16</sup> “Nós (assim como não conseguimos viver sem comer ou sem dormir) não conseguimos compreender quem somos sem o olhar e a resposta do outro” (ECO, Umberto. Em que cremos os que não cremos? Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 83).

sexuais e reprodutivos; (iii) exercer o planejamento familiar e reprodutivo; (iv) opor-se à esterilização compulsória; (v) exercer a guarda, a tutela, a curatela e a adoção.<sup>17</sup>

Nessa vertente, embora seja altamente louvável a preocupação do legislador com a ampliação das possibilidades de ação por parte dos incapazes, libertando-os do estigma da inaptidão para o exercício da vida civil, é preciso refletir sobre a melhor forma para assegurar a efetiva tutela dos vulneráveis, cabendo à doutrina evitar que a sua autonomia se transforme em risco para a sua integridade psicofísica ou de sua prole.<sup>18</sup>

O *Segundo Dilema* diz respeito à *educação dos filhos nesse mundo dos excessos*: excessos de informação, de velocidade, de comunicação, de riscos, de perigos, de incertezas. Afinal, na educação de hoje, preparam-se os filhos para a vida ou protegem-os da vida? Nos Estados Unidos, alerta-se para os *pais-helicópteros* (*helicopter parents*) que, à guisa de cuidar integralmente dos filhos, acabam por produzir a infantilização de adultos. Educar no mundo de hoje é tarefa impossível?

A questão foi sentida pela Psicologia nos anos 90 do século passado, que chamou a atenção para os filhos tiranos.<sup>19</sup> Essas crianças superprotegidas, que escravizavam os pais há 20 anos, tornaram-se universitários, graduaram-se, e hoje constituem grande parte dos

---

<sup>17</sup> Sobre a nova lei, v. Flávio Tartuce: “Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade [...] no plano familiar há uma expressa inclusão plena das pessoas com deficiência”. (Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alt-racoes+do+Codigo+Civil+pela-Lei-131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 29 dez. 2015). Destacando, na nova lei, a tutela da pessoa com deficiência, Paulo Luiz Netto Lôbo destaca que “em situações excepcionais, a pessoa com deficiência mental ou intelectual poderá ser submetida à curatela, no seu interesse exclusivo e não de parentes ou terceiros. Essa curatela, ao contrário da interdição total anterior, deve ser, de acordo com o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível. Tem natureza, portanto, de medida protetiva e não de interdição de exercício de direitos” (Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 29 dez. 2015).

<sup>18</sup> Sublinhando a relação entre vulnerabilidade e autonomia privada, v. Paulo Luiz Netto Lôbo: “A admissão da vulnerabilidade como categoria jurídica do direito contratual importa giro copernicano, que desafia a concepção liberal da autonomia privada [...]. A vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais” (Contratante vulnerável e autonomia privada. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25358/contratante-vulneravel-e-autonomia-privada>>. Acesso em: 21 dez. 2015).

<sup>19</sup> Por todos, ZAGURY, Tania. *Sem padecer no paraíso: em defesa dos pais ou sobre a tirania dos filhos*. Rio de Janeiro: Redord, 1991.

jovens casais nas novas formações familiares: estão preparados para a vida afetiva?<sup>20</sup>

Tem-se publicado que, nos Estados Unidos, para proteger os alunos do que se tem chamado de microagressões (microaggressions), que afetam o bem-estar psicológico dos universitários, professores são solicitados a pré-avisar (trigger warnings) a respeito de todo e qualquer assunto que possa angustiar seus alunos. Em Harvard, solicitou-se a uma professora de Direito Criminal deixar de lecionar crimes sexuais e alterar a terminologia que adotava para o desrespeito à lei, compelindo-a a evitar a expressão “violações da lei”, que poderia invocar experiências traumatizantes.<sup>21</sup> Para se ler o clássico de F. Scott Fitzgerald, *O Grande Gatsby*, por exemplo, o professor deve prevenir os alunos sobre a misoginia e os abusos físicos que irão encontrar.

Em relação a tal processo de infantilização, a professora de Stanford, Julie Lythcott-Haims (in *How to Raise an Adult*), sentenciou: “A educação moderna fez dos adultos de hoje seres ‘existencialmente impotentes’. Na ânsia de proteção, os pais, ao invés de prepararem os filhos para a vida, protegem os filhos da vida”.

O *Terceiro Dilema*, diretamente vinculado a este último, é como agir, no âmbito do Direito de Família, diante de filhos que constituem o que se poderia designar como *geração credora*, ciosa de seus direitos, prerrogativas, faculdades, privilégios; e inteiramente despreocupada com os deveres correspondentes: como educar, exigir, cobrar, estabelecer limites e deveres em face de filhos, se queremos, mais do que tudo, fazê-los felizes todo o tempo, poupando-os de toda e qualquer frustração? Se a todo direito deve corresponder dever e responsabilidade e se o processo educativo supõe ciclos de frustração e superação, há pouca esperança para o resultado de experiências pedagógicas baseadas na busca da felicidade total para o educando.

Contardo Calligaris sentencia:

Os filhos passaram a ser vistos como a expressão da nossa própria felicidade, que neles se imortalizaria. Educar tornou-se impossível. Se nos unimos uns aos outros somente por amor e se os laços de sangue ‘pouco valem sem os afetos’, passamos de um mundo em que havia laços de família mesmo sem sentimentos ‘para um mundo em que os sentimentos são condição para os laços’.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> No ponto, João Pereira Coutinho (Como destruir um filho. Folha de S. Paulo, 23 set. 2015) alude à matéria de capa da Revista “Atlantic Monthly” (The coddling of the American Mind, setembro 2015) e os autores, Greg Lukianoff e Jonathan Haidt, referem-se ao processo de infantilização dos estudantes universitários norte-americanos.

<sup>21</sup> SUK, Jeannie. The Trouble with Teaching Rape Law. The New Yorker, 15 dez. 2014.

<sup>22</sup> CALLIGARIS, Contardo. Tirania infantil. Folha de S. Paulo, 12 fev. 2009

E então propõe a reflexão: “Os pais modernos querem provar a cada dia que merecem a condição de pai e mãe, postos a prova pelos próprios filhos e não raro pelo outro parceiro ou, notadamente, pelo ex-parceiro. Se o amor é condição dos laços, eis que a família é ameaçada de dissolução por nossa ‘severidade’. Castigar parece valer como uma expulsão do lar. Por isso, os pais não conseguem castigar sem culpa, e as crianças castigadas, por exemplo, fogem de casa, entendendo que seu lugar não é mais ali”. Embora a geração credora pretenda, ao fugir de casa, ter o sagrado direito de continuar sendo sustentada pelos pais “opressores”. Repara-se o castigo com mimos, para compensar. E entre pancadas e amigos, conclui Calligaris, fixa-se a mensagem: “Castigue-me, que eu estou a fim de um mimo”.<sup>23</sup>

O Quarto Dilema é a paradoxal busca de *proteção na família e da família entre a liberdade de estar só e o anseio de segurança familiar*. Na ansiedade pela busca do par perfeito anunciado pela mídia, que divulga freneticamente príncipes encantados e deusas perfeitas na luxúria do *fotshop*, tem-se o medo de perder a liberdade conquistada. Sentimentos contraditórios: ansiedade e solidão (Ata-me, que quero ser livre! – se poderia exclamar com Almodóvar).

Bauman entrevê nossos contemporâneos “desesperados por terem sido abandonados aos seus próprios sentidos e a sentimentos facilmente descartáveis, ansiando pela segurança do convívio e pela mão amiga com que possam contar num momento de aflição, desesperados por ‘relacionar-se’. E, no entanto, desconfiados da condição de “estar ligado”, em particular de estar ligado permanentemente para não dizer eternamente, pois temem que tal condição possa trazer encargos e tensões para as quais eles não se encontram aptos nem dispostos a suportar, e não podem limitar severamente a liberdade de que

---

<sup>23</sup> A propósito dessa mesma superproteção, a jornalista italiana Monica Ricci critica acidamente o longo, e exagerado, processo de adaptação das crianças no pré-escolar, em que se aprisionam os pais por cerca de um mês, ao lado ao lado dos filhos, independentemente de qualquer aparente necessidade, para se evitar qualquer tipo de dissabor, ou desconforto. (I bamboccioni nascono all'asilo. Le follie dell'inserimento all'italiana di Monica Ricci Sargentini. Disponível em: <<http://27esimaora.corriere.it/articolo/i-bamboccioni-nascono-allasilole-follie-dellinserimento-allitaliana>>). O texto sublinha: “Io mi sono presentata quando ormai la settimana di passione era quasi finita. Ero in classe con Bruno che giocava senza problemi, dopo cinque minuti ho cominciato a friggere, la mia presenza mi sembrava totalmente inutile. Così ho chiesto alla maestra se me ne potevo andare visto che il bambino era chiaramente “inserito”. Ma lei mi ha risposto scandalizzata di no, che la prassi era aspettare almeno una mezz'ora a prescindere da come si comportava il pargolo. La domanda che vi pongo è la seguente: perché dobbiamo drammatizzare in questo modo un evento naturale e piacevole come l'ingresso alla materna? Cosa devono pensare i nostri figli? Che li stiamo portando in un luogo pericoloso dove forse non vorranno restare perché sicuramente è meglio passare il tempo con la mamma? E poi ci lamentiamo dei bamboccioni che a trent'anni stanno ancora a casa con i genitori! Ma se glielo abbiamo insegnato noi tra mille premure, paure, apprensioni supportate dalla psicologia da salotto che è tanto in voga”.

necessitam para relacionar-se”.<sup>24</sup> A disponibilidade tecnológica para ver e ser visto na rede universal aguça a ansiedade, gerando intolerância e impaciência nos relacionamentos que, por definição, constituem-se em vínculos precários, que carecem de construção permanente.

Finalmente, o *Quinto Dilema*: Diante da pluralidade de escolhas existenciais e da igualdade como resultado do respeito à liberdade de definir o próprio destino, *há limites para os modelos de família?* A liberdade para escolhas gera a pluralidade de entidades familiares e fronteira tênue entre o jurídico e o não jurídico. Daí alagar-se o papel do Judiciário na definição de *standards* comportamentais considerados mercedores de tutela jurídica.

Assiste-se, afinal, à judicialização de padrões de comportamento moral, entre polêmicas e reações populares, ora contra o parlamento, por editar leis imperfeitas, ora contra o Judiciário, que exerce seu papel frequentemente contramajoritário na defesa dos direitos fundamentais. Amores livres, pluralidade de núcleos familiares, famílias simultâneas, suscita-se a indagação: Onde vamos parar? O direito fixa patamares de normalidade em oposição às nossas pré-compreensões e pré-conceitos culturais? Provavelmente a questão supera os limites do Direito. Provavelmente, cabe à ordem jurídica assegurar a ampla liberdade de constituição de relações afetivas, regulando tão somente os efeitos dos arranjos familiares, sem criminalizá-los ou acantoná-los, de acordo com padrões normativos em constante evolução.

O Judiciário valora e define padrões de moralidade que escapam à previsão do legislador. Hipóteses da interrupção de gravidez de fetos anencefálicos;<sup>25</sup> da utilização científica de células tronco<sup>26</sup> ou da união de pessoas do mesmo sexo<sup>27</sup> ilustram esse processo de judicialização de padrões morais de comportamentos. O Judiciário afere a compatibilidade de tais modelos a valores e princípios constitucionais, decidindo o merecimento de tutela de tais condutas. Afirma-se, nesta linha de entendimento, que “a complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo, levou a uma crise da lei e ao

---

<sup>24</sup> BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 8.

<sup>25</sup> V. STF, ADPF 54, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julg. 12.4.2012, assim ementado: “Estado. Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencefalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

<sup>26</sup> V. STF, ADI 3510, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 29.5.2008.

<sup>27</sup> V. STF, ADI 4277, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; STF, ADPF 132, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25.10.2011; Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, na qual se afirma ser “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

aumento da indeterminação do direito, com a transferência de maior competência decisória a juízes e tribunais, que passaram a fazer valorações próprias diante de situações concretas da vida”. Neste mister, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso, “os juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional”.<sup>28</sup>

Nem sempre, contudo, tal processo se dá sem conflitos. Na Alemanha, por exemplo, dois irmãos biológicos, mas não jurídicos, estranhos um para o outro até o dia em que, adultos, se conhecerem, casaram-se e tiveram filhos,<sup>29</sup> foram duramente sancionados pela legislação alemã. Em 2010, foram obrigados a se separar, o marido, Patrick, foi condenado a três anos de prisão e perderam a guarda dos filhos. Não havia entre o casal qualquer sentimento de fraternidade ou de identidade familiar, que fundamenta o incesto. A opção pelo casamento e constituição de comunhão de vida, nessas circunstâncias, não os descaracterizava como família. A ausência do vínculo fraternal socioafetivo desnatura funcionalmente o incesto e o impedimento para o casamento previsto no art. 1.521, IV, do Código Civil.<sup>30</sup>

A despeito dessa circunstância, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou a decisão da Suprema Corte Alemã, considerando que a tipificação do incesto como crime não viola o direito fundamental do “respeito à vida privada e familiar”, garantido pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.<sup>31</sup> Já nos Estados Unidos, em contra-

---

<sup>28</sup> Luís Roberto Barroso observa: “Cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente ao papel contramajoritário tradicional, uma função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose de prudência e de ousadia” (A verdade não tem dono: a ascensão do Judiciário e a indeterminação do Direito no mundo contemporâneo. Disponível em: <<http://jota.info/academia/academia1-a-verdade-nao-tem-dono-a-ascensao-do-judiciario-e-a-indeterminacao-do-direito-no-mundo>>. Acesso em: 29 dez.2015). O texto, parcialmente antecipado pelo Jota, insere-se em publicação mais ampla, cuja versão integral pode ser encontrada em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015).

<sup>29</sup> O caso é muito semelhante ao do clássico “Os Maias”, de Eça de Queiroz, em que Carlos da Maia e Maria Eduarda, irmãos sem que o saibam, tornam-se amantes. Eça, abandonado afetivamente por mãe e pai biológicos, tem em sua obra traço marcante desse fato.

<sup>30</sup> Para a análise crítica da decisão, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (Org.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 547-572.

<sup>31</sup> A questão provocou importante debate na Alemanha. Em assembleia realizada recentemente, o Conselho de Ética do Governo alemão propôs a descriminalização do incesto, sustentando que o direito de irmãos adultos à autodeterminação sexual é mais importante do que a ideia abstrata de proteção à família, antes de acrescentar que “o direito penal não é o meio adequado para preservar um tabu social”. Mesmo assim, o partido

partida, a comprovar como é complexo o nosso Direito de Família, logo nos Estados Unidos frequentemente tão moralista e puritano, um conhecido diretor de cinema casou-se com a filha adotiva, 35 anos mais nova, constituindo união estável desde 1997, conforme amplamente noticiado, sem que, à parte os paparazzi, mexericos ou conflitos familiares, qualquer reação maior fosse manifestada por parte da sociedade; e sem que houvesse sido sequer tisonada a popularidade desse pai-companheiro-ator e diretor.

Todos esses problemas, precisamente porque não admitem solução satisfatória, constituem dilemas. Requerem reflexão, humildade e dedicação dos profissionais do Direito. Se a família, mercê de tão veloz redimensionamento, encontra-se em crise de identidade, há que se transformar a crise em oportunidade para fazer dos dilemas desafios para o jurista contemporâneo.

## 7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A verdade não tem dono: a ascensão do Judiciário e a indeterminação do Direito no mundo contemporâneo*. Disponível em: <<http://jota.info/academia/academia1-a-verdade-nao-tem-dono-a-ascensao-do-judiciario-e-a-indeterminacao-do-direito-no-mundo>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CALLIGARIS, Contardo. *Tirania infantil*. *Folha de S. Paulo*, 12 fev. 2009.

COUTINHO, João Pereira. *Como destruir um filho*. *Folha de S. Paulo*, 23 set. 2015.

ECO, Umberto. *Em que creem os que não creem?* Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur>.

---

CDU, da chanceler Angela Merkel, já deixou claro que não tem intenção de permitir que o incesto seja legalizado ([www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/04/120412\\_incesto\\_alemanha\\_rp.shtml?print=1](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/04/120412_incesto_alemanha_rp.shtml?print=1)). Acesso em: 21 dez. 2015.

com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 29 dez. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratante vulnerável e autonomia privada*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25358/contratante-vulneravel-e-autonomia-privada>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

RICCI, Monica. *I bamboccioni nascono all'asilo*. Le follie dell'inserimento all'italiana di Monica Ricci Sargentini. Disponível em: <<http://27esimaora.corriere.it/articolo/i-bamboccioni-nascono-allasilole-follie-del-linserimento-allitaliana>>.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *La democrazia è anche sobriedade e respeito*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-oscienza%C2%BB/>> Acesso em: 21 dez. 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SUK, Jeannie. The Trouble with Teaching Rape Law. *The New Yorker*, 15 dez. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 18, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/02---rbdcivil-volume-4---a-multiparentalidade-como-nova-figura-de-parentesco-na-contemporaneidade.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

ZAGURY, Tania. *Sem padecer no paraíso: em defesa dos pais ou sobre a tirania dos filhos*. Rio de Janeiro: Redord, 1991.

# A DIVISIBILIDADE DOS FRUTOS NO REGIME DE BENS DO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: O QUE SÃO FRUTOS?

Ana Florinda Dantas

Juíza de Direito em Alagoas. Mestre e doutoranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Professora do CESMAC.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Frutos. 2.1 Conceito. 2.2 Os frutos e os demais bens acessórios. 3. Os frutos dos bens como elemento econômico do regime patrimonial familiar. 4. Os frutos nos regimes de bens do casamento e na união estável. 4.1 *Comunhão parcial de bens*. 4.2 *Comunhão universal de bens*. 4.3 Participação final nos aquestos. 4.4 *Separação de bens*. 5. Outros dispositivos relativos à divisibilidade dos frutos. 6. Conclusões. 7. Referências.

## 8 INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro (CCB) não traz um conceito para os frutos como categoria jurídica, relacionando-os a direitos proporcionados por bens preexistentes, embora por vezes se refira a frutos e rendimentos.<sup>1</sup>

A necessidade de interpretar e aplicar a legislação relativa à comunicação dos frutos dos bens tem despertado a atenção, diante da potencial capacidade de desequilíbrio econômico entre o casal que dela pode advir, colocando assim essa discussão na ordem do dia.

Não obstante, pode-se recorrer ao Direito Comparado e à doutrina para buscar uma orientação conceitual para os frutos, apta a ser operacionalizado no Direito de Família, em especial no que se refere à sua comunicabilidade e divisibilidade, nos regimes de bens adotados no CCB.

Este trabalho pretende ser uma contribuição para a interpretação da matéria nos casos concretos, diante da necessidade de superação das imprecisões legislativas que cercam assunto tão importante para

<sup>1</sup> Nos arts. 33, 1.506, 1.507 e 1.508, 1.799, 2.020, por exemplo, fala em frutos e rendimentos dos bens, imóveis ou não.

a manutenção do equilíbrio econômico entre o casal, e, consequentemente, da família.

## 9 FRUTOS

### 9.1 Conceito

No Livro IV, dedicado ao Direito de Família, o CCB utiliza o termo frutos de forma ampla, tanto que o art. 1.660, V, fala em frutos dos bens comuns, ou dos particulares percebidos na constância do casamento, declinando o termo rendimentos quando relativos a proveito econômico, como nos arts. 1.568 e 1.688, tratando o último dos rendimentos do trabalho e de bens. Do que se vê, o máximo a extrair acerca da conceituação de frutos no CCB é que ela se acha vinculada ao exercício de direitos sobre bens e a atividade ou direito com proveito pecuniário.

Já o Código Civil português traz, no art. 212º, o seguinte conceito para os frutos:<sup>2</sup>

Art. 212º. (Frutos):

1. Diz-se fruto de uma coisa tudo o que ela produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância.
2. Os frutos são naturais ou civis; dizem-se naturais os que provêm directamente da coisa, e civis as rendas ou interesses que a coisa produz em consequência de uma relação jurídica.

O Direito português, como visto, estuda os frutos relacionando-os aos direitos de fruição, contido no direito de propriedade e noutros direitos reais,<sup>3</sup> como a faculdade que o proprietário de um determinado bem tem de poder retirar dele todas as suas utilidades (frutos) suscetíveis de ter uma utilização autônoma, sem que ele fique descaracterizado ou perca a sua substância.

Dentro dessa perspectiva, os frutos têm a natureza jurídica de bens acessórios a outros bens, confirmando assim o conceito firmado também na doutrina brasileira, de que os frutos são bens e utilidades acessórios e provenientes de outros preexistentes, sejam móveis ou imóveis.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei n. 47 344, de 25.11.1966. Atualizado até à Lei 59/99, de 30 de junho. Disponível em: < [http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal\\_codigocivil](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil)>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>3</sup> JUSTO, Antônio Santos. A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas). Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, ano 69, v. 1 e 2, 2009.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 17. ed., atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

Por sua vez, os rendimentos são tratados no Brasil e em Portugal como frutos civis, consistentes em prestações periódicas em dinheiro, decorrentes da concessão do uso e gozo<sup>5</sup> ou da remuneração pelo exercício de uma atividade (rendimentos do trabalho), não havendo, quanto à aplicação da lei, distinção entre bem e coisa.<sup>6</sup>

No que diz respeito ao Direito de Família, e especialmente ao tema ora abordado, o interesse nos frutos reside no resultado patrimonial gerado pelos bens dos cônjuges ou companheiros no casamento e na união estável, limitando-se, evidentemente aos bens que representam um interesse de ordem econômica, passíveis de individualização e de valoração, e, por fim, de subordinação a uma pessoa.

Desse modo, o conceito de frutos pode ser operacionalizado no Direito de Família como gênero, do qual os rendimentos são espécie, podendo-se concluir que os frutos são os bens produzidos por outro bem preexistente, periodicamente, sem prejuízo da sua substância, assim como as rendas ou interesses que dele provêm diretamente, em consequência de uma relação jurídica.<sup>7</sup>

## 9.2 Os frutos e os demais bens acessórios

As principais características dos frutos são a sua acessoriedade, a inalterabilidade da substância do bem principal e a periodicidade, uma vez que podem ser produzidos periodicamente.

Por sua vez, a separabilidade do bem principal, embora seja apontada como uma característica a mais, uma vez produzidos podem adquirir valor econômico autônomo, tanto que o art. 95, CCB, diz que apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos podem ser objeto de negócio jurídico.

Na ausência da desejada clareza na legislação codificada, é importante distinguir os frutos dos demais acessórios previstos com maior destaque no Direito brasileiro, como os produtos, as benfeitorias, as acessões e as pertenças, numa análise, mesmo breve, dessas figuras congêneres, uma vez que, para cada uma delas, pode haver consequências diversas quando se trata de apurar a sua comunicabilidade

---

<sup>5</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 363.

<sup>6</sup> Embora permaneça aberta a discussão doutrinária acerca da distinção entre bem e coisa, as expressões são utilizadas com o mesmo sentido pelo CCB e pela jurisprudência.

<sup>7</sup> Os frutos são geralmente classificados em naturais (como, por exemplo, a extração de um minério), industriais (a produção de uma fábrica) e os civis (o aluguel de um imóvel). Registre-se, contudo, que um bem imóvel pode gerar não apenas renda, mas outros frutos, a exemplo do uso e fruição próprios do usufruto.

e divisibilidade entre o casal, o que pode ser de grande valia quando da interpretação do caso concreto.

Como bem acessório, os frutos possuem características próprias que lhes servem de distinção e realce. Distinguem-se dos produtos porque, uma vez gerados, deixam intacto o bem que os produziu, enquanto que os produtos, uma vez retirados, acabam por diminuir-lhe a quantidade, pois não é da sua natureza que se reproduzam periodicamente.<sup>8</sup>

Quanto às benfeitorias, o art. 97, CCB, regulamenta pormenorizadamente a matéria,<sup>9</sup> tratando-as como melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem, tendo como traço distintivo a necessária intervenção do proprietário, possuidor ou detentor, dependendo a divisibilidade do atendimento aos requisitos nele presentes.

As acessões, como bens que incorporam o principal, natural ou artificialmente, ao inverso do que ocorre com os produtos, geram para o proprietário o direito de crescer, como modo originário de aquisição, alterando a substância do bem adicionado,<sup>10</sup> no que também diferem dos frutos.

Por fim, as pertenças constituem contribuição da doutrina ao atual CCB, que no art. 94 as conceitua como bens que, não constituindo parte integrante, se destinam ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento do bem principal, prevendo o referido artigo que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.<sup>11</sup> Nesse caso, presumem-se indivisíveis, salvo disposição em contrário.

## **10 OS FRUTOS DOS BENS COMO ELEMENTO ECONÔMICO DO REGIME PATRIMONIAL FAMILIAR**

Diante da virtual capacidade de gerar desequilíbrio econômico entre o casal, os frutos dos bens possuem grande relevância no regime de bens adotado no casamento ou na união estável, uma vez que, presumivelmente, aquele que entra na sociedade familiar com mais bens tenderá a tê-los aumentado pelos frutos gerados.

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 17. ed., atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24. Os exemplos mais frequentes são os minérios, extraídos de minas, e o petróleo extraído de um poço.

<sup>9</sup> Ver arts. 96, 97 e 1. 219.

<sup>10</sup> Ver arts. 1.248 a 1.259, CCB. Os exemplos mais frequentes são a formação de ilhas, por aluvião, avulsão, por abandono de álveo, pela construção de obras ou plantações.

<sup>11</sup>A exemplo de esquadrias, divisórias especiais e armários embutidos de um imóvel.

Recordando que nosso Código optou pela teoria objetiva quanto aos direitos reais e pessoais de cunho patrimonial, dentro do sistema elaborado por Jhering, os frutos pertenceriam também ao proprietário, possuidor ou usuário do bem principal, por força da sua natural acessoriedade. Poder-se-ia entender que, assim, que na interpretação das regras relativas à divisibilidade dos frutos dos bens do casal se aplicaria diretamente o princípio geral do art. 1.232, segundo o qual pertencem ao seu proprietário, ainda quando separados do bem principal, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem. Ou seja, o bem acessório seguiria o principal.<sup>12</sup>

Vê-se, entretanto, que no Direito de Família essa regra não foi adotada pelo legislador civil brasileiro, que preferiu manter a incomunicabilidade como exceção, seguindo o exemplo da legislação portuguesa e espanhola, entre outras. Isto porque, no Direito de Família, o legislador privilegiou outros princípios, como o da proteção especial devida à família<sup>13</sup> e a solidariedade familiar, além do conceito de casamento expresso no art. 1.511, CCB, como um projeto de vida comum e uma comunhão plena.

Por tais razões, diante da relevância dos frutos dos bens como elemento econômico do regime patrimonial familiar, tratando-se a questão do desequilíbrio econômico entre os cônjuges e companheiros de fator altamente negativo na harmonia familiar, vê-se como dever da sociedade e do Estado buscar as diversas formas de evitá-lo, o que tem sido feito por meio do desenvolvimento doutrinário e da intervenção legislativa, como é o caso das disposições acerca da divisibilidade dos frutos dos bens.<sup>14</sup>

## **11 OS FRUTOS NOS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL**

Coerente com o enunciado do art. 1.511, no qual diz que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o CCB prevê, quanto ao regime patrimonial, amplas perspectivas de comunicabilidade de bens e de seus frutos, pois se assim não fosse se revelaria o sistema contraditório.

---

<sup>12</sup> Embora o CCB não contenha regra semelhante à do art. 59 do CCB de 1916, segundo a qual salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal, o art. 1.232 dispõe que os frutos, e mais produtos da coisa, pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

<sup>13</sup> Art. 226, caput da Constituição Federal.

<sup>14</sup> Entre essas medidas podem-se mencionar os alimentos compensatórios e as estipulações securitárias nos contratos antenuptiais.

A regra é, pois, a comunicabilidade e divisibilidade dos frutos, o que consolida a manutenção do regime vigente no Código Civil de 1916,<sup>15</sup> representando a sua autonomia em relação ao bem principal, nos regimes de bens adotados, como tem entendido a jurisprudência.<sup>16</sup>

A contrario sensu, as situações de indivisibilidade, consideradas excepcionais, são expressamente consignadas, e, diga-se de passagem, para reduzidas situações, como se analisa a seguir, com base em cada regime de bem, ressaltando-se, de logo, que o CCB não distingue entre o casamento e a união estável quando se trata da comunicabilidade dos bens a partir do regime eleito, pelo que não caberá ao intérprete fazê-lo.<sup>17</sup>

## 11.1 Comunhão parcial de bens

O art. 1.660, V, CCB, estabelece que os frutos dos bens comuns, ou dos particulares, de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou ainda os penderes ao tempo de cessar a comunhão, encontram-se entre aqueles que são comunicáveis, quando sobrevierem ao casal, na constância do casamento.

---

<sup>15</sup> O atual CCB só excluiu da comunicabilidade os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, prevista no art. 271, VI, do CCB 1916.

<sup>16</sup> Como exemplos de bens considerados frutos divisíveis pela jurisprudência temos as colheitas agrícolas (STF-ARE 655155. AgR / SP, 2011. AG.REG. em Recurso Extraordinário com Agravo) os aluguéis (HC 84382 / SP, 2004); os bens adquiridos com salários e aposentadorias (STJ- REsp 1295991 MG 2011/0287583-5); os créditos oriundos de ação de reparação civil, ainda que de direitos considerados personalíssimos (STJ - REsp 1024169 RS 2008/0012694-7); a extração de madeira, mesmo em terras herdadas (TJ-RS - AC 70060575271 RS); os juros de capital (AgRg no AREsp 702168-MS. Agravo Regimental em Recurso Especial n° 2015/0094703-2); os saldos bancários originados de economias advindas de salários e aposentadoria (AgRg no REspn°1143642-SP. Recurso Especial n. 2009/0107388-8); gado (REsp 1117644 / MS. Recurso Especial n. 2009/0072193-6); depósito bancário com aplicação em CDB/RDB, fruto de empréstimo para aplicação em atividade produtiva, que permaneceram sem utilização com o valor em conta (REsp 1179725 / DF. Recurso Especial n. 2010/0022356-2); lucros cessantes e demais valores recebidos em decorrência de negócio jurídico invalidado (EDcl no REsp 1188442/RJ. Recurso Especial n. 2010/0058615-4); dividendos decorrentes do lucro apurado pela sociedade empresária distribuída a seus sócios, como frutos de capital (AgRg no REsp 1348680 / RS. Agraco regimental em Recurso Especial n. 2012/0214143-6); sacas de soja colhidas em lavoura (AgRg no AREsp n. 41995-GO. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2011/0111996-0). Já como frutos não divisíveis temos os créditos trabalhistas (STJ-REsp 1358916 SP 2012/0102538-0); o aumento verificado sobre o ativo mobilizado da empresa durante a convivência, considerado formado pelo conjunto de bens e direitos necessários à manutenção das atividades da empresa (TJ-MG - 100240315178240011 MG 1.0024.03.151782-4/001(1) ; a valorização dos imóveis por se tratar de fenômeno meramente econômico, não podendo ser identificada como fruto, produto do bem, ou mesmo como um acréscimo patrimonial mas da existência do imóvel no decorrer do tempo, conjugada a outros fatores, como sua localização, estado de conservação, etc (REsp 1349788 / RS. Recurso Especial n. 2011/0203163-0. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>17</sup> Desse modo, o que aqui se afirma pode ser aplicado tanto ao casamento quanto à união estável guardadas as peculiaridades distintas de cada status jurídico.

Acerca desse regime de bem, costuma-se comentar que o regime é o da comunhão, e não da separação parcial de bens, uma vez que a ideia é que, após o casamento, ressalvadas as exceções do art. 1.659,<sup>18</sup> entram na comunhão praticamente tudo o que vierem os cônjuges ou companheiros a adquirir por esforço comum ou não, a exemplo das acessões, as benfeitorias acrescidas aos bens particulares e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.<sup>19</sup> Ou seja, os frutos dos bens, particulares ou comuns, são comunicáveis e possuem plena divisibilidade.

## **11.2 Comunhão universal de bens**

Na comunhão universal de bens, é natural que os frutos sejam plenamente divisíveis, uma vez que, segundo o art. 1.667, CCB, importa comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, com as exceções do art. 1.668.

Note-se, contudo, que, segundo o art. 1.669, mesmo quando trata das incomunicabilidades dos bens expressamente referenciadas, são ressalvados os seus frutos, estabelecendo este que “A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”.

Ou seja, são comunicáveis e, portanto, divisíveis mesmo os frutos dos bens que tenham sido doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar pelos cônjuges; gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

Confirma-se, neste regime, o princípio da divisibilidade dos frutos mesmo diante da indivisibilidade dos bens.

## **11.3 Participação final nos aquestos**

O regime de participação final nos aquestos possui dois momentos diversos a serem examinados: o da vigência da sociedade e o da sua dissolução, quando deve ocorrer a determinação do montante dos aquestos.

---

<sup>18</sup> Ver arts. 1.658 a 1.666. Como o regime ordinário do casamento, este regime se aplica igualmente à união estável, cf. art. 1.725.

<sup>19</sup> Art. 1.660, II, IV e V, respectivamente.

Neste caso, diante da inexistência de disposição expressa acerca dos frutos e de sua divisibilidade, entende-se adequada a aplicação da orientação geral do art. 1.511, CCB, com as exceções que a lei impõe.

Assim sendo, na vigência da sociedade, os frutos dos bens que cada cônjuge ou companheiro possui como patrimônio próprio e ele pertencerá,<sup>20</sup> uma vez que, de acordo com o art. 1.673, parágrafo único, a administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge ou companheiro, que os poderá, inclusive, livremente alienar, se forem móveis, o que configura um sistema aproximado da separação de bens.

Contudo, ocorrendo a dissolução da sociedade, cada um dos cônjuges ou companheiros terá direito aos frutos pendentes no momento em que cessar a união, correspondentes à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Na apuração do montante dos aquestos, também por força do disposto nos arts. 1.672 e 1.674, como deve ser excluída a soma dos patrimônios próprios, também devem ser excluídos os frutos destes havidos, juntamente com os dos bens anteriores ao casamento, dos que em seu lugar se sub-rogaram e dos que sobrevieram a cada cônjuge, por sucessão ou liberalidade.<sup>21</sup>

#### **11.4 Separação de bens**

Quando o regime de bens for o da separação, os frutos dos bens de cada cônjuge ou companheiro estarão sob a égide da incomunicabilidade, considerando que permanecem sob a administração exclusiva de cada um, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.<sup>22</sup>

É necessário, entretanto, que se observe que, de acordo com o art. 1.688, CCB, ambos os cônjuges ou companheiros são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, o que vincula essa administração aos interesses da manutenção da família, uma vez que os rendimentos, no caso, correspondem aos frutos civis do trabalho ou dos bens de cada um.

Conclui-se, portanto, que na inexistência de pacto antenupcial em sentido contrário, mesmo sendo os bens comunicáveis, os seus frutos são comunicáveis e divisíveis, e, portanto, exigível que sejam administrados no interesse familiar.

---

<sup>20</sup> Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

<sup>21</sup> Art. 1.674, I e II.

<sup>22</sup> Art. 1.687.

## 12 OUTROS DISPOSITIVOS RELATIVOS À DIVISIBILIDADE DOS FRUTOS

Na estrutura do regime patrimonial do nosso Código Civil, existem situações em que, mesmo não sendo proprietário, o cônjuge ou companheiro estará vinculado à divisibilidade dos frutos de bens sobre os quais exercer direitos de gozo e fruição, a exemplo do direito de uso, em que prevê o art. 1.412, CCB, que o usuário poderá, além de usar a coisa, perceber os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família, criando assim uma expectativa de direitos para a família quanto ao exercício dessa faculdade.

Este dispositivo permite a interpretação de que, nesse caso, o uso dos frutos e sua divisibilidade em prol da família assume caráter semelhante ao dos alimentos, uma vez que, segundo os parágrafos do mencionado artigo, as necessidades pessoais do usuário serão avaliadas conforme a sua condição social e o lugar onde viver, e as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico, aplicando-se evidentemente ao companheiro na união estável.

Vê-se, assim, mais um exemplo de como o legislador se preocupou em assegurar o equilíbrio econômico familiar, orientando positivamente o desenvolvimento da solidariedade entre cônjuges e companheiros, nos tempos difíceis em que se vive, no qual as complexas questões econômicas exigem o esforço e a colaboração mútua para que a família possa desempenhar as importantes tarefas que lhes são confiadas. No mesmo sentido, a jurisprudência vem procedendo a uma ampliação do conceito de participação na economia familiar, para que não sejam cometidas distorções que favoreçam, em frontal desproporção, a um dos cônjuges.<sup>23</sup>

## 13 CONCLUSÕES

Ante a omissão do Código Civil Brasileiro (CCB), a definição de que são frutos pode ser buscada na doutrina e no Direito Comparado, podendo ser conceituados como bens produzidos por outro preexistente, periodicamente, sem prejuízo da sua substância, assim como as rendas ou interesses que dele provêm diretamente, em consequência de uma relação jurídica.

Embora tenham natureza jurídica de bem acessório, os frutos distinguem-se dos demais congêneres, como as benfeitorias, as acessões e as pertenças, pela inalterabilidade da substância do bem

---

<sup>23</sup> Ver Acórdão do STJ - RECURSO ESPECIAL. REsp 1024169 RS 2008/0012694-7. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 set. 2015.

principal, que não é afetada pela sua produção, pela periodicidade, e pela separabilidade relativamente ao bem frugífero.

A potencial capacidade de desequilíbrio econômico entre o casal, que pode advir ou ser agravada, a partir da indivisibilidade dos frutos no regime de bens do casamento e da união estável, revela a necessidade da interpretação dos seus dispositivos, de acordo com os princípios constitucionais adotados pelo CCB, quanto à proteção especial devida à família.

Consequentemente, no Direito de Família, a regulamentação quanto à divisibilidade dos frutos não segue a regra geral adotada pelo art. 1.232, CCB, segundo o qual os frutos pertencem, ainda quando separados, ao proprietário do bem principal, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem. Aplica-se, diversamente, como regra, a comunicabilidade dos frutos dos bens, em atenção aos princípios constitucionais da proteção especial devida à família e da solidariedade familiar, assim como ao conceito de casamento como uma comunhão plena de vida, presente no art. 1.511, CCB.

O CCB não distingue entre o casamento e a união estável quando se trata da comunicabilidade dos bens a partir do regime eleito, pelo que não caberá ao intérprete fazê-lo.

É dever da sociedade e do Estado promover o equilíbrio econômico familiar, orientando positivamente o desenvolvimento da solidariedade entre cônjuges e companheiros, uma vez que as complexas questões econômicas atuais exigem o esforço e a colaboração mútua para que a família possa desempenhar as importantes tarefas que lhe são confiadas.

## 14 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10.01.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

JUSTO, Antônio Santos. A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas). *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 69, v. 1 e 2, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed., atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 4 v.

PORTUGAL. *Código Civil*. Decreto-Lei n. 47 344, de 25.11.1966. Atualizado até à Lei 59/99, de 30.06.99. Disponível em: < [http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal\\_codigocivil](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil)>. Acesso em: 15 set. 2015.



# A SOCIEDADE SIMPLES E O REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Rolf Madaleno

Advogado em Porto Alegre e São Paulo.  
Professor de Direito de Família e Sucessões na PUC/RS.  
Diretor Nacional do IBDFAM.  
Mestre em Direito Processual pela PUC/RS.  
Conselheiro Federal pela OAB/RS.  
Autor do livro Curso de Direito de Família, editora Forense.

**Sumário:** 1. Locação de serviços. 2. Profissão intelectual. 2.1. A clientela dos profissionais liberais. 3. Empresário. 4. Sociedade empresária. 5. Sociedade simples. 5.1. Peculiaridades da sociedade simples. 5.2. Características da sociedade profissional. 5.3. Pessoa jurídica e prestação de serviços. 5.3.1. Serviço intelectual de natureza científica, artística e cultural. 6. Direitos inerentes à pessoa e o regime da comunhão de bens. 7. Declaração judicial de incomunicabilidade de sociedade simples. 7.1. A clientela e a doutrina dos bens próprios por natureza. 8. Referências.

## 1 LOCAÇÃO DE SERVIÇOS

Em sua acepção mais ampla, escreve Manuel Inácio de Carvalho de Mendonça, que a locação de serviços que os alemães denominam como Dienstmieth é a convenção em virtude da qual alguém se obriga a prestar a outrem certos e determinados serviços e recebendo em troca uma remuneração.<sup>1</sup> É o rótulo tratado pelo artigo 1.216 do Código Civil de 1916, para toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, que podia ser contratado mediante retribuição. Conforme Georges Ripert e Jean Boulanger, o trabalho humano é considerado como uma mercadoria que está em comércio e seu preço se fixa pela lei da oferta e da procura, discutindo as partes as condições da locação e determinando as obrigações a serem impostas. Desse modo, quem celebra um contrato de trabalho se põe a serviço do outro, não só consagrando ao empregador o seu tempo, mas também sua inteligência,

---

<sup>1</sup> MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. Contratos no direito civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 487.

sua atividade, sua força física, além das suas condições morais, colocando-se voluntariamente abaixo da autoridade de outra pessoa.<sup>2</sup>

Como refere Alfredo de Assis Gonçalves Neto, neste enunciado do primitivo artigo 1.216 da legislação civil de 1916, estavam abrangidas todas as modalidades possíveis de serviços, inclusive aqueles decorrentes das relações de emprego, que só receberam tratamento próprio na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, mas cuja legislação também não tratou integralmente da matéria, continuando sob a regência do Código Civil todos os demais modos de prestação de serviços que não se ajustavam ao conceito legal de trabalho, fosse pela inexistência de subordinação, pela falta de continuidade ou pelo fim da atividade do trabalhador.<sup>3</sup>

Citando Cunha Gonçalves, Washington de Barros Monteiro critica a denominação locação de serviços que deveria ser substituída pela expressão mais apropriada de contrato de prestação de serviços, mas que outras legislações preferem chamar de contrato de trabalho, terminando por se queixar do Código Civil de 1916, que regulamentou de forma lacunosa a matéria, atingindo a legislação trabalhista as raias da mais completa indigência.<sup>4</sup>

Por seu turno, o Código Civil de 2002 continuou regulamentando a primitiva locação de serviço, agora sob outra denominação, constante do artigo 593, passando a se chamar de *prestação de serviço*, cujas normas se aplicam a todas as relações de trabalho, excluídas aquelas do âmbito da legislação trabalhista, ou que forem sujeitas à lei especial que vai adiante da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Como bem lembra Washington de Barros Monteiro, qualquer espécie de serviço, seja qual for a sua natureza, pode ser objeto de locação, sejam eles materiais ou imateriais, braçais ou intelectuais, domésticos ou externos, bastando apenas que sejam lícitos.<sup>5</sup> Na antiga locação de serviços substituída pela prestação de serviços, o trabalhador põe sua atividade à inteira disposição do locatário, mediante remuneração, estabelecendo uma subordinação entre o locador e o locatário, trabalhando o primeiro sob as ordens e a fiscalização do segundo, podendo ser contratada verbalmente ou por escrito, não sendo presumida a sua

---

<sup>2</sup> RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil. Buenos Aires: La Ley, t. VIII, 2007, p. 374.

<sup>3</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

<sup>4</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Direito das Obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 175.

<sup>5</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Direito das Obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 177.

gratuidade e sendo paga a retribuição pecuniária depois de prestado o serviço, isto se, por convenção ou costume, não houver de ser adiantada ou paga em prestações.

Contudo, o Código Civil de 2002, ao regular o direito de empresa e definir a figura do empresário, excluiu deste enunciado as pessoas que se dedicam à profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que contem com o concurso de auxiliares ou colaboradores, e, conseqüentemente, este profissional não será considerado empresário (CC, parágrafo único, art. 966) por maior que seja a sua infraestrutura, sujeitando-se a tratamento jurídico diferente também daquele que exerce profissionalmente outros serviços.

## 2 PROFISSÃO INTELLECTUAL

A profissão intelectual é vista como sinônimo de profissão liberal, profissões consideradas como dignas do homem livre, mas que Tullio Ascarelli reserva o termo para profissões para as quais sejam exigidos registros especiais, diferenciando-se das outras por seu valor social decorrente da natureza intelectual do serviço prestado.<sup>6</sup> São atividades inspiradas na premissa do decoro da profissão, informa Alfredo de Assis Gonçalves Neto, incompatíveis com os sistemas de concorrência próprios da atividade empresarial, em que ocorre a produção em massa e a obra não é explorada diretamente pelo artista ou intelectual, de forma que, para bem conhecer a extensão e o alcance da regra contida no parágrafo único, do artigo 966 do Código Civil, a profissão intelectual deve ser entendida como sendo toda aquela atividade realizada por uma pessoa humana, que decorra de sua capacidade criadora na produção de serviços inerentes às profissões regulamentadas e, de modo geral, de obras literárias, artísticas, inventivas e científicas.<sup>7</sup>

Ainda que, por exemplo, as clínicas médicas e os escritórios profissionais guardem semelhança com a estrutura empresarial e atuem com um espírito empreendedor típico de uma empresa, valendo-se de conceitos de clientela e aviamento, não se trata de uma sociedade empresária, como tampouco elas se encaixam no antigo conceito de contrato de locação de serviços do Código Civil de 1916, como também não integram o nome de prestação de serviços do artigo 593 do Código Civil de 2002, não obstante se encaixem na autoridade de uma

---

<sup>6</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42-43.

<sup>7</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

sociedade simples, sabido que os profissionais liberais estão cada vez mais distantes de uma atividade laboral isolada e, em verdade, nem mais exercem um ofício eminentemente artesanal, sendo até mesmo incontroverso, que a sociedade simples tem testemunhado importantes transformações no exercício das atividades intelectuais e de prestação de serviços dos profissionais liberais.<sup>8</sup>

O profissional que se enquadra no elenco do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, ainda que exerça sua atividade de forma organizada, diz textualmente Alfredo de Assis Gonçalves Neto, com o concurso de auxiliares ou colaboradores, não será empresário e, conseqüentemente, não estará sujeito ao respectivo regime jurídico empresarial, pouco importando o volume de negócios que realize ou a quantidade de colaboradores ou auxiliares de que se utilize.<sup>9</sup> Isto porque, determinadas profissões não têm o condão de se caracterizar como atividade de natureza empresária, muito embora possam consistir em uma atividade de cunho econômico, como disto são alguns exemplos, as profissões dos médicos, advogados, arquitetos, engenheiros, químicos, farmacêuticos, escritores, músicos, profissionais dedicados ao desenho artístico ou de modas e fotógrafos, inclusive quando organizados sob a forma de sociedades, são consideradas sociedades simples.<sup>10</sup>

Os profissionais liberais estão cada vez mais distantes de uma atividade laboral isolada e artesanal, mas, em realidade, estão cada vez mais se despersonalizando nas grandes metrópoles com a socialização de seus serviços, migrando para sociedades prestadoras de serviços, atendendo a uma tendência e exigência cada vez maior de os profissionais liberais precisarem se associar com outros colegas de profissão. E esta sociedade prestadora de serviços vai construindo com o tempo, trabalho personalizado e o talento de seus sócios, uma carteira de clientes que trará fama e correspondentes benefícios financeiros, agregando valor patrimonial à sociedade.<sup>11</sup> Trata-se de verdadeiras empresas formadas por grupos de profissionais liberais, que constituem, em conformidade com o artigo 997 do Código Civil, uma sociedade simples, dedicada à profissão intelectual, científica, literária ou artística,

---

<sup>8</sup> MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

<sup>9</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43-44.

<sup>10</sup> CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14 e 41.

<sup>11</sup> MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

não se identificando como entes empresários e, praticamente, substituindo as antigas sociedades civis reguladas no Código Civil de 1916.

Explica Sérgio Campinho que, por exemplo, as sociedades de advogados serão sempre sociedades simples, sendo registrados na Ordem dos Advogados do Brasil os seus atos constitutivos, tendo como seu objeto social a prestação de serviços de advocacia por seus membros, sendo as procurações outorgadas individualmente aos advogados e não à sociedade, que apenas será indicada na procuração.<sup>12</sup>

Também a sociedade dos médicos será simples, cujo objeto social se limita ao exercício da atividade da profissão intelectual de cada sócio, ainda que se acerquem de inúmeros auxiliares, embora seja completamente oposta a situação das casas de saúde e dos hospitais, onde a execução da profissão intelectual se apresenta como um dos elementos do exercício da empresa.<sup>13</sup>

Na sociedade simples, o exercício da profissão intelectual se encerra na própria atividade, ao contrário daquelas empresas que contratam profissionais que ajudam a pensar e a executar a empresa, não sendo simples auxiliares ou colaboradores, mas são serviços profissionais que se constituem em instrumento de execução da empresa, em que, por exemplo, um cirurgião realiza suas cirurgias nas dependências de um hospital, com todo o apoio logístico disponibilizado (sala de cirurgia, CTI, aparelhos, equipamentos, medicamentos, equipe de enfermagem, etc.), e isto não transforma o hospital em uma sociedade simples, pois como encerra Sérgio Campinho, o exercício da profissão intelectual do médico emerge apenas como elemento da empresa.<sup>14</sup> Quando o profissional intelectual está sujeito às normas que dizem respeito ao empresário, sua atividade é apenas um dos elementos da empresa.

A sociedade de exercício de profissão liberal ou intelectual surgiu do crescimento da população, do desenvolvimento de novas técnicas nas diversas áreas de conhecimento, do aumento da procura dos serviços prestados por um determinado profissional e pela necessidade que ele teve de ceder espaço à admissão da figura da delegação

---

<sup>12</sup> MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42.

<sup>13</sup> MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42.

<sup>14</sup> CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43-44.

da atividade a auxiliares de sua confiança, também como ele habilitados e com o acompanhamento direto pelos profissionais por ele selecionados.<sup>15</sup>

De forma que complementa Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Todas as sociedades de exercício de profissão liberal têm a peculiaridade de não exercer a atividade para a qual é exigida a habilitação; são sociedades de meios, constituídas para facilitar o exercício profissional dos sócios ou das pessoas a tanto habilitadas, que a ela se vinculam na consecução do objeto social. A rigor, caracterizam-se pela finalidade precípua de apoiar e facilitar (como se dá com relação à sociedade de advogados) o exercício de determinada profissão intelectual por pessoas naturais a tanto devidamente credenciadas. Na obtenção dos resultados econômicos para sua atuação, assume relevo o patrimônio intelectual dos profissionais que as integram (sócios ou não), ficando em segundo plano os investimentos em recursos materiais. Nessas sociedades o trabalho é que sobressai em confronto com o capital. Os sócios participam mais com seus esforços pessoais que com *recursos* materiais, onde a figura do sócio de trabalho ou de indústria, prestador de serviços, encontra agasalho adequado para exercê-los.<sup>16</sup>

Obviamente, esta característica de ser uma sociedade destinada a reunir pessoas que exerçam atividades intelectuais em caráter profissional, buscando subordinados e auxiliares, não retira o fim da exploração econômica e partilha entre os sócios dos resultados financeiros alcançados com o empreendimento.

## 2.1 A clientela dos profissionais liberais

Os profissionais liberais estão cada vez mais distantes de uma atividade laboral isolada, artesanal, como sucedia no passado em relação ao exercício de uma profissão, porquanto, em realidade, eles exercem um ofício personalíssimo, contudo, no correr dos tempos, a sociedade civil tem testemunhado importantes transformações na prática das atividades intelectuais, da prestação de serviços, de ofícios liberais ou de artífices que prestam um conjunto de serviços alinhados com um trabalho extremamente vinculado, ou seja, aderente à pessoa do prestador deste mister.

---

<sup>15</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46-47.

<sup>16</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47-48.

Conforme Germán Bercovitz Álvarez, o profissional liberal vem sendo despersonalizado nas grandes metrópoles com a socialização dos seus préstimos profissionais, sendo bastante frequente sua migração para sociedades prestadoras de serviços em razão de convênios firmados com empresas de seguros, de planos de saúde, empregadores ou a seguridade social que indicam os profissionais massivamente procurados nestes campos de atuação, entre outras tantas áreas de semelhantes prestadores de serviços.<sup>17</sup>

Existe toda uma tendência de os profissionais trabalharem associados com outros colegas de profissão. Trata-se de verdadeiras empresas formadas por grupos de profissionais liberais, como médicos, engenheiros, advogados, arquitetos, publicitários, contabilistas, esteticistas, profissionais do teatro ou agentes de seguros, apenas para citar alguns, cuja vasta gama de *prestadores de serviços* se diferenciam por seu caráter personalíssimo, os quais constituem, em conformidade com o artigo 997 do Código Civil, uma sociedade simples, dedicada à profissão intelectual, científica, literária, artística ou cultural.

Muitas se sujeitam aos seus próprios estatutos, como acontece com a sociedade de advogados, vinculada ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, e constituída a sociedade por alguns profissionais que compõem o seu quadro social, podendo contratar outros advogados. Esta sociedade prestadora de serviços constrói com tempo, trabalho personalizado e o talento pessoal dos sócios a sua carteira de clientes, que trará fama e inquestionáveis benefícios financeiros para a sociedade.<sup>18</sup>

As sociedades personalistas de prestação de serviços profissionais, identificadas no Código Civil como sociedades simples, têm, juntamente com a sua carteira de clientes afastada pelo Direito, a sua participação societária da comunhão de bens conjugais, conforme tem-se pronunciado a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina, por serem consideradas atividades econômicas não empresariais, voltadas ao labor científico e intelectual, em mister inerente ao próprio profissional prestador do serviço, estando, portanto, fora do comércio e, por isso, suas participações societárias não se compartilham com o outro cônjuge ou convivente, uma vez sobrevivendo a dissolução da entidade familiar, de modo que, a capacidade laboral

---

<sup>17</sup> ÁLVAREZ, Germán Bercovitz apud MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

<sup>18</sup> MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 11.

do cônjuge ou convivente sócio de uma sociedade simples continuará capitalizando como bem privativo apenas do seu titular.<sup>19</sup>

Nessa modalidade de sociedade prestadora de serviços profissionais, fundada no esforço comum dos sócios, a atividade prestada tem caráter essencialmente personalíssimo, vinculada a cada um dos profissionais componentes do seu quadro social, servindo a personalidade jurídica unicamente para o rateio dos custos operacionais.<sup>20</sup>

### 3 EMPRESÁRIO

Nos termos do artigo 966, do Código Civil, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, abstraído deste conceito, como antes visto, aquele que exerce profissão intelectual (CC, parágrafo único do art. 966). Desse enquadramento não se afasta Sérgio Campinho da tarefa de identificar, como empresário, a pessoa física ou jurídica que exerce com habitualidade e escopo de lucro, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços no mercado.<sup>21</sup>

Para Marlon Tomazette empresário é aquele que exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, e pode ser tanto a pessoa física do empresário individual quanto uma pessoa jurídica na condição de sociedade empresária, valendo-se do seu estabelecimento, que é sua empresa, composta de um conjunto de bens materiais e imateriais que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica.<sup>22</sup>

São quatro elementos que se fazem presentes na caracterização do empresário: a) o profissionalismo, que se relaciona com a habitualidade do desenvolvimento da atividade não sendo esporádica; b) o exercício de uma atividade econômica que possa cobrir os seus próprios custos, ainda que não alcance uma correlata finalidade lucrativa; c) a organização, no sentido de coordenar trabalho e capital, para a produção de bens e serviços, e, finalmente, d) com o propósito de produção

<sup>19</sup> ÁLVAREZ, Gérman Bercovitz. Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales. Navarra: Arazandi, 2003, p. 56.

<sup>20</sup> "Apelação Cível. Dissolução de sociedade civil. Prestação de serviço em hospital. Intuitu personae. Fundo de comércio. Irrelevante e inviável sua avaliação. Apelação procedente. As sociedades de profissionais servem como instrumento de rateio de custos operacionais dos sócios, sendo fundamentadas no esforço comum, em nível de trabalho pessoal, dão porque impossível e inviável a avaliação do fundo de comércio." (TJPR, 6ª Câmara Cível, AC n. 0202977-8, Londrina, rel. Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, j. em 15.04.2003).

<sup>21</sup> CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. Direito societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 9-10.

ou circulação de bens e serviços, pois esta é a atividade do empresário, de intermediar e fazer circular o bem, como também inclui todos aqueles que estão envolvidos com o processo de produção de bens e de riquezas.<sup>23</sup>

Em realidade, o empresário não exerce profissão que permita a ele mesmo produzir, circular bens ou prestar serviços, tal como sucede nas empresas individuais, esclarecem Newton de Lucca, Rogério Monteiro, J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, mas deve ser concebido como aquele que, por estar no comando, estabelece e faz cumprir regras e diretrizes que permitam alcançar os objetivos traçados pela empresa, pois se responsabiliza pelo bom funcionamento da sociedade empresária e toma a iniciativa de reunir fatores de produção visando à exploração de atividade lucrativa.<sup>24</sup>

Portanto, empresário é o titular da empresa, pessoa natural ou jurídica, que assume o risco da atividade para lucrar ou para responder pelos prejuízos causados a terceiros, sendo a sociedade empresária a pessoa jurídica constituída de acordo com os tipos previstos em lei (sociedade em conta de participação, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações).<sup>25</sup>

## 4 SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Para Wilges Bruscato, a sociedade empresária representa toda a pessoa jurídica de natureza privada, que tem por objeto a exploração de atividade empresarial em busca do lucro, reunindo a sociedade duas ou mais pessoas que se associam para fim de exploração comercial, industrial ou de serviços, e arremata dizendo que a sociedade pode ser empresária ou simples.<sup>26</sup> Uma sociedade empresária pode ser constituída em conformidade com um, entre os variados tipos sociais existentes, mas sempre que o objeto da sociedade não for caracteristicamente empresarial será considerada uma sociedade simples.

Portanto, a sociedade pode ser simples ou empresária, de acordo com a natureza da atividade que explore e, a partir da sua formação ela se torna titular de direitos e deveres, não devendo ser confundida com

---

<sup>23</sup> WALD, Arnold; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Livro II – Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, v. XIV, 2005, p. 37-44.

<sup>24</sup> LUCCA, Newton de; MONTEIRO, Rogério; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). Comentários ao Código Civil brasileiro. Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 2005, p. 109.

<sup>25</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006, p. 155.

<sup>26</sup> BRUSCATO, Wilges. Manual de direito empresarial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

o estabelecimento, nem com a empresa, nem com a firma, nem com os sócios.<sup>27</sup>

Ademais disso, as sociedades empresárias podem ser classificadas como contratuais, quando o ato constitutivo é um contrato, ou estatutárias ou institucionais, quando o ato de constituição advém da criação de um estatuto. Podem ser sociedades de pessoas ou de capital e de responsabilidade limitada, de responsabilidade ilimitada ou originárias de um regime misto de responsabilidade, sendo esta responsabilidade relacionada aos sócios e não à sociedade, porquanto, a responsabilidade da sociedade será sempre irrestrita.

Sociedade empresária será, portanto, toda aquela atividade econômica voltada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com exceção da atividade econômica intelectual (científica, literária, artística ou cultural), pois esta é uma sociedade simples, correspondente à anterior sociedade civil, desde que esta atividade científica, literária, artística ou cultural seja predominante e não apenas um elemento da empresa, pois como esclarece Haroldo Verçosa, na medida em que uma atividade econômica intelectual cede o seu lugar de evidência dentro de outra atividade voltada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, ela fica integrada em uma empresa, que ao seu turno, tutela esta atividade que perde sua proeminência.<sup>28</sup>

Vale mais uma vez recorrer à lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, quando diz que, figurando no contrato social que determinada sociedade tem por objeto o exercício de atividade intelectual, ela será uma sociedade simples, pouco importando o seu tipo social, qual seja, a opção por outro tipo social não afasta a natureza simples da sociedade, consoante o Enunciado 57 da Comissão de Direito de Empresa<sup>29</sup> (I Jornada de Direito Civil do STJ – setembro de 2002).<sup>30</sup>

Já na III Jornada de Direito Civil foram editados os novos Enunciados de números 193, 194 e 195 e que seguiram a mesma direção, distinguindo a atividade intelectual realizada em sociedade da atividade do empresário.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> BRUSCATO, Wilges. Manual de direito empresarial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

<sup>28</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006, p. 61-62.

<sup>29</sup> Enunciado 57. Art. 983 – A opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza simples da sociedade.

<sup>30</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49-50.

<sup>31</sup> Enunciado 193. Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

Enunciado 194. Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal

## 5 SOCIEDADE SIMPLES

No passado, as sociedades empresárias e sociedades simples eram classificadas como sociedades comerciais e sociedades civis, quando em 2002, o vigente Código Civil derogou a antiga classificação. A sociedade civil era destinada à prática de atos civis, como a prestação de serviço de uma sociedade imobiliária, por exemplo, e a sociedade comercial tinha por finalidade a prática de atos de comércio, não significando para Sebastião José Roque que a sociedade civil tivesse sido meramente substituída pela sociedade simples na atual legislação, pois, em realidade, trata-se de sociedades distintas e diferentes, embora tenham muitas características comuns.<sup>32</sup>

Carlos Henrique Abrão refere que a sociedade simples é modelo societário endereçado aos profissionais intelectuais, não organizados empresarialmente, e aos pequenos empresários, servindo como ferramentas subsidiárias às denominadas sociedades de pessoas,<sup>33</sup> qual seja, tanto a sociedade empresária como a sociedade simples exercem atividade econômica, mas na sociedade empresária a atividade econômica está organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, ao passo que na sociedade simples estão inseridas aquelas atividades econômicas de natureza intelectual, científica ou artística (CC, art. 966, parágrafo único), salvo se constituírem apenas elemento da empresa e não sua atividade principal.

A expressão elemento de empresa refere-se, diz Manuel Ignácio Torres Monteiro, a situações em que a atividade profissional intelectual, científica, literária, cultural ou artística é absorvida pela atividade empresarial, da qual estas se tornariam um mero elemento e, portanto, para que essas sociedades fossem consideradas empresárias, seria necessária a existência de uma estrutura empresarial, na qual terceiros não sócios ou empregados concorressem para a execução da atividade fim, e, de outro lado, os sócios também exercessem atividades de coordenação dos fatores de produção.<sup>34</sup>

Por isso mesmo que Sebastião José Roque afirma de forma categórica que as sociedades simples só podem se ocupar das atividades

---

desenvolvida.

Enunciado 195. Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

<sup>32</sup> ROQUE, Sebastião José. Da sociedade simples. São Paulo: Ícone, 2011, p. 18.

<sup>33</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. Sociedade simples. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6-7.

<sup>34</sup> MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres. Prestação de serviços artísticos, científicos e literários através da sociedade empresária. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas. Aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 53.

primárias e terciárias, nunca das secundárias.<sup>35</sup> A atividade primária compreende a extração de produtos naturais pelo ser humano, como o pescador que vende o peixe, o agricultor que colhe os produtos da natureza, enquanto a atividade secundária é mais evoluída, porquanto o ser humano modifica a natureza dos produtos e neles opera uma transformação, por meio da indústria, surgindo a atividade terciária na prestação de serviços, usualmente especializados, ou seja, executados com aprimoramento e perfeição constantes.<sup>36</sup>

## 5.1 Peculiaridades da sociedade simples

Segundo Sebastião José Roque, a sociedade simples é aplicada às empresas que se dedicam às atividades *terciárias*, ou seja, à prestação de serviços, tendo seu registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas e não no Registro de Empresas, sendo seu objeto social a prestação de serviços tais como limpeza, vigilância, propaganda, assistência médica e odontológica, promoção de eventos, contabilidade, instalações industriais e domésticas, existindo uma relação de serviços próprios da sociedade simples, regulada pela Lei Complementar n. 116/2003, como também integram esta modalidade a informática, a veterinária, os cuidados pessoais como a barbearia, cabeleireiras, manicure, pedicure, estética física, tratamento de pele, depilação, sauna, massagens, ginástica, esportes, natação, artes marciais e atividades físicas similares. Também no campo do turismo, como excursões, passeios, viagens e guias de turismo, na área do lazer, como espetáculos teatrais, circenses, programas de auditório, parques de diversões, balé, danças, bailes, óperas, concertos, recitais, congressos, desfiles, casas de espetáculos e congêneres, ou atividades artísticas, como desfiles de blocos carnavalescos ou folclóricos, trios elétricos, musicais, festas e eventos de qualquer natureza, serviços relativos à fonografia ou fotografia, gravação de sons e assim por diante. Serviços bancários, locação de cofres, terminais eletrônicos, serviços de cadastro, arrendamento mercantil, serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, protesto de títulos e demais serviços correlacionados, serviços de operações de câmbio, como também são consideradas sociedades simples aquelas que prestam serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres, franquia, perícias, laudos, exames técnicos e análises técnicas, leilão, advocacia, arbitragem, auditoria, atuária e cálculos técnicos, contabilidade, consultoria econômica ou financeira, estatística, apresentação de palestras, conferências e seminários, como também serviços prestados na área de seguros, tais como contratos de seguros, inspeção e

---

<sup>35</sup> ROQUE, Sebastião José. Da sociedade simples. São Paulo: Ícone, 2011, p. 19.

<sup>36</sup> ROQUE, Sebastião José. Da sociedade simples. São Paulo: Ícone, 2011, p. 19-20.

avaliação de riscos para cobertura de contratos de seguros, prevenção e gerência de riscos seguráveis. Serviços de transportes de natureza municipal, serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de pedágio dos usuários, serviços portuários, ferroportuários, aeroportuários, de terminais rodoviários e metroviários. Ainda no setor da comunicação, com propaganda e publicidade, serviços de reportagem, assessoria de imprensa, jornalismo e relações públicas, programação, comunicação visual, desenho industrial. Serviços de chaveiros, confecção de carimbos, placas de sinalização visual, *banners*, adesivos, administração de feiras. Agreguem-se os serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento, paisagismo, demolição, reparação, conservação e reforma de edifícios, colocação e instalação de carpetes, tapetes, assoalhos, cortinas, revestimentos de paredes, vidros, divisórias, placas de gesso e similares.

Sebastião José Roque ainda acrescenta em conformidade com a Lei Complementar n. 116/2003 os serviços de educação, ensino, orientação pedagógica e educacional, instrução, treinamento e avaliação pessoal, ensino regular pré-escolar, fundamental, médio e superior. A intermediação, com o agenciamento, corretagem de câmbio, de seguros (Lei n. 4.594/1964 que regulamenta a profissão do corretor de seguros), de cartões de crédito, de planos de saúde e de planos de previdência privada, de títulos em geral, valores mobiliários, contratos de leasing, franchising e factoring. A guarda de bens, estacionamento, armazenamento, vigilância e congêneres, serviços de escolta, de limpeza e manutenção, serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, além de serviços funerários, de assistência social, de biblioteconomia, de biologia e química, serviços técnicos de eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres, serviços de registros públicos, cartorários e notariais.<sup>37</sup>

Haroldo Verçosa já disse que a sociedade simples tem dupla roupagem facultativa, pois pode se organizar segundo suas próprias regras (CC, arts. 997 a 1.038), ou pode adotar a forma de quaisquer outras sociedades que não a anônima e a em comandita por ações,<sup>38</sup> e nem por isso deixará de ser uma sociedade simples, o que inclusive deflui do parágrafo único do artigo 982 e do caput do artigo 983, ambos do Código Civil.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> ROQUE, Sebastião José. Da sociedade simples. São Paulo: Ícone, 2011, p. 33-46.

<sup>38</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006, p. 73.

<sup>39</sup> Art. 982 (...) Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.  
Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts.

Nem foi outra a conclusão levada a efeito durante a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, quando aprovado o Enunciado 57.<sup>40</sup>

Esta é outra característica da sociedade simples, que pode se utilizar de diferentes formas societárias, exceto das sociedades por ações, cometendo exaltar a lição de Arnaldo Wald quando mostra que existem dois regimes: “o da sociedade simples pura, ou seja, aquela que se formaliza adotando, na sua integralidade, as normas instituídas nos artigos 997 a 1.038 do Código Civil, e o das sociedades simples que adotaram um regime de sociedade empresária, mantendo, todavia, a sua natureza de sociedade simples”.<sup>41</sup>

Daquilo até agora visto, fácil concluir que serão simples as demais sociedades, que tenham por objeto atividades próprias de profissão intelectual, como as ligadas às ciências, literatura, artes, salvo se o exercício de tais atividades constituir elemento de empresa. A intenção do legislador foi demonstrar que tais atividades, uma vez exercidas intuitu personae, classificam-se como simples e que, na verdade, a presença do sócio ou do empresário individual, diante de seu empreendimento não caracteriza o chamado elemento de empresa, próprio das atividades tipicamente empresárias.<sup>42</sup>

A sociedade simples tem por características: a) ser uma sociedade de pessoas; b) adquire personalidade jurídica após o registro do contrato social no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; c) a atividade é exercida por qualquer sócio e d) possui natureza intelectual, científica, literária, artística ou cultural. Outra especificidade da sociedade simples consta do artigo 999 do Código Civil, exigindo o consentimento de todos os sócios, ou seja, a unanimidade para as alterações que tenham por votação temas como: denominação, objeto social, alteração de quotas e modo de realização das quotas no capital, alteração da prestação do sócio que contribui com serviços, alteração dos administradores, alteração na participação de lucros e nas perdas e sobre a responsabilidade pelas obrigações sociais,<sup>43</sup> sendo que a responsabilidade dos

---

1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

<sup>40</sup> Enunciado 57 – Art. 983: A opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza simples da sociedade.

<sup>41</sup> WALD, Arnaldo; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Livro II – Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, v. XIV, 2005, p. 83.

<sup>42</sup> MADALENO, Rolf; OHIRA, Bibiana Brum. Sociedade entre cônjuges: aplicação do artigo 977 do CC/2002 às sociedades simples. Revista O Direito, Lisboa: Almedina, v. 147, 2015, p. 146-147.

<sup>43</sup> QUITANS, Luiz Cezar P. Sociedades empresárias e sociedades simples. Teoria e prática empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 59.

sócios na sociedade simples é ilimitada, na proporção das quotas que possuem e, portanto, se os bens da sociedade não forem suficientes para cobrirem as dívidas da sociedade, o saldo será de responsabilidade de todos os sócios, de forma ilimitada e solidariamente (CC, art. 1.023).<sup>44</sup>

## 5.2 Características da sociedade profissional

Era tradição do Direito que os profissionais liberais não podiam exercer sua profissão guiados pelo ânimo do lucro, sendo questionada a idoneidade do modelo societário. Mostra Ascensión Leciñena Ibarra, que tais argumentos não mais se sustentam, pois seria um absurdo negar que o profissional não queira ganhar dinheiro com a sua profissão, precisando apenas não permitir que o ânimo do lucro não interfira no desempenho de seu labor, ou em outras palavras, que a ânsia do lucro não permita ao cliente duvidar da capacidade e empenho do profissional.<sup>45</sup>

A personalidade jurídica surge nestas sociedades simples como um atributo natural, desenhadas com vocação para cumprir o fim social que os sócios realizam em conjunto, ou individualmente alguns deles mirando o exercício de uma profissão colegiada, ou buscando pela via societária uma organização com personalidade jurídica chamada a exercer a mesma profissão ou ofício que exerceria isoladamente o prestador de serviços, ou um profissional liberal, apenas que o faz abaixo de uma denominação social, e a prestação profissional será coordenada e distribuída sua execução entre os sócios, que buscam na sociedade simples as vantagens da atuação em sociedade.

O objeto social será exclusivamente a prestação de serviços profissionais desenvolvidos por meio de sociedades constituídas pelo tipo societário *simples*, assim como serão atendidas as normas profissionais vigentes, como são os casos dos estatutos profissionais, por exemplo, das sociedades de advogados. A constituição de sociedades profissionais permite buscar capital necessário para que os sócios iniciem e realizem sua atividade, como permite que adiram à sociedade outros profissionais de áreas igualmente afins, trazendo seus conhecimentos e ofertando uma outra modalidade profissional que amplia a gama de serviços prestados, como sucederia, por exemplo, em uma sociedade de advogados atuando no direito de família, no direito empresarial, no

---

<sup>44</sup> QUITANS, Luiz Cezar P. Sociedades empresárias e sociedades simples. Teoria e prática empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 63.

<sup>45</sup> IBARRA, Ascensión Leciñena. Concepto de sociedad profesional y ámbito de aplicación. In: GARCÍA, Belén Trigo; SANTAS, Javier Framiñán (Coord.). Estudios sobre sociedades profesionales. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-64.

direito tributário e previdenciário e oferecendo aos clientes um maior leque de serviços que talvez não mais pudessem, nos dias de hoje, ser ofertados apenas por um profissional liberal.

### **5.3 Pessoa jurídica e prestação de serviços**

Como antes visto, a legislação brasileira não considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária, artística ou cultural, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, e para que esta atividade fosse efetivamente considerada empresária, seria necessário uma estrutura nitidamente empresarial, como alertam os Enunciados da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

Por conta disso, o Enunciado 194 concluiu que: “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

Por sua vez, o Enunciado 195 ultimou que: “A expressão elemento de empresa demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial”.

Tendo sido estabelecido o conceito de sociedade empresária e de sociedade não empresária, precisamente, no âmbito da legislação tributária, a Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, dispõe em seu artigo 129 que: “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural (a atividade cultural não é mencionada no Código Civil), em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, em prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

Essas sociedades simples de prestação de serviços profissionais são, portanto, tributadas pelo imposto de conformidade com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, porquanto, a natureza intelectual de um trabalho não a torna incompatível com a ideia de atividade econômica.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Análise estrutural e teleológica do enunciado do art. 129 da Lei n. 11.196/05. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas. Aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 502.

### 5.3.1 Serviço intelectual de natureza científica, artística e cultural

O conceito de profissão intelectual é dado por Sylvio Marcondes, para quem, os profissionais intelectuais são aqueles que produzem bens ou serviços sem que haja fatores de produção.

Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou serviços, mas não devem e não podem ser considerados empresários – referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão que o profissional intelectual pode produzir bens, como fazem os artistas; podem produzir serviços, como fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental; o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.<sup>47</sup>

A Lei tributária n. 11.196/2005, em seu artigo 129, informa que, mesmo os serviços intelectuais de caráter personalíssimo podem ser prestados por intermédio de uma sociedade e amplia a expressão de profissão intelectual para serviços intelectuais, conferindo espectro mais largo daquele aludido pelo artigo 966, parágrafo único do Código Civil, que faz alusão apenas à profissão intelectual, como ainda acrescenta a atividade cultural que não é mencionada no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, lembrando Edmar Oliveira Andrade Filho que, a palavra cultura engloba as ideias de artes e tudo quanto é útil ou estimado por uma determinada comunidade, de forma que fica difícil estabelecer uma situação em que um serviço ou uma utilidade não possa ser enquadrado como científico, artístico ou cultural.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11 apud ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Análise estrutural e teleológica do enunciado do art. 129 da Lei n. 11.196/05*. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas. Aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 498.

<sup>48</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Análise estrutural e teleológica do enunciado do art. 129 da Lei n. 11.196/05*. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas. Aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 511.

## 6 DIREITOS INERENTES À PESSOA E O REGIME DA COMUNHÃO DE BENS

Como até agora visto, o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil afasta da definição de empresário quem exerce atividade intelectual, científica, literária ou artística, mesmo que organizado com concurso de auxiliares e, ainda que os escritórios ou consultórios profissionais guardem semelhança com a estrutura empresarial e atuem com espírito empreendedor típico de uma empresa, valendo-se de conceitos de clientela e de aviamento, ainda assim não se trata de uma sociedade empresária.

Os profissionais liberais e outras profissões que se encontram na mesma situação, estão cada vez mais distantes de uma atividade laboral isolada e, em verdade, estão cada vez mais socializando seus serviços, migrando para sociedades prestadoras de serviços, em razão de convênios de sociedades firmados por um grupo de advogados, ou uma coligação de médicos, dentistas ou arquitetos, dentre uma diversificada gama de ocupações e ofícios que buscam na associação com outros colegas de carreira constituírem por meio da sociedade simples, atividades próprias de profissão intelectual, científica, literária, artística ou cultural.

Nessa modalidade de sociedade prestadora de serviços profissionais, fundada no esforço comum dos sócios, a atividade prestada tem caráter essencialmente personalíssimo, vinculada a cada um dos profissionais do quadro social, servindo a personalidade jurídica unicamente para o rateio dos custos operacionais dos sócios, sendo fundamentadas no esforço comum.

Nos termos do artigo 1.659, inciso V e artigo 1.668, inciso V, do Código Civil, nos regimes da *comunhão parcial de bens* e da *comunhão universal de bens*, não se comunicam os bens de uso pessoal, nem os livros e instrumentos de profissão, porquanto representam os bens privativos de cada cônjuge ou convivente, e carregam um caráter personalíssimo. Também o Direito espanhol exclui da partilha no 5º número do artigo 1.346 do seu Código Civil, dedicado “aos bens e direitos patrimoniais inerentes à pessoa e os não transmissíveis *inter vivos*”.

Essa aderência da atividade à pessoa motiva uma derrogação ao *princípio da comunidade*, porquanto, justamente este critério da inerência ou de aderência à pessoa é que garante a proteção patrimonial de cada cônjuge ou convivente, que depende de seu trabalho para a sua subsistência, mesmo que trabalhe em sociedade, permitindo que não fique privado dos seus instrumentos de trabalho com a dissolução da seu casamento ou da sua união estável. O fundamento desta norma encontra-se na necessidade de garantir independência ao exercício

da profissão ou do ofício do cônjuge ou convivente no âmbito da economia familiar, e advém de uma estreita vinculação *intuitu personae* do cônjuge ou convivente profissional liberal ou prestador de serviços com a sua clientela.

O propósito nítido dessa disposição está no enquadramento dos chamados bens privativos personalíssimos, resultando da interpretação do efeito de comunicação ou não de uma sociedade simples, porquanto, sendo inerentes à atividade profissional do cônjuge ou convivente estas atividades mesmo exercidas em sociedade estão fora do comércio, dado que seus direitos econômicos se traduzem na exploração da obra, ou do produto da inteligência do cônjuge ou convivente, atividades, portanto, vinculadas às pessoas às quais se interligam e com as quais se identificam, embora se comuniquem os proventos do trabalho de cada cônjuge, contrariando o caminho inverso apontado pelo inciso VI, do artigo 1.659 do Código Civil.

Decorência dessas ocupações profissionais de cunho intelectual, científico, literário, cultural ou artístico, de cunho personalíssimo é via de regra a construção de uma clientela que se desenvolve a mercê das aptidões e das qualidades pessoais desses profissionais que compõem a sociedade e que se tornam da confiança da sua freguesia, quando não o seja da clientela de um escritório de engenharia, de arquitetura, ou de um escritório de contabilidade, de advocacia, ou ainda de um consultório médico, ou até mesmo de uma clínica médica constituída a partir da associação de vários doutores, ou de dentistas, formando uma clínica dentária, de fisioterapeutas, podendo se constituir de uma clínica de estética, de um grupo de teatro formado por atores e tantos outros prestadores de serviços que se unem em sociedades simples organizadas com objetivos igualmente econômicos, no exercício conjunto de uma atividade intelectual, científica, literária, cultural ou artística. Trata-se de um empreendimento pertencente exclusivamente aos titulares dessa sociedade, e que nada guarda da figura de uma empresa, com sócios empresários, mas sim de profissionais liberais, artistas, literários, músicos e tantos outros profissionais que não comercializam suas profissões, mas, ao contrário, as exercem também com o fim do lucro e na forma societária, mas que estão longe de serem identificados como empresários, pois prestam serviços inerentes à sua pessoa, como uma profissão intelectual, científica, literária, artística ou cultural, e não como uma atividade empresarial, prestando serviços que não podem alienar, ceder ou gravar. Entram igualmente nesta categoria os bens e direitos que surgem em virtude de contratos de artistas e desportistas, em atenção às suas circunstâncias personalíssimas, que concorrem com determinados sujeitos e que conferem situações de poder intransferíveis, caracterizando-se como bens privativos, que não integram a massa patrimonial conjugal,

embora os rendimentos econômicos auferidos durante o casamento sejam considerados comuns por serem fruto do trabalho.<sup>49</sup>

No caso dos profissionais prestadores dos mais variados serviços, os bens necessários para o exercício da atividade têm sempre uma função secundária, pois o principal é o trabalho que a pessoa exerce como qualquer profissional, independente de que também necessite de um espaço físico para desenvolver sua profissão, e de determinado instrumental para realizar o fim de sua ocupação, mas isso não significa afirmar que o seu trabalho e que a aplicação de seus conhecimentos profissionais devam ser considerados como sendo imanentes a uma atividade empresarial, como tampouco o entorno do qual se utilizam esses prestadores de serviços possa ser considerado um estabelecimento mercantil,<sup>50</sup> dado a própria natureza personalíssima da sua atividade o prestador de serviços não se despersonaliza quando exerce seu ofício por meio da pessoa jurídica de uma sociedade simples, que por igual permite que cada cônjuge ou convivente siga desenvolvendo sua profissão após a dissolução do seu casamento, ou da sua união estável e correlato término do regime de comunidade de bens.

Por isso a pertinência do arremate doutrinário de Antonio Javier Pérez Martín, quando diz que os dotes e as capacidades de cada sujeito para o trabalho, a liberdade mesmo desse seu trabalho, sua aptidão pessoal e as naturais consequências estão tão vinculadas aos direitos de personalidade que, em sua pureza conceitual, não cabe mais nada do que considerá-los bens privativos, de forma que, empresa e estabelecimento não incluem profissão, pois por empresa há de se entender aquela atividade organizada e dirigida por uma pessoa para a produção de bens e serviços, enquanto que o estabelecimento alude a uma unidade patrimonial com vida própria e suscetível de ser imediatamente explorada, do que se deduz que seu caráter é muito mais pessoal.<sup>51</sup>

O fundamental é a dedicação do sujeito, sua vinculação ao serviço prestado, sendo meramente acessórios os elementos ou os bens dos quais ele se utiliza e precisa para desenvolver a sua atividade, até o ponto em que os frutos do seu negócio são os mesmos que os rendimentos de seu trabalho pessoal, e que terminam por se confundir de

---

<sup>49</sup> DOMÉNECH, Javier Barceló. De los bienes privativos y comunes. In: ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (Coord.). El régimen económico del matrimonio. Madrid: Dykinson, 2005, p. 283.

<sup>50</sup> MARTÍN, Antonio Javier Pérez. Tratado de Derecho de familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Valladolid: Lex Nova, t. V, v. 1, 2009, p. 606.

<sup>51</sup> MARTÍN, Antonio Javier Pérez. Tratado de Derecho de familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Valladolid: Lex Nova, t. V, v. 1, 2009, p. 607.

tal forma que, se não fosse pelo seu esforço estes ingressos financeiros não se produziriam.<sup>52</sup>

## 7 DECLARAÇÃO JUDICIAL DE INCOMUNICABILIDADE DE SOCIEDADE SIMPLES

A sociedade simples tem por objeto atividade própria de cunho intelectual, literário, artístico ou cultural exercida *intuitu personae*, e assim, mesmo que operem por meio de uma pessoa jurídica não produzem bens ou mercadorias e, tampouco têm um nome empresarial, uma marca ou propriedade comercial e imaterial, tirante a sua clientela, porquanto, suas atividades estão intrinsecamente vinculadas à pessoa do profissional prestador de um serviço que investe em seu próprio *capital humano*, vendendo sua capacidade intelectual, seu talento único e com seu labor personalizado gera a criação de sua clientela. E, como sociedade simples, sua carteira de clientes fica afastada da comunhão de bens conjugais por ser considerada função econômica não empresarial, inerente e vinculado ao profissional, não mercantilizado, *fora de comércio* e, portanto, não se comparte com o outro consorte uma vez sobrevivendo a dissolução da entidade familiar.

Nessa modalidade de sociedade prestadora de serviços fundada no esforço comum dos sócios, as atividades prestadas pelos sócios e pela sociedade têm caráter personalíssimo extensivo a cada um dos profissionais que compõem o quadro social, servindo a personalidade jurídica unicamente para o rateio dos custos operacionais e das vantagens tributárias, como mostra a jurisprudência brasileira dos tribunais estaduais e superiores.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> MARTÍN, Antonio Javier Pérez. Tratado de Derecho de familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Valladolid: Lex Nova, t. V, v. 1, 2009, p. 607.

<sup>53</sup> “Embargos Infringentes. Sobrepartilha. Cotas sociais. Sociedade de Advocacia. Descabimento. Não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados, que é sociedade personalista de prestação de serviços profissionais, identificadas no Código Civil como sociedades simples, dedicadas ao exercício da profissão de seus integrantes, não se enquadrando como ente empresarial. 2. Somente é viável cogitar de partilha quando há indicativo de abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o que incorre na espécie. Embargos infringentes desacolhidos. Unânime.” (TJRS. EI n. 70061885786. Quarto Grupo Cível. Relator. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 31.10.2014) “Apelações cíveis. Agravo retido. Ausência de reiteração nas razões. Inadmissibilidade. Cerceamento de defesa. Superação, nos termos do art. 249, § 2º, do CPC. Sobrepartilha. Cotas sociais. Sociedade de advocacia. Descabimento. 1. Não se conhece de agravo retido cuja apreciação pela Corte não reiterada expressamente nas razões recursais. 2. Os termos do art. 249, § 2º, do CPC, é possível afastar a preliminar de nulidade da sentença quando o mérito favorece a quem aproveitaria a nulidade. 3. Não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados, personalistas de prestação de serviços profissionais, identificadas no Código Civil como sociedades simples, dedicada ao exercício da profissão de seus integrantes, e que não se enquadram como ente empresarial. 4. Consequentemente, invertidos os ônus sucumbenciais,

Aresto paradigma advém do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado pela Oitava Câmara Cível, correspondente à Apelação Cível n. 70054595517, dela sendo relator o desembargador Rui Portanova, julgada em 29 de agosto de 2013, com a seguinte ementa:

APELAÇÃO. PARTILHA. QUOTAS E LUCROS DE SOCIEDADE DE PRÁTICOS. INCOMUNICABILIDADE. DEPÓSITOS NO EXTERIOR. EXISTÊNCIA COMPROVADA. PARTILHA. SALDO A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. A jurisprudência desta Corte tem firme entendimento de que quando a atividade empresarial é o próprio trabalho do cônjuge, as quotas sociais que ele titula têm caráter de provento do trabalho pessoal, de forma que não há direito de partilha pelo cônjuge não sócio. Pelo entendimento jurisprudencial da Corte, diferente tratamento ocorre quando as quotas sociais não têm relação com a atividade laborativa do cônjuge, caso em que a participação societária assume caráter de bem adquirido onerosamente na constância do casamento, sendo por isso lícita a partilha das quotas, e eventual divisão de lucros. No caso dos autos, uma anterior decisão em agravo de instrumento, em cognição sumária, depois mantida pelo STJ, já havia reconhecido que as quotas da Sociedade de Práticos em nome do apelado eram exclusivas dele, por serem instrumentos do trabalho. Depois daquilo foi realizada perícia, que concluiu que para ser Prático é preciso ser aprovado em concurso público; que depois de aprovado no concurso, o trabalho como Prático se dá através de ingresso na Sociedade de Práticos; e que se não trabalhar ou se não puder trabalhar, o Prático perde a sua condição de sócio da empresa e a própria condição de Prático. Diante de tudo isso, restou corroborada, agora em cognição plena e exauriente, aquela primeira conclusão desta Corte, no sentido de que no caso concreto, pelas provas produzidas, as quotas da sociedade são efetivamente o instrumento do trabalho do aqui apelado. Sendo assim, a decisão que excluiu da partilha as quotas da Sociedade de Práticos e os seus lucros é mesmo a solução mais adequada ao contexto do caso. Caso no qual restou cabalmente comprovada (por cópias de extratos de movimentações, e por degravação de conversa telefônica entre as partes) a existência de contas bancárias no Uruguai, em nome do apelado. Mas no qual não se sabe, ao menos até agora, quais os valores depositados na data da separação de fato, porque o juízo a quo determinou ao apelado que acostasse tal comprovação aos autos, mas ele optou de forma consciente e deliberada por descumprir o comando judicial. Hipótese na qual se mostra de rigor determinar a partilha do saldo existente nas contas no exterior na data da separação de fato, a ser apurado em sede de liquidação de sentença. Deram parcial provimento.

---

não pode ser acolhido o pleito de sua majoração formulado pela autora. Agravo retido não conhecido. Apelo do réu provido. Apelação da autora desprovida.” (TJRS. Apelação Cível n. 70058902198. Oitava Câmara Cível. Julgador. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.06.2014).

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão conduziu perante a Quarta Turma, no REsp. n. 1.227.240-SP, julgado em 26 de maio de 2015, voto unânime descartando a partilha de sociedade simples, porquanto, formada por pessoas que exercem profissão do gênero intelectual, tendo como espécie a natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com a colaboração de auxiliares.<sup>54</sup> No ventre de seu voto, salientou o Ministro Luis Felipe Salomão que a sociedade simples limita-se ao exercício da atividade específica para a qual foi criada, relacionada à habilidade técnica e intelectual dos sócios, não devendo exercer serviços estranhos ao seu mister, sob pena de configurar o elemento de empresa, capaz de transformá-la em sociedade empresária, e, portanto, constituída para dar suporte ao exercício de determinada profissão intelectual, não deixando ser uma sociedade simples, mesmo quando apresente estrutura complexa, organização de grande porte e conte com a colaboração de auxiliares e com considerável volume de trabalho, sendo, portanto, inadmissível atribuir expressão econômica à sua clientela.

## 7.1 A clientela e a doutrina dos bens próprios por natureza

Esclarece Gérman Bercovitz Alvarez que a doutrina dos bens próprios por natureza tem sua origem na reforma realizada em 1965 no Direito francês do regime de comunhão, tendo como precedente

---

<sup>54</sup> “Recurso Especial, Sociedades empresárias e simples. Sociedades de advogados. Atividade econômica não empresarial. Prestação de serviços intelectuais. Impossibilidade de assumirem caráter empresarial. Lei n. 8.906/1994. Estatuto da OAB. Alegação de omissão do acórdão recorrido afastada. Impossibilidade de análise de cláusulas contratuais. Súmulas 5 e 7 do STJ. 1. Não há falar em omissão ou contradição no acórdão recorrido quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame tiver sido devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, com pronunciamento fundamentado, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. 2. De acordo com o Código Civil, as sociedades podem ser de duas categorias: simples e empresárias. Ambas exploram atividade econômica e objetivam o lucro. A diferença entre elas reside no fato de a sociedade simples explorar atividade não empresarial, tais como as atividades intelectuais, enquanto a sociedade empresária explora atividade econômica empresarial, marcada pela organização dos fatores de produção (art. 982, CC). 3. A sociedade simples é formada por pessoas que exercem profissão do gênero intelectual, tendo como espécie a natureza científica, literária ou artística, e mesmo que conte com a colaboração de auxiliares, o exercício da profissão não constituirá elemento de empresa (III Jornada de Direito Civil, Enunciados n. 193, 194 e 195). 4. As sociedades de advogados são sociedades simples marcadas pela inexistência de organização dos fatores de produção para o desenvolvimento da atividade a que se propõem. Os sócios, advogados, ainda que objetivem lucro, utilizem-se de estrutura complexa e contem com colaboradores nunca revestirão caráter empresarial, tendo em vista a existência de expressa vedação legal (arts. 15 a 17, Lei n. 8.906/1994). 5. Impossível que sejam levados em consideração, em processo de dissolução de sociedade simples, elementos típicos de sociedade empresária, tais como bens incorpóreos, como a clientela e seu respectivo valor econômico e a estrutura do escritório. 6. Sempre que necessário o revolvimento das provas acostadas aos autos e a interpretação de cláusulas contratuais para alterar o julgamento proferido pelo Tribunal a quo, o provimento do recurso especial será obstado, ante a incidência dos enunciados das Súmulas 5 e 7 do STJ. 7. Recurso especial a que se nega provimento.”

histórico a Lei de Propriedade Intelectual de 1957, codificado no artigo 1.404 do Código Civil francês,<sup>55</sup> ao criar uma hierarquia de bens especiais, intermediária entre a clássica bipartição dos bens imóveis e bens móveis, como resposta à importância percebida acerca dos bens incorpóreos, frutos da atividade intelectual da pessoa, destacando-se do tradicional terreno do direito patrimonial tangível dos bens móveis e imóveis.<sup>56</sup>

Essa nova categoria agruparia todos os direitos que uma pessoa possa reivindicar sobre a produção de seu espírito, escorada na noção de direitos que não podem ser objeto de propriedade no seu sentido tradicional, mas que se apoiam na ideia geral de apropriação dos valores resultantes da formação de uma clientela ou de um destacado posto profissional, significando a capitalização do trabalho ou da atividade profissional de seu titular.<sup>57</sup>

São direitos ou faculdades pessoais e cujos direitos econômicos ou rendimentos que deles derivam devem ser atribuídos exclusivamente ao seu titular, concluindo os defensores da tese do *titre et finance* (título profissional e ingresso financeiro) do Direito francês, tratar-se de direitos inerentes à pessoa e que, portanto, sempre a ela pertencerão, não podendo ser expropriados de seu titular, embora não se prive o consórcio conjugal dos rendimentos levantados pela atividade ou pelo trabalho de cada cônjuge.

A razão deste preceito explica Germán Bercovitz Álvarez, resulta da evidência de que determinados bens inerentes à pessoa devem ser mantidos dentro da esfera de controle absoluto e privativo de seu titular, sem que sejam afetados pela cogestão ou codisposição, e sem que o seu titular possa se ver em perigo diante da dissolução do consórcio e também perante os herdeiros do cônjuge pré-morto, buscando o legislador alienígena deixar o exercício sobre determinados direitos em mãos de algum indivíduo, e que respeita àqueles direitos cuja personalidade vem motivada pela infungibilidade da pessoa de seu titular e, portanto, representando bens privativos dentro de um regime de comunidade de bens. São bens que pertencem a uma categoria

---

<sup>55</sup> Article 1404. Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté.

<sup>56</sup> ÁLVAREZ, Gérman Bercovitz. Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales. Navarra: Arazandi, 2003, p. 46.

<sup>57</sup> ÁLVAREZ, Gérman Bercovitz. Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales. Navarra: Arazandi, 2003, p. 47.

intermediária ou especial, e que não podem se desprender da pessoa à qual pertencem, estando fora do comércio.

Estes direitos vão surgindo como resultado da capitalização do trabalho ou da atividade de seu titular, também identificado como capital humano formado pelas habilidades, conhecimentos capazes de produzir um valor econômico. São os talentos, os dons inatos e a criatividade que confluem para formar este capital humano,<sup>58</sup> descrito como um ativo intangível pela jurisprudência nacional e estes dotes associados à capacidade de cada sujeito para o trabalho estão vinculados aos direitos de personalidade.

Partindo da sua capacitação profissional e diante da tendência sempre crescente da associação dos profissionais liberais, determinadas categorias de prestadores de serviços formarão sociedades reguladas no Direito brasileiro por meio das sociedades simples, disciplinada pelos artigos 997 a 1.038 do Código Civil, prestando seus préstimos e assim formando e fidelizando a carteira de clientes vinculada ao sócio ou à sociedade, mostrando-se Germán Bercovitz Álvarez, no entanto, favorável à comunicação da *carteira de clientes*, pois:

Hoje em dia o profissional também se apoia de forma importante em meios materiais (instalações e meios técnicos), dá publicidade aos seus serviços e exerce sua profissão associando-se com outros. A carteira de clientes conseguida ao largo da vigência do regime é trabalho capitalizado pouco a pouco e sua patrimonialidade é clara; o fato de que a clientela não seja vendável como tal não exclui que sua existência permite ao profissional rentabilizá-la ele mesmo, se continuar explorando seu escritório ou consultório, ou mediante acordos com terceiros, por cujo fato se obriga a apresentar um sucessor para sua clientela e a não competir com este sucessor. Sempre que seja possível obter um em troca do repasse do estabelecimento, é porque dito valor patrimonial existe e qualquer um sabe que a carteira de clientes possui um valor negociável.<sup>59</sup>

## 8 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Sociedade simples*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ÁLVAREZ, Germán Bercovitz. *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Navarra: Arazandi, 2003.

---

<sup>58</sup> BASSET, Ursula Cristina. La calificación de bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p.167.

<sup>59</sup> ÁLVAREZ, Germán Bercovitz. *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Navarra: Arazandi, 2003.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Análise estrutural e teleológica do enunciado do art. 129 da Lei n. 11.196/05. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas*. Aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Editora, 2008.

BASSET, Ursula Cristina. *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*. Principios, reglas, critérios y supuestos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOMÉNECH, Javier Barceló. De los bienes privativos y comunes. In: ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (Coord.). *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

IBARRA, Ascensión Leciñena. Concepto de sociedad profesional y ámbito de aplicación. In: GARCÍA, Belén Trigo; SANTAS, Javier Framiñán (Coord.). *Estudios sobre sociedades profesionales*. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Madrid: Marcial Pons, 2009.

LUCCA, Newton de; MONTEIRO, Rogério; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 2005.

MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MADALENO, Rolf; OHIRA, Bibiana Brum. Sociedade entre cônjuges: aplicação do artigo 977 do CC/2002 às sociedades simples. *Revista O Direito*, Lisboa: Almedina, v. 147, 2015.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva. 1997.

MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Tratado de Derecho de familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Valladolid: Lex Nova, t. V, v. 1, 2009.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres. Prestação de serviços artísticos, científicos e literários através da sociedade empresária. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas. Aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Editora, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das Obrigações*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

QUITANS, Luiz Cezar P. *Sociedades empresárias e sociedades simples. Teoria e prática empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, t. VIII, 2007.

ROQUE, Sebastião José. *Da sociedade simples*. São Paulo: Ícone, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006.

WALD, Arnold; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Livro II – Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, v. XIV, 2005.



# A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUAS APLICAÇÕES AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

*Flávio Tartuce*

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Especializada em Direito (FADISP). Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato sensu em Direito Privado da Escola Paulista de Direito (EPD), sendo coordenador destes últimos. Professor da Rede LFG. Diretor nacional e estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

**Sumário:** 1. O Novo Código de Processo Civil. Panorama geral. A inclusão expressa da técnica da ponderação no texto legal. 2. A técnica da ponderação segundo Robert Alexy. Confrontação com a regra do art. 489, § 2º, do Novo CPC. 3. Algumas aplicações concretas da técnica da ponderação no Brasil. 4. Críticas ao uso da técnica da ponderação no Brasil e premissas para o seu afastamento. 5. Aplicações da técnica da ponderação para resolver problemas de Direito de Família e das Sucessões no Brasil. 6. Conclusão. 7. Referências.

## **1 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PANORAMA GERAL. A INCLUSÃO EXPRESSA DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO TEXTO LEGAL**

Temos um Novo Código de Processo Civil. Após cerca de seis anos de elaboração, tramitação e *vacatio legis*, entra em vigor a Lei n. 13.105/2015, que institui o Estatuto Instrumental emergente. Como se retira da sua exposição de motivos, escrita pela comissão de juristas que elaborou o seu texto no Senado Federal, “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão,

sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”.<sup>1</sup>

Realmente, o Código de Processo Civil de 1973 estava distante da realidade constitucional brasileira, especialmente da tutela dos direitos fundamentais e de mecanismos elencados pelo Texto Maior para uma maior eficiência na resolução das contendas. Muito ao contrário da norma anterior, o Novo CPC traz um dispositivo inaugural de grande relevo, a proporcionar uma *ponte* com a Constituição Federal de 1988, segundo o qual “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Inaugura-se, assim e expressamente na lei, a *constitucionalização do processo*, que, segundo Zulmar Duarte de Oliveira Jr., é

fato conhecido e reconhecido aqui e acolá, tendo sido de grande relevo para o próprio fortalecimento e democratização do país, haja vista que ‘a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção da democracias’ (MIRANDA, 1954, p. 37).<sup>2</sup>

A concretizar essa constitucionalização do Direito Processual Civil, com relação umbilical com a constitucionalização do Direito Civil, visão de sistema que há muito tempo tem especial destaque na dogmática brasileira, merece relevo o teor do art. 8º do Novo CPC, que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fio condutor prioritário das decisões judiciais. Enuncia a norma emergente que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Acreditamos que tal norma é dirigida não só ao Direito Processual, mas a todo o Direito brasileiro, como verdadeira regra hermenêutica global que completa o antigo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>3</sup>

Feitas tais considerações preliminares, constata-se ainda que estava o Código de Processo Civil anterior desassociado da realidade de nossas principais leis materiais, especialmente do Código Civil de

---

<sup>1</sup> Conforme se retira de: FUX, Luiz; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Novo CPC comparado. São Paulo: GEN/Método, 2015, p. 305.

<sup>2</sup> DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – Parte geral. São Paulo: GEN/Método, 2015, p. 1-2.

<sup>3</sup> Com teor mais singelo, e – por que não dizer? – superado, estabelece o art. 5º da Lei de Introdução que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

2002 e do Código de Defesa do Consumidor. Como é notório, essas duas normas adotaram um *sistema aberto*, baseado em cláusulas gerais e em conceitos legais indeterminados. Por seu turno, a norma processual antecedente trazia em seu conteúdo uma essência positivista, hermética e fechada. Ao contrário do seu antecessor, o Novo Código de Processo Civil está recheado de conceitos normativos sem definição imediata, assim como as duas leis subjetivas citadas.

Nesse contexto de abertura semântica, além dos conceitos retirados do seu art. 8º, ora transcrito, merecem ser destacados a boa-fé objetiva processual e o dever de cooperação processual, abstraídos dos arts. 5º e 6º do CPC/2015. Nos termos do primeiro comando, “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Em complemento, prescreve o preceito seguinte que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Conforme bem leciona Alexandre Freitas Câmara,

não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se de maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação do comportamento contraditório (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*suppressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé objetiva processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios.<sup>4</sup>

Em resumo, assim como ocorreu com o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu conteúdo a transposição da *boa-fé subjetiva* – intencional, psicológica – para a *boa-fé objetiva* – comportamental e concretizada na atuação das partes.

Vale dizer que os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais mereceram especial atenção pelo art. 489 do Novo *Codex*, o dispositivo mais comentado e criticado da legislação instrumental emergente e que constitui o seu *coração*. Esse é o comando que elenca os elementos essenciais da sentença, exigindo a fundamentação e a motivação profunda das decisões judiciais, sempre na linha das súmulas e precedentes consolidados pelos Tribunais Superiores.

---

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

Nos termos do seu § 1º, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*, o que aqui merece destaque; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Como consequência, a sentença que não contiver tais requisitos será considerada nula, pois todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de sua nulidade, na expressão do art. 11 do próprio CPC/2015.

A propósito, pontue-se que a preocupação com a boa-fé objetiva processual volta a surgir nesse mesmo art. 489 do CPC/2015, sendo esta um elemento integrador da decisão, pois “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (§ 3º). Como comentam com precisão Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga,

os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo órgão julgador na decisão devem ser interpretados conforme a boa-fé e com os usos do lugar da celebração. Se uma determinada palavra vinha sendo utilizada, ao longo de todo o processo, em uma determinada acepção, a interpretação da decisão em que esta palavra aparece não pode, por exemplo, dar a ela um sentido diverso. Se, em outro exemplo, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não pode, ao interpretá-la posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele a ela sempre se atribuiu.<sup>5</sup>

Em complemento às ilustrações citadas pelos doutrinadores, acreditamos que a última regra pode conduzir o julgador a decidir em desfavor daquele que se comporta mal no curso do processo, especialmente nos casos em que seu convencimento não esteja totalmente

---

<sup>5</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, p. 725.

formado, pela existência de teses conflitantes com argumentos fortes e convincentes de ambas as partes.

Além de todas essas inovações, e sem prejuízo de outras, o Novo Código de Processo Civil consagrou expressamente outro mecanismo importante para efetivar a constitucionalização do Direito, qual seja, a *técnica de ponderação de princípios, valores e normas*. O mesmo art. 489 do CPC/2015, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece em seu § 2º que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Essa técnica passa a ser estudada a partir do presente momento, com a análise de sua essência e de casos práticos em que é viável a sua incidência, especialmente para o Direito de Família e das Sucessões.

## **2 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO SEGUNDO ROBERT ALEXY. CONFRONTAÇÃO COM A REGRA DO ART. 489, § 2º, DO NOVO CPC**

A técnica de ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não restam dúvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado à visão civil-constitucional do sistema, pois, *a priori*, é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.

A sistematização da ideia de pesagem ou sopesamento remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, traduzido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.<sup>6</sup> Parece-nos que foram as lições do jurista tedesco que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no Código de Processo Civil de 2015. De toda sorte, vale lembrar que Alexy trata em sua obra da ponderação de direitos fundamentais. A ponderação constante do Novo CPC é mais ampla, tratando de normas. Essa é a diferença essencial entre as duas ponderações, a conduzir à existência de uma ponderação à brasileira.

Tratando da inserção da norma no Novo Código de Processo Civil, demonstram Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga a insuficiência de a ponderação ser utilizada apenas para resolver conflitos de direitos fundamentais. Segundo os autores, citando a posição de Humberto Ávila,

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar no sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos legais indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão da ponderação. [...]. Por outro lado, Ávila entende que nem mesmo o sopesamento é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visavam resguardar. A dimensão de peso não é algo inato à norma, mas uma qualidade das razões e dos fins a que ela se refere e que é atribuída a partir de um juízo valorativo do aplicador.<sup>7</sup>

Vale lembrar que o Professor Fredie Didier Jr. teve atuação destacada na elaboração do então projeto de Novo CPC, quando da sua tramitação na Câmara dos Deputados, sendo ele um dos entusiastas e incentivadores da introdução desse mecanismo no Estatuto Processual emergente.

Ao demonstrar a importância da construção da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a subsunção – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A ponderação, nessa mesma simbologia, será uma pintura moderna, “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”.<sup>8</sup> Entretanto, o jurista faz um alerta: “Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna”.<sup>9</sup> Cabe esclarecer que o Ministro Barroso tem-se revelado um entusiasta da ponderação, fazendo uso desta técnica em seus julgamentos no Supremo Tribunal Federal, como ocorreu no julgamento da ADIN que tratou das biografias não autorizadas, como se verá a seguir.

Em sua obra, visando à ponderação, Alexy parte de algumas premissas que são tidas como básicas para que a pesagem ou o sopesamento entre os princípios seja possível e que, repise-se, parecem ter sido adotadas pela Nova Norma Instrumental Brasileira.

---

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 325.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 334.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 334.

Como primeira premissa, o doutrinador alemão traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização “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>10</sup>

Em seguida, como segunda premissa, é reconhecido que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Consigne-se que, de acordo com o jurista germânico, a colisão entre regras e princípios é distinta, uma vez que, no primeiro caso, uma das regras deve ser retirada obrigatoriamente do sistema, o que não ocorre no segundo.<sup>11</sup> Por isso, nas últimas hipóteses pode-se falar em relativização de princípios ou mesmo em direitos fundamentais, uma vez que princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor.

Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como terceira premissa o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica de ponderação. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são numerados por P1 e P2; C são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto T1, T2, T3 são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão.<sup>12</sup> A aplicação da ponderação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade.<sup>13</sup> De toda sorte, esclareça-se que a técnica da ponderação parece significar uma proporcionalidade ou razoabilidade formatada, baseada na fórmula apresentada pelo jurista.

Encerrando, a quarta e última premissa é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-93.

<sup>12</sup> ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-99.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166-176.

Para explicar a ponderação, Alexy relata o caso Lebach. A emissora alemã ZDF tinha a intenção de exibir documentário intitulado O assassinato de soldados em Lebach, que contava a história do assassinato de quatro soldados alemães que faziam sentinela em um depósito, o que culminou com o roubo de munição do exército alemão, incidente ocorrido em 1969. Um dos condenados pelo crime estava prestes a ser solto às vésperas da veiculação do programa televisivo, no qual era citado nominalmente. Então, ingressou ele com uma medida cautelar para que o programa não fosse exibido, pois haveria uma clara afronta ao seu direito fundamental à imagem. O Tribunal Estadual na Alemanha rejeitou o pedido do autor da demanda para a não exibição do documentário, o que foi confirmado pelo Tribunal Superior Estadual, diante da liberdade de informar e do interesse coletivo quanto ao conteúdo do documentário.<sup>15</sup>

A questão chegou até a Suprema Corte alemã, que a resolveu a partir da ponderação de princípios constitucionais. A argumentação do julgamento foi dividida em três etapas.

Na primeira delas, foi demonstrada a colisão entre o direito à imagem ou à personalidade (P1) e a liberdade de informar (P2), dois valores constitucionalmente tutelados e de mesmo nível. A prevalência de P1 levaria à proibição do programa, enquanto a prevalência de P2, à sua exibição. Na segunda etapa, o julgamento conclui inicialmente pela prevalência de P2 sobre P1, em uma relação de procedência, diante dos interesses coletivos à solução de crimes.

Contudo, na terceira etapa, houve a conclusão pela prevalência de P1, no sentido de que o documentário não deveria ser exibido. Dois fatores fáticos substanciais acabaram por influenciar o sopesamento ou a ponderação efetuada. A primeira delas é que não haveria mais um interesse atual pela notícia do crime. Além disso, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que haveria um risco para a ressocialização do autor da demanda, o que acabou por representar, na opinião deste autor, uma prevalência do chamado direito ao esquecimento.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-102. A respeito do tema do direito ao esquecimento, no Brasil, destaque-se o Enunciado n. 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2013, segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Conforme as suas justificativas, “os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Em suma, como se pode perceber, no caso concreto que levou Alexy a desenvolver a técnica da ponderação, houve a prevalência da proteção da intimidade em relação ao direito de informação e à liberdade de imprensa. De modo bem diferente têm julgado os Tribunais Superiores brasileiros em casos de colisão de direitos como o exposto, como será desenvolvido no próximo tópico deste estudo.

### **3 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO BRASIL**

Partindo para os casos brasileiros, especialmente para aqueles em que há a colisão entre a tutela da imagem (art. 5º, incisos V e X, da Constituição) e a tutela da informação (art. 5º, incisos IV, IX e XIV), ponderação similar à descrita no caso *Lebach* foi realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso que envolvia a apresentadora de televisão Daniella Cicarelli, que foi flagrada em relações íntimas com o namorado em uma praia da Espanha, tendo as imagens reproduzidas no YouTube, site especializado em vídeos mantido pela Google.

O Tribunal Bandeirante, em demanda inibitória de tutela da personalidade proposta por ambos, acabou concluindo pela não exibição das imagens, de forma definitiva. Conforme consta da ementa do aresto, a esfera íntima da pessoa goza de proteção absoluta, “ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV”. Julgou-se que não haveria interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais, decidindo-se, ao final, pela manutenção da tutela antecipada concedida em outros recursos. Por fim, deu-se provimento ao recurso para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em *websites*, por não ter ocorrido consentimento para a publicação, sendo preservada a multa diária de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), “para inibir transgressão ao comando de abstenção” (TJSP, Apelação Cível 556.090.4/4-00/SP, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, julgado em 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008).

Obviamente, outras questões, inclusive aquelas relacionadas às reparações dos danos, ainda estão sendo discutidas judicialmente nesse caso concreto. A situação fática do caso coloca em xeque o tão criticado art. 20 do Código Civil, dispositivo este que não pode deixar de lado os valores constitucionais, caso do direito à informação e à liberdade de imprensa.<sup>17</sup> A redação desse polêmico comando material

---

<sup>17</sup> Críticas contundentes quanto ao comando legal podem ser observadas em: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 49-58.

é a seguinte: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

Como se percebe, o art. 20 do CC/2002 traz apenas duas exceções expressas para a utilização da imagem alheia, sem autorização: a) quando a pessoa ou o fato interessar à administração da justiça, como no caso de solução de crimes; b) quando a pessoa ou o fato interessar à ordem pública, expressão genérica e aberta que merece preenchimento casuístico. E nada mais. Como salienta a atenta doutrina, deve-se fazer a devida ponderação dos valores envolvendo as demandas fundadas em tal comando, não se olvidando da função social do uso de imagem, ou seja, o fato de que a informação pode ter uma finalidade coletiva.

A propósito, no âmbito doutrinário, tentando *iluminar as trevas* relativas à tutela da imagem, na IV *Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado n. 279, com a seguinte redação:

Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Como antes demonstrado, a técnica da ponderação não é simples e demanda a análise de vários critérios, dependendo das circunstâncias fáticas e dos direitos e normas envolvidos, como realmente deve ser. Vários julgados superiores enfrentam esse problema de ponderar a *tutela da imagem e da intimidade x o direito à liberdade de imprensa e à informação*. A este autor parece não existir um caminho para encontrar a solução melhor em tais dilemas, que não seja a ponderação. Como temos afirmado em vários ambientes, a ponderação deve entrar em cena em casos excepcionais, quando a lei é insuficiente ou ausente para resolver os casos concretos.

Para ilustrar, em um primeiro aresto, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. 396, que

[...] há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5º, IX) e o acesso à informação (art. 5º, XIV). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. [...] Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostravam que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. [...] (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Reafirme-se que, a propósito desse problema e de outros que podem surgir, tem-se colocado em dúvida a incidência do art. 20 do Código Civil nos últimos anos, pois o conteúdo da norma tem implicado verdadeira censura, notadamente de obras biográficas de

figuras históricas e que despertam o interesse coletivo. Nessa realidade, foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o referido dispositivo, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação era no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, “para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”. A petição inicial foi acompanhada de parecer muito bem construído pelo professor Gustavo Tepedino.

Corretamente, no início de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, com unanimidade, julgou procedente a referida ação, prestigiando a liberdade de expressão e afastando a censura prévia das biografias não autorizadas no Brasil. Conforme a decisão final da Relatora, Ministra Cármen Lúcia:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, *a)* em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); *b)* reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.

Em suma, julgou-se pela impossibilidade da censura prévia das obras, devendo os abusos e excessos ser resolvidos a partir do abuso de direito e da correspondente responsabilização civil do agente causador do dano.

Além da precisa relatoria, merecem destaquem as anotações do Ministro Luís Roberto Barroso, amparando suas conclusões na técnica de ponderação. Conforme suas lições, “a ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três

etapas: a) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; b) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; c) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa”.

Em complemento, ao tratar dos arts. 20 e 21 do Código Civil, leciona o próprio Ministro Barroso que afirmar a liberdade de expressão como preponderante em relação à intimidade decorre de três razões. A primeira razão é que “o passado condena. A história da liberdade de expressão no Brasil é uma história acidentada. A censura vem de longe: ao divulgar a Carta de Pero Vaz de Caminha, certidão de nascimento do país, o Padre Manuel Aires do Casal cortou vários trechos que considerou ‘indecorosos’”. Como segunda razão, destaca o jurista que “a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem autonomia pública”. Por fim, a terceira razão apontada pelo Ministro Barroso em sua decisão está relacionada ao fato de ser a liberdade de expressão “indispensável para o conhecimento da história, para o progresso social e para o aprendizado das novas gerações”. Com isso, felizmente, as biografias não autorizadas passam a ser possíveis no Brasil, não se admitindo mais a censura prévia.

Feitas tais considerações, e partindo para outra hipótese fática, no tocante à responsabilidade civil, a ponderação também serve para solucionar a hipótese fática envolvendo o paciente médico baleado e que se nega à intervenção cirúrgica por convicções religiosas. A questão coloca em jogo, de um lado, o direito à vida (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e, de outro, o direito às convicções religiosas, diante da proteção da liberdade de crença prevista no Texto Maior (art. 5º, inciso VI).

Conforme alguns julgados, de correta ponderação, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo, com a rejeição da demanda indenizatória proposta pelo paciente que sobreviveu graças ao médico que o salvou e ao hospital. Concluindo por esse caminho, no sentido de que a proteção da vida prevalece sobre as convicções religiosas.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Veja-se, nessa linha: “Indenizatória. Reparação de danos. Testemunha de Jeová. Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação. Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida. Conduta dos médicos, por outro lado, que se pautou dentro da Lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos. Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da

De qualquer maneira, a questão não é pacífica, eis que alguns doutrinadores concluem de maneira diversa pela prevalência das convicções religiosas sobre o direito à vida. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que é

intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma 'crença', apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. [...] A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>19</sup>

Também adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário (Enunciado n. 403):

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

Em suma, como se pode perceber, a questão é polêmica, sendo totalmente insuficiente, para resolver esse dilema, o art. 15 do Código Civil. Entendemos que tal dispositivo parece desconsiderar a proteção da vida como valor supremo, em prol da conveniência pessoal do paciente, ao preceituar que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ora, presente o risco de vida (ou melhor, de morte), no caso de não submissão ao tratamento, em regra, deve a vontade prevalecer? Acreditamos que não, ponderando-se pela vida, devendo ser feita a ressalva, como exceção, aos casos de paciente terminal, com impossibilidade de reversão de quadro clínico, que pretende a prevalência de

---

internação da autora. Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso não provido” (TJSP, Acórdão 123.430-4/Sorocaba, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 07.05.2002).

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

sua vontade naquilo que se convencionou denominar como *testamento vital* ou *biológico*.

Nessa seara, alterando-se substancialmente os fatos, modifica-se a conclusão do sopesamento. Assim, o presente autor é filiado ao teor do que consta do art. 41 do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, segundo o qual é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Como única ressalva, estabelece o parágrafo único da norma ética que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Partindo para outro caso concreto, como resolver a situação fática, que não seja pela ponderação, do sujeito que demandou laboratório de análises clínicas que lhe apresentou exame positivo de HIV sem que houvesse pedido seu e de médico? *In casu*, o exame solicitado era de hepatite, e não de AIDS, sustentando o autor da ação a existência de um *direito fundamental de não saber*. Conforme publicação do *decisum*,

[...] trata-se, na origem, de ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais contra hospital no qual o autor, recorrente, alegou que preposto do recorrido, de forma negligente, realizou exame não solicitado, qual seja, anti-HIV, com resultado positivo, o que causou enorme dano, tanto material quanto moral, com manifesta violação da sua intimidade. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador de HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade) sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida longa e saudável. Esse direito somente se revelou possível ao autor da ação com a informação, involuntária é verdade, sobre o seu real estado de saúde. Logo, mesmo que o indivíduo não queira ter conhecimento da enfermidade que o acomete, a informação correta e sigilosa sobre o seu estado de saúde dada pelo hospital ou laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como no caso, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção de um direito maior. Assim, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso. (REsp 1.195.995/SP, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, j. 22.03.2011).

Comentando o aresto, leciona Lucas Miotto Lopes que “o direito de não saber é um direito distinto do direito à privacidade e só tem

efeitos caso haja a manifestação expressa de preferência. Tem limites na probabilidade da violação de direitos de outras pessoas”.<sup>20</sup> Esse limite foi aplicado ao caso exposto, pois o fato de o demandante não saber ser portador do vírus HIV poderia trazer prejuízos a terceiros. Por isso, o seu pedido reparatório em face do laboratório que fez o exame de sangue de maneira equivocada foi corretamente rejeitado, com o uso da técnica de ponderação.

Muito além desses casos, em que a técnica da ponderação se mostrou eficiente, é possível a sua utilização em contendas relativas ao Direito de Família e das Sucessões. Antes de sua exposição, é preciso enfrentar as críticas que são feitas ao seu uso.

#### **4 CRÍTICAS AO USO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO BRASIL E PREMISSAS PARA O SEU AFASTAMENTO**

Não se olvide que técnica da ponderação é criticada por alguns doutrinadores brasileiros, e com contundência. Por todos, cite-se a posição de Lênio Luiz Streck, jurista de grande destaque no País, conforme suas colunas publicadas no informativo *Consultor Jurídico*.

Em um de seus mais recentes textos, argumenta o respeitado professor:

[...] surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abalroamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são... normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de ‘ponderação de regras’ não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais ‘normas-que-entram-em-colisão’ seriam os tais ‘postulados’, ‘meta-normas’ pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> LOPES, Lucas Miotto. EU não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, n. 45, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, julho a dezembro de 2014.

<sup>21</sup> STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. Consultor Jurídico. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

E arremata, propondo o veto ao comando pela Presidente da República, o que não ocorreu:

[...] quem disse que a ponderação (seja lá o que o legislador quis dizer com essa expressão) é necessária? Por exemplo, é possível demonstrar que essa história de colisão não passa de um *álibi* retórico para exercer a escolha arbitrária. Posso demonstrar que onde se diz existir uma 'tal' colisão, na verdade o que existe é apenas um artifício para exercitar uma 'livre escolha'. Jusfilósofos como Juan Garcia Amado ironizam essa 'manobra pseudoargumentativa' que é lançar mão da ponderação. O caso Elwanger é um bom exemplo, em que nada havia a 'ponderar' (o melhor texto sobre isso é de Marcelo Cattani): bastava aplicar a lei que dizia que racismo é crime hediondo. Na verdade, posso demonstrar que o argumento da 'colisão' sempre chega atrasado. Sempre.<sup>22</sup>

Na opinião do presente autor, em tais aspectos, a crítica não se sustenta, sendo pertinente expor nossas razões. Começando pelo final do texto de Lênio Streck, a ponderação é, sim, necessária para resolver os casos de difícil solução, como os que aqui foram mencionados. Como solucionar o dilema entre a liberdade de imprensa e a imagem? Aplicando pura e simplesmente o art. 20 do Código Civil? Ora, isso conduziria à censura, a uma solução inconstitucional. E como resolver o caso antes descrito, relativo ao direito de não saber e os interesses coletivos relativos ao exame de HIV positivo?

Em reforço, não acreditamos que a ponderação seja um ato de livre escolha, totalmente sem critérios. Essa é a *má ponderação*, conforme o alerta do Ministro Luís Roberto Barroso, aqui antes exposto. Nos termos do que consta do Novo CPC, seguindo as lições de Alexy, a *boa ponderação* sempre deve ser fundamentada e utilizada em casos excepcionais, quando a lei não traz a correta solução.

Seguindo nos rebates aos argumentos de Streck, o aumento de poder do julgador nos parece saudável. Isso tem sido incrementado pelas legislações contemporâneas não só no Brasil, como na Europa, baseadas em conceitos abertos, construções legais indeterminadas e cláusulas gerais. O próprio Código de Processo Civil de 2015 confirma essa tendência, conforme antes desenvolvido.

Acrescente-se que, quando da iminência da entrada vigor do Código Civil de 2002, criticava-se o fato de essa legislação material trazer um sistema aberto, que criaria a *ditadura dos juízes*. Em mais

---

<sup>22</sup> STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. Consultor Jurídico. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

de dez anos de sua vigência, isso não se concretizou. Muito ao contrário, verificou-se que a codificação material se tornou uma lei de toda a comunidade jurídica, e em um sistema democrático, as cláusulas gerais têm sido corretamente preenchidas. Acreditamos que o mesmo caminho será trilhado pelo Novo Código de Processo Civil nos próximos anos.

Pelo sistema de cláusulas gerais, o legislador reconhece que não pode prever tudo, resolver tudo, e atribui um pouco de seu poder aos julgadores. Qual sistema jurídico seria melhor do que esse? Aquele pautado na estrita legalidade? Ora, o *legalismo* não vingou, está superado. É o momento de abrir os sistemas jurídicos. Por que não confiar nos julgadores, deixando a fé somente no legislador?

Em complemento, reafirme-se que para os casos antes expostos não parecer haver outra maneira para resolver os problemas que não seja pela técnica da ponderação. Há tempos a ponderação é utilizada pelos civilistas para resolver os problemas que lhe são levados a conhecimento, especialmente por aqueles que seguem a visão civil-constitucional do sistema jurídico brasileiro. Na seara doutrinária, resumindo a posição de muitos autores de Direito Civil, vale citar o teor do Enunciado n. 274, da IV *Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

O mesmo deve ser dito nas hipóteses fáticas a seguir analisadas, específicas do âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

## **5 APLICAÇÕES DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO PARA RESOLVER PROBLEMAS DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES NO BRASIL**

Quando do X Congresso Brasileiro de Direito de Família e das Sucessões, realizado pelo IBDFAM em outubro de 2015, aprovou-se enunciado programático reconhecendo a viabilidade do uso da técnica da ponderação para resolver os problemas relativos ao Direito de Família e das Sucessões. Nos termos literais do Enunciado n. 17 do IBDFAM, seguindo proposta deste autor, “a técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”. Nesse contexto, podemos citar pelo menos três hipóteses

em que a ponderação é eficiente para resolver as contendas, sem prejuízo de outras situações.

A primeira situação diz respeito à obrigatoriedade de realização do exame de DNA em ação de investigação de paternidade. Sobre o tema, sempre discorreram muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, frequentemente citados em nossos textos. Lembram esses doutrinadores contemporâneos que:

Em artigo publicado no site do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: 'No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai'.<sup>23</sup>

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos fundamentais ou de personalidade. De um lado está o direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade, o direito à verdade biológica que envolve a dignidade do suposto filho. Do outro, há o direito à integridade física e intimidade do suposto pai, que também diz respeito à sua dignidade. Qual desses direitos deve prevalecer? Mais uma vez, ao presente autor parece não existir outra saída para solucionar o dilema que não seja pela adoção da técnica de ponderação.

Como é notório, o Supremo Tribunal Federal ponderou, por maioria e com grande divergência, a favor do direito do suposto pai, entendendo pela não obrigatoriedade da realização do exame de DNA. Vejamos o teor da ementa do julgamento:

Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feita

---

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 455.

do Exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado 10.11.1994, DJ 22.11.1996, p. 45.686).

Desse modo, entendeu-se pela proteção dos direitos de quarta geração ou dimensão, aqueles relacionados com o patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Como bem aponta Mônica Aguiar, professora da Universidade Federal da Bahia, o julgado acaba representando a tutela do *Habeas Genoma*. Suas palavras merecem destaque, propondo uma nova medida processual para a proteção dos dados biológicos, que não foi adotada pelo Novo CPC, infelizmente:

Outrossim, há que ressaltar que a informação genética é única, singular, haja vista que todo indivíduo é geneticamente irrepitível. Os dados dos genótipos são inalteráveis. [...] A proteção desse direito há de ser garantida pela construção de um instrumento processual próprio intitulado *Habeas Genoma*, que deve ser preferencialmente preventivo para assegurar que não ocorra o acesso ilícito aos dados pessoais do genoma humano.<sup>24</sup>

De toda sorte, nota-se que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter entendido pela prevalência dos direitos do suposto pai, diante da não obrigatoriedade do exame, a solução dada foi no sentido da incidência de uma presunção relativa ou *iuris tantum* da paternidade. Como se percebe, acabou por prevalecer o direito do pai em não se submeter ao exame, mas a solução final foi contra os seus interesses, pela existência da citada presunção. Tal tipo de solução é perfeitamente possível nos casos envolvendo a ponderação, ou seja, na expressão machadiana, “ao vencedor, as batatas”!

Consigne-se que essa decisão superior acabou por influenciar a redação dos arts. 231 e 232 do Código Civil de 2002, segundo os quais, respectivamente, “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” e “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Influenciou, ainda, a Súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2004, *in verbis*: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz

---

<sup>24</sup> AGUIAR, Mônica. Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um *habeas genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 203.

presunção *juris tantum* de paternidade”. Por fim, cite-se a ainda mais recente, e até dispensável, Lei n. 12.004/2009, que introduziu o art. 2º-A na Lei n. 8.560/1992, com o seguinte teor:

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Como se nota, a ponderação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal acabou por ser positivada na lei, outro efeito salutar que pode advir da técnica.

Ademais, a *decisum* analisada concretizou na prática a máxima constitucional segundo a qual *ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo*, com amplas consequências não só para o Direito Civil, mas também para outras searas, como no caso da impossibilidade de se obrigar fisicamente os motoristas a se submeterem ao teste do bafômetro.

Exposta essa primeira ilustração, como outro exemplo a respeito da ponderação há uma forte tendência material e processual em apontar a relativização da coisa julgada, particularmente nos casos envolvendo as ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por ausência de provas, em momento em que não existia o exame de DNA. Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 109 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que: “A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando”.

No âmbito da doutrina, muitos juristas são favoráveis a tal relativização.<sup>25</sup> Nessa linha, entre os civilistas, Maria Helena Diniz sustenta que,

sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a revisão da coisa julgada (RT, 802:213) para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito ao respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de

---

<sup>25</sup> Veja, a esse propósito, os já clássicos textos de Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Cândido Rangel Dinamarco em obra coordenada por Carlos Valder do Nascimento (NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002).

insuficiência probatória e, além disso, o registro público deve conter a verdade real.<sup>26</sup>

Todavia, alguns processualistas criticam veemente essa tendência de mitigação, como é o caso, por exemplo, de Nelson Nery Jr.<sup>27</sup> Em suas aulas e exposições, o jurista continua a apontar que algo próximo da relativização da coisa julgada foi utilizado na Alemanha nacional-socialista, para que Adolf Hitler impusesse o seu poder. Em outras palavras, para o renomado jurista, a referida relativização traria um precedente perigosíssimo, que poderia até ser utilizado por pessoas com pretensões totalitárias.

Contudo, apesar de tais resistências, pela relativização, em casos excepcionais várias são as manifestações favoráveis entre os civilistas. Em seu primeiro precedente sobre o tema, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de relativização da coisa julgada material em situações tais, em caso envolvendo ação de investigação julgada improcedente em momento anterior, em que não existia o exame de DNA no Brasil.

Conforme se retira desse notório acórdão, que teve como relator o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,

[...] não excluía 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 a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e 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. Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. 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

---

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 555-556.

<sup>27</sup> "A supremacia da Constituição é a própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito." (NERY JR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 598).

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'. (STJ, REsp 226.436/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28.06.2001, DJ 04.02.2002, p. 370).

Reafirme-se que, pelo que consta da ementa do julgado, é possível uma nova ação para a prova da paternidade, se a ação anterior foi julgada improcedente, por insuficiência de provas, em momento em que não existia o exame de DNA. O que se percebeu, na realidade, foi uma solução do caso concreto a partir da utilização da técnica de ponderação, adotada expressamente pelo Novo CPC.

Nota-se que, na hipótese em questão, estão em conflito a proteção da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988) e a dignidade do suposto filho de saber quem é o seu pai (art. 1º, III, da CF/1988). Nessa colisão entre direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se favoravelmente ao segundo, de maneira correta.

Pontue-se que, da mesma forma e em 2011, decidiu o Supremo Tribunal Federal de maneira similar, conforme julgado publicado no seu *Informativo* n. 622. Merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli:

Reconheceu-se a repercussão geral da questão discutida, haja vista o conflito entre o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, concretizada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5º, LXXIV) e no dever de paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º), de outro. [...] A seguir, destacou a paternidade responsável como elemento a pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares. Nesse sentido, salientou o caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade. Aduziu existir um paralelo entre esse direito e o direito fundamental à informação genética, garantido por meio do exame de DNA. No ponto, asseverou haver precedentes da Corte no sentido de caber ao Estado providenciar aos necessitados acesso a esse meio de prova, em ações de investigação de paternidade. Reputou necessária a superação da coisa julgada em casos tais, cuja decisão terminativa se dera por insuficiência de provas [...]. Afirmou que o princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da

verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim. (STF, RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 07.04.2011).

Mais uma vez, a questão foi claramente resolvida pela técnica da ponderação.

Expostas essas duas concreções relativas ao âmbito do Direito de Família, também na seara do Direito das Sucessões a ponderação tem múltiplas incidências. Entre tantas, podemos aqui destacar algumas interpretações relativas ao direito real de habitação do cônjuge e do companheiro.

No que diz respeito ao cônjuge, tal direito está expressamente tratado pelo art. 1.831 do Código Civil, segundo o qual ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento, é reconhecido o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Consigne-se que, no sistema do Código Civil de 1916, tal direito somente era reconhecido ao cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens (art. 1.611).

A respeito do companheiro, não há norma específica sobre o mesmo direito real. Todavia, prevalece o entendimento pela sua incidência, diante da não revogação do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996, *in verbis*: “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”. Como se pode perceber, existem diferenças textuais entre as duas categorias, uma vez que o direito real de habitação do cônjuge é restrito ao único imóvel de residência do casal; o que não está previsto na última norma, que apenas estabelece a condição de sua persistência no caso de o companheiro não se casar ou constituir nova união.

Pois bem, apesar de uma grande controvérsia inicial sobre a persistência ou não do direito real de habitação do companheiro, diante da ausência de previsão legislativa, a questão acabou por encontrar certo grau de pacificação. No âmbito da doutrina, resumindo a posição amplamente majoritária, merece destaque o Enunciado n. 117 do CJE/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, com o seguinte texto: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/1988”. A menção ao dispositivo constitucional já demonstra uma *ponderação doutrinária em favor da tutela da moradia*.

Na jurisprudência, por todos, merece destaque o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, que não deixa qualquer dúvida:

[...] é entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. (REsp 1.203.144/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.05.2014, DJe 15.08.2014).

Para afastar qualquer dúvida, talvez seja o momento de o Tribunal da Cidadania editar uma sumular com essa afirmação.

Deve ser esclarecido que esse direito real recai sobre a coisa, conforme o art. 1.225, inciso VI, da codificação material, dando ao habitante, seu beneficiado, o direito de residir no bem, sem a necessidade de pagamento de qualquer valor aos demais herdeiros, caso de eventuais alugueis. A propriedade do bem é atribuída a quem de direito, caso do herdeiro legítimo ou testamentário, mantendo-se a restrição real, que não impede a venda do imóvel para terceiros. A propriedade do bem clausulado pode ser vendida, mas não o direito real de habitação, que é inalienável, como o é o usufruto, por combinação dos arts. 1.393 e 1.416 do Código Civil.

Trata-se do mais restrito dos direitos reais sobre coisa alheia, pois, em tese, autoriza o seu uso apenas com os fins de residência, não concedendo a utilização para outras finalidades, ou a retirada de frutos, caso da locação, como ocorre no usufruto. Em sua literalidade, enuncia o art. 1.414 do CC/2002 que, “quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”. De toda sorte, entendemos que essa regra pode ser quebrada, diante da proteção constitucional da moradia, ponderando-se a favor desse direito.

De início, imagine-se que o cônjuge loque esse imóvel por questão de necessidade mínima, utilizando o aluguel da coisa para a locação de outro bem, destinado para a sua moradia. Nessas situações, entende o presente autor que o direito pode ser mantido, conforme decidiu, analisando socialmente a questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Inventário. Bem locado. Direito real de aquisição do cônjuge sobrevivente. Ainda que o cônjuge não resida no imóvel, sendo este o único bem, possui direito real de habitação. Estando o imóvel locado, e

sendo o valor dos aluguéis utilizados na subsistência do cônjuge, o valor deve ser auferido integralmente pelo cônjuge. Deram parcial provimento. (TJRS, Agravo 70027892637, 8ª Câmara Cível, Caxias do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.03.2009, DOERS 20.03.2009, p. 40).

Em complemento e acompanhando em parte essa forma de julgar, cite-se ementa do Tribunal Paulista, que confirmou a existência do direito real de habitação mesmo estando parte do imóvel locado a terceiros. Nos termos da correta e justa decisão:

[...] *de cujus* que era casado com a apelante em regime de separação de bens. Direito do cônjuge supérstite a permanecer no imóvel de residência comum do casal. Locação da edícula localizada nos fundos da casa principal que não impede o direito real de habitação. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível 0331626-38.2007.8.26.0577, Acórdão 6388912, 8ª Câmara de Direito Privado, São José dos Campos, Rel. Des. Helio Faria, j. 05.12.2012, DJESP 14.01.2013).

Cabe pontuar que a proteção desse direito real de habitação *ex vi lege* é muito próxima da tutela do bem de família legal, constante da Lei n. 8.009/90. Essa importante lei especial considera como impenhorável, de forma automática, o imóvel destinado para a residência da entidade familiar, proteção ampliada pela jurisprudência também ao imóvel onde reside a pessoa solteira, como consta da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.

Igualmente, em um sentido de necessária ampliação para a tutela da moradia, entende há tempos o Superior Tribunal de Justiça que também é bem de família, e, portanto, impenhorável, o único imóvel locado a terceiro, cujo produto da locação é utilizado para alugar outro imóvel, esse sim destinado à moradia (entre os mais antigos precedentes: STJ, REsp 159.213/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.04.1999, DJ 21.06.1999, p. 162). A questão se consolidou de tal forma que, em 2012, a Corte Superior editou a Súmula 486, *in verbis*: “Único imóvel residencial alugado a terceiros é impenhorável, desde que a renda obtida com o aluguel seja para subsistência do proprietário”. O presente autor denomina tal situação como do *bem de família indireto*. De forma similar, aqui, pode-se falar em *direito real de habitação indireto*, raciocínio que de forma equânime serve para a tutela do direito real de habitação do companheiro.

No que toca à constituição de uma nova família pelo habitante, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge sobrevivente não tem boas condições econômicas e financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis.

Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, sendo necessário ponderar a favor da moradia e da família, a partir dos valores constantes dos arts. 6º e 1º, inciso III, do Texto Maior. Cite-se, ainda, o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade.

Em suma, é o caso concreto que vai determinar se o direito real de habitação do cônjuge ou do companheiro persiste ou não. A propósito de outra situação fática, em que o cônjuge já é proprietário de outro imóvel, a solução deve ser a mesma. Assim, se o falecido, casado por separação obrigatória, deixou dois filhos que não possuem casa própria e a esposa, que já tem um imóvel anterior, o direito real de habitação pode não ser atribuído à última, para a efetiva tutela da moradia dos filhos.

Nota-se que, tratando-se de proteção da moradia, direito social e fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988, não é possível trabalhar com ideias fechadas e imutáveis, sendo viável sempre buscar socorro na técnica da ponderação.

## 6 CONCLUSÃO

Diante deste artigo, chegou-se às seguintes conclusões:

a) A técnica de ponderação foi adotada expressamente de forma salutar pelo art. 489, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, sendo uma de suas elogiáveis inovações. Trata-se de mecanismo argumentativo há tempos utilizado pelos civilistas brasileiros, para a resolução de casos concretos, conforme o Enunciado n. 274, da *IV Jornada de Direito Civil*, de 2006.

b) O Novo CPC adotou apenas em parte as lições de Robert Alexy sobre a técnica da ponderação, desenvolvida para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. A *ponderação à brasileira*, em tom mais amplo, diz respeito não só a esses direitos, mas também a normas e regras.

c) A ponderação tem-se mostrado como técnica eficiente no Brasil para resolver os dilemas e conflitos entre o direito à imagem e o direito à informação. Cite-se, a esse propósito, a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento relativo às biografias não autorizadas. O seu uso deve ser apenas em casos excepcionais, quando a lei foi ausente ou insuficiente para a solução do caso concreto.

d) Este artigo demonstrou que não se sustentam as críticas feitas ao uso da ponderação, especialmente aquelas desenvolvidas pelo

jurista Lênio Streck, que alega a sua inconstitucionalidade. Muito ao contrário, trata-se de um artifício constitucional, que deve ser incrementado nos próximos anos, para apresentar caminho de resolução às hipóteses fáticas complicadas ou de difícil solução.

e) No âmbito do Direito de Família, a técnica da ponderação é meio eficiente para resolver os dilemas e as contendas. Este estudo demonstra, nesse contexto, a inviabilidade da obrigatoriedade do exame de DNA, acarretando a sua negativa à presunção relativa da paternidade. Expõe também que a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade tem sido a solução adequada para resolver contendas pelos Tribunais Superiores, a partir da ponderação.

f) Na seara do Direito das Sucessões, a ponderação a favor da moradia, prevista no art. 6º da Constituição da República, deve entrar em cena para a proteção do direito real de habitação do cônjuge e do companheiro.

g) Sintetizando as linhas mestras deste estudo, pontue-se a aprovação, no X Congresso de Direito de Família, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em 2015, de enunciado programático, no sentido de ser a técnica da ponderação meio eficiente para resolver os problemas relativos ao Direito de Família e das Sucessões.

## 7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um *habeas genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – Parte geral*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

FUX, Luiz; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC comparado*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

LOPES, Lucas Miotto. EU não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, n. 45, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, julho a dezembro de 2014.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.



# A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER NOS LITÍGIOS DE FAMÍLIA

*Mário Luiz Delgado*

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP).  
Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).  
Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A violência doméstica e familiar. 3. A violência patrimonial no curso das ações de família. 3.1. Subtração de bens, valores e direitos ou recursos econômicos. 3.2. Destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho e documentos pessoais. 3.3. Retenção de bens, valores e direitos ou recursos econômicos. 4. Dificuldades para punir a violência patrimonial. 5. Medidas protetivas para coibir a violência patrimonial no curso das ações de família.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), sempre festejada pelo grande avanço que representou no combate à violência doméstica contra a mulher, completou nove anos em 7 de agosto de 2015. Muito se tem escrito e debatido sobre o que mudou no panorama da violência doméstica nesse período. Infelizmente essa dura realidade, fruto das desigualdades histórico-culturais<sup>1</sup> existentes entre os sexos, ainda permanece. A luta contra as diferenças de gênero persiste.

Em artigo publicado no CONJUR, Rodrigo da Cunha Pereira divulga dados do Data Senado com “números constrangedores, que deveriam escandalizar a nossa consciência civilizatória: uma em cada

---

<sup>1</sup> Desde os tempos do Antigo Testamento, passando pelo Império Romano até a Europa feudal e chegando à América do século XX, subsiste a ideia de que os homens são superiores às mulheres. Quase todas as leis religiosas, tais como a Bíblia Cristã, o Talmude, o Alcorão, o Livro dos Mórmons, pregam a superioridade masculina, concedendo ao homem o direito de dominar a mulher. E os conceitos machistas foram transportados para as leis seculares e vigoram até hoje em muitos países.

cinco brasileiras é vítima de violência doméstica ou familiar. O maior número de agressões recai sobre as que têm menos escolaridade. O inimigo está dentro de casa ou já foi de casa. Os maridos ou companheiros são os responsáveis por 49% dessa barbárie; e ex-maridos ou ex-namorado, por 21%; os namorados, por 3%".<sup>2</sup>

Apesar disso, seria injusto negar o contributo da lei para a melhoria das condições da mulher no cenário da violência doméstica, especialmente no que tange à impunidade dos agressores.

A Lei Maria da Penha não criou novos tipos penais, mas propiciou uma releitura dos tipos penais existentes, ao mesmo tempo em que assegurou, no âmbito do processo penal, um tratamento diferenciado e protetivo da mulher (discriminação positiva), de modo a suprir as diferenças decorrentes do gênero. Ela mudou a forma de se interpretar a tipificação penal tradicional, ampliando o conceito de violência doméstica para abarcar certas condutas que antes eram excluídas dos tipos penais.

Além da violência física, sempre a face mais chocante da violência doméstica, a lei elasteceu a moldura normativa, possibilitando a incorporação na tipificação de outras formas de violência doméstica e familiar em razão do gênero, as quais, apesar de muito frequentes, eram pouco invocadas como instrumentos de proteção à mulher agredida.<sup>3</sup>

Nas demandas em curso nas Varas de Família, especialmente nos processos de divórcio com partilha de bens e de alimentos, são abundantes os crimes praticados contra o cônjuge-virago e que passam despercebidos pelos advogados não militantes na advocacia criminal. Especialmente crimes de ordem patrimonial, praticados em decorrência de uma relação assimétrica de poder contra quem se encontra em desvantagem e em situação de hipossuficiência, justamente por ser

---

<sup>2</sup> REVISTA Consultor Jurídico, 6 set. 2015.

<sup>3</sup> HABEAS CORPUS – LEI MARIA DA PENHA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA – DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/06 – PREVISÃO LEGAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NEGATIVA DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS – DENEGAÇÃO DA ORDEM. Os crimes de violência doméstica, em geral, são praticados no âmbito familiar, não havendo, pois, testemunhas presenciais, pelo que a palavra da vítima é suficiente para o deferimento de medidas protetivas. Não incorre em cerceamento de defesa o deferimento de tais medidas imediatamente, sem a manifestação do Ministério Público ou a oitiva do suposto agressor, porquanto se trata de medida cautelar para coibir e prevenir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. A violência doméstica e familiar não envolve somente a violência física e a sexual, mas também a violência psicológica, patrimonial e moral. Havendo, na narrativa da vítima, descrição de violência psicológica ou, até mesmo, moral, configurado está o crime, em tese, insculpido no § 9º, do art. 129, do Código Penal. Ordem denegada. (TJMG – Habeas Corpus Criminal 1.0000.09.489855-8/000, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31.03.2009, publicação da súmula em 17.04.2009). (Grifos nossos).

mulher. Estamos nos referindo à violência patrimonial contra a mulher, que vem a ser espécie do gênero violência doméstica e familiar.

Nos conflitos conjugais, a violência patrimonial mais conhecida é aquela praticada mediante destruição de bens materiais e objetos pessoais<sup>4</sup> ou a sua retenção indevida, nos casos de separação de fato, no afã de coagir a mulher a retomar ou a manter-se na convivência conjugal.

Entretanto, a violência patrimonial pode ser engendrada por formas mais sutis e que, justamente por isso, não são analisadas pelo operador do Direito sob o aspecto criminal. O atentado contra o patrimônio da mulher também pode ser praticado, por exemplo, pelo marido que subtrai ou faz uso exclusivo dos bens comuns ou pelo devedor de alimentos que retém o pagamento da verba devida ao ex-cônjuge.

É sobre esse aspecto da violência doméstica que nos propomos a refletir neste trabalho.

## **2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

A violência doméstica e familiar contra a mulher caracteriza forma específica de violação dos direitos humanos.<sup>5</sup> Essa violação é representada por qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial e tenha sido praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou no âmbito de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A lei também é clara quando enuncia que a sua aplicação independe de orientação sexual. E por isso a lei pode ser invocada mesmo quando o autor da agressão for outra mulher. O que se pretende coibir é a opressão contra a mulher em decorrência de uma questão de gênero enquanto relação assimétrica de poder, podendo figurar como agentes do tipo penal tanto homens quanto mulheres. A mulher agressora, no caso, age como se fosse homem.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Essa manifestação da violência patrimonial é mais relatada nas situações em que o agressor quebra móveis e eletrodomésticos, atira objetos pela janela, rasga roupas e documentos, fere ou mata animais de estimação.

<sup>5</sup> A Organização Mundial de Saúde, por sua vez, considera esse tipo de violência como uma questão de saúde pública.

<sup>6</sup> EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA PRETÉRITA. VULNERABILIDADE DEMONSTRADA PELA RELAÇÃO DE AFETO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. 1. De acordo com o art. 5º da Lei n. 11.340/2006, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para processar e

Já na relação entre dois homens, ou mesmo na relação entre homem e mulher, figurando o homem como vítima da violência, não é possível a aplicação da Lei Maria da Penha, por força da interpretação necessariamente restritiva das normas sancionadoras.<sup>7</sup>

A Lei Maria da Penha não criou o crime de violência doméstica, mas, ao definir e especificar as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitiu uma tipificação mais eficiente dos crimes já previstos na legislação.

A violência doméstica não se expressa apenas pela *violência física*, relacionada às ofensas à integridade ou saúde corporal, mas também pela *violência psicológica*, representada por qualquer conduta que cause prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação e à autoestima da mulher (ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir, etc); pela *violência sexual*, que consiste em constranger a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; pela *violência moral*, praticada por meio de calúnia, difamação ou injúria.

E, finalmente, pela *violência patrimonial*, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais,

---

julgar infrações penais cuja motivação seja a opressão à mulher, podendo figurar como sujeito ativo tanto homens quanto mulheres. 2. No caso em tela, a violência decorreu de relação homoafetiva pretérita entre mulheres, estando caracterizada a situação de vulnerabilidade por conta da relação de afeto. Ademais, o fato de as contendoras não residirem sob o mesmo teto não descaracteriza a violência doméstica, eis que, conforme art. 5º, III, da Lei Maria da Penha, e art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, pode ocorrer em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação". 3. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido.(TJAM- Recurso em Sentido Estrito n. 0204416-91.2014.8.04.0020. Relatora : Carla Maria Santos dos Reis). (Grifos nossos).

<sup>7</sup> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. VÍTIMA. HOMEM. A Lei Maria da Penha foi criada para dar proteção à mulher. Quando a vítima do crime for um homem, não se aplica a Lei Maria da Penha. No caso, a imputação é de crime contra a honra do companheiro, por ter este sido ofendido sob a imputação de ter se apoderado de dinheiro da sogra. No caso criminal concretizado em juízo, é o homem que se sentiu vítima, pelas ofensas e não as mulheres (autoras das ofensas). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. (Conflito de Jurisdição n. 70042334987, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19.05.2011). Entretanto, se a vítima, não obstante fisicamente homem, for transexual, já decidiu o TJSP pela aplicação da Lei Maria da Penha. (Grifos nossos).

bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Não são novos crimes, mas uma nova visão sobre os mesmos crimes sancionados no Código Penal, desde que praticados contra a mulher em razão do gênero.<sup>8</sup> A maioria das manifestações da violência doméstica e familiar descritas na Lei n. 11.340 possui os seus correspondentes típicos no Código Penal.

As penas cominadas a quem pratica a violência doméstica e familiar, portanto, são as mesmas prognosticadas no Código Penal para os crimes contra a integridade física, contra a honra ou contra o patrimônio, a depender do núcleo da conduta praticada. Como reflexo processual da tipificação, e pretendendo atribuir maior efetividade à norma repressora, a lei estabelece ser proibida a aplicação, nos casos de crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

Recentemente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda entendeu incabível, nos crimes cometidos com violência doméstica, a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.<sup>9</sup>

### **3 A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL NO CURSO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA**

A Lei n. 11.340 define a violência patrimonial contra a mulher como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.<sup>10</sup> Em outras palavras, a violência patrimonial está nucleada em três condutas: subtrair, destruir e reter. Como a Lei Maria da Penha não alterou a tipologia e disposições materiais relativas aos crimes patrimoniais, apenas ampliando o rol das

---

<sup>8</sup> Esse é o *punctum saliens*: diferenciar os crimes em que a vítima pertence ao gênero feminino daqueles em que o crime é cometido contra a mulher em razão do gênero.

<sup>9</sup> A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) indeferiu Habeas Corpus (HC 129446) no qual a Defensoria Pública da União (DPU) pedia a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos a um condenado à pena de três meses de detenção, em regime aberto, pelo crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico contra a esposa.

<sup>10</sup> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

condutas que caracterizam a violência doméstica e familiar, passemos agora ao necessário enquadramento de cada uma dessas condutas no tipo penal respectivo.

### **3.1 Subtração de bens, valores e direitos ou recursos econômicos**

O verbo subtrair conduz inicialmente a um tipo penal por todos conhecido: o furto, previsto no art. 155 do Código Penal.<sup>11</sup> Se a subtração se deu com emprego de violência, temos o tipo denominado roubo.<sup>12</sup> Assim, incorre nessa conduta típica tanto o cônjuge ou companheiro que subtrai às escondidas valores da mulher para compra de bebidas ou drogas (situações mais comuns),<sup>13</sup> como aquele que subtrai da mulher a parte que lhe cabia dos bens comuns, alienando o automóvel ou os móveis da casa ou até mesmo o animal de estimação. Nas lições de Scarance Fernandes, “na violência doméstica e familiar contra a mulher, o furto diz respeito à subtração de bens particulares da vítima ou à parcela da mulher na meação dos bens comuns”.<sup>14</sup>

Às vezes a subtração ocorre com a finalidade de causar dor ou dissabor à mulher, pouco importando o valor dos bens subtraídos. A jurisprudência tem reconhecido a violência patrimonial nessas situações e, inclusive, afastado o princípio da bagatela.<sup>15</sup> São situações muito comuns, mas infelizmente pouco levadas à esfera jurisdicional.

---

<sup>11</sup> Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

<sup>12</sup> Art. 157 – Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

<sup>13</sup> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO POR ABUSO DE CONFIANÇA (ART. 155, § 4º, II, DO CÓDIGO PENAL). (...). O agente que comercializou os bens subtraídos da residência da vítima para adquirir substância entorpecente pratica o crime de furto consumado, pois houve a inversão da posse. – A recuperação da coisa furtada não implica na atipicidade da conduta delituosa. – Configura abuso de confiança a conduta do agente que, logo após sair de clínica para tratamento de dependentes químicos, consegue abrigo por liberalidade da sua ex-companheira e subtrai parte da mobília que guarnece a parte da residência que foi entregue para hospedagem. Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovemento do recurso. – Recurso conhecido e desprovido. (TJ-SC – ACR: 486201 SC 2010.048620-1, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 11.08.2011, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal, de São João Batista). (Grifos nossos).

<sup>14</sup> FERNANDES, Valéria Dias Sacarance. Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106.

<sup>15</sup> APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – ALTA REPROVABILIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE DOLO – INOCORRÊNCIA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – NECESSIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. – Constatada a maior reprovabilidade de que é dotado o furto praticado durante o repouso noturno, contra a ex-companheira, a favor de quem já existiam medidas protetivas de urgência deferidas contra o recorrente e, ainda, mediante o rompimento de obstáculo, resta inviabilizado o reconhecimento do princípio da insignificância. – Tampouco se revela cabível a absolvição do recorrente ao argumento de ausência de dolo, havendo o autor confessado em juízo a retirada não autorizada dos bens da vítima, sendo irrelevante o objetivo de lucro, não se fazendo comprovada nos autos, ainda, a sua intenção de apenas chatear a

Ressalte-se, finalmente, que não é todo e qualquer furto contra a mulher, ainda que praticado por ex-cônjuge ou ex-companheiro, que irá caracterizar a violência patrimonial. É preciso que a subtração ocorra em situação de violência doméstica, ou seja, em razão do gênero. Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão do TJRJ, que afastou a aplicação da Lei Maria da Penha, por considerar, no caso concreto, que o crime teria sido cometido ainda que a vítima não fosse mulher:

APELAÇÃO. FURTO SIMPLES EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO A REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, DE MOLDE A VER CONDENADO O RECORRIDO NAS PENAS DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DA LEI n. 11.340/06. Antes do exame da pretensão condenatória manifestada pelo Parquet, cumpre verificar a existência dos requisitos necessários para a aplicação da Lei n. 11.340/06. A incidência da referida Lei, reclama a presença cumulativa de três vetores que caracterizam a situação de violência doméstica e familiar, representadas pela existência, passada ou atual, de relação íntima de afeto entre agressor e vítima, a violência de gênero direcionada à prática delitiva contra mulher, e a situação de vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor. A Terceira Seção do Superior Tribunal firmou entendimento de que o legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, teve em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais, consignando que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem ou de outra mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade (CC n. 88.027/MG, Ministro OG FERNANDES). Tal orientação encontra-se consolidada naquela E. Corte de Justiça, como se vê do julgado relatado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (HC 175.816/RS), onde restou pontuada a necessidade de ser empregada interpretação restritiva ao referido Diploma Legal. No caso, o Ministério Público denunciou o apelante pelo crime furto simples, afirmando que ele teria subtraído determinada quantidade em dinheiro pertencente a sua ex-companheira. A inicial afirma que tal conduta teria ocorrido quando “denunciado estava visitando sua filha na residência da vítima, e quando esta se distraiu o denunciado subtraiu a *re furtiva* da bolsa da vítima, se evadindo do local em seguida”. No entanto, de acordo com o relato da ex-companheira do recorrente em juízo, a mencionada subtração não ocorreu, como afirmado na denúncia, na sua residência, mas sim na residência de uma vizinha da sua mãe, que mora no andar de baixo.

---

ofendida, mormente em se considerando que os bens não foram devolvidos espontaneamente. -Inadequadamente sopesadas as circunstâncias judiciais a permearem a prática delitiva, impõe-se o redimensionamento da pena imposta. (TJ-MG - APR: 10134130002212001 MG, Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 12.02.2015, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02.03.2015). (Grifos nossos).

Também não foi confirmado que o apelado estava naquele local para a visitação dos filhos. A lesada informou que a subtração teria acontecido quando ela subiu para ir até a casa da sua mãe e deixou a bolsa no sofá. Quando retornou, a moradora da casa onde ambos se encontravam teria dito que o recorrido havia pegado algo na bolsa e saído correndo. Ao examinar a bolsa, constatou que o dinheiro não estava mais lá. A ex-companheira do apelado fez questão de esclarecer ao Juízo que “não é a primeira vez que ele mexe nas coisas dos outros”. Pelos poucos elementos que se tem nos autos, não é possível enquadrar a conduta como sendo de violência doméstica e familiar, na modalidade de violência patrimonial (art. 7º, inciso IV). A suposta lesada e o apelado viveram juntos e possuem filhos em comum. Estão separados há cerca de dois anos. A subtração do dinheiro teria ocorrido na residência de terceiros, onde ambos se encontravam por motivo não esclarecido nos autos. Segundo relato da própria lesada, não foi a primeira vez que o recorrido mexeu “nas coisas dos outros”, o que sugere que esse comportamento já tenha ocorrido anteriormente, tendo outras pessoas como lesadas. *Em relação à violência de gênero, não basta para seu reconhecimento que o sujeito passivo do crime seja mulher. É necessário que a violência se dê em razão do gênero, como forma de oprimir ou subjugar a mulher. No caso, a acusação é de subtração de dinheiro da ex-companheira. Contudo, pelas circunstâncias do fato, qualquer que fosse o sexo ou a condição do sujeito passivo, o crime poderia ter ocorrido da mesma forma, já que a própria lesada mencionou haver precedente da mesma conduta contra terceiros. Também não se percebe no episódio uma situação de vulnerabilidade da lesada em relação ao apelado, de modo a caracterizar um caso de opressão à mulher. O móbil do agir do apelado não teve qualquer relação com o gênero da suposta lesada. A Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é especial e, portanto, sua aplicação só se justifica quando verificada situação cujo suporte fático evidencie concretamente violência de gênero. A mera relação de parentesco, de convivência ou razão sentimental, por si só, não autoriza o regime jurídico diverso do comum.* Por consequência, tratando-se de crime de furto desvinculado da Lei n. 11.340/06, a competência para decidir o presente feito é do Juízo Criminal comum, devendo ser reconhecida a nulidade da sentença e dos demais atos proferidos no primeiro grau, desde o recebimento da denúncia, eis que originário de órgão jurisdicional absolutamente incompetente. PROCESSO ANULADO POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, na forma do voto do relator. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima epigrafadas, A C O R D A M, os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em RECONHECER E DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO, por incompetência absoluta do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital e determinar a remessa dos autos para o Juízo Criminal comum, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJ-RJ,

## 3.2 Destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho e documentos pessoais

O tipo penal correspondente à conduta de destruir ou danificar bens da mulher é o crime de dano, previsto no art. 163 do Código Penal.<sup>16</sup> Se o crime é cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, com emprego de substância inflamável ou explosiva, ou ainda por motivo egoístico (como é o caso do ciúme excessivo) temos o crime de dano qualificado, cuja pena passa a ser de detenção, de seis meses a três anos.<sup>17</sup>

Em regra, a apuração do crime de dano só se procede mediante queixa, ou seja, a ação penal é privada,<sup>18</sup> salvo se houver emprego de violência grave ameaça, substância inflamável ou explosiva, quando a ação de privada passa a ser pública incondicionada. Na maioria das situações, o crime de dano sempre está associado a outras formas de

<sup>16</sup> Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>17</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA IRMÃ DO RÉU. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA/DF. RECURSO PROVIDO. 1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. 2. Na espécie, apurou-se que o Réu foi à casa da vítima para ameaçá-la, ocasião em que provocou danos em seu carro ao atirar pedras. Após, foi constatado o envio rotineiro de mensagens pelo telefone celular com o claro intuito de intimidá-la e forçá-la a abrir mão “do controle financeiro da pensão recebida pela mãe” de ambos. 3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista o sofrimento psicológico em tese sofrido por mulher em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação. 4. “Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima.” (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 020.02.2009.) 5. Recurso provido para determinar que Juiz de Direito da 3.ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF prossiga no julgamento da causa.

(REsp 1239850/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16.02.2012, DJe 05.03.2012). (Grifos nossos).

<sup>18</sup> Essa, segundo Scarance, seria a maior dificuldade de aplicação da lei no tocante ao crime de dano. “Por se tratar em regra de ação penal privada, a vítima depende da contratação de um advogado ou da intervenção de um Defensor Público para ingressar com a queixa-crime. Caso não seja devidamente orientada na Delegacia, pode deixar transcorrer o prazo decadencial”. (Op. cit., p. 107). Infelizmente tem razão a autora e raríssimas são as queixas por crime de dano, como igualmente raras são aquelas decorrentes de crimes contra a honra. Essa é uma postura omissiva da vítima que só contribui com a impunidade. Contudo não se pode negar, por outro lado, que esse silêncio constitui um dos traços mais estigmatizantes da violência doméstica em qualquer lugar do mundo.

violência, como é o caso da ameaça, ou mesmo violência psicológica, como ocorre nas situações em que o agressor provoca a destruição de objetos de alto valor sentimental ou ainda a morte de animal de estimação, visando atingir a vítima em seu estado psíquico. Nesses casos, ocorrem dois crimes em concurso.

Outros tipos penais relacionados diretamente à conduta “destruir” estão dispostos nos arts. 151 e 305 do Código Penal. O art. 151 versa sobre o delito de violação de correspondência, que abrange a sonegação ou destruição de correspondência alheia, embora não fechada, e prevê pena de detenção, de um a três anos. O art. 305 trata da destruição, supressão ou ocultação de documentos, condutas sancionadas com pena de reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e de um a cinco anos de reclusão se o documento é particular.

No tocante, especificamente, à ocultação (ou retenção) de documentos, se essa conduta impossibilitar o exercício de qualquer direito trabalhista pela mulher, tem-se caracterizado, ainda, o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no art. 203 do CP, com pena de detenção de um ano a dois anos e multa.<sup>19</sup>

### 3.3 Retenção de bens, valores e direitos ou recursos econômicos

A violência patrimonial caracterizada pela conduta típica de reter bens ou valores tem a mesma natureza jurídica do seu tipo penal correspondente, que é a apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal.<sup>20</sup> A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa em depósito necessário, na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial, ou ainda em razão de ofício, emprego ou profissão.

Especificamente quanto à conduta de *reter* bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os *destinados a satisfazer as necessidades* do cônjuge ou companheiro, podemos vislumbrar uma série de condutas típicas e, portanto, criminosas, que não são levadas ao juízo competente para a devida apuração. E como se materializa essa conduta de “reter bens, valores e direitos ou recursos econômicos”?

---

<sup>19</sup> Art. 203 – Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei n. 9.777, de 29.12.1998) § 1º Na mesma pena incorre quem: (...) II – impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (Incluído pela Lei n. 9.777, de 1998).

<sup>20</sup> Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Ora, as formas são as mais diversas e todos os que militam na advocacia de família as conhecem muito bem.

O cônjuge meeiro que toma para si o quinhão dos bens móveis que deveria repassar à mulher, usufruindo sozinho dos frutos dos bens comuns, está se apropriando de bem móvel alheio. A conduta é semelhante àquela tipificada como *apropriação indébita previdenciária* e que consiste em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional (CP, art. 168-A). O meeiro deixa de repassar à meeira, por exemplo, os dividendos das ações de uma sociedade que pertencem aos dois.

Até a partilha dos bens, é corriqueiro que o cônjuge ou companheiro na posse dos bens amealhados durante a conjugalidade, pelo esforço comum e, por isso mesmo, reconhecidamente bens comuns partilháveis, sonegue ao meeiro a sua parte dos frutos, recebendo sozinho aquilo que seria destinado a ambos. A conduta do homem, receptor da integralidade dos alugueres de imóvel pertencente a ambos os cônjuges ou conviventes, por exemplo, equivale à retenção ou apropriação de bens ou recursos econômicos, exatamente como previsto na Lei n. 11.340/2006. Ou seja, apropriação indébita cometida com violência doméstica, na modalidade violência patrimonial.

Outra conduta que pode configurar a violência patrimonial, mediante a retenção de recursos econômicos, consiste em furtar-se ao pagamento de pensão alimentícia arbitrada em benefício da mulher, especialmente por se tratar de valor destinado a satisfazer necessidades vitais. Ora, o devedor de alimentos que, condenado ao pagamento de verba alimentar indispensável à subsistência da mulher, deixa, dolosamente, de cumprir com a sua obrigação, não estaria se apropriando indevidamente de valores que pertenceriam à mulher credora dos alimentos?<sup>21</sup>

O tipo previsto no art. 168 é essencialmente comissivo, ou seja, praticado mediante a ação de apropriar-se e o objeto material é a coisa móvel. O cônjuge alimentante que, mesmo dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar está, em outras palavras, retendo ou se apropriando de valores que pertencem à mulher, com o agravante de tais recursos destinarem-se à própria sobrevivência daquele cônjuge.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido o Enunciado aprovado no X CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, em outubro de 2015: “Enunciado 20. O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV da Lei n. 11.340/2006 (violência patrimonial)”.

E ainda que assim não o fosse, não sendo possível o enquadramento dessa conduta no tipo da apropriação indébita, a violência patrimonial do devedor de alimentos, de qualquer forma, estaria materializada pela prática do crime de abandono material, previsto no art. 244 do CP:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei n. 5.478, de 1968) Parágrafo único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei n. 5.478, de 1968)

O alimentante que frustra o pagamento de pensão alimentícia, sem demonstrar justa causa para o inadimplemento, responde pelo crime do art. 244. Não basta, naturalmente, o mero inadimplemento, suficiente para decretação da prisão civil, sendo necessário que o inadimplemento da pensão alimentícia judicialmente acordada não tenha causa justa, decorrendo da intenção livre e deliberada de inadimplir.<sup>22</sup>

Ressalte-se que o novo CPC promove importante incentivo à apuração e punição desse crime, quando determina, à luz do art. 532, que verificando a conduta procrastinatória do devedor de alimentos, o juiz estará obrigado a “dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material”.

É relevante pontuar, enfim, que não se há de falar em prisão por dívida quando configurado o crime de apropriação indébita mediante retenção de bens, valores e direitos ou recursos econômicos, ou ainda o crime de abandono material, pela frustração deliberada ao pagamento de pensão alimentícia, mas, sim, em prisão criminal.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido é a orientação da jurisprudência: PENAL. ABANDONO MATERIAL. DEIXAR DE PAGAR PENSÃO ALIMENTÍCIA JUDICIALMENTE FIXADA. DOLO CONFIGURADO. JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA. Aquele que deixa de prover a assistência ao filho menor, frustrando o pagamento de pensão alimentícia, sem demonstrar justa causa para o inadimplemento, responde pelo crime do art. 244 do Código Penal. (TJMG; APCR 1.0084.14.000322-3/001; Rel. Des. Júlio Cezar Gutierrez; Julg. 22.07.2015; DJEMG 28.07.2015). (Grifos nossos).

## 4 DIFICULDADES PARA PUNIR A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

Do ponto de vista estritamente legal, as principais dificuldades para instauração dos processos criminais visando à proteção patrimonial da mulher decorrem das imunidades, no tocante aos crimes contra o patrimônio, localizadas nos arts. 181 e 182 do Código Penal:<sup>23</sup>

Art. 181 – É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: (*Vide Lei n. 10.741, de 2003*).

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

Art. 182 – Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: (*Vide Lei n. 10.741, de 2003*).

I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

Ou seja, enquanto não se consumar a separação de fato ou de direito, o divórcio ou a dissolução da união estável, praticamente nada poderia ser feito. Salvo se o crime for cometido com emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa, ou ainda quando a vítima for maior de 60 anos. É o que estabelece o art. 183 do Código Penal:

Art. 183 – Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; [...] III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (*Incluído pela Lei n. 10.741, de 2003*).

A interpretação jurisprudencial mais conservadora e ainda vigente não recepcionou a tese de que os arts. 181 e 182 do CP teriam sido derogados pela Lei Maria da Penha, vale dizer, o entendimento no sentido de serem inaplicáveis os arts. 181 e 182 do CP aos crimes de violência doméstica e familiar. O STJ vem decidindo que esses dispositivos não foram afastados pela Lei Maria da Penha.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Para Scarance, “o processo por violência patrimonial tem sua efetividade prejudicada graças às imunidades absoluta e relativa previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal. Em nada adiantou a Lei Maria da Penha disciplinar a violência patrimonial se persistem no ordenamento normas de isenção de pena ou condicionantes da ação à representação. Tais imunidades deveriam ter sido revogadas, ou, ao menos, deveria ser mantida apenas a imunidade relativa”. (*Op. cit.*, p. 110-111).

<sup>24</sup> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.

Isso não deve nos desanimar ou servir de desestímulo ao uso das ferramentas do Direito Penal contra a violência patrimonial praticada contra as mulheres. Se o cônjuge já estava divorciado, separado de direito ou separado de fato, se a união estável já estava dissolvida, ou se já havia cessado a relação íntima de afeto, deve ser feita a representação para instauração da persecução penal. Se houve emprego de violência ou grave ameaça, ou se a vítima for maior de 60 anos, a ação penal poderá ser instaurada independentemente de representação e ainda na constância do casamento ou da união estável.

Demais disso, parece-nos plenamente defensável a aplicação da cláusula de exceção do art. 183 quando o crime contra o patrimônio é cometido com emprego de violência doméstica contra a mulher.

Todavia, existem outras dificuldades que transcendem a legalidade. Estamos nos referindo ao silêncio, à omissão e à inatividade da vítima, fatores que só impulsionam o ciclo da violência. Nas palavras de Scarance,

[...] o silêncio da vítima enquanto inação compreende uma gama de situações: a vítima não registra boletins de ocorrência contra o agressor; a vítima registra boletim de ocorrência contra o agressor, mas renuncia ao direito de representar; após noticiar a violência, a vítima se retira e inocenta o agressor.<sup>25</sup>

---

INVIABILIDADE DE SE ADOPTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento. 2. De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, motivo pelo qual a separação de corpos, assim como a separação de fato, que não têm condão de extinguir o vínculo matrimonial, não são capazes de afastar a imunidade prevista no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo. 3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal. 4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena. 5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante a persistência da imunidade prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida. 6. No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo. 7. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação ao recorrente. (RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05.08.2014, DJe 14.08.2014)

<sup>25</sup> FERNANDES, Valéria Dias Sacarance. Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015, p. 124.

A mesma autora aponta como fatores que contribuem para o silêncio da vítima: a vergonha, a crença na mudança do parceiro, a inversão da culpa, a revitimização pelas autoridades e o medo de reviver o trauma.

Entretanto, esses fatores parecem explicar melhor a inação das vítimas nas situações de violência física, violência sexual, violência psicológica e violência moral. Com mais razão, ainda, nas populações de mais baixa renda ou menor nível de escolaridade. Contudo, de modo algum, explicam a inação das vítimas nos casos de crimes cometidos com violência patrimonial. Inação essa que se verifica até mesmo entre pessoas de alto padrão de renda e alto nível de escolaridade.

Basta se indagar em quantos litígios de família, patrocinados por advogados privados, derivam notícias, representações ou queixas às autoridades competentes, tendo por objeto a violência patrimonial contra a mulher?

Temo que as razões para esses baixos números tenham muito mais a ver com a falta de ambiência do profissional do Direito com o processo protetivo da Lei Maria da Penha do que propriamente com a inação silenciosa da vítima.

## **5 MEDIDAS PROTETIVAS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL NO CURSO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA**

A violência patrimonial descrita na Lei Maria da Penha, repita-se, guarda correspondência com os demais crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal e assim deve ser tratada. Os crimes são os mesmos por todos conhecidos, com a agravante de serem praticados com emprego de violência patrimonial contra a mulher, em razão do gênero, e, por isso, submetidos, quanto ao rito, ao processo da Lei n. 11.340/2006.

Cabe à mulher, portanto, sempre que sofrer violência patrimonial no curso do processo de separação, divórcio, dissolução de união estável, partilha de bens ou alimentos, quer pela prática de furto, destruição, apropriação ou retenção de bens ou valores pelo marido, ex-marido, companheiro ou ex-companheiro, comunicar o fato à autoridade policial, seguindo-se a queixa ou representação conforme o caso, para a instauração da competente ação penal.

Além das consequências penais, a lei também prevê medidas protetivas ao patrimônio da mulher, tanto no tocante à proteção da *meação* dos bens da sociedade conjugal como dos bens particulares, e que poderão ser adotadas em caráter liminar.

Essas medidas independem da instauração de ação penal e podem ser postuladas no juízo cível ou mesmo perante a própria autoridade policial, competente para receber a notitia criminis, que, por lei, estará obrigada a remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência.<sup>26</sup>

E esse pedido de concessão pode ser formulado diretamente pela suposta ofendida, não sendo necessário, portanto, que esteja acompanhada de advogado ou defensor público (art. 27 da Lei Maria da Pena).

As medidas protetivas de urgência assemelham-se às medidas provisionais anteriormente previstas no art. 888 do CPC de 1973.<sup>27</sup> Pretendem prevenir os atos de violência familiar e doméstica ou o dano que deles eventualmente resulte, protegendo o patrimônio da mulher ou do casal. Por isso mesmo, podem ser concedidas ao final do procedimento ou no seu curso, como tutela antecipatória, ou mesmo uma cautelar incidental no juízo de família.

Essas medidas estão previstas no art. 24 da Lei n. 11.340/2006, a saber:

*I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida*

Havendo prova da subtração, o juiz deve determinar ao agressor a restituição dos bens que hajam sido subtraídos. Essa subtração, como vimos em tópico anterior, pode se referir tanto aos bens particulares

---

<sup>26</sup> Lei n. 11.340/2006, art. 12: “Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: (...) III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência; § 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter: I – qualificação da ofendida e do agressor; II – nome e idade dos dependentes; III – descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida. § 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida. § 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”

<sup>27</sup> Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

I – obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; II – a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; III – a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; IV – o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; V – o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós; (Redação dada pela Lei n. 12.398, de 2011); VIII – a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

da mulher como aos bens comuns do casal que tenham permanecido em poder exclusivo do ofensor . Como bem coloca Maria Berenice Dias, “se um bem comum é subtraído pelo varão que passa a deter a sua posse com exclusividade, significa que houve a subtração da metade que pertence à mulher”.<sup>28</sup> Complementa Fredie Didier que “havendo dúvida sobre a titularidade dos bens ou mesmo havendo interesse tão somente em conservá-los, impedindo o extravio ou dilapidação, poderá o juiz, a requerimento ou de ofício, determinar o seu arrolamento, na forma dos arts. 855 e seguintes do CPC, inclusive com a nomeação de depositário”.<sup>29</sup>

## *II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum*

Trata-se, certamente, da medida de proteção patrimonial mais importante prevista na Lei n. 11.340/2006, consistente na vedação à prática de atos de disposição dos bens comuns. Essa é uma proteção indispensável, principalmente nas relações de união estável, hetero ou homoafetiva, e de namoro qualificado, uma vez que no casamento a mulher já goza da proteção prevista no art. 1.647, I, do CC, ao menos quanto aos bens imóveis.

A utilidade e a necessidade da medida eclodem, com mais vigor, quando envolve os bens móveis, pois o agressor, mesmo casado em regime de comunhão, deles poderia dispor, em fraude ao patrimônio comum, sem a outorga obrigatória da mulher.

Essa medida tem a grande vantagem de retirar do agressor a capacidade de praticar determinados negócios jurídicos que tenham por objeto o patrimônio comum do casal ou os bens particulares da mulher, o que implica dizer que qualquer ato praticado contra a decisão judicial de indisponibilidade estará fora do plano de validade, passível de invalidação por nulidade (e não simples anulabilidade).

Evidentemente que não se pode deixar de considerar, nessas situações, a posição de eventuais terceiros de boa-fé que hajam transacionado com o ofensor. Daí a importância de se proporcionar a máxima publicidade à decisão judicial concessiva da medida protetiva. Nessa senda, a própria lei compele o juiz a comandar a remessa de ofícios aos cartórios e repartições competentes para que averbem as restrições

---

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Pena na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.117.

<sup>29</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Pena (violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

contra o agressor (art. 24, parágrafo único). Scarance Fernandes, com apoio em Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto sugere que sejam expedidos ofícios: ao Cartório de Registro de Imóveis (para os atos de disposição do patrimônio comum); ao Cartório de Notas (para suspensão de procuração); à Junta Comercial e ao Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas (quando vítima e ofensor integrarem a mesma pessoa jurídica) e ao Departamento de Trânsito quanto à venda de veículos.<sup>30</sup>

Destaque-se, finalmente, que a medida protetiva não se restringe à alienação de bens, mas também à aquisição e locação. Como bem observa Didier,

[...] não só a venda do patrimônio comum pode causar prejuízo à ofendida; também a compra de bens pode ensejar a sua ruína. É válido lembrar que o art. 1.643 do Código Civil autoriza os cônjuges a, independentemente de autorização um do outro, (i) comprar, ainda que a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica, e (ii) obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir. Em complemento, o art. 1.644 diz que as dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges. Daí a importância da vedação, pelo juiz, da celebração de contratos de compra, sobretudo quando importar dispêndio de vultosa quantia. Por fim, a locação dos bens comuns também pode ser vedada, principalmente a locação de imóvel urbano comum, que, em regra, independe de autorização do cônjuge, salvo se celebrado o contrato por prazo igual ou superior a 10 anos (art. 3º, Lei Federal n.º 8.245/1991).<sup>31</sup>

### III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor

Para os casos em que a mulher outorgou procuração ao ofensor, a lei permite ao juiz suspender a eficácia do ato, vedando ao mandatário a celebração de atos e negócios contrários aos interesses da mulher. Nesse particular, poder-se-ia indagar da utilidade da medida, quando o mandato, em regra, é revogável e a vítima poderia perfeitamente revogar a procuração independentemente de ordem judicial.

---

<sup>30</sup> FERNANDES, Valéria Dias Sacarance. Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

## Explica Didier que essa medida

[...] ganha importância sobretudo naqueles casos em que a procuração é irrevogável, ou quando a sua revogação implicar o pagamento de perdas e danos (arts. 683 a 685, CC). É importante, também aqui, que se faça uma divulgação mais ampla possível da decisão judicial, a fim de não ferir direitos e interesses de terceiros de boa-fé (art. 24, p. único). Também é importante dar ciência imediata e inequivoca da decisão ao próprio agressor.<sup>32</sup>

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

Sempre que a violência patrimonial resultar em danos materiais para mulher, como nos casos de destruição ou subtração de bens, e estes não tenham sido reparados voluntariamente pelo agressor, forçando a vítima à adoção das providências legais, o juiz poderá determinar a prestação de caução provisória mediante depósito judicial, a ser feito pelo ofensor, para garantia da reparação das perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Destaque-se, finalmente, que esse elenco de medidas, previsto no art. 24 da Lei Maria da Penha, não é exaustivo, podendo o juiz determinar outras medidas inominadas de *proteção patrimonial* da mulher. Cada situação concreta haverá de ditar qual a mais apropriada e poderá exigir, inclusive, uma decisão construtiva do magistrado. Por isso, acrescenta Didier,

[...] subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, o que corrobora a tendência, já estabelecida no ordenamento processual civil no que diz respeito à tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro (arts. 461 e 461-A, CPC), de conferir ao magistrado a possibilidade de se valer, em cada caso concreto, da medida que reputar mais adequada, necessária e proporcional para alcançar o resultado almejado, ainda que tal medida não esteja prevista ou regulamentada na lei. Essa é a forma encontrada para manter a abertura do sistema.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>33</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha

Conclui o autor lembrando que

[...] a despeito de se exigir a provocação do Ministério Público ou da ofendida para que o juiz possa conceder as medidas protetivas de urgência (art. 19), não está o magistrado adstrito ao pedido. Desse modo, pode conceder medida diversa daquela pleiteada. Isso se revela ainda mais evidente nos casos em que a medida é requerida diretamente pela ofendida, que muitas vezes desconhece os seus direitos e a proteção que lhe é garantida pela lei. Esta assertiva tem assento na própria Lei Maria da Penha, que, no seu art. 22, § 4º, determina que se aplique, no que couber, o *caput* do art. 461 do CPC. O referido dispositivo, por sua vez, determina que o juiz conceda a tutela específica dos deveres de fazer e de não fazer ou assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Com isso, quer dizer que o magistrado está autorizado a conceder medida diversa daquela pleiteada, sem ofensa ao princípio da congruência objetiva, desde que isso seja necessário para a tutela do bem da vida que se pretende alcançar.<sup>34</sup>

## 6 REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher)*. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

FERNANDES, Valéria Dias Sacarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

REVISTA Consultor Jurídico, 6 set. 2015.

---

(violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>34</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher)*. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=449](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=449)>. Acesso em: 20 out. 2015.

# AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO CONSTITUCIONAIS? A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS<sup>1</sup>

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Fundadora e Diretora Nacional da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Diretora Nacional da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

**Sumário:** 1. Os caminhos que foram percorridos até a edição do art. 1.790 do Código Civil. 2. Breves linhas sobre o conteúdo jurídico da sucessão. 3. Concorrência do cônjuge sobrevivente. 4. Sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente. 5. Tabela de diferenças sucessórias entre o cônjuge e o companheiro. 6. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

## 1 OS CAMINHOS QUE FORAM PERCORRIDOS ATÉ A EDIÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

“Querendo ser mestres da lei, e não entendendo nem o que dizem nem o que afirmam. Sabemos, porém, que a lei é boa, se alguém dela usa legitimamente.”

(1ª Epístola de Paulo a Timóteo. 1:7-8)

Desde a promulgação do Código Civil esta questão é debatida: se o art. 1.790 é constitucional ou inconstitucional. E desde esta época – vale dizer, desde a da nossa Lei Civil – considerável parte dos doutrinadores e pensadores do direito inquinaram de inconstitucionalidade o referido dispositivo legal.

No ano de 2002, durante o período da *vacatio*, portanto, a Ouvidoria-Geral da Câmara dos Deputados fez acontecer, em Brasília, um

---

<sup>1</sup> Palestra proferida no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte, no dia 22 de outubro de 2015.

seminário que se denominou “Novo Código Civil Brasileiro – o que muda na vida do cidadão”, com o intuito de “discutir com a sociedade brasileira e fazer chegar a todos aqueles que se interessam pelo assunto” – conforme disse o Ouvidor-Geral Dr. Luiz Antonio Fleury Filho, na abertura do evento<sup>2</sup> – ao qual compareceu e esteve presente durante as duas semanas de duração, S.Exa. o Prof. Miguel Reale, que presidiu a comissão de notáveis que elaborou o projeto da Lei Nova.

No que diz respeito ao V Livro da Parte Geral do Código – Direito das Sucessões – apresentamo-lo Zeno Veloso e eu, ele para dizer a respeito da sucessão testamentária, e eu, a respeito da sucessão legítima.

Mostramos, desde aquele remoto dia de novembro de 2002 nossa enorme surpresa com a inserção esdrúxula e malposta do dispositivo legal que cuidaria da sucessão do companheiro no capítulo referente às Disposições Gerais da Lei, e não no capítulo da Sucessão Legítima, que é o *habitat* das disposições que regulam a sucessão daquele que foi casado com o falecido, e que agora a este sobrevive.

Anteriormente à Constituição de 1988, quando ainda se falava em concubinato e a reação social a este tipo de relacionamento afetivo era de recriminação e rejeição social, a jurisprudência já ganhava certo destaque e força, e com a Lei n. 6.858/80, garantiu direito sucessório à convivente sobrevivente sobre bens de origem previdenciária, assim como bens de pequeno valor. Quando a Constituição entrou em vigor e garantiu a legitimação da união estável, causando uma verdadeira revolução de costumes e afastando a recriminação, não foi demais, naquele momento histórico, propugnar pela equalização dos direitos e deveres dos companheiros àqueles mesmos direitos e deveres assegurados às pessoas unidas pelo casamento.

As leis infraconstitucionais que se seguiram, na década de 1990 – exatamente a Lei n. 8.971/1994 e a Lei n. 9.278/1996 – avançaram muitíssimo neste campo de reconhecimento e regulamentação de direitos aos companheiros, mormente em seara de direitos sucessórios, fechando (por assim dizer), no século XX, a incansável batalha sociojurídica que havia se iniciado à volta dos anos 30, deste mesmo século, sob a égide jurisprudencial, principalmente. Contudo, enquanto isso, tramitava, entre nós, desde 1972, o então Anteprojeto de Código Civil, que se converteu em Projeto no ano de 1975, tendo sido depois aprovado na Câmara dos Deputados, em 1984. Todavia, este corpo de leis não previa qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas relacionadas exclusivamente pelos laços do afeto. Foi o Senador Nelson

---

<sup>2</sup> Houve posterior publicação deste seminário, com todas as palestras ministradas, a respeito de todos os livros do Código Civil recém-promulgado, em 2003, pelo Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados (série Ação Parlamentar n. 229).

Carneiro, em sua incessante luta pelo reconhecimento de arranjos familiares, além daqueles oriundos do casamento, que apresentou emenda no sentido de se garantir direitos sucessórios aos conviventes. Esta emenda, como lembra Zeno Veloso, foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, na década de 60 do anterior século.

O resultado desse percurso, quase sempre desastroso e muitas vezes de cariz retrógrado e preconceituoso, foi a edição do art. 1.790 do Código Civil de 2002, dispositivo este – na minha visão – claramente inconstitucional. É verdade que assiste razão aos que dizem que, em determinadas situações, o regramento legal da sucessão do companheiro pode até ser mais vantajosa que a do cônjuge, tentando com isso justificar que poderia o legislador fazer o discrimen. Para mencionar um exemplo, tomo a hipótese de uma união estável com dois filhos comuns e apenas bens particulares. Nesse caso, o convivente sobrevivente receberá a meação e ainda concorrerá com os filhos na herança, o que não aconteceria se estivessem casados. Contudo, o fato de a sucessão do companheiro em raríssimas exceções poder ser mais vantajosa do que a do cônjuge apenas reforça a inconstitucionalidade, pois não cabe no invólucro constitucional regramento diferente para situações social e juridicamente idênticas.

Tenho me debruçado sobre esse tema, desde muito antes da promulgação da nossa atual Lei Civil, e tenho acompanhado esta trajetória histórica que terminou por produzir esta esdrúxula disposição legal acerca dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente. Tanto estudei e tanto escrevi sobre o assunto que, na Academia, essas minhas reflexões e conclusões levaram-me a escolher, para a minha tese de professor titular na Faculdade de Direito da USP, exatamente o tema da concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro, para buscar mostrar as abissais diferenças de tratamento que o legislador de 2002 concedeu a um e a outro, em clara desatenção ao comando constitucional de equalização dos direitos de um e de outro, mormente em matéria sucessória.

Na ocasião, escrevi minhas conclusões sobre a “concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes herdeiros do falecido”, sobre a “concorrência do cônjuge supérstite com a descendência híbrida do autor da herança”, sobre a “sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente”, e que agora sobrevive ao companheiro falecido, bem como sobre a “não equalização dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro supérstites”,<sup>3</sup> o que me permitiu concluir com

---

<sup>3</sup> A minha tese de professor titular, defendida em 2010, converteu-se, depois, no livro *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

vagar pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o que, de forma sintética, com outros argumentos e novo corte metodológico, também tentarei demonstrar aqui.

## 2 BREVES LINHAS SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO DA SUCESSÃO

“Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social.”

(Vicente Rao, O direito e a era dos direitos)

Ao estudioso que principia reflexão sobre a sucessão (e aqui estou a falar unicamente da sucessão *mortis causa*), é imprescindível a inquirição do porquê o Direito se preocupa com a transmissão de bens e direitos em razão da descontinuação da vida do seu titular. E é a resposta dessa pergunta que muito significará à conclusão deste estudo, que tem a humilde, porém justa, pretensão de desnudar a flagrante inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Pois bem, mas por qual motivo interessa ao Direito a definição de regras acerca da sucessão *causa mortis*?

A morte é, por excelência e em regra, fato jurídico com termo incerto, já que não é dado, às pessoas, saberem exatamente quando irá suceder o inevitável evento da morte. E parece não haver dúvida de que a vida é um contínuo de fatos, situações e atos jurídicos, estando as pessoas constantemente expostas e sujeitas aos seus efeitos. Se é assim, certo também é que a imprevisibilidade do evento morte faz com que fique potencialmente descoberta de efetividade uma série de direitos e deveres que dependiam da personalidade jurídica da pessoa que se finda. É assim com os contratos firmados pelo morto; com os danos por ele sofridos ou cometidos; com os bens que a ele pertenciam ou que deveriam ser transmitidos a terceiros; com as obrigações legais que ele tinha que cumprir. Por isso, e em razão desses fatos da vida, não é precipitado dizer que o conteúdo jurídico da sucessão se preenche pela necessidade de a personalidade jurídica do falecido se findar sem que acarrete danos a outros e sem que suas titularidades jurídicas fiquem alijadas de um titular, para o que se faz imprescindível a transmissão daquela posição jurídica até então presidida pelo *de cuius*.

Todavia, não só. Há outro conteúdo inerente e por demais caro à sucessão: a presunção de que o falecido, acaso soubesse o instante do falecimento, provavelmente transmitiria seus bens às pessoas que lhe eram mais próximas, preterindo as mais remotas, em atenção ao princípio da afetividade. Além disso, a afetividade também impõe restrição à autonomia da vontade do autor da herança, mediante imposição do Estado legiferante, pois não pode ele privar seus parentes próximos de

participarem do acervo hereditário, já que o afeto não é direito subjetivo de cada pessoa, correspondendo a gostar apenas daqueles que deseja. Afeto não é mero gosto, simples preferência ou vil interesse. O princípio do afeto carrega também carga ativa de imposição de deveres entre aqueles que se relacionam juridicamente em matéria familiar, provavelmente em razão do vínculo amoroso ou consanguíneo, de tal modo que resta imposto, ao *de cuius*, uma quota patrimonial mínima que deve, necessariamente, ser destinada aos seus herdeiros necessários. Trata-se da chamada “legítima dos herdeiros necessários”.

Ninguém discute que entre herdeiros de uma mesma classe não há mais distinção depois de 1988, como sucede no caso dos filhos ditos legítimos, adulterinos e adotados, que antes eram tratados de forma desigual, já que há muito superamos aquele entendimento hediondo de que era possível fazer acepção de pessoas em idêntica posição jurídica, unicamente por um preconceito social para lá de retrógrado e que, no passado e ainda hoje, gerava consequências nefastas a estas pessoas, à comunidade e às instituições (inclusive as jurídicas).

Por isso, antes de entrar efetivamente nas razões que, no meu pessoal modo de entender, apontam para a insofismável inconstitucionalidade do famigerado art. 1.790 do Código Civil, passo ao detalhamento das diferenças criadas pela lei – mas repudiadas pela Constituição – entre o cônjuge e o companheiro supérstites.

### **3 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE**

O art. 1.829 do Código Civil enumera os vocacionados à sucessão dita legítima. Não foi sem resistência que o cônjuge se manteve como herdeiro preferencial, concorrendo com os descendentes e ascendentes, visto que durante a tramitação do Projeto de Código Civil, o Deputado Rafael Faraco apresentou proposta – posteriormente rejeitada – com a seguinte sugestão: “Suprima-se a expressão final do inciso II do art. 1.876: ‘em concorrência com o cônjuge’”. O então relator parcial, Deputado Celso Barros, opinou pela rejeição daquela proposta, apresentando bela justificativa:

Não se trata de eliminar a concorrência do cônjuge, como pretende a emenda, mas tão somente dispô-la de modo mais compreensível. A concorrência do cônjuge, mesmo restrita, é uma conquista em nosso direito e em relação sobretudo aos ascendentes torna-se ela necessária, tendo em vista o papel que desempenha a mulher na formação do patrimônio familiar. Se aceita a emenda, ter-se-ia de frustrar os avanços até aqui alcançados, embora timidamente,

o que quebraria a sistemática do Projeto, alicerçada naquela concorrência.<sup>4</sup>

E de fato a concorrência do cônjuge com os ascendentes e descendentes foi uma conquista, pois no Código Civil de 1916 o cônjuge só herdava se não houvesse o autor da herança deixado descendentes ou ascendentes, a teor do art. 1.603, inciso III, daquele Código. Apenas com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) é que foram incluídos no art. 1.611 do Código Civil de 1916 os §§ 1º e 2º, que disciplinaram: (i) a hipótese de o cônjuge não ser casado pelo regime da comunhão total de bens (não sendo meeiro, portanto), quando teria o cônjuge supérstite direito de usufruto da quarta parte dos bens do falecido (se houvesse filhos exclusivos do falecido ou do casal), ou usufruto sobre a metade do patrimônio deixado pelo autor da herança caso não existissem filhos, mas apenas ascendentes. De qualquer forma, fato é que o cônjuge não era herdeiro necessário; (ii) o direito real de habitação ao cônjuge supérstite casado no regime da comunhão universal sobre o imóvel de residência da família, desde que fosse o único a partilhar e reservada a meação que já pertencia ao cônjuge sobrevivente. De todo modo, fato é que não era o cônjuge herdeiro necessário, pois esses benefícios sucessórios extinguíam-se ou com a morte do viúvo ou com a cessação da viuvez com novo casamento.

Esse avanço que vivenciamos com a consideração do cônjuge como herdeiro preferencial foi mantido no Código Civil de 2002 da seguinte forma:

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. (Grifo nosso)<sup>5</sup>

Desse modo, apesar de o cônjuge constar em terceiro lugar no rol de vocação hereditária, posicionou-se no Código Civil de 2002 igualmente favorecido em concorrência com as duas primeiras classes, tudo porque era imprescindível que se reconhecesse por lei a importância

<sup>4</sup> Cf. PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2014, v. 4, p. 908.

<sup>5</sup> Destaco o inciso I do dispositivo, posto que é este o campo delimitado para as observações que dizem respeito ao presente estudo.

que o morto presumidamente nutria em relação aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente, assim como também se objetivava proteger e perpetuar a continuidade da família (em atenção ao comando constitucional do art. 226, que determina ao Estado a especial proteção do núcleo familiar). Também por isso é que a quota do cônjuge aumenta de acordo com a classe em que se encontra (art. 1.832 do CC) e que, de acordo com o inciso I do art. 1.829 do Código Civil, não será chamado a herdar concorrentemente o cônjuge viúvo que houver sido casado com o autor da herança pelo *regime da comunhão universal de bens* (arts. 1.667 a 1.671 do CC), ou pelo *regime da separação obrigatória de bens* (arts. 1.687 e 1.688 do CC, combinado com o art. 1.641 do CC), ou, ainda, pelo *regime da comunhão parcial de bens* (art. 1.640 do CC), se, porventura, o falecido não houvesse deixado bens particulares. Isso significa que o cônjuge sobrevivente será herdeiro preferencial e necessário sobre uma quota-parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, parcela esta a ser calculada e acrescentada à própria meação do viúvo (quando houver patrimônio comum do casal).

A partir do arrolamento vocatório e das designações de critérios que estão contidos no art. 1.829 do Código Civil, passa o legislador, em artigo posterior (art. 1.832 do CC) a estipular o modo pelo qual se deve proceder à partilha dos quinhões entre os herdeiros que concorrem, os descendentes e o cônjuge viúvo, determinando que:

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.

Esse comando concentra a enorme dúvida relacionada à matemática dos quinhões, esmiuçando casos de concorrência do cônjuge supérstite com descendência comum, com descendência exclusiva e com descendência híbrida do falecido. Toda essa confusão matemática e legal já foi por mim exaustivamente enfrentada na suprarreferida tese defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, para concurso de Professor Titular, e que se converteu no livro *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*,<sup>6</sup> especificamente no capítulo 8, para onde remeto o leitor que quiser se aprofundar, já que não é o cerne do que este presente estudo se dispõe a realizar.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

<sup>7</sup> Apenas como registro, a respeito da sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão parcial de bens, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por chancelar a posição que venho defendendo há mais de 15 anos, qual seja, de que o monte

De toda forma, o que aqui importa é evidenciar a regra geral prevista no art. 1.829 do Código Civil de igualdade entre os herdeiros de igual posição jurídica, tal como ocorre na sucessão por filhos consanguíneos, adotados e socioafetivos,<sup>8</sup> cumulada com também regra geral de especial proteção da família pelo privilégio à pessoa que acompanhou o de cujus até o último instante de vida, cuja índole é eminentemente constitucional e que orienta por vezes e deve(ria) orientar sempre a legislação ordinária em matéria sucessória.

#### 4 SUCESSÃO DE PESSOA QUE HOUVESSE SIDO UNIDA ESTAVELMENTE

“Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo Direito. [...] A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça.”

(Henry David Thoreau, A Desobediência Civil)

A ordem de vocação hereditária do companheiro é estabelecida pelo art. 1.790 do Código Civil, que deve ser lido em consonância com o art. 1.829 do mesmo diploma. O artigo específico está redigido da seguinte maneira:

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

---

partível é composto pelo conjunto dos bens particulares (se existentes) deixados pelo autor da herança, sobre o qual haverá concorrência do cônjuge. Confirma-se o julgado: “2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus. 4. Recurso especial provido.” (Resp 1368123/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22.04.2015, DJe 08.06.2015).

<sup>8</sup> Confira-se: “6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido.” (STJ - REsp: 1274240 SC 2011/0204523-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08.10.2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15.10.2013).

a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O histórico desse dispositivo demonstra divergências ideológicas entre os próprios senadores, cujas emendas constam do quadro comparativo dos projetos de leis até a promulgação do Código Civil de 2002.<sup>9</sup>

Note-se da Emenda n. 358 do Senador Nelson Carneiro, de 1984, que, apesar de declaradamente não saber onde sugerir aquela inclusão, tanto que constou um “onde convir”, referindo-se ao local onde deveria ser incluída, acabou por justificar aquela emenda tratando as companheiras como “legiões de esposas unidas simplesmente pelo matrimônio religioso, e que com os maridos partilham nos campos, nas indústrias, no comércio, em múltiplas atividades no lar e fora dele, os dias de sol e os de sombra”.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, o parecer final do Senador Josaphat Marinho, já sob a vigência da Constituição de 1988, deixou claro que o objetivo daquela emenda era assegurar a equivalência no tratamento entre os cônjuges e companheiros, *in verbis*:

Contudo, no inciso III reduz-se a participação da companheira, ou companheiro, na herança, para que não fique em situação superior à do cônjuge, em hipótese semelhante (art. 1.864). Além disso, no inciso IV, em que não há parentes sucessíveis, é injustificável limitar a participação da companheira ou do companheiro, na herança, a dois terços. Eleva-se a solução para a totalidade da herança, como se afigura mais conciliável com a tendência do direito de hoje. Note-se que, com a segurança do direito da companheira ou companheiro à sucessão, se tem o cuidado de estabelecer que tal se dará na vigência da união estável, para assegurar tratamento equivalente ao do art. 1.853, em relação aos cônjuges.<sup>11</sup>

Entretanto, andou para trás o estranhamente preconceituoso parecer final com emenda substitutiva do Deputado Ricardo Fiúza, que disse ser a união estável um

---

<sup>9</sup> Excelente compilação sobre o processo legislativo do Código Civil de 2002 pode ser consultada em: PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 1, p. 556.

<sup>10</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 236.

<sup>11</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 238.

caminho para o matrimônio, ou quando muito, um matrimônio incompleto [...]. As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio, quanto o casamento – enquanto instituição-fim, na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento.<sup>12</sup>

À toda evidência, faltou melhor reflexão quanto à deliberação do art. 1.790 do Código Civil, que representou flagrante retrocesso em matéria sucessória para o companheiro se levadas em conta as leis até então em vigor (Lei n. 8.971/94 e Lei n. 9.278/96), tanto é que o próprio Deputado Ricardo Fiúza, tão logo promulgado o Código Civil, apresentou projeto de lei para, encampando sugestão de Zeno Veloso, mudar drasticamente o então aprovado art. 1.790, sob o argumento de que, “tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros”, sugerindo no Projeto de Lei n. 6.920/02 a seguinte redação (que fora arquivado em razão do prazo legislativo e reproposto pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá pelo Projeto de Lei n. 699/2011, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados)<sup>13</sup>:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

---

<sup>12</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 525-6.

<sup>13</sup> Para acompanhar a tramitação do projeto, acessar o link <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>> Acesso em: 5 fev. 2016.

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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.

Forçoso é concluir, diante desse conturbado, insubsistente e irrefletido processo legislativo no que se refere à sucessão *mortis causa* do companheiro sobrevivente, que o que há mesmo é uma clara inconstitucionalidade, já que trata desigualmente situações equipolentes e equalizadas pela ordem constitucional, a saber, as entidades familiares oriundas do casamento e da união estável. E não é só, pois o tal art. 1.790 do Código Civil ainda apresenta outros defeitos e desequilíbrios, quando comparado ao art. 1.829 do mesmo Código, como, por exemplo, o fato de ter colocado em ordem vocatória privilegiada os parentes colaterais do falecido, favorecendo-os antes do próprio companheiro de vida e de afeto daquele que, agora, é o autor da herança.

Ao jurista não é dado ignorar a realidade fático-social, pelo contrário, pois a própria lei impõe que na interpretação (e por óbvio também na feitura) de qualquer norma se deve atender aos fins sociais e exigências do bem comum, a teor do art. 5º da LINDB. E não há nada socialmente relevante à personalidade humana que ganhe importância com mera forma burocratizada. Tanto é que dois dos atributos dos direitos da personalidade são seu absolutismo (valendo contra todos) e generalidade (já que conferidos às pessoas de forma geral, independentemente de suas características individuais). Uma criança não deixará de ser pessoa por eventual ausência de registro. Um filho afetivo que não tenha sofrido processo de adoção não deixará de ter todos os direitos do filho formalmente adotado. Um convivente não ficará desamparado pela previdência ou assistência social pelo mero fato de não ser casado. Foi-se o tempo em que os termos postos em um papel sobrepujavam em relevância a realidade fático-social-jurídica da relação que se ali estava tendo. Nem mesmo em matéria contratual há essa relevância toda, mormente o art. 112 do Código Civil determinar que vale muito mais nos negócios jurídicos a causa sinalagmática do negociar, do que os termos frios e literais pelos quais fora redigido. De igual lógica, o cônjuge e os companheiros não podem ter direitos diferentes em razão da existência de um mero papel tabular.

Além disso, o legislador e ainda o jurista não podem partir da premissa de que todos os brasileiros vivem em uma grande megalópole com amplo conhecimento e discernimento das leis, imaginando que as pessoas que resolvem se unir estavelmente estariam deliberadas e

conscientemente ponderando todas as diferenças que a lei impõe aos dois institutos em matéria sucessória. Primeiro, porque ninguém se une imaginando ou querendo prever consequências para a morte, que a rigor é verdadeiro tabu ainda na nossa sociedade. Segundo, porque se nem mesmo os juristas que vivem nos grandes centros urbanos e frequentaram prestigiosos bancos acadêmicos chegam a um consenso sobre a interpretação da lei, o que se dirá ou exigirá dos brasileiros que povoam pequenos vilarejos, cidades em que não há sequer cartório? E mais, o que se pode exigir daqueles que há décadas vivem como marido e mulher sem se atinar que uma previsão ou interpretação arditosa da lei poderia lhes preterir em direitos, transferindo – na hipótese de uma fatalidade – o patrimônio usufruído pela família para primos distantes que nunca viram? A lei – não é possível que nos esqueçamos disso nem um único segundo sequer – não foi feita para os doutos, mas foi feita para cada um e todos os cidadãos, que deverão entendê-la clara e imediatamente, assim que a ela forem apresentados. Seguramente, este não é o caso do assunto que vem sendo aqui tratado...

E não é só: havendo diferença na sucessão entre o cônjuge e companheiro, e sendo essa a única diferença substancial entre os institutos familiares (pois as demais diferenças são unicamente formais, como a maneira como se prova e se dissolve cada instituto), basicamente impõe o legislador que as pessoas passem a ter e pressionar, no curso do relacionamento familiar, atos puramente argentários com manipulação dos institutos jurídicos, visando obter benefício patrimonial com o falecimento do outro. A função dos institutos jurídicos é regular situações fáticas distintas e não ofertar às pessoas possibilidades de, diante de uma única situação fática, encaixar-se em uma ou outra regra legal. A lei não é um caminho a ser eleito pelo vil interesse das pessoas, mas sim baliza, ao comportamento humano, que se subsuma ao texto legal, pouco importando a vontade do agente. E o que sucede em matéria sucessória é que há duas normas legais regulando o mesmo fato social, qual seja, a sucessão familiar.

Os julgados dos tribunais acerca dessas temáticas ainda têm oscilado muito, ora por uma linha hermenêutica, ora por outra, tanto que a controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal com afetação à Repercussão Geral no RE n. 878694/MG, em 16.04.2015, bem como Repercussão Geral no RE n. 646721/RS, em 10.11.2011, conforme ementas abaixo:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao

companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

(RE 878694 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16.04.2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 092 DIVULG 18.05.2015 PUBLIC 19.05.2015)

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.

(RE 646721 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10.11.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 232 DIVULG 06.12.2011 PUBLIC 07.12.2011)

Apenas para demonstrar a expressividade da divergência encontrada nos tribunais, vale a menção do caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, julgado pela Corte Especial por meio da Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso Especial n. 1.135.354/PB, em 03.10.2012, que discutia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. Naquele julgamento, o Relator sorteado Min. Luis Felipe Salomão conheceu da arguição e reconheceu a inconstitucionalidade, sob o argumento de que não tem amparo constitucional o fato de o legislador, a pretexto de conferir tratamento diferenciado à união estável, acabar por discriminar as famílias a partir dela constituídas. No entanto, o Ministro Cesar Asfor Rocha divergiu do relator para não conhecer da arguição de inconstitucionalidade e, se superado o não conhecimento, declarar constitucionais os referidos dispositivos, pois, no entender do Ministro Asfor Rocha:

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites traçados pela norma infraconstitucional.

O então Ministro do STJ (e hoje do STF), Teori Albino Zavascki, acompanhou às inteiras o voto do Ministro Asfor Rocha. O Ministro Sidnei Beneti, por sua vez, acompanhou integralmente o Relator

Luis Felipe Salomão, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. Ao fim, o incidente de inconstitucionalidade não foi conhecido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com placar apertado, conforme certidão abaixo:

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, há outros julgados que, embora tratando apenas do direito real de habitação do convivente sobrevivente (que no Código Civil de 2002 só foi previsto para o cônjuge), tem-se entendido que a Constituição Federal criou uma “moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento”, consoante se depreende do REsp 821.660/DF, de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 14.06.2011, bem como do REsp 1.249.227/SC, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17.12.2013.

## **5 TABELA DE DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO**

Segue tabela desnudando as abissais e ignominiosas diferenças legislativas entre o cônjuge e companheiro quanto à sucessão:

<b>DIREITOS DO CÔNJUGE</b>	<b>DIREITOS DO COMPANHEIRO</b>
<p><b>Art. 1.829.</b> A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  <b>I</b> - 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;  <b>II</b> - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;  <b>III</b> - ao cônjuge sobrevivente;  <b>IV</b> - aos colaterais.</p>	<p><b>Art. 1.790.</b> A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:  <b>I</b> - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;  <b>II</b> - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;  <b>III</b> - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;  <b>IV</b> - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.</p>
O cônjuge é um dos herdeiros necessários.	O companheiro não está entre os herdeiros necessários.
O cônjuge sempre será herdeiro ou meeiro.	O companheiro poderá não ser herdeiro e nem meeiro.
O cônjuge só sofre limitação à herança para determinados regimes de bens e somente quando está concorrendo com os descendentes.	Pouco importa o regime de bens que eventualmente os conviventes tenham convencionado, pois só haverá sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. 1
O cônjuge sobrevivente, na concorrência com os descendentes comuns, tem reservada uma quarta parte do monte partível (art. 1.832).	O companheiro sobrevivo não tem um mínimo resguardado a título de herança.
O cônjuge concorre com os descendentes sem qualquer diferenciação.	O companheiro, na concorrência com os descendentes comuns, herdará uma quota equivalente à do descendente; O companheiro, na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, receberá apenas metade do que couber a cada um deles.
O Código Civil previu a concorrência do cônjuge com os descendentes, sem qualquer diferenciação entre os descendentes (se comuns ou exclusivos).	O Código Civil silenciou quanto à maneira que o companheiro deve concorrer na hipótese corriqueira de existirem concomitantemente tantos os descendentes comuns quanto os exclusivos.
O cônjuge, se não existir descendentes ou ascendentes, herdará toda a herança, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis.	O companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e terá direito a um terço da herança, o que significa dizer que haverá concorrência com os irmãos do falecido, com seus ascendentes e colaterais mais afastados (v.g., o tio-avô), que ficarão com 70% da herança.

O cônjuge herda também todos os bens particulares caso não haja descendentes e nem ascendentes.	Se existirem bens particulares do autor da herança e ele não tiver nenhum herdeiro sucessível, esses bens particulares deverão por absurdo ir para o Poder Público, já que o caput do art. 1.790 é claro em dizer que o companheiro só participará da herança quanto aos bens particulares adquiridos onerosamente.
O cônjuge tem direito real de habitação.	O companheiro não tem direito real de habitação (o que vem sendo corrigido por algumas decisões judiciais).

Eis a questão que não quer calar: que diferença viu o legislador brasileiro entre o cônjuge e o companheiro, no que respeita à *ambiência da conjugalidade* – e mesmo, principalmente, na *ambiência da afetividade*, ambiência suprema nas relações familiares –, se a própria Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, condecorou o princípio da igualdade material entre todas as pessoas em idêntica situação jurídica?

## 6 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É sabido que o princípio da isonomia não inibe o *discrímen* feito por meio de lei, pois é função principal da lei impor tratamento diferente às situações e relações jurídicas essencialmente desiguais. Repita-se, tratamento diferenciado para aquilo que é em essência desigual. Mas qual seria a essência jurídica do casamento e da união estável senão a de vínculo afetivo constituidor de família? E como se faz para saber quando uma lei está ferindo o princípio constitucional da isonomia?

Aqui vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao escrever sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

Passa-se, então, ao enfrentamento uma a uma das questões acima, cuja conclusão, adianta-se, revelará a flagrante inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

a) Investigação quanto ao elemento tomado pelo legislador como fator de diferenciação

A primeira questão importante para que não se atinja a isonomia é, portanto, identificar o elemento tomado como fator de desigualação, já que “as diferenças de tratamento só se justificam perante fatos e situações diferentes... Afinal, há de ser nos próprios acontecimentos tomados em conta que se buscarão diferenças justificadoras de direitos e deveres distintos e não em fatores alheios a eles que em nada lhes agregam peculiaridades desuniformizadoras... Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”.<sup>15</sup>

Contudo, qual seria, então, o fator de diferenciação entre a união estável e o casamento considerado pelo legislador para criar regimes sucessórios diversos? Basicamente, o fator de desigualação eleito pelo legislador é a forma solene, porque o casamento imprescinde de solemnidade, enquanto a união estável a dispensa. E não há nenhum outro fator discriminatório trazido pelo legislador, pois até mesmo os impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do Código Civil) são completamente estendidos e entendidos como requisito para a configuração de união estável.

Entretanto, a forma não pode ser tida como legítimo fator de desigualação, uma vez que não tem absolutamente nada com a essência do casamento, que é constituição de família por comunhão do mesmo projeto de vida. Aliás, convém lembrar que o casamento sempre foi ato essencialmente informal de união de pessoas para constituição de família, conforme se depreende desde as Institutas de Justiniano, Título IX, § 1º: “Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher com um costume indivisível de vida”.<sup>16</sup> A forma como requisito de validade das uniões matrimoniais foi um acidente histórico da tradição cristã, sendo certo que nunca teve nada com a causa mesma do matrimônio, que permaneceu inalterada, sendo, em verdade, segundo

---

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33-4.

<sup>16</sup> CRETELLA JR., José; CRETELLA, Agnes (Trad.). Institutas do Imperador Justiniano – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

pesquisa do historiador John Gilissen, resposta à Reforma Protestante que rejeitava a indissolubilidade absoluta do casamento. Segundo o mesmo historiador, foi pelo Decreto Tametsi, datado de 11 de novembro de 1563, emanado do Concílio de Trento, que o casamento passou a ser um contrato solene com diversas formalidades para ser válido, sendo as principais formalidades ali instituídas: (i) a publicação por três vezes do anúncio do casamento pelo cura da paróquia de cada um dos cônjuges; e (ii) a celebração do casamento pelo cura da paróquia de um dos cônjuges na presença de duas testemunhas. E o objetivo era unicamente combater o casamento clandestino, que foi o grande problema da Igreja Católica na Idade Média:

O grande inconveniente e também a grande fraqueza da doutrina canônica clássica era o casamento clandestino. Como bastava o simples consentimento, não era requerida qualquer formalidade para o casamento. Os casamentos clandestinos foram um verdadeiro flagelo na Idade Média. Houve numerosos processos para estabelecer a validade do casamento, em razão do estatuto muito desfavorável criado aos filhos nascidos de pais que não estivessem unidos pelos laços do casamento.<sup>17</sup>

E o que sucedeu foi que a formalidade já arraigada no sistema matrimonial se manteve hígida mesmo depois da separação entre Estado e Igreja entre os séculos XVI, XVII e XVIII, também como necessidade de transportar o poder de celebração do matrimônio que antes era do clero e que se passava ao Estado. Por isso que, ao se retirar da Igreja o monopólio de celebração dos casamentos, tiveram os Estados que regular internamente a maneira como sucederia e se validaria o casamento civil. À guisa de exemplo, no Código Civil francês de 1804, a regulação ficou na forma do art. 63<sup>18</sup> daquela codificação:

*Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites: il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.*

---

<sup>17</sup> GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 571.

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf>> Acesso em: 7 fev. 2016.

De qualquer maneira, a forma do casamento nunca prescindiu e nem se descurou da sua essência, que era a união de pessoas para constituir família. Tanto isso é verdade que qualquer casamento formalmente válido sem propósito familiar e união em único projeto de vida não passa de ato jurídico simulado, nulo de pleno direito, portanto. Por via inversa, qualquer união de pessoas com propósito familiar não fica automaticamente desnaturada pelo mero defeito de forma, nos termos do art. 1.561 do Código Civil.

b) Investigação quanto à correlação lógica entre fator de *discrimen* e a diferenciação feita entre casamento e união estável

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado”.<sup>19</sup>

Também quanto a esse ponto padece de inconstitucionalidade por afronta à isonomia o tratamento discriminatório da legislação para cônjuges e conviventes em matéria sucessória. Isso porque não há a mínima correlação lógica entre o fator de *discrimen* (forma solene) e o resultado da desigualdade de tratamento jurídico dispensado. Ainda nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”.<sup>20</sup> Com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, não se pode achar qual é a lógica em se pensar que uma mera formalidade na constituição de um casamento, ou a falta dela com o início de uma união estável, poderia gerar distintos resultados, para fins sucessórios entre o cônjuge e companheiro, especialmente quando todos os demais fatores essenciais lhes são absolutamente iguais.

Pela precisão, vale aqui o exemplo dado por Bandeira de Mello:

[...] suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrimen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente.<sup>21</sup>

E essa é exatamente a hipótese aqui perscrutada, pois, se não, *qual seria então o nexos plausível* que justifique núcleos familiares constitucionalmente isonômicos receberem da legislação ordinária tratamento diferente quanto ao aspecto sucessório, unicamente porque um núcleo foi formalizado perante o Oficial de Registro Civil, enquanto o outro não o fez.

O que realmente se vê do art. 1.790 do Código Civil e sua justificativa legislativa é uma discriminação gratuita e preconceituosa, crendo-se numa suposta superioridade do casamento em relação à união estável, chegando ao absurdo de o legislador justificar a diferenciação que fazia dizendo que a união estável seria uma instituição-meio menos estável do que o casamento (que, na visão do legislador, seria a instituição-fim). Contudo, esse entendimento absolutamente anacrônico é, em verdade, insondável pela lógica mais vulgar.

c) Investigação quanto à consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição

Este último critério investigativo da isonomia é ainda mais evidente, porque foi exatamente a lógica discriminatória do antigo direito positivo pensado por castas e por solenidades que a nova ordem constitucional superou e ainda está a superar, tudo por meio do diuturno embate na tentativa de se colocar novamente na centralidade de todo o sistema jurídico a pessoa humana, com tanto menos predicado quanto possível, com atenção única e primordial à sua realização digna, expurgando todo e qualquer tipo de benefício ou prejuízo odioso, assim como a discriminação gratuita que atenta claramente contra o princípio da igualdade e contra a pessoa humana mesma.

A igualdade de todos os membros da família humana não é apenas um direito fundamental, cláusula pétrea da nossa Constituição

---

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

Federal de 1988, mas, também e sobretudo, direito humano, tanto que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A(III) da Assembleia Nacional das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, já no seu preâmbulo declara:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.<sup>22</sup>  
(Grifo nosso)

Não há dúvida de que o interesse da Constituição Federal é proteger a união estável como entidade familiar idêntica ao casamento (§ 3º, art. 226 da CF), não havendo qualquer respaldo constitucional a discriminação sucessória dos partícipes da união, especialmente em razão da morte de um dos conviventes. É essa também a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Também restou previsto no §3º do art. 226 o dever do Estado de facilitar a conversão da união estável em casamento – literalidade utilizada por muitos para sustentar uma hierarquia entre as entidades familiares, com a superioridade axiológica do casamento em relação à união estável. Esta argumentação não deve ser prevalente, uma vez que a única diferença existente entre eles é a formalidade e oficialidade do casamento, pois a base fática é a mesma, de modo a não se justificar que a união estável seja tratada pelo ordenamento jurídico de maneira diferenciada e discriminatória.<sup>23</sup>

Sendo assim, não há a menor consonância entre o critério discriminatório eleito pelo legislador do art. 1.790 do Código Civil com os interesses igualitários e dignificantes da Constituição Federal.

---

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

<sup>23</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.119.

## 7 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JR., José; CRETELLA, Agnes (Trad.). *Institutas do Imperador Justiniano* – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, p. 207. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 100 p. 23-60 jan./dez. 2005 ????

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2014, v. 1 - 4.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano*, p. 207, principalmente.

# AS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Ana Luiza Maia Nevares<sup>1</sup>

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de  
Direito Civil da PUC-Rio e  
dos Cursos de Pós-Graduação da UERJ. Advogada.

**Sumário:** 1. Notas introdutórias. 2. O direito das sucessões: breves considerações. 3. O direito das sucessões e o processo civil. 4. A nomeação do inventariante. 5. A colação: modo de conferência e valor dos bens doados. 6. Critérios para a partilha dos bens e a tutela de evidência no âmbito do inventário. 7. O quinhão do nascituro. 8. A celeridade do inventário e a existência de herdeiros incapazes. 9. A cumulação de inventários. 10. Notas conclusivas. 11. Referências.

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em março de 2016, entrará em vigor novo diploma processual civil, estabelecido pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Da exposição de motivos da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do novo Código de Processo Civil, extrai-se a preocupação com a real efetividade do processo, ou seja, com o fato de o processo ser um instrumento eficiente para a concretização do direito material.

Nessa direção, os processualistas buscaram alcançar os seguintes objetivos: 1) harmonizar a lei ordinária processual aos valores e princípios da Constituição Federal, em claro e evidente respeito à hierarquia das fontes; 2) possibilitar que o processo alcance resultados consonantes à realidade fática em que esteja inserido, enfatizando a atuação das partes na solução dos conflitos, a partir da mediação e da conciliação, bem como a partir dos instrumentos que permitem uma

---

<sup>1</sup> Registro meu agradecimento ao acadêmico e monitor da disciplina Direito das Sucessões e Procedimentos Correlatos da PUC-Rio – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pedro Zacharias Hassan, pelo auxílio na pesquisa jurisprudencial, bem como pela revisão dos originais.

contratualização do processo; 3) simplificar o processo, identificando pontos complexos que mereciam redução de atos e formalidades; 4) propiciar que cada processo tenha maior rendimento possível, possibilitando, por exemplo, que as partes, até a sentença, modifiquem o pedido e a causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório, extraindo-se do processo o maior aproveitamento possível e 5) obter maior coesão do sistema, a partir da organicidade das regras do processo civil.

Nesta sede, serão abordadas as inovações do Código de Processo Civil no Direito das Sucessões, não sem antes refletir sobre o atual momento vivenciado pelo direito sucessório, tendo em vista que a efetividade do processo civil, como afirmado, pressupõe a concreta realização do direito material que lhe seja subjacente.

## **2 O DIREITO DAS SUCESSÕES: BREVES CONSIDERAÇÕES**

O Direito das Sucessões é o ramo do Direito Civil destinado a regular a transmissão dos bens de uma pessoa em virtude de sua morte. Está disciplinado no Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no Livro V do aludido diploma legal, que é subdividido em títulos destinados à sucessão em geral, à sucessão legítima, à sucessão testamentária e ao inventário e à partilha.

O conjunto das relações patrimoniais de uma pessoa falecida denomina-se herança, sendo certo que o direito de herança está consagrado no inciso XXX, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, consistindo a sucessão privada, assim, em uma garantia fundamental do cidadão brasileiro. A herança só será considerada vaga e destinada ao Estado na ausência de sucessores legais ou testamentários.

Os pilares do Direito das Sucessões são a propriedade e a família. Com efeito, o Direito das Sucessões disciplina a transmissão da propriedade de uma pessoa falecida, estabelecendo uma ordem de vocação hereditária fundada na família, uma vez que, por ser a formação social na qual mais genuinamente se exerce a solidariedade, é a família a fonte inspiradora para o legislador determinar a quem devem ser destinadas as situações jurídicas patrimoniais transmissíveis de uma pessoa após o seu falecimento.

Exatamente por se fundar na propriedade, o Direito das Sucessões destina um espaço de autonomia para a pessoa, facultando-lhe regulamentar a destinação de seus bens após a sua morte, por meio de negócio jurídico denominado testamento, valendo destacar que o testamento tem eficácia múltipla (Código Civil, art. 1.857), uma vez que

não serve apenas para disposições de cunho material, mas também a outros objetivos do testador, em especial aqueles relativos às suas situações jurídicas existenciais.<sup>2</sup>

Tal espaço de autonomia será mais ou menos amplo conforme as exigências sociais relativas à proteção da família. Atualmente, o Brasil tutela a família nuclear garantindo metade da herança (Código Civil, art. 1.789) aos herdeiros necessários, constituídos pelos descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro (Código Civil, arts. 1.845 e 1.850).

Muito se discute sobre a pertinência de o ordenamento jurídico garantir para certos parentes parte da herança de forma obrigatória, limitando a liberdade de testar. Sobre a questão, importante registrar que o Código Civil, hoje em vigor, é fruto de um Projeto de Lei concebido em 1975, sendo evidente que de lá para cá muitas transformações ocorreram na família, tendo algumas sido incorporadas no atual Código Civil e outras não.

À luz das celeumas jurisprudenciais que se travam a respeito da normativa sucessória atual, em especial aquela relativa ao cônjuge e ao companheiro, bem como diante dos recentes diplomas legais que versam sobre a família de forma específica ou tangencial (Estatuto do Idoso, Guarda Compartilha, Alienação Parental, Lei Maria da Penha e Estatuto do Deficiente), pode-se concluir que o Direito das Sucessões precisa se encaixar na configuração da família atual, que é plural, igualitária e democrática, com atenção voltada aos vulneráveis, em especial às crianças, aos demais incapazes e aos idosos.

De fato, uma das críticas que é direcionada ao Direito Sucessório é a sua neutralidade, já que, no Brasil, raras vezes a lei estabelece a divisão da herança com base em critérios concretos de proteção da pessoa de cada um dos que integram a família, como ocorreu com a Lei 10.050/2000, que previu o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial do monte para o filho órfão portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho, incluindo o § 3º ao art. 1.611 do Código Civil de 1916.

Argumenta-se que a aludida neutralidade é fruto do princípio da unidade da sucessão, consagrado no Direito Francês Revolucionário, que tinha por objetivo aniquilar todos os privilégios da nobreza, sendo certo que o fracionamento da propriedade, a partir da divisão hereditária, configurava um importante mecanismo para tal intento. Desse modo, estabeleceu-se que a sucessão hereditária não deveria considerar a natureza dos bens transmitidos, nem a qualidade dos sucessores, de forma a eliminar privilégios como o da primogenitura ou o

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter o leitor à obra de minha autoria intitulada *A Função Promocional do Testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

da masculinidade na transmissão *causa mortis*, estando o pressuposto da sucessão assentado apenas no fato de aquele sucessor pertencer à família do autor da herança, sem outras considerações.

Com a queda do liberalismo burguês e a consagração do sujeito de direito não mais como uma categoria neutra e abstrata, mas, sim, como o sujeito histórico-real, considerado não só na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, como tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e de fundamentais espaços de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação),<sup>3</sup> sempre considerado em sociedade, não podendo prescindir das relações que estabelece com os demais, a disciplina das relações jurídicas privadas passou a atender para as pessoas que as integram, ao modo pelo qual interagem naquelas relações, bem como à repercussão de seus efeitos nas esferas de terceiros.

Desse modo, no âmbito do Direito das Sucessões, passou-se a repensar o princípio da unidade da sucessão e, assim, tanto na legislação francesa, como em outras que se inspiraram no Código Napoleônico, consagraram-se previsões específicas de sucessões consideradas especiais, exatamente porque se afastam do regramento geral, para atender a interesses específicos relacionados aos bens transmitidos e aos sucessores legais.<sup>4</sup>

Nessa perspectiva, portanto, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, privilegiando, ainda, vínculos específicos dos herdeiros quanto aos bens do acervo hereditário, qualificados por moradia ou exercício profissional.

Buscar-se-ia, assim, concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos

---

<sup>3</sup> Scalisi, Vincenzo. *Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto*. In: *La civilistica Italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, 1991, p. 140. Ainda publicado em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989, p. 387-420.

<sup>4</sup> Na Itália, vale fazer referência à legislação relativa ao *maso chiuso*, que constitui uma propriedade fundiária rural, considerada indivisível, destinada a permanecer na titularidade da família, conjugando-se, assim, os interesses da produção agrícola com a tutela da família que esteja estabelecida naquele local, desenvolvendo a própria atividade laborativa (*Legge Provinciale* 28 novembre 2001, n. 17, *Provincia Autonoma di Bolzano Alto Adige*), bem como o art. 230 bis do *Codice Civile*, que prevê um direito de preferência na divisão hereditária da empresa familiar para o membro da família que trabalha de modo contínuo na mesma. Já no Direito francês, é previsto o direito à atribuição preferencial de certos bens da herança, consoante o disposto no art. 831 do *Code Civil*. Sobre o referido dispositivo do *Code Civil*, vide n. 06.

herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbrasse na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.

Como se verá ao longo deste estudo, o Código de Processo Civil de 2015, embora tenha reproduzido no geral o sistema processual previsto no Código de Processo Civil de 1973 quanto ao inventário e à partilha, trouxe inovações importantes em relação à matéria, sendo certo que algumas delas se alinham aos atuais reclames da legislação sucessória.

### **3 O DIRETO DAS SUCESSÕES E O PROCESSO CIVIL**

A disciplina do fenômeno sucessório não se dá apenas no campo do direito material, sendo certo que é necessário estabelecer regras que efetivem a transmissão da herança. Por conseguinte, ao Processo Civil compete regulamentar a maneira pela qual se processa a transmissão hereditária.

O instituto processual destinado a efetivar a sucessão hereditária é o inventário. Trata-se de procedimento que objetiva relacionar todos os bens da pessoa falecida para posterior partilha entre os seus sucessores ou adjudicação àquele que seja o único herdeiro. No curso do inventário, os bens da pessoa falecida são avaliados, sendo pago o imposto devido pelo fato gerador da transmissão da propriedade *causa mortis*.

O procedimento do inventário coaduna-se com a natureza jurídica da herança, que constitui uma universalidade de direito (Código Civil, art. 1.791). Com efeito, apesar da heterogeneidade dos bens que compõem a herança, esses são reunidos para que sejam considerados em seu conjunto.

A herança, no entanto, não é uma entidade autônoma, que se afasta dos elementos que a compõem, sendo certo que é “tomada como unidade para certos efeitos, por razões de simplificação da regulamentação da sucessão e pela necessidade de proteção dos credores”.<sup>5</sup>

Sem dúvida, manter o patrimônio da pessoa falecida reunido e listado em um processo até a partilha constitui uma garantia para os credores, sendo essa uma preocupação do legislador quando disciplina o pagamento das dívidas do falecido, bem como quando estabelece

---

<sup>5</sup> MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu. Unificação meramente conflitual ou unificação material? Coimbra: Almedina, 2005, p. 144.

outras determinações que propiciam o adimplemento das obrigações do autor da herança, como ocorre com a determinação quanto ao processamento do inventário no último domicílio do falecido (Código Civil, art. 1.785, Código de Processo Civil de 1973, art. 96 e Código de Processo Civil de 2015, art. 48).<sup>6</sup>

A normativa relacionada ao inventário e à partilha encontra-se principalmente no Estatuto de Ritos. No entanto, tendo em vista que a ordem constitucional unificou a competência para legislar sobre direito privado e direito processual, assiste razão a Humberto Theodoro Júnior quando afirma que “é de todo irrelevante o fato de uma norma rotulada de lei civil conter algum preceito de natureza processual, ou um Código de Processo Civil incluir em seu texto alguma regra própria da lei material civil”.<sup>7</sup>

As normas processuais em diplomas de direito material e as normas de direito material em diplomas processuais são denominadas pela doutrina de normas heterotópicas, sendo certo que, por força do exposto acima, qualquer conflito normativo entre as aludidas normas “não se resolverá pelo critério da especialização da lei, nem pela pesquisa da natureza intrínseca do preceito, mas pelos princípios do direito intertemporal”.<sup>8</sup> Assim, ainda na esteira das lições de Humberto Theodoro Júnior, “a lei nova revoga a anterior, desde que tenha cuidado do mesmo tema, de maneira diversa, pouco importando o tipo de Código dentro do qual o preceito normativo tenha sido editado”.<sup>9</sup>

Em linhas gerais, o Código de Processo Civil de 2015, na esteira do Código de Processo Civil de 1973, disciplina o inventário extrajudicial e o judicial, sendo certo que, em relação ao primeiro, manteve

---

<sup>6</sup> A Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, ao prever a disciplina da aplicação da Lei 11.401/97 pelos serviços notariais e de registro, estabeleceu em seu art. 1º que para a lavratura dos atos notariais de que trata o aludido diploma legal, é livre a escolha do tabelião, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil. Apesar do louvável objetivo da aludida resolução, buscando uniformizar a aplicação da referida lei, a competência quanto ao processamento do inventário deveria ter sido respeitada, exatamente para evitar que credores sejam prejudicados com a lavratura de inventário em local que não tem qualquer relação com o falecido ou com seus bens, dificultando sobremaneira o encontro do patrimônio deixado. Na mesma linha de crítica ao dispositivo citado da Resolução n. 35, indicando que esta prejudica também eventuais herdeiros que sejam preteridos no inventário, como um filho ainda não reconhecido, mas do qual os familiares do autor da herança têm ciência, vale citar as ponderações de Luiz Paulo Vieira de Carvalho: “Para evitar que esta ou situações similares venham a acontecer, com todas as vênias, reafirmados nossa posição de discordância, neste ponto, com o acatado pelo Egrégio Conselho Nacional de Justiça”. (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2015, p. 893/894).

<sup>7</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 32, v. 6, p. 16, 2004, p. 16.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 32, v. 6, p. 16, 2004, p. 16.

<sup>9</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 32, v. 6, p. 16, 2004, p. 16.

a obrigatoriedade de inexistir testamento ou interessados incapazes (Código de Processo Civil de 2015, art. 610, caput),<sup>10</sup> havendo determinação expressa de que a escritura pública de inventário constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras (Código de Processo Civil de 2015, art. 610, § 1º).

Quanto ao inventário judicial, o Código de Processo Civil de 2015 previu o rito comum ou ordinário, no qual há a avaliação judicial dos bens após a sua devida descrição pelo inventariante, bem como o cálculo judicial do imposto de transmissão *causa mortis*, com a posterior partilha dos bens elaborada por partidor judicial, após a resolução de todos os incidentes porventura suscitados, como aqueles relacionados à colação ou ao pagamento das dívidas, bem como após a formulação dos pedidos de quinhão pelos herdeiros.

Tendo em vista que o inventário pelo rito ordinário é longo e pressupõe a atuação do juiz em diversas etapas, como naquelas de avaliação dos bens e de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, não podia o legislador descuidar de um rito mais célere, próprio para interessados capazes e de acordo quanto à partilha, denominado de *arrolamento*. No Código de Processo Civil de 2015, o arrolamento está

---

<sup>10</sup> Alguns Estados da Federação admitem a lavratura do inventário extrajudicial quando o testamento é caduco, revogado ou declarado inválido. No Estado do Rio de Janeiro, tal permissão consta da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça TJRJ/Parte Extrajudicial, em seu art. 297, in verbis: Art. 297. A escritura pública de inventário e partilha conterà a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito, além da menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei. § 1º. Será permitida 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. § 2º. Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, o Tabelião 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 deverá ser feito judicialmente. § 3º. Sempre que o Tabelião tiver dúvida a respeito do cabimento da escritura de inventário e partilha, nas situações que estiverem sob seu exame, deverá suscitá-la ao Juízo competente em matéria de registros públicos. No mesmo sentido é o art. 129 das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, Tomo II, que assim disciplina: 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. Na mesma linha, foi aprovado na VII Jornada de Direito Civil enunciado ainda sem número por ocasião da elaboração deste texto, assim ementado: Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

previsto nos arts. 659 e seguintes, sendo o seu objetivo a redução da intervenção estatal na ultimação da partilha.

No arrolamento, as partes capazes apresentam partilha amigável, que é homologada pelo juiz após a observância da regularidade da documentação pertinente e dos requisitos legais, como a oitiva da Fazenda Pública e do Ministério Público quando houver testamento. Nesse rito, não há lavratura de termos ou avaliação judicial dos bens, razão pela qual a nomeação do inventariante ocorre por decisão judicial, independentemente da lavratura do respectivo termo. De acordo com a nova legislação, a avaliação judicial dos bens só ocorrerá no arrolamento quando um credor devidamente notificado impugnar a estimativa dos bens reservados para seu pagamento (Código de Processo Civil de 2015, art. 663).

Segundo o disposto no art. 664 do Código de Processo Civil, o rito do arrolamento será observado quando o valor dos bens do Espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, tendo o novo diploma processual, em boa hora, alterado o parâmetro da base de cálculo para o denominado arrolamento comum, que no Código de Processo Civil de 1973 era a Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), que foi extinta pela Lei 7.730/1989. O arrolamento comum pressupõe que não haja consenso de todas as partes capazes, uma vez que no caso de acordo proceder-se-á o inventário na forma do arrolamento sumário.

No arrolamento comum, cabe ao inventariante nomeado apresentar a declaração dos bens com a atribuição de seus respectivos valores, bem como o plano de partilha. Se houver impugnação das partes ou do Ministério Público em relação à aludida estimativa, o juiz nomeará um avaliador e, após a apresentação do laudo, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações, mandando pagar as dívidas não impugnadas em audiência que designar, quando então será lavrado de tudo um só termo, assinado por todos.

Ao cotejar o Código de Processo Civil de 2015 e o de 1973, verifica-se que a disciplina do inventário e da partilha sofreu poucas alterações, valendo destacar o aumento de prazos para as manifestações dos herdeiros no curso do processo, bem como a simplificação das matérias em relação às quais o juiz do inventário está autorizado a emitir julgamento, sendo substituído o conceito mais abstrato de *questões de alta indagação* para aquelas que não estejam provadas por documentos (Código de Processo Civil de 2015, art. 612).

Há, no entanto, algumas alterações mais substanciais, que serão abordadas de forma mais detalhada nesta sede, por representarem modificações relevantes ou ensejarem debates importantes no âmbito do processo de inventário.

## 4 A NOMEAÇÃO DO INVENTARIANTE

O espólio tem capacidade formal e é representado em juízo ativa e passivamente por seu inventariante (Código de Processo Civil de 1973, art. 12, V, e Código de Processo Civil de 2015, art. 75, VI). Além da representação do espólio, compete ao inventariante administrar o espólio, conduzir o processo de inventário e prestar contas de sua administração (Código de Processo Civil de 1973, art. 991 e Código de Processo Civil de 2015, art. 618), além de outras incumbências que dependem da oitiva dos interessados na sucessão e da autorização do juiz, como alienar bens, pagar dívidas do espólio, transigir em juízo ou fora dele e, ainda, efetuar despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio (Código de Processo Civil de 1973, art. 992 e Código de Processo Civil de 2015, art. 619).

Da mesma forma que o Código de Processo Civil de 1973, o novel Diploma Processual de 2015 prevê dispositivo legal com aqueles legitimados para exercer a inventariança, indicando-os numa ordem de preferência.

Inovou a legislação de 2015 ao incluir na referida ordem o herdeiro menor, por seu representante legal, configurando esta possibilidade uma exceção à regra do exercício pessoal da inventariança,<sup>11</sup> bem como ao incluir entre os legitimados para exercer a inventariança o cessionário do herdeiro ou legatário, em virtude de seu interesse no término do processo de inventário.

Muito se discute sobre ser a ordem legal prevista no art. 990 do Código de Processo Civil de 1973 uma ordem cogente, que deve ser observada pelo juiz. Considerando as funções do inventariante e a sua saudável atuação para a ultimação do inventário, a melhor doutrina aponta para a direção de que dita ordem pode não ser observada pelo juiz quando houver razões relevantes relacionadas à litigiosidade entre os herdeiros, ao regular andamento do inventário, bem como à falta de idoneidade da pessoa legitimada a exercer o múnus.

Conforme assinala Luiz Paulo Viera de Carvalho sobre a ordem prevista no citado art. 990 do Código de Processo Civil de 1973, “havendo razões relevantes, como a falta de idoneidade daquele ao qual

---

<sup>11</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. tir. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 1.445. A hipótese não é de todo desconhecida na jurisprudência brasileira, podendo ser citado acórdão do Superior Tribunal de Justiça que nomeou a avó guardiã do herdeiro menor como inventariante em contraposição ao pleito de seu pai biológico que exercia o poder familiar, mas que não era próximo ao menor, tendo se negado a reconhecer sua paternidade em seus primeiros anos de vida: “Inventário. Nomeação da avó, guardiã do herdeiro neto, como inventariante. Ao progenitor do menor não assiste direito subjetivo à inventariança, embora titular do pátrio poder, hoje melhor conceituado como pátrio dever. Discrição prudente do magistrado face ao caso concreto. Recurso Especial não conhecido”. (STJ, REsp 4128/ES, 4ª T, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 30.09.1990).

a lei conferiu preferência, ou mesmo incontornável discórdia entre os herdeiros, sempre enfatizando o melhor interesse do espólio, esta ordem poderá ser desatendida, com nomeação direta de terceiro para assumir o cargo”.<sup>12</sup>

A mesma direção resta encontrada na jurisprudência,<sup>13</sup> inclusive diante de cláusula testamentária que nomeie a pessoa do inventariante,<sup>14</sup> sendo dita disposição testamentária entendida como mera indicação do testador.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2015, p. 880.

<sup>13</sup> Inventariante. Remoção. Nomeação de dativo. Código de Processo Civil, arts. 995 e 990. A ordem de nomeação não é absoluta. O fato de não se observar a ordem não implica ofensa ao art. 990. Precedente do STJ: REsp-520, DJ de 4.12.89. Caso em que a nomeação do inventariante dativo se deveu “à necessidade de eliminar as discórdias atuais e prevenir outras”. (STJ-3ªT., REsp 88.296-SP, rel. Min. Nilson Neves, j. 3.11.98, DJU 8.2.99, p. 275). No mesmo sentido: “Direito processual civil. Sucessões. Recurso especial. Nomeação de inventariante. Regra do art. 990 do CPC. Caráter não absoluto. Convicção do Juízo formada a partir dos elementos fáticos do processo. Vedado o reexame na via especial. - A ordem de nomeação de inventariante, prevista no art. 990 do CPC, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando tiver o Juiz fundadas razões para tanto, forte na existência de patente litigiosidade entre as partes. Evitam-se, dessa forma, tumultos processuais desnecessários. - Se o Tribunal de origem atesta a ocorrência de situação de fato excepcional consubstanciada na existência de animosidade entre as partes, admite-se o temperamento da ordem legal de nomeação de inventariante, conforme firme convicção do Juiz que repousa na ponderada análise dos elementos fáticos do processo. - Esquadrinhar o convencimento motivado do Juízo calçado em circunstâncias fáticas constantes dos autos é procedimento vedado na via especial. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1055633/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 16.06.2009).

<sup>14</sup> É importante distinguir o testamenteiro do inventariante. O primeiro é aquele indicado pelo testador para cumprir as disposições testamentárias, sendo, portanto, um múnus do direito privado, ou seja, uma função da amizade e da confiança do testador. De acordo com Carlos Maximiliano, “o testamenteiro torna realidade, em toda a sua plenitude, a última vontade do falecido, sem executar as determinações que a ninguém aproveite pessoalmente, pelas quais, porém, tinha o defunto um interesse ideal (funerais, missas, túmulo, por exemplo). Faculta-se-lhe, entretanto, a inobservância das disposições contrárias ao Direito, as que sejam física, moral ou juridicamente impossíveis”. (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 533). Quando o testamenteiro não tiver a posse e administração da herança, ou seja, quando o testamenteiro não conjugar também a função de inventariante, sua atuação será de vigilância e fiscalização da atuação deste último, salvo quanto a disposições específicas de cunho existencial do testador que lhe caibam executar.

<sup>15</sup> “ARROLAMENTO. INVENTARIANTE. NOMEAÇÃO. INVENTARIANTE DATIVO. DECISÃO MANTIDA. 1- Decisão que, nos autos de inventário de Celina Falcão Andrade, entre outras deliberações, nomeou inventariante dativo, ao invés do ora agravante, não obstante a indicação para a função de inventariante havida no testamento da falecida; sob o fundamento de “intensa animosidade” entre os herdeiros. 2- Evidente animosidade entre os herdeiros, em especial, contra o ora agravante e deste para com os demais, que poderia comprometer tanto o pleno exercício da função, com os deveres que lhe são próprios, quanto o bom e célere andamento da ação. Inclusive, já há ação de Prestação de Contas em trâmite contra o ora agravante. 3- Ordem de preferência na nomeação. Ausência de violação ao art. 990 do Código de Processo Civil e à indicação constante no testamento deixado pela de cujus. Dispositivos que não têm caráter absoluto, podendo o Magistrado nomear inventariante dativo, quando tiver fundadas razões para fazê-lo. Decisão mantida. 4- Agravo de instrumento não provido. (TJ-SP - AI: 21666866020148260000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alexandre Lazzarini, julgado em 17.03.2015).

Por conseguinte, o que se verifica em relação à interpretação do citado art. 990 do Código de Processo Civil de 1973 é que a ordem prevista para a nomeação do inventariante deve ser observada, salvo se houver algum motivo que justifique sua inversão ou relativização, sendo dito motivo respaldado por outros princípios também tutelados pelo ordenamento jurídico, relacionados ao melhor interesse do espólio, à prestação jurisdicional adequada e ao interesse público no regular desenvolvimento do processo.

De forma diversa do *caput* do art. 990 do Código de Processo Civil de 1973, o *caput* do art. 617 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “o juiz nomeará inventariante *na seguinte ordem*”. A expressão grifada renova a discussão sobre a obrigatoriedade de o juiz seguir a ordem indicada na lei para a nomeação do inventariante, aduzindo alguns autores que, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia apenas uma preferência para o cargo, o novo Diploma Processual pretendeu estabelecer uma ordem obrigatória e sucessiva para a nomeação do inventariante.

Não parece, no entanto, que a expressão mencionada direcione o intérprete para uma ordem obrigatória quanto à nomeação do inventariante. Por suas funções já expostas, o inventariante é uma figura central no processo de inventário, razão pela qual sua nomeação deve ser norteadada pela idoneidade do nomeado, por aquele que melhor represente os interesses do espólio e do regular desenvolvimento do processo, considerando ainda o grau de litigiosidade entre os herdeiros, bem como a natureza dos bens inventariados.

Tal como ocorre com a interpretação do art. 990 do Código de Processo Civil de 1973, a ordem insculpida no art. 617 do Código de Processo Civil de 2015 deve ser interpretada como não sendo de natureza absoluta, podendo o juiz alterá-la se tiver razões relevantes e justificadas, conforme acima exposto.

Nas hipóteses de nomeação do inventariante pelo testador, é preciso bem avaliar a natureza das disposições testamentárias. Quando estas forem eminentemente patrimoniais, não repercutindo na esfera existencial do testador, a nomeação do inventariante atingirá especialmente os sucessores e a dinâmica do processo de inventário. Dessa maneira, a eleição do testador só deverá prevalecer quando o nomeado pelo testamento atender ao melhor interesse do espólio, contribuindo para o regular desenvolvimento do processo.

Por fim, vale ressaltar que diante do que se tem denominado de contratualização do processo,<sup>16</sup> é possível que os sucessores

---

<sup>16</sup> De acordo com Diogo Assumpção Rezende de Almeida, “a crise da atividade jurisdicional, que atinge diversos países, inclusive o Brasil, estimulou estudiosos a desenvolverem

determinem em conjunto e de forma amigável aquele que será o inventariante. Conforme preconiza Alexandre de Freitas Câmara, os “atos dispositivos (também chamados negócios processuais) são os atos pelos quais as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo”.<sup>17</sup>

Para tanto, de acordo com o que dispõe o art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, é preciso que as partes sejam capazes e que se esteja diante de direitos que admitam composição. De fato, uma vez que os sucessores maiores e capazes podem transacionar sobre a divisão da herança, respeitados os aspectos de ordem pública relativos à garantia dos credores e ao pagamento dos impostos incidentes na partilha, poderão, também, transacionar sobre aquele que irá administrar o acervo hereditário no curso do processo de inventário, já que a atuação deste último interferirá diretamente em suas esferas jurídicas e patrimoniais.

Por esta razão, a decisão conjunta e amigável dos sucessores quanto ao inventariante poderá prevalecer sobre a própria determinação testamentária quanto à nomeação do inventariante, quando sua atuação se circunscrever aos aspectos patrimoniais das relações jurídicas deixadas pelo finado.

Nessa perspectiva, a referida cláusula geral de negócios processuais, prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, acentua o caráter não absoluto da ordem prevista no citado art. 617, que se revela como uma ordem dispositiva, que pode ser afastada pelo juiz quando existirem motivos que justifiquem tal alteração, relacionados ao melhor interesse do espólio e ao regular andamento do processo, bem como quando os próprios sucessores determinarem de forma consensual aquele que deverá exercer a inventariança.

---

mecanismos de melhoria do serviço Justiça. Constatou-se que uma das alternativas seria a de permitir aos sujeitos do processo a flexibilização do procedimento ou a alteração da forma dos atos processuais. Esses novos poderes de adaptação do rito legal às idiossincrasias do caso concreto são exercidos pelo juiz, por meio de decisões em processos em curso, ou pelas partes, através de convenções que prevejam modificações na forma, no tempo e/ou no conteúdo do ato processual, relativos a litígios futuros e eventuais ou a demandas já ajuizadas”. (REZENDE DE ALMEIDA, Diogo Assumpção. A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 107). O desafio da doutrina processual é estabelecer os limites e o alcance das aludidas convenções processuais, considerando as garantias constitucionais quanto ao devido processo legal.

<sup>17</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. O novo processo civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

## 5 A COLAÇÃO: MODO DE CONFERÊNCIA E VALOR DOS BENS DOADOS

As doações de ascendente a descendentes e de um cônjuge ou companheiro a outro constituem adiantamento de legítima e, assim, devem ser conferidas por ocasião do falecimento do doador.

A finalidade do instituto da colação é assegurar a igualdade das legítimas, consistindo num aumento levado à massa sucessória (Código Civil, art. 2003),<sup>18</sup> acrescido à quota indisponível, sem aumentar a disponível (Código Civil, art. 2002, parágrafo único).

Apenas os descendentes e o cônjuge ou companheiro estão sujeitos ao dever de colacionar. Embora também sejam herdeiros necessários, a quem é destinada uma quota-parte da herança, aos ascendentes não é imposta a obrigação de conferir doações que tenham recebido em vida do descendente.<sup>19</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia em seu art. 1.014 que os bens a serem colacionados deveriam ser contabilizados pelo valor que tivessem ao tempo da abertura da sucessão, enunciando que a colação seria efetuada em substância, ou seja, com a conferência do bem doado em si, que deveria integrar o patrimônio do *de cujus*, prevendo a colação por compensação do respectivo valor apenas nas hipóteses em que o donatário não mais possuísse os bens.

De fato, o referido sistema foi alterado pelo Código Civil, que determina em seu art. 2.002 que a colação será efetuada in valorem, ou seja, pelo valor das doações, só sendo prevista a colação em substância nas hipóteses em que, depois de computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas (Código Civil, art. 2003, parágrafo único), determinando, ainda, consoante o disposto no art. 2.004, que o valor dos bens a serem colacionados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 716.

<sup>19</sup> De acordo com Clovis Beviláqua, “sendo mais natural que os ascendentes faleçam antes dos descendentes, e devendo ser mantida, com o possível rigor, a igualdade entre os filhos, a lei não chama os ascendentes à colação”. (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV, p. 189-190).

<sup>20</sup> A definição do critério a ser aplicado depende da lei em vigor na abertura da sucessão. Neste sentido, vale citar: “Processo civil. Recurso especial. Inventário. Preclusão. Prequestionamento. Ausência. Colação. Avaliação do bem. Valor à época da abertura da sucessão. - Inviável o recurso especial na parte em que suscita questão federal não apreciada pelo Tribunal de origem. - Os bens trazidos à colação, para efeito de acertamento das legítimas, devem ser avaliados com base no valor que possuírem à época da abertura da sucessão, conforme o disposto no art. 1.014, parágrafo único, do CPC, dispositivo esse que corresponde à norma vigente à época da abertura das sucessões examinadas nos presentes autos. Recurso especial parcialmente conhecido e provido”. (STJ, REsp 595.742/SC, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06.11.2003, DJ 01.12.2003, p. 356).

O Código de Processo Civil de 2015 modifica novamente o sistema da colação, reproduzindo em seu art. 639 o disposto no citado art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973. Dessa forma, a regra da colação volta a ser a conferência em substância, com o retorno do bem doado para o acervo hereditário, só sendo prevista a colação *in valorem* quando o donatário não mais possuir o bem, restando determinado no parágrafo único do aludido art. 639 que o valor dos bens a serem colacionados será aquele que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

Importante registrar que só o valor dos bens doados é conferido, estando excluídas da colação as benfeitorias acrescidas, que pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem (Código Civil, art. 2004, § 2º e Código de Processo Civil de 2015, art. 639, parágrafo único).

Realmente, a apuração do valor da doação sujeita à colação consoante o momento da liberalidade não garante a finalidade da conferência. Isso porque a legítima só pode ser calculada no momento da abertura da sucessão. Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “se a colação tem por finalidade equalizar as legítimas, ela somente será necessária e possível no momento em que estas puderem ser exigidas, ou seja, quando da morte do autor da herança”.<sup>21</sup>

De fato, se um filho recebe um bem como adiantamento da legítima que posteriormente é muito valorizado, a conferência do mesmo segundo o valor ao tempo da doação não trará a igualdade entre a legítima dos herdeiros necessários, uma vez que aquele herdeiro donatário receberá mais do que os outros, pois conferirá valor menor do que aquele que efetivamente é atribuído ao bem no momento da abertura da sucessão. O mesmo se passa se o bem recebido por doação pelo herdeiro necessário sofrer profunda desvalorização sem culpa sua, como na hipótese de um tombamento, hipótese em que o prejuízo será do herdeiro donatário.

Apesar das ponderações acima, na verdade, também o critério de se apurar o valor dos bens doados ao tempo da abertura da sucessão pode não trazer a almejada igualdade entre as legítimas, uma vez que o herdeiro donatário pode ter alienado o bem doado antes da abertura da sucessão e por ocasião desta ter havido substancial valorização ou desvalorização do patrimônio doado.

A temática ora em comento foi objeto de debates no âmbito das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos

---

<sup>21</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I, p. 152.

Judiciários do Conselho da Justiça Federal, tendo sido aprovado na I Jornada de Direito Civil o enunciado n. 119 sobre a matéria, que buscou uma melhor interpretação para o art. 2.004 do Código Civil, assim ementado:

Art. 2.004. Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).

Trata-se de questão angustiante, que divide os doutrinadores. Em sua obra *Direito das Sucessões e à luz da sistemática do Código Civil*, Luiz Paulo Viera de Carvalho louva a intenção do enunciado, mas opina que deve ser aplicado o critério legal de conferência dos bens efetuada pelo valor vigente à época da liberalidade, com aplicação da correção monetária,<sup>22</sup> prestigiando o disposto no art. 2.004 do citado diploma legal.

Apesar de tal posicionamento, o referido doutrinador sensibiliza-se com a possibilidade de, apesar da correção monetária, restar apurado, no caso concreto, real impossibilidade de alcance da igualdade entre os herdeiros necessários, sugerindo o exemplo de um imóvel localizado em área que sofreu valorização patrimonial muito acima do esperado pelo mercado imobiliário. Neste caso, segundo o referido Autor, resta “correta a estimativa procedida através do valor correspondente à época da abertura da sucessão”, aduzindo, ainda, que “se restar comprovado ter o bem doado se desvalorizado enormemente, é também aconselhável seja a colação realizada pelo valor apurado à época da abertura da sucessão” com o fim de evitar o prejuízo do herdeiro donatário.<sup>23</sup>

Atento a esta questão, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em seus comentários ao art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973, argumenta que o valor a ser conferido deve ser o valor do benefício que de fato o herdeiro donatário auferiu com a doação: “se o herdeiro ainda tiver o bem, seu valor será o da época do passamento; se já não mais o

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Viera de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 946.

<sup>23</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Viera de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

possuir, o valor do benefício será aferido à época em que ele ocorreu, devidamente corrigido”.<sup>24</sup>

A posição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro parece alcançar a finalidade da colação, a saber, a igualdade entre as legítimas dos herdeiros necessários, demonstrando que tanto o critério do valor da doação ao tempo da liberalidade, como aquele que se reporta ao valor do bem à época da abertura da sucessão são falhos para a finalidade que se propõem.<sup>25</sup>

Sem dúvida, entre os dois critérios, melhor ficar com a opção do Código de Processo Civil de 2015, que restaura a apuração do valor dos bens a serem colacionados como aquele da época da abertura da sucessão, sendo tal previsão aquela que alcança a igualdade entre as legítimas nas hipóteses em que o donatário mantém o bem em seu patrimônio por ocasião do falecimento do doador.

No entanto, como visto, o legislador de 2015 perdeu uma oportunidade de resolver de vez a aludida problemática, por meio da previsão do critério do real benefício do donatário que, sem dúvida, seria de maior valia para a finalidade da colação.

## **6 CRITÉRIOS PARA A PARTILHA DOS BENS E A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO ÂMBITO DO INVENTÁRIO**

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 contém dispositivo que consagra critérios para a partilha dos bens. Trata-se do art. 648 do referido diploma legal, que determina que, na partilha, serão observadas as seguintes regras: I

---

<sup>24</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I, p. 152.

<sup>25</sup> Sobre a questão, vale citar interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que considerou para a solução do caso concreto o comportamento da parte, privilegiando o princípio da boa-fé processual e da vedação do comportamento contraditório: “AÇÃO ORDINÁRIA RECONHECIMENTO DE DIREITO SUCESSÓRIO E COLAÇÃO DE BENS IMÓVEL DOADO AOS HERDEIROS - ANTECIPAÇÃO DE LEGÍTIMA - VENDA DO IMÓVEL DOADO - PREJUÍZO AO DIREITO SUCESSÓRIO DA HERDEIRA NECESSÁRIA - COLAÇÃO DO VALOR ATUAL DO BEM AVALIAÇÃO NÃO IMPUGNADA - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - Os réus apresentaram comportamento contraditório, pois se não se opuseram à realização da avaliação judicial e ao laudo apresentado, não podendo agora, em sede de apelação, entender que não cabe a atribuição de valor atual de mercado ao bem, e sim, somente a atualização do valor da venda do mesmo, em agosto de 1997, posto que configurada a preclusão lógica. Pleito dos apelantes que não encontra amparo legal. A demora no prosseguimento do feito, com a avaliação do bem em outra Comarca e a realização de todos os atos processuais necessários para a finalização da aludida avaliação propiciou aos réus situação confortável, uma vez que só deverão restituir ao inventário e por conseguinte à apelada a parte que lhe cabe, após o deslinde desta lide. Ausência de boa-fé objetiva. Sentença que se mantém. Negado seguimento ao recurso” (TJRJ, Apelação Cível n. 0014447-49.2004.8.19.0001, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Velos, julgado em 02.10.2012).

– máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II – a prevenção de litígios futuros, e III – a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso. Dito dispositivo espelha o que dispunha o art. 505 do Código de Processo Civil de 1939.

O Código Civil contém regramento semelhante, determinando o art. 2.017 do aludido diploma legal que, no partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível. Isso significa dizer que cada herdeiro deve receber “a sua parte em móveis, imóveis, bens certos e duvidosos, coisas corpóreas, direitos e créditos”,<sup>26</sup> ou seja, “cada herdeiro deve ter parte no bom e no ruim”.<sup>27</sup> Os demais critérios quanto à comodidade entre os herdeiros e à prevenção de litígios futuros restam depreendidos do disposto no art. 2.019 do Código Civil.

O citado art. 648 do Código de Processo Civil reforça, portanto, os princípios que segundo a lei devem nortear a partilha, estando em consonância com o que dispõe o Código Civil quanto à matéria, inclusive em relação aos bens insuscetíveis de divisão cômoda, sobre os quais resta determinada a venda judicial ou a licitação entre os interessados quando mais de um deles requerer a sua adjudicação com reposição em dinheiro ao monte, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo para que sejam adjudicados a todos (Código de Processo Civil de 2015, art. 649<sup>28</sup> e Código Civil, art. 2.019).

Nas palavras de Paulo César Pinheiro Carneiro, a interpretação do princípio da igualdade não enseja que cada herdeiro fique com uma parte de cada um dos bens, mas, sim, que a partilha procure ser equitativa quanto à distribuição dos bens pela sua natureza, pois, mais importante do que “a rigorosa igualdade na divisão em espécie dos bens componentes do acervo hereditário é a divisão que conceda maior comodidade aos herdeiros e, ao mesmo tempo, possa prevenir futuros litígios”, ainda que seja utilizado o instituto da reposição.<sup>29</sup>

Desse modo, como alerta Pontes de Miranda, “a igualdade quanto ao valor dos quinhões é absoluta”, pois, esta não se pode

---

<sup>26</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV, p. 268.

<sup>27</sup> AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1941, v. 2 (arts. 291 a 674), p. 427.

<sup>28</sup> O art. 1.117, I, do Código de Processo Civil de 1973, na mesma linha do disposto no art. 639 do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que serão alienados em leilão o imóvel que, na partilha, não couber no quinhão de um só herdeiro ou não admitir divisão cômoda, salvo se adjudicado a um ou mais herdeiros.

<sup>29</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I, p. 183-184.

atenuar por comodidade ou por qualquer outro motivo.<sup>30</sup> No entanto, consoante Carlos Maximiliano, “prefere-se dar a cada herdeiro os bens mais proveitosos a ele, em razão da idade, profissão ou residência”.<sup>31</sup> Por conseguinte:

O princípio da comodidade poderá ensejar que uma fazenda seja atribuída ao herdeiro fazendeiro, enquanto ao herdeiro menor cujo representante legal é um médico, sejam atribuídos bens de fácil administração. Já o herdeiro dentista, pelo mesmo princípio deverá receber o consultório de seu falecido pai, também dentista. O cônjuge meeiro, que nunca trabalhou, também deve receber bens de fácil administração, ficando as cotas da empresa do falecido e a administração do negócio para o herdeiro economista e que já administrava a empresa.<sup>32</sup>

Da mesma maneira, deve-se dar ao herdeiro “o prédio contíguo ao seu ou comum com este; se no imóvel há dois condôminos, aqui-nhoa-se no mesmo, de preferência, o dono da parte maior. Confere-se a determinado sucessor um prédio da herança, por ser ele proprietário de outro que tinha naquele servidão de água, luz ou caminho, ou que melhorará muito se receber qualquer das servidões referidas”.<sup>33</sup>

Observe-se que tal como ocorre com o art. 2.019 do Código Civil, o Código de Processo Civil em seu art. 639 optou pelo critério da licitação no caso de disputa entre os herdeiros por um bem da herança insuscetível de divisão cômoda. Este processo consiste na adjudicação do bem ao herdeiro que oferecer e pagar mais pelo mesmo.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado – Parte Especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, t. LX, p. 247.

<sup>31</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 626.

<sup>32</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I, p. 184. Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação de um dos herdeiros de um sócio cotista de sociedade que continha em seu estatuto determinação para a apuração de haveres das cotas em caso de falecimento de sócio, determinando o pagamento de seu quinhão em dinheiro: “Inventário – Partilha – Cotas de Sociedade – O herdeiro que não faz parte da sociedade a que pertencia o “de cujus” não está obrigado a receber em pagamento de seu quinhão, na partilha, as cotas deixadas pelo falecido.” (Revista Forense, 171-229).

<sup>33</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 626. Na jurisprudência, vale citar: “Partilha em inventário. A regra da igualdade na partilha não assenta em atribuir a todos os herdeiros uma parte ideal em todos os imóveis da herança, pois assim o juiz manteria o condomínio, fonte de discórdias e de pleitos. A equidade não obsta, antes aconselha, a que se atribua um bem, tanto quanto possível, ao herdeiro que já o utiliza ou o detém, ou nele fez benfeitorias ou é titular de uma parte dele”. (TJRS, 3ª CC, Ap. Cív. n. 22374, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, julg. em 18.04.1974).

<sup>34</sup> VELOSO, Zeno. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio (Coord.). Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito das Sucessões (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 438.

O Código Civil de 1916 não previa a licitação, deixando a solução para o caso de mais de um herdeiro requerer a adjudicação do bem não passível de divisão cômoda a critério do juiz. Segundo Clovis Beviláqua, nestes casos, o juiz deveria decidir atendendo às circunstâncias particulares do caso, à situação do imóvel, à sua melhor exploração, às benfeitorias e à prioridade.<sup>35</sup> O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 503, estabeleceu o procedimento de licitação e tal previsão contou com as críticas do autor acima citado, pois, segundo o mesmo, na definição da partilha, não se pode preferir o critério puramente monetário.<sup>36</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 omitiu a solução pelo critério da licitação, embora alguns autores o admitissem.<sup>37</sup> O Código Civil expressamente o restabeleceu para os casos de disputa entre herdeiros, cessionários e cônjuge sobrevivente e agora o Código de Processo Civil de 2015 reforça tal solução, apesar da advertência há muito suscitada pelos mais renomados doutrinadores, que argumentavam que “a licitação representa, no entanto, providência extrema, encarada com a maior prevenção, porque favorece o herdeiro abastado, que, no ato, disponha de maiores recursos”.<sup>38</sup>

Vale ressaltar que é possível depreender do Código Civil mais um critério para divisão dos bens, a saber, o sorteio, consoante resta previsto no art. 817 do referido diploma legal. De acordo com Silvio de Salvo Venosa, “não havendo outra forma de dividir os bens, será o juiz forçado a recorrer ao sorteio, como forma de inibir litígio pela disputa da herança”.<sup>39</sup>

Diante da normativa acima, verifica-se que não há no Direito brasileiro uma atribuição preferencial a um herdeiro específico de bem integrante do acervo, consoante as particularidades do aludido

---

<sup>35</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV, p. 272.

<sup>36</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV, p. 271 (no Addendum).

<sup>37</sup> Segundo José da Silva Pacheco: “No caso de mais de um pedido de adjudicação, pode haver licitação. Aliás, consoante o disposto no art. 503 do anterior Código de Processo Civil, requerida a adjudicação por dois ou mais interessados, sem que fosse possível acordo entre eles, deveria o juiz marcar dia e hora, citando a todos, para a licitação. Dever-se-ia incluir os bens no quinhão de quem oferecesse maior lance. O atual Código de Processo Civil não tem dispositivo semelhante. Sendo, porém, permitida a adjudicação e sendo possível a pluralidade de pedidos, há de se solucionar o impasse, se não houver acordo, procedendo-se à licitação. Prefere-se o que oferecer maior lance”. (PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 574-575).

<sup>38</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 6, p. 328-329.

<sup>39</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 7, p. 390.

sucessor, em especial a sua vinculação ao referido bem. Esta preocupação ocorre em legislações estrangeiras, como se dá na França, em que é disciplinada a atribuição preferencial, que consiste em disposições que derogam as regras gerais da divisão hereditária, prevendo a prerrogativa de determinados herdeiros requererem que certo bem lhe seja atribuído em virtude de uma ligação específica que tenham com o aludido bem.<sup>40</sup> O sucessor que exercita a atribuição preferencial deverá repor em dinheiro ao monte a parte que exceder o seu quinhão.

De acordo com o art. 831 do *Code Civil*, a atribuição preferencial será prerrogativa do cônjuge sobrevivente ou de qualquer herdeiro coproprietário na sucessão: (i) de empresa agrícola, comercial, industrial, artesanal ou liberal de cuja exploração aquele participe ou tenha participado efetivamente; (ii) do local que lhe serve efetivamente de habitação, se nele o beneficiário tem a sua residência à época da abertura da sucessão e dos móveis que o guarnece; (iii) do local que lhe serve efetivamente ao exercício profissional e dos móveis que o guarnece e (iv) do conjunto dos bens móveis necessários à exploração de um bem rural cultivado pelo autor da herança a título de arrendatário ou de rendeiro (este último aquele que se encarrega da cultura de um terreno com a condição de dar ao proprietário metade dos frutos), quando tal conjunto permanece no proveito do demandante ou quando um novo contrato é consentido em substituição ao antigo.

Em caso de conflito entre demandantes do direito de preferência, a autoridade judiciária deverá levar em conta as aptidões dos diferentes requerentes quanto à gestão e à manutenção dos bens disputados, e, quanto às empresas, em particular, o tempo de duração da participação pessoal daqueles na atividade que é explorada (*Code Civil*, arts. 832-833).

---

<sup>40</sup> De acordo com Pierre Voirin e Gilles Goubeaux Il doit avoir un attachement particulier au bien faisant l'objet de la demande d'attribution, attachement qui se manifeste de la façon suivante: pour l'exploitation agricole ou l'entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, participer ou avoir participé effectivement à la mise en valeur du bien (dans le cas de l'héritier, la participations peut être le fait du conjoint); pour le local d'habitation, l'habiter effectivement au moment du partage et y avoir déjà eu sa résidence à l'époque du décès; pour le local et les meubles à usage professionnel, en avoir l'utilisation effective dans l'exercice de sa propre profession; pour le train culture, bénéficier du bail rural concernant le domaine qu'exploitant le défunt. Tradução livre: Deve existir uma ligação particular com o bem que é objeto da demanda de atribuição preferencial, ligação que se manifesta da seguinte forma: para a exploração agrícola ou para a empresa comercial, industrial ou artesanal, participar ou ter participado efetivamente da valorização do bem (no caso do herdeiro, a participação pode ser feita pelo cônjuge); para o local de habitação, o habitar efetivamente no momento da partilha e já ter tido nele sua residência na época da abertura da sucessão; para o local e os móveis para uso profissional, ter a sua utilização efetiva no exercício de sua própria profissão; quanto à cultura, se beneficiar do contrato de arrendamento rural referente ao domínio que o falecido explorava. (VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil (Droit prive notarial, régimes matrimoniaux, successions-libéralités)*. 22. ed. Paris: LGDJ, 2002, t. 2, p. 225).

Poder-se-ia dizer que pelos critérios da maior igualdade possível, da comodidade e da prevenção de litígios futuros, aplicados segundo a normativa constitucional, chegar-se-ia a resultados semelhantes, ou seja, ao estabelecimento da partilha consoante a vinculação de determinados sucessores a específicos bens integrantes do acervo, conforme as particularidades dos primeiros, inclusive com a possibilidade de se afastar a licitação, pois, à luz da dignidade da pessoa humana, não se pode priorizar o critério econômico em detrimento das especificidades dos sucessores em relação ao bem disputado. Entretanto, seria mais salutar que a legislação sucessória efetivamente tivesse essa preocupação, afastando-se da neutralidade, com garantia de realização dos valores constitucionais na divisão hereditária.

Em boa hora, portanto, o Código de Processo Civil traz expediente que permite no âmbito do processo fazer valer os vínculos dos herdeiros com determinados bens da herança, realizando, assim, a concretude desejada para a partilha, segundo a tábua axiológica da Constituição Federal.

Trata-se do disposto no parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de o juiz, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota do respectivo herdeiro, cabendo ao mesmo, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.

Embora dito dispositivo esteja previsto em artigo que trata dos pedidos de quinhão, formulados depois de ultimadas as declarações de bens, a avaliação judicial e o pagamento do imposto de transmissão causa mortis, bem como o pagamento das dívidas do autor da herança, ocasião em que o juiz deliberará a partilha, analisando a motivação do pleito de cada herdeiro para a atribuição ao seu quinhão de determinado bem, assiste razão a Luciano Vianna de Araújo, quando afirma que tal requerimento pode ser formulado a qualquer momento do processo de inventário.<sup>41</sup>

Pode-se dizer que o expediente contido no parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil configura a concretização da tutela de evidência no âmbito do inventário. De fato, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 294, estabelece que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo a tutela de evidência, conforme Alexandre Freitas Câmara, aquela “de natureza

---

<sup>41</sup> ARAÚJO, Luciano Vianna de; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva. (No prelo). Originais gentilmente cedidos pelo Autor.

satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311)”. Ainda segundo o autor citado:

Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora*. Está-se, aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material.<sup>42</sup>

Sem dúvida, a previsão da tutela de evidência coaduna-se com o propósito de duração razoável do processo, antecipando-se um resultado que decorre de forma *evidente* do caso em exame. Para a tutela de evidência, portanto, não é necessário o *periculum in mora*, bastando a evidência do direito. O art. 311 do Código de Processo Civil prevê as hipóteses em que a tutela de evidência deverá ser concedida, sendo o parágrafo único do art. 647 uma hipótese especial da tutela de evidência.

Por ocasião do encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis realizado no Rio de Janeiro, foram aprovados os Enunciados 181 e 182, que preveem a possibilidade de extensão da fruição antecipada do bem também para os legatários.<sup>43</sup>

A questão ganha contornos complexos diante da possibilidade de o testador estipular a partilha por meio do testamento, especificando os bens que devem compor os quinhões de cada um dos herdeiros. Nesse caso, poderia ser invocada a tutela de evidência em questão contra a disposição testamentária?

A possibilidade de o testador estipular os bens que devem compor os quinhões dos herdeiros não encontra qualquer resistência quando não há herdeiros necessários,<sup>44</sup> uma vez que a discussão existente entre os doutrinadores é quanto à possibilidade de o testador determinar previamente os bens que constituem a legítima dos herdeiros necessários, tendo em vista o caráter cogente de tal atribuição hereditária.

---

<sup>42</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. O novo processo civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169.

<sup>43</sup> Enunciado n. 181 – A previsão do parágrafo único do art. 647 é aplicável aos legatários na hipótese do inciso I do art. 645, desde que reservado patrimônio que garanta o pagamento do espólio e Enunciado n. 182 – Aplica-se aos legatários o disposto no parágrafo único do art. 647, quando ficar evidenciado que os pagamentos do espólio não irão reduzir os legados.

<sup>44</sup> Segundo Carlos Maximiliano, “quanto à parte disponível, é menos calorosa a controvérsia: dia a dia se cumprem legados de bens que são os melhores do espólio, ou pelo menos se enquadram nos mais desejados pelos sucessores”. (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 364).

De acordo com os ensinamentos de Estevam de Almeida, “distinguem os autores a liberdade testamentária quantitativa, ou quanto ao valor, da liberdade testamentária qualitativa, ou quanto à espécie ou natureza dos bens”.<sup>45</sup> Não há dúvida em afirmar que o Código Civil não contempla a liberdade testamentária quantitativa, que significa a liberdade de testar plena, a negação da legítima,<sup>46</sup> pois, impede que aquele que tenha herdeiro necessário disponha de mais da metade de seus bens.

A controvérsia surge em relação à liberdade testamentária qualitativa e os seus debates são encontrados, em especial, na análise do instituto da conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, que foi proibido pelo legislador do Código Civil (Código Civil, art. 1.848, § 2º).

De fato, para alguns doutrinadores, o testador não poderia determinar os bens que devem constituir os quinhões dos herdeiros necessários, pois, dessa maneira poderia favorecer certos herdeiros em detrimento de outros. Para esta corrente, conforme esclarece Carlos Maximiliano, não existiria plena liberdade de testar, nem quantitativa, nem qualitativa, devendo a partilha obedecer a mais perfeita igualdade, quer efetuada após o óbito do de cujus, quer efetuada por ato entre vivos: a metade de cada espécie de bens caberá à reserva; a outra metade à quota disponível.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> ALMEIDA, Estevam de. A nova lei sobre sucessões. O direito, v. 106, 1908, p. 28.

<sup>46</sup> ALMEIDA, Estevam de. A nova lei sobre sucessões. O direito, v. 106, 1908, p. 28.

<sup>47</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 364. De acordo com Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira “Se o testador pudesse indicar os bens do acervo para a constituição das legítimas, inclusive das conversíveis, implicaria isso ingerência preponderante do mesmo na formulação das partilhas, em detrimento dos preceitos formativos desta, que devem ser respeitados, para que não sejam prejudicados os legitimários. E isto porque – converter em outras espécies os bens, que constituam a legítima, quer dizer: substituir os bens existentes na herança por outros não existentes nela, e que forem designados pelo testador; mas não quer dizer que o testador possa designar, dentre os bens existentes na herança, quais os que devam compor o quinhão de cada herdeiro necessário [...]. Conseqüentemente, a faculdade que tem o testador de determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies não é arbitrária, porque, subsistindo a proibição ao testador de designar os bens que devam constituir a quota disponível, que deve ser formada da metade dos bens existentes ao falecer o testador, claro está que a legítima será constituída da outra metade dos bens que, então, possuía o testador e, assim, deverá ser observada a perfeita igualdade na distribuição dos quinhões pelos herdeiros necessários, conciliando-se a vontade do testador com o direito destes herdeiros à herança, cujo domínio e posse a lei lhes garante”. (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 642-643). (Grifos do autor). Não é diverso o entendimento de Joaquim Ferreira Alves: “Subsistindo a disposição que veda aos paes designar os bens que devam constituir a quota disponível, devendo esta ser formada da metade dos bens existentes ao tempo do falecimento do “de cujus”, claro está que essa faculdade não é arbitrária; deve o testador na conversão da legítima em outras espécies, proceder à determinação dos bens que devem compor a quota disponível em partes eguaes, para cada espécie de bens existentes ao tempo de seu falecimento; sendo constituída a legítima da outra metade de cada espécie dos

Não merecem prosperar as razões de tal posicionamento. Com efeito, a Legislação Civil de 1916 não vedava a liberdade de testar qualitativa, pois, em seu art. 1.776 estabelecia expressamente que era válida a partilha feita em vida pelo pai (leia-se ascendente, em virtude do art. 5º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil), por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudicasse a legítima dos herdeiros necessários. Ora, se a lei permitia ao ascendente elaborar a partilha de seu patrimônio, permitia-lhe determinar os bens que deveriam integrar os quinhões dos herdeiros necessários.

Muitos autores não consideravam este arbítrio absoluto, invocando o respeito aos princípios que regiam a partilha, dispostos nos arts. 1.775 e 1.777 do Código Civil de 1916, a saber, a maior igualdade possível entre os quinhões quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens que o compõem e a não comunhão entre os herdeiros, para evitar litígios futuros.<sup>48</sup> Assim, a regra da maior igualdade possível, prevista no art. 1.775 do Código Civil de 1916 (atualmente art. 2.017 do CC 2002), era considerada, por alguns autores, cogente, não podendo ser afastada por imposição do morto.<sup>49</sup>

---

mesmos bens”. (ALVES, Joaquim Ferreira. Manual do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, v. XIX, p. 309).

<sup>48</sup> Sobre o arbítrio do testador, vale citar: “Inventário – Partilha – Audiência de tentativa de conciliação – Omissão de que não resulta nulidade – Partilha – Cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade – Cláusula de livre administração da mulher herdeira (inteligência do art. 1.723 CC) – Disposição da metade (inteligência do art. 1.721 CC) – Colação (matéria de alta indagação) – Créditos (compensação em bens – inconveniência) – Sentença confirmada. Não se decreta nulidade por omissão da tentativa de conciliação, nas causas de natureza patrimonial. A instituição de cláusulas sobre bens é uma faculdade do testador, mas ele a tem somente QUANTITATIVA, não QUALITATIVA. Por isso, somente depois da partilha, é que se recomenda a clausulação dos bens, para que seja evitado o indesejável exercício do poder do testador de determinar os bens que devem tocar a cada herdeiro, com o estabelecimento de situações vantajosas para uns em prejuízo de outros. Tendo a colação a finalidade precípua de comprovação do exercício do poder de disponibilidade sobre a legítima, porque consistente em matéria de alta indagação, só poderá ser examinada nas vias ordinárias. Relativamente à possibilidade do recebimento de créditos do espólio em bens, a questão é de mérito e poderá ser resolvida por transação, mesmo porque, como se sabe, a avaliação dos bens para efeitos fiscais não contém a mesma realidade do valor em espécie”. (TJMG, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0095.03.900018-7/001, Rel. Des. Maciel Pereira, julgado em 10.03.2005) (grifei).

<sup>49</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 6, p. 269. A mesma posição foi mantida na atualização da obra segundo o Código Civil de 2002 (35. edição, p. 326). No mesmo sentido, J. M. de Carvalho Santos: “Feitas por ato entre vivos, assim como em testamento, não podem fugir às normas da igualdade que são de sua essência”. (Santos, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro interpretado. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. XXIV, p. 392). Em sentido contrário: “A regra do art. 1.775 do Código Civil, que demanda observar, na partilha dos bens, a maior igualdade possível quanto ao valor, natureza e quantidade, destina-se precipuamente à sucessão legítima, pois na sucessão testamentária prevalece a vontade do testador”. (TJRS, 2ª Câmara Especial, Apelação Cível n. 23.541-Porto Alegre, Rel. Des. Túlio Medina Martins, julgado em 24.07.1975) (PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1996 p. 578).

Em outras palavras, o testador poderia se valer da liberdade qualitativa, mantendo a divisão dos bens de modo a preservar a maior igualdade possível quanto à natureza, ao valor e à quantidade daqueles, distribuindo-os de forma equitativa. De acordo com Carlos Maximiliano:

Em todo o patrimônio há coisas melhores, preferíveis, desejáveis, e desejadas precipuamente; impossível não tocar a um o que o outro pretenderia. Daí as dissensões, que a providência legal visa desarmar com a prestigiosa interferência de pessoa querida, amorosa e insuspeita. O espírito da norma positiva leva a inclinar-se, na dúvida, pelo respeito ao *verdictum* paterno. Provada, porém, a sugestão alheia, pública ojeriza ou prevenção contra herdeiro, clara a parcialidade da divisão, evidente o prejuízo de uns e a vantagem exagerada de outros; enfim, quando a falta de igualdade *qualitativa* redunde em indiscutível desigualdade *quantitativa*, notória injustiça; em casos tais a partilha antecipada não prevalece. Entretanto, o má-fé não se presume jamais; muito menos em coração de pai; e o ônus da prova, até mesmo quanto ao erro inocente, incumbe a quem alega.<sup>50</sup>

Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reformou decisão que homologou partilha com base em testamento que deixava para um filho apenas o usufruto de um dos imóveis e apólices e não ações de grandes companhias com elevados dividendos, aquinhoando o outro herdeiro com todas as propriedades do espólio, determinando que o princípio do art. 1.775 do Código Civil de 1916 devia prevalecer sobre a vontade do testador.<sup>51</sup>

O Código Civil pôs fim à discussão ao prever em seu art. 2.014 que o testador pode indicar os bens e valores que devem compor os quinhões dos herdeiros necessários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas, sendo certo que o referido diploma legal reproduziu o art. 1.776 da Legislação Civil de 1916 em seu art. 2.018, bem como prevendo em seu art. 2.019 a alienação dos bens insuscetíveis de divisão cômoda, do que se conclui que o autor deve observar os critérios

---

<sup>50</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 367-370 (grifos do autor).

<sup>51</sup> REVISTA dos Tribunais, v. 237, p. 595-596, julho de 1955. Lê-se no acórdão: “Quanto ao mérito, não se justifica prevaleça a vontade da testadora sobre a regra do art. 1.775 do Código Civil, que manda observar a maior igualdade possível, na partilha, quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens. Justo é, portanto, que nos termos do brilhante parecer da Procuradoria Geral as fls., seja o imóvel da rua da Carioca, 69, nesta cidade, atribuído, pela metade, a cada um dos quinhões”.

que regem a partilha, que foram reforçados pelo disposto no Código de Processo Civil de 2015 em seus arts. 648 e 649.

Diante do referido art. 2.014 do Código Civil, a questão relativa aos limites do testador quanto ao estabelecimento da partilha ganha novo fôlego, pois, na esteira da posição de Carlos Maximiliano acima exposta, o limite é o valor dos quinhões, ou seja, em última instância, a desigualdade quantitativa.

Poder-se-ia argumentar que ao se valer do art. 2.014, deverá o testador observar as regras da partilha acima citadas. No entanto, os critérios da maior igualdade possível, da comodidade entre os herdeiros e da prevenção de litígios futuros são fluidos e abertos, não havendo parâmetros específicos para sua aplicação, salvo aqueles que culminam, em última instância, numa demonstração de desigualdade quantitativa em relação aos quinhões estabelecidos na partilha elaborada por testamento.

Além disso, exatamente por não haver normas cogentes que atribuam determinados bens a certos herdeiros, limites à liberdade testamentária qualitativa encontram-se ausentes do ordenamento jurídico, salvo se o exercício desta causar uma desproporção *quantitativa* entre os quinhões, como indicado acima.

Realmente, este é o resultado da análise da sistemática do Código Civil e do Código de Processo Civil, que estabeleceram mecanismos que garantem o respeito quantitativo entre os quinhões dos herdeiros, descuidando de outros interesses relevantes desses herdeiros na composição de suas quotas, como se pode depreender do procedimento de licitação estabelecido no art. 2.019, § 2º, do Código Civil e no art. 649 do Código de Processo Civil, que privilegia o maior lance numa disputa entre herdeiros, além do sorteio estipulado no art. 817 do Código Civil e, ainda, da regra de interpretação dos testamentos disposta no art. 1.899 e no citado art. 2.014, todos do Código Civil.

Desse modo, na elaboração da partilha, o testador pode estipular os quinhões dos herdeiros em desacordo com os seus interesses e expectativas, não privilegiando vínculos específicos daqueles em relação a determinados bens da herança, bem como não atentando para necessidades e especificidades de certos sucessores. Além disso, ditos vínculos podem se constituir após a lavratura do testamento, que permanecerá válido se o testador não o alterar.

Sobre a questão, vale trazer a título de ilustração o art. 2.163 do Código Civil português, citado por Zeno Veloso<sup>52</sup> em comentário ao

---

<sup>52</sup> VELOSO, Zeno. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio (Coord.). Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito das Sucessões (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 435.

art. 2.014 do Código Civil, que assim determina: “O testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro” (grifei).

Embora o posicionamento do ordenamento jurídico português seja muito radical, havendo alguns mecanismos citados pela doutrina para minimizar os seus efeitos,<sup>53</sup> nota-se uma tomada de posição quanto à liberdade testamentária qualitativa, ao menos quando diante de herdeiros necessários: prevalecem os interesses do herdeiro e não aqueles do autor da herança.

O desafio, portanto, é estabelecer critérios para a tensão que pode surgir diante das disposições testamentárias entre os herdeiros e seus interesses e a vontade do autor da herança. Em outras palavras, trata-se da verificação de um conflito entre a autonomia privada testamentária, expressão da livre iniciativa e da liberdade (Constituição Federal, art. 1º, inciso IV, art. 5º, *caput*, art. 170), e direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III), quando o bem objeto da disposição testamentária serve ou é indispensável/relevante à moradia ou ao exercício profissional do sucessor, pois, as consequências das disposições testamentárias passam a ser muito relevantes num ordenamento jurídico que prioriza, em todas as suas esferas, a proteção integral à pessoa, sendo a propriedade um instrumento para a concretização desta proteção, a partir da sua função social.

Sobre as titularidades, assinala com razão Eroulths Cortiano Júnior que é preciso pensar a garantia do patrimônio com a consciência de que os bens não são um fim em si mesmo, mas servem à subsistência física e moral do ser humano. Por conseguinte, segundo o autor, deve ser buscada uma titularidade funcional, ou seja, dirigida à manutenção da dignidade da pessoa humana e exercitável sobre coisas concretas, porque têm importância concreta para o homem, sendo preciso “reaver o que a titularidade das coisas tem de instrumento para a realização concreta da existência humana”.<sup>54</sup>

É por isso que, no campo das relações jurídicas patrimoniais, deve-se sempre ter em vista o vínculo que une a pessoa ao bem. Esta verificação é salutar para que sejam identificados os parâmetros do regime jurídico que será dispensado àquele bem, que, exatamente para

---

<sup>53</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O preenchimento pelo autor da sucessão da quota do herdeiro. *Direito e Justiça*, 2000, *passim*. Um exemplo é atribuir ao reservatário parte da disponível, aduzindo que o mesmo só terá direito a essa cota se aceitar a partilha tal como ela foi feita no testamento.

<sup>54</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162-163.

garantir a observância de sua função social, deverá ter como foco a pessoa vinculada ao mesmo.

Por conseguinte, vale ponderar, com apoio em Roberta Mauro:<sup>55</sup> se o vínculo que une a pessoa ao bem tiver relevância social, ou seja, tiver relação direta com a realização da existência humana e com a concretização de uma vida digna, estará justificado um regime jurídico diverso, configurado exatamente a partir de uma limitação ao exercício da autonomia privada quanto ao referido bem.

Em outras palavras, na medida em que o conjunto de interesses relativo a determinado bem é qualificado como essencial à concretização da dignidade da pessoa humana, a tutela da autonomia privada quanto ao mesmo deverá ceder diante do aludido conjunto de interesses. Nesta direção, vale retomar o alerta de Roberta Mauro: “se o interesse sobre um bem se refere à manutenção da dignidade ou da vida da pessoa que dele depende, sua relevância social será indiscutível, já que deste vínculo com a coisa depende a existência do sujeito”.<sup>56</sup> Por conseguinte, ainda consoante à autora citada:

[...] a destinação dos bens que se mostram essenciais à manutenção da dignidade de terceiros não deve ser inteiramente submetida à autonomia privada: fixar sua destinação ou função não deve ser tarefa exclusiva de seus titulares.

Cumprе ressaltar que apenas com a análise da destinação (ou função) de um bem em um vínculo concreto é que se poderá avaliar se a função social da propriedade sobre o mesmo está sendo plenamente atendida. Em linhas gerais, diante da essencialidade de um bem, o seu titular não poderá atribuir-lhe uma destinação que contrarie a função social do mesmo.<sup>57</sup>

Com efeito, vale ressaltar as lições de Pietro Perlingieri quanto às situações jurídicas patrimoniais, no sentido de que estas, quando instrumentos de concretização de uma vida digna e do pleno desenvolvimento da pessoa, na medida em que permitam a libertação de suas necessidades, assumem papel de valores.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> MAURO E SILVA, Roberta. A dignidade das pessoas doentes: saúde e medicamentos à luz do direito civil-constitucional. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2004, p. 112. (mimeo).

<sup>56</sup> MAURO E SILVA, Roberta. A dignidade das pessoas doentes: saúde e medicamentos à luz do direito civil-constitucional. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2004, p. 115-116. (mimeo)

<sup>57</sup> MAURO E SILVA, Roberta. A dignidade das pessoas doentes: saúde e medicamentos à luz do direito civil-constitucional. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2004, p. 116. (mimeo)

<sup>58</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 32.

Ao se aplicar as ponderações acima na esfera do Direito Sucusório, tem-se que, quando um bem integrante do acervo hereditário serve ao herdeiro como sua moradia ou como local ou instrumento para o exercício de sua profissão, sendo-lhe, portanto, essencial e necessário para a concretização de sua dignidade, deverá ser atribuído *in natura* ao aludido sucessor, estando, em regra, subtraído de outros destinos que lhe poderiam ser conferidos pela autonomia privada testamentária. O mesmo se diga quando o sucessor não utilizava o bem antes da abertura da sucessão, porém é aquele que reúne as qualidades para lhe dar a melhor destinação, por força de suas necessidades específicas, aliadas à sua formação profissional.

Desse modo, atribuir o bem integrante do acervo hereditário ao sucessor que reúne as qualidades para lhe dar o melhor destino, na linha da função promocional do direito, é medida que promove os objetivos constitucionais, ou seja, é medida que estimula o exercício da propriedade pelo herdeiro em atendimento às necessidades sociais, exatamente como preconiza o projeto constitucional, por força da concepção da propriedade como fonte de deveres fundamentais, ou seja, como instrumento para atendimento das necessidades sociais.<sup>59</sup>

Note-se que o resultado acima indicado não significa violação aos valores das quotas dos sucessores, pois, se o bem objeto da atribuição preferencial *in natura* exceder o valor da cota do herdeiro que o recebe, deverá este repor em dinheiro o excesso, sendo certo que os demais herdeiros terão uma garantia quanto ao recebimento da aludida torna, a partir da hipoteca legal (Código Civil, art.1.489, IV), quando se tratar de adjudicação de imóvel.

Quando estivermos diante de herdeiros facultativos, será preciso ter maior cautela na análise do aludido conflito entre a autonomia privada testamentária e interesses relevantes segundo a tábua axiológica prevista na Constituição Federal. Nesses casos, o mesmo raciocínio indicado acima poderá ser alcançado quando o sucessor já utilizava o bem no momento da abertura da sucessão para a sua moradia e/ou exercício profissional, pois, nestes casos, pode-se dizer que o autor da herança, durante a sua vida, foi o responsável pelo nascimento do vínculo entre o herdeiro e o bem integrante do acervo hereditário, tornando relevante a expectativa quanto ao recebimento de tal bem, por força da transmissão *causa mortis*.

O parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil parece reforçar os interesses e vínculos relevantes dos herdeiros em relação aos bens da herança, uma vez que não excepciona a hipótese em que o

---

<sup>59</sup> Comparato, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista do Ministério Público, v. 4, n. 7, p. 80, jan./jun. 1998.

bem referido no aludido dispositivo esteja contemplado em disposição testamentária.

Assim, conclui-se que a tutela de evidência prevista na citada disposição legal poderá ser invocada mesmo contra eventual cláusula testamentária, já que na escala de valores serão mais relevantes os vínculos específicos e qualificados do herdeiro com o bem, sendo preciso que a decisão judicial que a conceda esteja fundamentada nos aludidos vínculos, que deverão estar devidamente comprovados pelo interessado.

## 7 O QUINHÃO DO NASCITURO

Conforme preceitua o art. 1.798 do Código Civil, legitimam-se a suceder as pessoas vivas ou as já concebidas por ocasião da abertura da sucessão. É preciso, portanto, que o sucessor coexista com o autor da herança para que esteja legitimado a suceder, ainda que por frações de segundo, sendo admitida a proteção dos direitos sucessórios do nascituro.

Com efeito, o art. 2º do Código Civil estabelece que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, ou seja, aquele que se encontra no ventre materno.

Em primeiro lugar, como nos alerta Gustavo Tepedino, a personalidade pode ser entendida sob dois pontos de vista: “sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas”, já sob outro ponto de vista, a personalidade é tomada como “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção, por parte do ordenamento jurídico”, sendo considerada como valor, a partir dos atributos inerentes ao ser humano, ou seja, “bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada”.<sup>60</sup>

Para a análise da legitimação para suceder *mortis causa*, toma-se o termo personalidade em seu aspecto estrutural, ou seja, na prerrogativa da pessoa em ser sujeito de direitos, estando o disposto no art. 1.798 do Código Civil em consonância com a proteção geral dos direitos do nascituro prevista no já citado art. 2º do mesmo diploma legal.

A personalidade jurídica do nascituro é objeto de muitas discussões doutrinárias. Para a corrente natalista, o nascituro não tem personalidade jurídica, só adquirindo esta ao nascer com vida, possuindo

---

<sup>60</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

apenas expectativas de direitos. Já a teoria concepcionista, ao contrário, sustenta que o nascituro é dotado de personalidade jurídica, sendo desde logo titular de direitos.<sup>61</sup> Entre as referidas teorias, há, ainda, a teoria da personalidade jurídica condicional, que é aquela que preconiza que a aquisição da personalidade ocorre com a concepção, estando esta condicionada ao nascimento com vida.

A divergência não afasta a constatação quanto à atribuição de direitos ao nascituro, como, por exemplo, aquele que lhe assegura ser reconhecido (Código Civil, art. 1.609, parágrafo único), o direito de ter um curador quando o pai falece estando a mulher grávida desprovida do poder familiar (Código Civil, art. 1.779), o direito de ser donatário (Código Civil, art. 542), valendo mencionar, ainda, os alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008).

Os direitos relativos aos atributos inerentes à vida e, portanto, ligados à personalidade como valor e à dignidade da pessoa humana

---

<sup>61</sup> Na jurisprudência, vale citar: DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO REFERENTE AO SEGURO DPVAT EM DECORRÊNCIA DE MORTE DE NASCITURO. A beneficiária legal de seguro DPVAT, que teve a sua gestação interrompida em razão de acidente de trânsito tem direito ao recebimento da indenização prevista no art. 3º, I, da Lei 6.194/1974, devida no caso de morte. O art. 2º do CC, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e “pessoa” não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Conclui-se, dessa maneira, que, antes disso, embora não se possa falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria qualquer sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa começa”, se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a “existência da pessoa”, o fez expressamente. É o caso do art. 6º do CC, o qual afirma que a “existência da pessoa natural termina com a morte”, e do art. 45, caput, da mesma lei, segundo o qual “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Essa circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à “existência da pessoa natural”. Se, por um lado, não há uma afirmação expressa sobre quando ela se inicia, por outro lado, não se pode considerá-la iniciada tão somente com o nascimento com vida. Ademais, do direito penal é que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”. Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. (REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.9.2014).

são indiscutivelmente atribuídos ao nascituro, sendo certo que os direitos de cunho patrimonial, tanto para a teoria natalista como para aquela concepcionista, só serão exercidos uma vez ocorrendo o nascimento com vida.

Assim, bem assinala Luiz Paulo Vieira de Carvalho, ao assentar que, para qualquer das correntes, é de suma importância o nascimento com vida, “pois o agora nascido recebe seu direito subjetivo sucessório, na opinião da corrente natalista, o confirma na opinião da corrente concepcionista, ou o implementa, na opinião da corrente condicionista (arts. 2º e 1.784 do Código Civil)”.<sup>62</sup> Em suma, mesmo para a corrente concepcionista, os direitos de cunho patrimonial dependem do nascimento com vida, nestes incluídos os direitos hereditários.

Desse modo, se nascer com vida, terá o nascituro seu direito sucessório confirmado e se falecer logo após seu nascimento com vida – ou seja, logo após o primeiro respiro – transferirá a herança recebida para seus sucessores. Ao nascer com vida, adquire a propriedade e a posse da herança como se já “fosse nato desde o momento da abertura da sucessão”,<sup>63</sup> havendo, portanto, um efeito retroativo em relação à aquisição sucessória. Ao contrário, se nascer sem vida, deve ser considerado como se nunca tivesse existido, sendo os bens que lhe caberiam distribuídos entre os sucessores legítimos do autor da herança ou atribuídos a eventual sucessor nomeado em testamento.<sup>64</sup>

À luz da legislação processual de 1973, há a regulamentação do procedimento intitulado *Da Posse em Nome do Nascituro*, disciplinado no título das medidas cautelares, nos arts. 877 e 878 do referido diploma legal. Trata-se de procedimento que tem por objetivo proteger os direitos do nascituro, no âmbito do qual é provado o estado de gravidez da mulher, investindo-a, assim, na posse dos direitos que assistam ao primeiro. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curador ao nascituro.

O § 1º do art. 877 prevê que o requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor,

---

<sup>62</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169.

<sup>63</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. VI, p. 25.

<sup>64</sup> De acordo com Carlos Maximiliano, “quanto ao herdeiro imediato, eventual, herdeiro em segundo lugar, basta que ainda exista e já exista quando o de cujus falecer; não é necessário dar-se o mesmo por ocasião do óbito do que deveria suceder em primeiro lugar, ou do nascimento deste sem vida”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2, p. 145). Caso especial é mencionado por Caio Mário da Silva Pereira, quando a mãe falece durante o trabalho de parto e o filho é retirado das entranhas da mãe falecida. “Não se nega ao filho legitimação para suceder, embora não haja coexistido com a sua mãe”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. VI, p. 26).

demonstrando a sua precípua finalidade nas hipóteses de sucessão hereditária na qual o nascituro é sucessor, se nascer com vida, sendo legitimados passivos para esta demanda os demais herdeiros que concorram com o nascituro.

Em que pese tal constatação, o legislador processual previu que, a partir de dito procedimento, a mulher grávida será investida nos direitos do nascituro, admitindo que o procedimento possa ter repercussão mais ampla. Com apoio em Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, Ovídio A. Baptista da Silva cita a possibilidade de imissão na posse de direitos do nascituro que provenham de doação, hipótese em que o legitimado passivo para a ação será o doador, aduzindo que o sentido da locução é permitir que a mãe, ou alguém que haja obtido essa “posse” defenda a pessoa e os bens que haverão de caber ao nascituro que nascer com vida.<sup>65</sup>

O Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou a Posse em Nome do Nascituro. Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “a justificativa para tanto está em que, nos tempos atuais, se admite que a gestante postule em nome do nascituro sem que haja sentença investindo-a na posse em nome daquele”, invocando, ainda, a tecnologia muito mais avançada quanto ao estabelecimento da paternidade, em comparação com os métodos então existentes na ocasião da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973.<sup>66</sup>

Segundo o diploma processual de 2015, se um dos interessados na sucessão hereditária for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento, consoante a redação de seu art. 650. Desse modo, o legislador já prevê a reserva de bens para o nascituro, sem necessidade de a mulher grávida ajuizar procedimento específico prévio para tal pleito.

Poder-se-ia ponderar que melhor seria ter o legislador previsto a atribuição do aludido quinhão à genitora do nascituro, de forma inclusive a propiciar que o nascituro pudesse se beneficiar dos frutos e rendimentos dos bens componentes do aludido quinhão.

Parece que nesse ponto o legislador priorizou a coesão da herança para a hipótese de o nascituro nascer sem vida, já que, em poder do inventariante, a conversação do quinhão do nascituro, bem como o recolhimento de seus frutos e rendimentos, ficará a cargo do representante do espólio, sem contar que essa opção, para os demais

---

<sup>65</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 338/339.

<sup>66</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.470.

interessados na sucessão, é mais segura quando há dúvidas quanto à paternidade.

Desse modo, se nascer com vida, ao nascituro será entregue os bens da herança com todos os frutos percebidos desde a abertura da sucessão. Na hipótese contrária, ditos bens e seus frutos caberão aos herdeiros legítimos ou eventuais substitutos testamentários, evitando-se o risco de sua deterioração e da dificuldade na devolução de seus rendimentos.

Na escala de valores, talvez devessem ser privilegiados os interesses do nascituro, ainda mais quando a paternidade é incontestável. No entanto, diante da Lei 11.804/2008, que disciplina os alimentos gravídicos, parece que eventuais distorções serão sanadas com a possibilidade de a mulher grávida exigir do espólio alimentos nos termos da referida lei.

Por fim, importante registrar eventual conflito entre o art. 650 do Código de Processo Civil de 2015 em exame e o disposto no art. 1.800, § 1º do Código Civil, uma vez que, este último, estabelece que o quinhão destinado à prole eventual beneficiada pelo testador (Código Civil, art. 1.799, I) será confiado a curador nomeado pelo juiz, sendo este, salvo estipulação em contrário, o genitor cujo filho o testador esperava ter por herdeiro.

Inicialmente, é preciso diferenciar as hipóteses, já que a disposição em favor da prole eventual prevê a hipótese de o testador nomear como beneficiário no testamento pessoa que sequer foi concebida, não sendo, portanto, um nascituro. No entanto, se dita prole beneficiada no testamento já estiver concebida por ocasião da abertura da sucessão, mas ainda não nascida, sendo, portanto, um nascituro, realmente, o conflito existirá e, então, assiste razão a Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, ao asseverar que o ofício do inventariante cessa ao fim do inventário, quando, então, deverá ser nomeado o curador indicado no já citado art. 1.800 do Código Civil.<sup>67</sup>

## **8 A CELERIDADE DO INVENTÁRIO E A EXISTÊNCIA DE HERDEIROS INCAPAZES**

Sem dúvida, a celeridade da prestação jurisdicional é um objetivo a ser alcançado, razão pela qual o legislador prevê a redução das solenidades e atos do inventário quando as partes são maiores e capazes e há acordo em relação à partilha dos bens, disciplinando, assim, o

---

<sup>67</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1470/1471.

rito do arrolamento sumário e aquele do arrolamento comum quando o valor dos bens não ultrapassa determinado limite legal.

Na vida forense, é recorrente o clamor pela celeridade de inventários em que há herdeiros incapazes, que na maioria das vezes sofrem muito mais com a delonga na tramitação dos feitos. A tentativa de protegê-los com a interferência estatal na avaliação dos bens, cálculo do imposto e partilha acaba, muitas vezes, prejudicando-os com a demora natural da concretização de todos esses atos.

Nessa esteira e sensível à problemática, o Código de Processo Civil de 2015 autorizou de forma expressa, em seu art. 665, que sejam processados na forma do citado art. 664, ou seja, por meio do arrolamento comum, procedimento mais simples quando os bens do espólio não ultrapassam 1.000 (mil) salários mínimos, os inventários com herdeiros incapazes, desde que concordem as partes e o Ministério Público.

À luz da normativa do Código de Processo Civil de 1973, a questão é debatida na doutrina e na jurisprudência, ao argumento de que o procedimento do inventário por arrolamento comum depende apenas do valor do acervo hereditário, que deve observar o limite disposto no art. 1.036 do referido diploma legal, não importando se existem ou não herdeiros incapazes.

Nesse sentido, vale citar Paulo César Pinheiro Carneiro, que aduz que incidirá também o arrolamento comum quando uma das partes for incapaz, apoiado em decisões judiciais,<sup>68</sup> bem como Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, que esclarecem que o arrolamento comum está

---

<sup>68</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I, p. 225. Na jurisprudência, vale citar “Agravado de Instrumento. Inventário por arrolamento. Decisão interlocutória que determinou a adequação do pedido para o rito ordinário face à existência de incapaz interessado (art. 1.031 do CPC). O Código de Processo Civil prevê duas modalidades de arrolamento: a primeira, prevista no artigo 1.031 a 1.035 (arrolamento sumário), com as modificações trazidas pela Lei 7.019/82, exige que todas as partes interessadas na partilha amigável sejam maiores e capazes; a segunda, consubstanciada no artigo 1.036 (arrolamento comum), decorre tão somente do valor atribuído aos bens do espólio, haja ou não incapazes O valor do acervo hereditário é inferior à quantia fixada pela lei. Recurso a que se dá provimento na forma do art. 557,§1º-A, do Código de Processo Civil, para manter o inventário por arrolamento, nos termos do artigo 1.036 do mesmo diploma”. (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0000476-29.2006.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Henriqueta Lobo), AGRAVO DE INSTRUMENTO. O CHAMADO ARROLAMENTO COMUM, REGULADO NO ARTIGO 1036 É ADMISSÍVEL SEJAM OU NÃO CAPAZES OS HERDEIROS, QUANDO O VALOR DOS BENS DA HERANÇA FOR IGUAL OU INFERIOR, NA DICÇÃO DA LEI, A 2000 OTN’S. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0035323-96.2002.8.19.0000 (2002.002.15691), 8ª CC, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, julgado em 15.04.2003) e “Arrolamento. Incapaz. Ainda que incapaz o herdeiro, o inventário deve processar-se na forma de arrolamento, desde que o valor dos bens do espólio seja inferior a 2000 OTNs. Inteligência do artigo 1.036 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso”. (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0010071-04.1996.8.19.0000 (1996.002.01597), 5ª CC, Rel. Des. Carlos Ferrari, julgado em 01.10.1996).

fundado no valor reduzido da herança, assinalando que “sua adoção é de natureza cogente, ainda que não representados todos os herdeiros, e mesmo que haja ausentes e incapazes, ou testamento, hipóteses em que intervirá o Ministério Público”.<sup>69</sup>

De maneira extraordinária é possível encontrar na jurisprudência nacional casos em que foi admitida a adoção do rito do arrolamento sumário mesmo na presença de herdeiros incapazes<sup>70</sup> ou situações que, apesar do rito ordinário, depreendem-se do pronúnciamento judicial que algumas das solenidades poderiam ser mitigadas excepcionalmente, de forma a priorizar a agilidade do feito.<sup>71</sup>

Embora sustente que não há “interesse-necessidade” para o inventário judicial quando todos os interessados na sucessão são maiores e capazes, ou quando há apenas um único herdeiro capaz, em virtude de, nesse caso, ser imperioso o recurso ao inventário extrajudicial e, portanto, neste ponto afastado da doutrina e jurisprudência

---

<sup>69</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. Inventários e partilhas. 14. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 325.

<sup>70</sup> “Inventário. Filha menor. Única herdeira. Adjudicação dos bens. Se o finado deixou um único herdeiro, ainda que menor, pode o inventário de seus bens se processar pela forma do arrolamento, prevista nos artigos 1.031 e seguintes do CPC com a redação dada pela Lei n. 7.019, de 31.8.82, uma vez protegido o interesse da menor com a intervenção do órgão ministerial. A forma de transmissão que mais atende aos interesses da menor é a adjudicação dos bens ao herdeiro único menor. Provimento do agravo”. (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0021752-97.1998.8.19.0000 (1998.002.07898), 16ª CC, Rel. Des. Paulo Gustavo Horta, julgado em 01.06.1999) e AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO JUDICIAL DE INVENTÁRIO - DECISÃO DE CONVERSÃO DE INVENTÁRIO TRADICIONAL EM ARROLAMENTO - INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO OFENDE A LEI PROCESSUAL POR TER SIDO NOMEADO CURADOR DO HERDEIRO INCAPAZ - DESCONSIDERAÇÃO DO TETO PREVISTO NO ARTIGO 1.036, DO CPC, QUE MANTÉM VALOR DESATUALIZADO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO ARTIGO 82, I, DO CPC - SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO, PARA QUE SE POSSA OBTER O MAIOR RESULTADO COM O MÍNIMO DE EMPREGO DE ATIVIDADE PROCESSUAL. (Agravo de Instrumento n. 0436/2004, 6ª Vara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Des. José Alves Neto, Relator, Julgado em 15.02.2005).

<sup>71</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. PEDIDO DE ALIENAÇÃO DE IMÓVEL OBJETO DO INVENTÁRIO. EXISTÊNCIA DE HERDEIRO MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO JUDICIAL DO BEM. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO HERDEIRO INCAPAZ. APLICAÇÃO DO ART. 1.007 DO CPC. 1. A teor do disposto nos art. 1.003 e 1.007 do Código de Processo Civil, a existência de herdeiro incapaz, em regra, torna necessária a realização de avaliação judicial dos bens que compõem o espólio, a fim de que sejam preservados seus interesses no tocante à apuração do valor quantitativo da herança, para que haja uma igualitária e correta distribuição dos quinhões. A dispensa de tal providência somente se autoriza quando restar demonstrada a inexistência de prejuízo ao incapaz com a supressão da avaliação feita pelo perito. 2. Na espécie, considerando que o valor de avaliação servirá de parâmetro mínimo para a alienação de imóvel objeto do inventário e que a herdeira incapaz discorda do valor apontado pela Fazenda Pública, é indispensável a realização da avaliação judicial, sobretudo para fins de resguardo dos interesses da incapaz, até mesmo porque a avaliação fiscal de imóvel sabidamente possui critérios distintos da avaliação de mercado. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento n. 70059575324, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25.09.2014) (TJ-RS - AI: 70059575324 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 25.09.2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30.09.2014).

dominantes, Alexandre de Freitas Câmara defende o procedimento do arrolamento sumário, ou seja, independentemente do valor do monte, quando há apenas um herdeiro, ainda que seja incapaz.<sup>72</sup>

De fato, diante da questão em exame, parece que o Código de Processo Civil de 2015 foi tímido, porque a existência de herdeiros incapazes não deveria obstaculizar o processamento do inventário pelo rito do arrolamento sumário, quando há apenas um único herdeiro, bem como quando o monte é composto apenas por dinheiro, não havendo nenhuma questão complexa a ser dirimida, salvo a divisão aritmética entre os sucessores, mantendo-se a garantia da atuação do Ministério Público para resguardar os interesses dos incapazes.

Do mesmo modo, o arrolamento sumário deveria ser permitido mesmo quando houver sucessores incapazes, quando restar cabalmente comprovado que a partilha apresentada não traz qualquer prejuízo ao menor ou incapaz, ainda que nesse último caso fosse verificada *a posteriori* do início do processo a possibilidade de sua tramitação pelo rito mais célere. Realmente, parece que essa seria a opção legislativa que estaria em melhor consonância com a proteção do incapaz, de forma a garantir-lhe um inventário mais ágil e efetivo.

## 9 A CUMULAÇÃO DE INVENTÁRIOS

Ainda em atenção à celeridade dos processos de inventário, bem como à simplificação dos procedimentos e à economia processual, o legislador prevê determinadas hipóteses em que é possível a cumulação de inventários, quando, evidentemente, ainda não ocorreu o término do inventário daquele que foi pré-morto.

No Código de Processo Civil de 1973, a cumulação de inventários é admitida quando falece o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do consorte pré-morto, desde que os herdeiros de ambos sejam os mesmos, havendo ou não bens diversos a inventariar (Código de Processo Civil de 1973, art. 1.043),<sup>73</sup> bem como quando ocorre a morte de algum dos herdeiros, no curso do inventário, desde que dito herdeiro não possua outros bens a inventariar além de seu quinhão na herança (Código de Processo Civil de 1973, art. 1.044).

<sup>72</sup> Câmara, Alexandre de Freitas. Lições de direito processual civil. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 3, p. 494.

<sup>73</sup> Inventário. Art. 1.043 do Código de Processo Civil. Dissídio. 1. O art. 1.043 do Código de Processo Civil prescreve que “as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos”, sendo este, portanto, o único requisito legal para a reunião dos inventários, não repercutindo para esse efeito a existência de bens diversos. 2. Sem a devida demonstração da divergência com o Acórdão recorrido, o especial pelo dissídio é inviável. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 311506/AL, 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 18.06.2002).

A prática forense, no entanto, demonstra que a cumulação de inventários seria salutar e bem-vinda em outras hipóteses, exatamente em virtude da celeridade e da economia processual. É o que ocorre, por exemplo, quando há identidade quanto ao bem a ser inventariado, em especial quando os sucessores são os mesmos.

À luz dos dispositivos citados do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência majoritária se posiciona no sentido de que as hipóteses de cumulação de inventário são taxativas, não sendo admitida uma interpretação extensiva ou analógica.<sup>74</sup> No entanto, podem ser citados precedentes em que a cumulação foi admitida, apesar de a hipótese não estar enquadrada nos citados dispositivos da Legislação Processual de 1973, exatamente porque no caso concreto, a cumulação demonstrou ser providência em clara sintonia com os princípios da celeridade e da economia processual.

Assim ocorreu, por exemplo, com decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual foi admitida a cumulação de inventário de esposa e genitora do Agravante, em virtude de ambas terem deixado apenas um único imóvel a inventariar. No caso, faleceu a esposa do Agravante e, posteriormente, sua genitora, sendo certo que ambas deixaram o mesmo único imóvel a inventariar. A esposa do Agravante deixou duas filhas advindas de seu casamento, enquanto que sua genitora tinha apenas um único herdeiro, seu filho, o Agravante e marido da outra proprietária falecida do imóvel. O Tribunal entendeu que, “em se tratando de um só bem, concorrendo pai e filhas na partilha, em prol da conveniência, melhor que sigam conjuntamente os inventários, pois a tramitação em separado poderá tumultuar a administração desse único imóvel”.<sup>75</sup>

Realmente, havendo identidade quanto aos bens a inventariar, ainda que os falecidos tenham deixado sucessores diversos, a

---

<sup>74</sup> A título de exemplo, vale citar: INVENTÁRIO. PEDIDO PARA PROCESSAMENTO CONJUNTO DA SUCESSÃO DE VÁRIOS ‘DE CUJUS’ SEM SUCESSORES COMUNS. INADMISSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO INVENTÁRIO CONJUNTO QUE SOMENTE SE JUSTIFICA NAS SITUAÇÕES EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI, AUSENTES NA HIPÓTESE DOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.043 E 1.044 DO CPC. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE BEM IMÓVEL COMUM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (TJ-SP - AI: 01113963120138260000 SP 0111396-31.2013.8.26.0000, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 08/08/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13.08.2013).

<sup>75</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Inventário – Indeferimento do processamento conjunto de dois inventários, por não se subsumir ao quanto disposto no artigo 1043 do Código de Processo Civil. Inconformismo do agravante – Autorização do processamento conjunto, “in casu”, em se tratando de um único bem a ser partilhado entre o agravante e suas duas filhas – Observância da comodidade e conveniência. Expedição de alvará para venda desse imóvel que não foi apreciado pelo juízo, que deverá fazê-lo, com primazia, sob pena de supressão de um grau de jurisdição – Decisão reformada – Recurso provido na parte em que conhecido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2038471-32.2015.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Joaquim dos Santos, julgado em 02.06.2015).

cumulação mostra-se conveniente,<sup>76</sup> para evitar conflitos na administração do acervo hereditário, já que a reunião de inventários pressupõe a existência de um único inventariante para as sucessões cumuladas, bem como para facilitar a regularização da transferência dos bens do monte.

O Código de Processo Civil de 2015, atento à conveniência da cumulação de inventários, previu em seu art. 672 a licitude da reunião de inventários para a partilha de heranças de pessoas diversas quando houver identidade de sucessores entre os quais devem ser repartidos os bens (inciso I), quando houver heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros (inciso II) e, ainda, quando houver dependência de uma das partilhas em relação à outra, prevendo no parágrafo único do aludido dispositivo que neste último caso, se a dependência for parcial, o juiz pode ordenar a tramitação em separado dos inventários, se melhor convier ao interesse das partes ou à celeridade processual.

Em seu primeiro inciso, o legislador não foi claro quanto à exigência de haver também a identidade dos bens a inventariar, exigência esta apenas para os sucessores. Assim, em prol dos princípios que a cumulação de inventários realiza, tão caros na vida forense, não se deve adotar uma interpretação restritiva, sendo lícita a cumulação, portanto, quando os sucessores sejam os mesmos, ainda que os bens dos falecidos sejam diferentes.

A cumulação de inventários de pessoas casadas ou que vivam em união estável é sempre conveniente. Vale notar que, mais uma vez, o legislador de 2015 não enrijeceu a previsão legal, ao não exigir que o regime de bens do casamento ou da união estável seja aquele da comunhão. A ideia é facilitar a transmissão da herança no seio da família, sendo certo que é extremamente comum a identidade de herdeiros entre pessoas casadas ou que vivam em união estável, bem como a identidade de bens ou mesmo os vínculos entre os mesmos.

---

<sup>76</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. POSSE DE BEM IMÓVEL. TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS. POSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO DE INVENTÁRIOS. COMPOSSE. ADMISSIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR PRESENTE. RECURSO PROVIDO. 1. O interesse de agir consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e, ainda, na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas. 2. O art. 1.206 do Código Civil de 2002, estabelece que a posse pode ser transmitida aos herdeiros ou legatários do possuidor, com todas as suas características. 3. Logo, pode haver a transmissão aos herdeiros da posse de imóvel que está sendo objeto de ação de usucapião. 4. O art. 1.043 do CPC dispõe que a reunião de inventários só é possível se os herdeiros de ambos os falecidos forem os mesmos. 5. Todavia, sendo os falecidos compossuidores do imóvel, cuja posse se pretende inventariar, é perfeitamente admissível a cumulação dos inventários. 6. Apelação cível conhecida e provida, para determinar o prosseguimento do inventário. (TJ-MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 11.08.2015, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível) e Inventário. Cumulação de sucessões no mesmo procedimento. Herdeiros diversos. Bem único objeto da herança. Possibilidade de aplicação do art. 1043 do CPC. Observância aos princípios da celeridade e economia processuais. Recurso provido. (TJ-SP, Relator: Caetano Lagrasta, Data de Julgamento: 17.03.2010, 8ª Câmara de Direito Privado).

Por fim, a última hipótese prevista para a cumulação foi a dependência de uma das partilhas em relação à outra. A disposição é ampla e pode comportar casos diversos que sejam submetidos ao Judiciário. Um exemplo pode ser extraído da hipótese de haver uma cadeia de sucessões quanto ao mesmo acervo hereditário.

O dispositivo em exame não previu a possibilidade de cumulação de inventários quando as heranças deixadas recaem sobre os mesmos bens, embora em porções diversas desses últimos, não havendo identidade de sucessores. Um exemplo seria a hipótese de dois irmãos que sejam condôminos do mesmo acervo hereditário, deixando, no entanto, herdeiros diversos. Nesse caso, como assinalado acima, seria salutar a cumulação, para propiciar a mesma administração quanto aos bens, evitando conflitos entre os sucessores.

Parece que, mais uma vez, será preciso contar com a atuação do Judiciário para autorizar casos de cumulação de inventários que não estejam expressamente previstos no citado art. 672, sendo certo que, a redação deste último, em especial diante de seu parágrafo único, demonstra o critério da discricionariedade do juiz em relação à matéria em exame.

## 10 NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do que foi exposto, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações importantes para a efetividade do processo de inventário, ao aumentar o rol dos legitimados a exercer a inventariança, bem como ao prever outras hipóteses de cumulação de inventários, sem contar na atualização do arrolamento comum, a partir do estabelecimento de critério valorativo quanto ao monte vinculado ao salário mínimo e a partir da previsão expressa de que dito rito será aplicado para casos em que há interessado incapaz.

Além disso, ao retomar o sistema da colação para aquele da conferência em substância, valorando os bens doados na data da abertura da sucessão, o novo Código de Processo Civil permite uma maior efetividade do objetivo do instituto.

Sem dúvida, a principal inovação do aludido Estatuto de Ritos foi a previsão da tutela de evidência especial no âmbito do inventário, a partir do disposto no parágrafo único do art. 647, trazendo expediente que fortalece os vínculos dos sucessores em relação aos bens da herança, atendendo aos reclames de maior concretude à sucessão hereditária, à luz da solidariedade preconizada pelo projeto constitucional.

## 11 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Estevam de. A nova lei sobre sucessões. *O direito*, v. 106, 1908.

ALVES, Joaquim Ferreira. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, v. XIX.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1941, v. 2 (arts. 291 a 674).

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas*. 14. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

ARAÚJO, Luciano Vianna de; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. (No prelo).

ASCENSÃO, José de Oliveira. O preenchimento pelo autor da sucessão da quota do herdeiro. *Direito e Justiça*, 2000, *passim*.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 3.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IX, t. I.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Ministério Público*, v. 4, n. 7, p. 80, jan./jun. 1998.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2.

MAURO E SILVA, Roberta. *A dignidade das pessoas doentes: saúde e medicamentos à luz do direito civil-constitucional*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2004. (mimeo).

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 1 e 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 6.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*. Unificação meramente conflitual ou unificação material? Coimbra: Almedina, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária, revista e atualizada*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. VI.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, t. LX.

REVISTA dos Tribunais, v. 237, p. 595-596, julho de 1955.

REZENDE DE ALMEIDA, Diogo Assumpção. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. XXIV.

SCALISI, Vincenzo. *Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto*. In: *La civilistica Italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, v. 6, p. 16, 2004.

VELOSO, Zeno. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito das Sucessões* (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 7.

VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil (Droit privé notarial, régimes matrimoniaux, successions-libéralités)*. 22. ed. Paris: LGDJ, 2002, t. 2.



# AS NOVAS FORMAS DE FILIAÇÃO ADVINDAS DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

*José Roberto Moreira Filho*

Diretor Nacional do IBDFAM. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Bioética, Direito e Aplicações pelo IEC PUC Minas. Conselheiro Titular da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Professor de Direito de Família e Sucessões na PUC Minas, Arnaldo Janssen e Pro Labore. Advogado militante.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A reprodução humana assistida. 3. O tratamento jurídico sobre a inseminação artificial homóloga post mortem. 4. A presunção de filiação decorrente da inseminação artificial homóloga post mortem no Direito de Família. 5. Direitos sucessórios. 5.1 Da capacidade sucessória. 5.1.1 Requisitos e pressupostos para herdar. 5.1.2 A capacidade sucessória do nascituro. 5.1.3 A capacidade sucessória da prole eventual. 5.2 Os vínculos de filiação em face da Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga post mortem. 5.3 Os direitos sucessórios dos filhos havidos por Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga post mortem. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação e todas elas eram baseadas na relação sexual havida entre o casal, primando assim pelo vínculo biológico. A Constituição da República nos brindou, entre outros, com o princípio do pluralismo e do livre planejamento familiar, da igualdade da filiação, da dignidade da pessoa humana que possibilitaram, no Direito de Família, o surgimento do afeto como fundamento jurídico para o estabelecimento da filiação.

Outra grande mudança no cenário familiar se deu com o advento das novas técnicas de reprodução humana, que possibilitaram que casais, antes inférteis, pudessem realizar o sonho da filiação, seja por meio de manipulação de seus próprios gametas, seja com o uso de

gametas de terceiros, modificando totalmente as bases antes sólidas das presunções de filiação.

Antigamente, a reprodução humana se dava apenas por meio de sexo entre homem e mulher. No entanto, com o avanço da ciência surgiram técnicas que possibilitaram a reprodução sem sexo; a preservação de embriões congelados, de óvulos, de espermatozoides e até mesmo a fecundação fora do útero, conhecida como fecundação *in vitro*.

Com esse cenário, atualmente é possível a gestação *post mortem*. Isto é, há casais que congelam material genético, como o sêmen e/ou óvulo, para que possam utilizar no futuro. No entanto, esse procedimento vem sendo muito discutido no âmbito jurídico, pois tem causado vários questionamentos nas áreas de Direito de Família e Sucessões.

Nesse sentido, este artigo abordará a reprodução assistida, os principais princípios do biodireito e da bioética, o tratamento jurídico brasileiro sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem* e as implicações no Direito de Família e Sucessões.

## 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Cotidianamente, são estudados procedimentos específicos para casais que desejam ter filhos, mas por algum motivo não podem tê-los pela gestação natural, sendo necessário recorrer a determinadas técnicas para a realização da maternidade ou paternidade. Várias são as expressões utilizadas na lei (art.1.597, CC/02) para denominar tais técnicas, como “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”. No entanto, o Enunciado 105, da Jornada de Direito Civil, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) definiu que tais expressões devem ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida (RA)”. Alguns doutrinadores acreditam que o termo mais indicado seria manipulação de material genético.<sup>1</sup>

Diferente do pensamento de Paulo Lôbo, Dias<sup>2</sup> concorda com o termo proposto pelo CNJ, uma vez que são utilizadas técnicas para gerar vida, substituindo a concepção natural. Assim, acredita-se que as técnicas de reprodução assistida são “técnicas de interferência no processo natural”, isto é, “a fecundação resultante de reprodução

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366.

medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos gerar”.<sup>3</sup>

Conforme relatam Déborah Oliveira e Edson Borges Jr.:

O primeiro caso de inseminação artificial humana encontra registro em 1791, praticada pelo médico inglês John Hunter. Seguiram-se casos esparsos, com destaque para as experiências de Gregório Mendel, frade agostiniano. De 1866, data a primeira inoculação direta de sêmen no útero, levada a efeito por Sims, com êxito para a gravidez, que não chegou a termo.<sup>4</sup>

Posteriormente, tal técnica tornou-se superada na medida em que, em alguns casos, não bastaria apenas a introdução do sêmen, pois o mesmo poderia não conter espermatozoides aptos à fecundação.

No início do século XX, o ser humano conseguiu quase o total controle sobre as técnicas reprodutivas, primeiramente ao desenvolver técnicas para congelar o sêmen fora do organismo e, posteriormente, ao manipular in vitro as células germinativas humanas.<sup>5</sup>

Tycho Brahe Fernandes relata:

Já no início do século XX, em 1910, a descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento, realizada pelo russo Elie Ivanof possibilitou ampliar os estudos acerca da reprodução humana e, conseqüentemente, por volta de 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos Estados Unidos, sendo criado em 1980, na Austrália, o primeiro banco de embriões congelados.<sup>6</sup>

Várias são as técnicas utilizadas para resolver os problemas de infertilidade, mas o que se considera relevante no presente estudo são os reflexos e as implicações dessas técnicas e de seus procedimentos no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no Direito Sucessório e de Família.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez; BORGES JR., Edson. Reprodução assistida: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000, p. 11.

<sup>5</sup> Deborah Ciocci Álvares de Oliveira e Edson Borges Jr. (2000, p. 12) relatam que “em 1944, dois biólogos, Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões normais a partir de óvulos humanos colocados na presença de espermatozoides”.

<sup>6</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Diploma Legal, 2000, p. 51.

As implicações jurídicas mais sérias trazidas pelas novas tecnologias reprodutivas referem-se à possibilidade de: 1) utilizarem-se gametas de terceiros, ou seja, a chamada reprodução heteróloga; 2) de gestações *post mortem*; 3) a possibilidade do congelamento das células germinativas humanas; e, principalmente, 4) o congelamento do embrião humano.

Com o desenvolvimento das técnicas reprodutivas artificiais foi necessário que os cientistas aperfeiçoassem procedimentos auxiliares à procriação assistida, a fim de alcançar um bom índice de êxito na aplicação da nova tecnologia. Assim, foram desenvolvidos procedimentos aptos a auxiliarem os cientistas, tais como, a criopreservação de sêmen, óvulo e de embriões, a criação de bancos de sêmen e de oócitos,<sup>7</sup> micromanipulação de gametas, útero de substituição, diagnóstico genético de pré-implantação, entre outros.

Déborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. informam que o primeiro banco de sêmen foi criado em 1949 por Roberty Schayshewan e que quatro anos mais tarde foi registrada a primeira utilização de sêmen congelado nos Estados Unidos.

A criopreservação, portanto, tem duas importantes funções para a medicina reprodutiva: a primeira é a possibilidade de se depositar junto ao banco de sêmen material genético próprio para ser utilizado em futuras tentativas de inseminação, quando as anteriores não tiverem alcançado êxito; a segunda é a de possibilitar a pessoa ou ao casal infértil recorrer a sêmen de doador anônimo para superar a infertilidade masculina.

A criopreservação de sêmen oferece ao Direito três ordens de problemas. A primeira diz respeito à possibilidade de manipulação genética ilícita do gameta masculino; a segunda é o fato de que o sêmen pode ficar congelado por tempo indeterminado,<sup>8</sup> e ser utilizado até mesmo após a morte de seu titular e, a terceira, é a garantia assegurada do anonimato do doador.<sup>9</sup> Enfocaremos nesse artigo uma dessas problemáticas, ou seja, a utilização *post mortem* do sêmen criopreservado.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução n. 2.121/2015, regulou os procedimentos deontológicos de inseminação artificial. Ressalta-se que esta é, atualmente, a única

---

<sup>7</sup> Óvulo não fertilizado.

<sup>8</sup> Neves (1984) apud Meirelles (2000, p. 22), afirma que: “Embriões, espermatozoides e óvulos têm possibilidade de permanecer em estado de vida latente até durante anos, se congelados a uma temperatura de -196°. Para sair da conservação a frio – criopreservação – são aquecidos e, após, utilizados normalmente”.

<sup>9</sup> Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

norma legal existente sobre o tema, apesar dos vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.<sup>10</sup>

Entre as técnicas de RA utilizadas, há uma divisão entre as que possibilitam a fecundação dentro da barriga da mulher, inseminações artificiais *in vivo*, e as em que a fecundação ocorre fora da barriga, inseminações artificiais *in vitro*.<sup>11</sup>

O Conselho Nacional da Justiça unificou as expressões sobre as técnicas de reprodução assistida, mas há uma divisão quanto à sua concepção. A RA pode ser homóloga, quando se utilizam os gametas masculinos e femininos do próprio casal ou heteróloga, quando se utilizam gametas de terceiros.<sup>12</sup>

### **3 O TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.121/15, inciso VIII, estabelece que: “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

É necessária a utilização do termo de consentimento livre e esclarecido das pessoas que se submetem a tais técnicas de RA:

O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas

---

<sup>10</sup> Destaca-se o Projeto de Lei n. 1.184/2003 no qual estão apensados vários outros sobre o mesmo tema da RA.

<sup>11</sup> Nesse sentido, destacam-se as principais técnicas: a Inseminação intrauterina ou Inseminação Artificial, que consiste na manipulação do gameta masculino no laboratório e a colocação dentro do útero; a GIFT - Gamete Intrafallopian Transfer ou Transferência intratubárica de gametas permite que os gametas feminino e masculino sejam depositados diretamente na tuba uterina da mulher; a ICSI - Injeção intracitoplasmática de espermatozoides já é uma técnica em que a fertilização ocorre *in vitro*, sendo que os espermatozoides são colocados dentro do óvulo para que ocorra a fertilização e, posteriormente, o depósito no útero.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 367.

envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (Capítulo 1, item 4 da Resolução 2.121/15 do CFM).

Apesar de a evolução biotecnológica andar a passos largos, o Direito não a acompanha, primeiramente porque existe a necessidade de que tais inovações sejam amplamente discutidas na sociedade para serem incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio; em segundo lugar, porque, mesmo após o debate e o consenso, é necessário um longo e moroso processo legislativo para que ganhe força de lei; e, finalmente, porque o Direito deve evitar inserir em seu bojo normas relativas a fatos ainda não consolidados, e nem mesmo totalmente incorporados no costume social, sob pena de se tornar obsoleto, ultrapassado e sem eficácia.

Ainda que tardiamente, os legisladores brasileiros já se têm ocupado do tema, e já constam no Novo Código Civil dispositivos legais que tratam da filiação advinda das técnicas reprodutivas artificiais<sup>13</sup> e, tramitam, no Congresso Nacional, vários projetos de lei que regulam questões biotecnológicas, mas até o momento nenhuma lei específica sobre as implicações jurídicas das técnicas de reprodução humana artificial foi publicada ou está em vigor.

No que tange ao tema proposto, ressaltamos que o Código Civil brasileiro em seu art. 1.597, inciso III, expressa que, presumem-se como filhos os nascidos na constância do casamento e os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

A doutrina majoritária brasileira defende o mesmo pensamento do Conselho Federal de Medicina, pois conforme Dias:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento.<sup>14</sup>

Ocorre que essa autorização expressa, alertado por Maria Berenice Dias, não consta no texto legal, mas apenas nas normas deontológicas que regulamentam os procedimentos médicos de inseminação artificial, o que pode acarretar grandes problemas para o estabelecimento da filiação decorrente de inseminação artificial *post mortem*, em que não se tem uma prévia e expressa autorização do falecido para o

---

<sup>13</sup> Art. 1.597 do Novo Código Civil.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 368.

uso de seu material biológico após a sua morte, pois não se pode, a *priori*, supor que queria ser pai póstumo.

#### **4 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO DECORRENTE DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Como dito, o nosso ordenamento jurídico sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação e a base disso eram as presunções constantes no Direito Romano, tais como *mater certa est* ou *pater is est nuptiae demonstrat* que conferiam presunções de maternidade, *iures et iures* para a mãe e de paternidade *iures tantum* para o pai e que estavam calcadas especialmente no liame biológico entre genitor e sua prole.

As afirmações de Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>15</sup> corroboram as conclusões acima:

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções<sup>16</sup>, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrilinializada. Assim, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo;
- b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada;
- c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
- d) a presunção de *exceptio plurium concumbentium* que se opõe à presunção anterior;
- e) a presunção de paternidade, para os filhos nascidos 180 dias depois do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

---

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1º maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 5 set. 2015.

<sup>16</sup> Registros da presunção da paternidade são encontrados nas Leis das 12 Tábuas (462 a.C.), que legitimava o filho póstumo, se este viesse a nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio (Tábua Quarta n. 4).

A presunção de paternidade é o reconhecimento de filiação por presunções. Conforme Dias, são “deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido”.<sup>17</sup>

O art. 1.597 do Código Civil brasileiro trata da presunção de filiação no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, em seu inciso III, prevê que os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, são filhos presumidos como se fossem concebidos na constância do casamento. Todavia, é importante ressaltar que o Conselho Federal de Medicina exige que para a utilização de material após a morte do doador é necessário que esse tenha deixado autorização expressa, para evitar que seja usado por má-fé e pelo fato de o pai não ter expressado a sua vontade.

Percebe-se que se dará a presunção de paternidade apenas se o doador tiver expressado a sua vontade, isto é, a sua autonomia. Caso contrário, estaria sendo ferido um dos principais princípios do biodireito e da bioética.

O falecido deveria ter expressado a sua vontade de paternidade, por meio de um consentimento expresso. A sua atitude de ter congelado material genético não reflete o seu desejo de ser pai.

Existe, sim, a possibilidade de a mulher fertilizar-se com o sêmen de seu marido morto e trazer para si a presunção de paternidade nos termos do art. 1.597, III do CC, mas o médico que proceder à feitura de tal técnica sem a autorização prévia e por escrito do falecido estará cometendo gravíssima infração ética nos termos da Resolução n. 2.121/15 e do Estatuto de Ética Médica.

Devemos destacar, ainda, que a filiação paterna só se dará por decisão judicial, por duas ordens de requisitos, ou seja, o suposto pai já estará morto e não poderá reconhecer-se voluntariamente como pai quando do nascimento da criança e o nascimento provavelmente se dará após os 300 dias da morte do suposto pai, ou seja, da dissolução do casamento, afastando, assim, a presunção de filiação estabelecida no art. 1.597, inciso II do CC/02.

Dessa forma, mesmo que ocorra a inseminação artificial póstuma é necessário que o filho nascido interponha ação de investigação de paternidade, com base no inciso III do art. 1.597 do CC/02, em que deve provar a feitura da técnica de inseminação artificial e o vínculo biológico com o falecido, para que a mesma seja reconhecida

---

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 360.

homóloga, a fim de obter o reconhecimento de seu vínculo de filiação com o pai morto.

Nesse contexto é que se deve analisar a vontade do falecido em ser pai após a sua morte, se deixou autorização expressa e/ou tácita para o uso de seu gameta *post mortem* ou se tal desiderato é apenas por parte da mãe, pois se for esse o caso não se pode imputar paternidade para quem não a queria em vida.

## 5 DIREITOS SUCESSÓRIOS

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à herança é assegurado constitucionalmente, como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXX que enuncia: “É garantido o direito à herança”.<sup>18</sup>

O Direito pátrio, filiado à sistemática do Direito Romano, assegura *ab initio* o direito à herança e, de acordo com Washington de Barros Monteiro (1999), é “um dos ramos do direito que mais se transformou”.

Clóvis Beviláqua (1945, § 1º) diz que: “Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”, no que é corroborado por Carlos Maximiliano quando define que o:

Direito das sucessões em sentido objetivo é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.<sup>19</sup>

Portanto, o Direito das Sucessões, em sentido estrito, tem por objetivo regular a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre aos seus herdeiros legítimos e/ou testamentários.

É consenso entre os doutrinadores que o Direito Sucessório está ligado ao Direito de Família e de propriedade e que o legislador pátrio, ao elencar as pessoas beneficiadas na ordem de vocação hereditária, o fez com o firme propósito de agraciar, em primeiro lugar, a família legítima ou natural do *de cuius* e, posteriormente, atender a sua última vontade externada pela via testamentária.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2015.

<sup>19</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 19.

Ocorre que os dois pressupostos básicos da sucessão citados por Orlando Gomes (1999) para que se ocorra a sucessão *mortis causa*, a saber, a morte do *de cuius* e a vocação hereditária, estão sofrendo modificações em função do estágio atual do desenvolvimento tecnológico e a legislação pátria se omite perante as novas técnicas reprodutivas e aos avanços biotecnológicos. Contudo, a questão relevante e sem solução pacífica no ordenamento pátrio diz respeito à possibilidade de uma gestação *pos mortem*.

É necessário, portanto, que a pessoa tenha capacidade sucessória para que possa vir a herdar. Diante desse fato, propõe-se entender a forma como se verifica tal legitimação para suceder nas chamadas inseminações artificiais homólogas *post mortem*.

## 5.1 Da capacidade sucessória

De acordo com o art. 1.784 do Código Civil, uma vez aberta a sucessão, ou seja, verificada a morte do *de cuius*, a herança se transmite, imediatamente e sem formalismos, aos herdeiros sobreviventes que se tornam titulares dos direitos adquiridos.

Portanto, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o princípio cardeal do Direito Sucessório é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, subordinada obviamente a que tenham *capacidade para suceder*.<sup>20</sup>

Não basta, pois, que o herdeiro pertença à classe chamada à sucessão, pois, antes de mais nada, é necessário que prove ser capaz e não indigno de receber os bens da herança.

No que se refere à capacidade testamentária passiva, se o herdeiro era capaz ao tempo da feitura do testamento e tornou-se incapaz no momento da abertura da sucessão (morte do *de cuius*), não terá direito à herança. Mas se era incapaz ao tempo da feitura do testamento e tornou-se capaz quando da abertura da sucessão, terá capacidade sucessória e herdará os bens deixados pelo *de cuius* em seu favor.

### 5.1.1 Requisitos e pressupostos para herdar

O primeiro e principal pressuposto para se apurar a capacidade sucessória é que ocorra a morte do *de cuius* “porque só nesse momento

---

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 18.

é que a propriedade e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários”.<sup>21</sup>

Entende-se capacidade sucessória como a aptidão para receber bens de herança, sendo que tal capacidade é pressuposto indispensável ao recolhimento da herança pelo interessado.

A identificação da condição de herdeiro ou legatário se faz por meio da observância da ordem de vocação hereditária que estava em vigor na data da morte e a disposição de última vontade, quando o *de cujus* houver deixado testamento. Nas palavras de Giselda Hironaka e Francisco José Cahali:

O primeiro passo à identificação da condição de herdeiro é a verificação de sua qualidade, que se dá pela previsão como sucessor na *ordem de vocação hereditária* (sucessão legítima), ou pela instituição da pessoa por disposição de última vontade (sucessão testamentária). Para pretender a herança, haverá necessidade de um *título* ou *fundamento jurídico* do direito hereditário consistente na convocação do interessado pela lei ou pelo testador.<sup>22</sup>

Nesse caso, conforme pontua Caio Mário da Silva Pereira,

[...] a apuração da capacidade sucessória decorre da verificação de um conjunto de pressupostos que se resumem nestas duas circunstâncias: a existência para fins de sucessão e a sua convocação para receber por causa de morte.<sup>23</sup>

Por outro lado, a doutrina clássica deferia capacidade sucessória apenas às pessoas existentes no momento da abertura da sucessão, pressupondo que a capacidade sucessória dos já concebidos e das pessoas jurídicas ainda não constituídas era uma exceção à regra da preexistência. Dessa forma, propugna Caio Mário da Silva Pereira:

O chamado à sucessão deve existir no momento da delação da herança. Esta não se defere ao vazio, não se transmite ao nada. Se naquele instante o herdeiro já é morto (Ruggiero e Maroi, Planiol, Ripert et Boulanger, DePage) defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da imediata, se for ele o único. Diz-se, pois, com razão, que a delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido - *nescitur ubi sit et an sit* - pois, do contrário, será

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

<sup>22</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 133.

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19.

chamada outra pessoa que atenda a esses pressupostos. Este requisito, definido no vocábulo coexistência (Carlos Maximiliano), deve-se apreciar com a devida cautela, pois comporta suas exceções.<sup>24</sup>

Ocorre que o Código Civil brasileiro, na esteira dessas considerações, fez inserir novo dispositivo legal que positiva a legitimidade para suceder das pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão. O art. 1.798 do Código Civil é claro ao estipular *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

À primeira mão, é possível afirmar que toda e qualquer pessoa que já esteja concebida no momento da abertura da sucessão é capaz de suceder aos bens deixados pelo *de cuius*, desde que pertencente à ordem vocacional deste e/ou desde que contemplada em um testamento válido e eficaz por este deixado.

A problemática referente à capacidade sucessória dos filhos concebidos *post mortem*, mesmo afirmando o Código Civil sua presunção de paternidade em face do pai falecido, ainda é muito grande, pois apesar de poder ser considerado como filho daquele que já estava falecido quando de sua concepção ele não estava nem concebido e muito menos nascido quando da abertura da sucessão, não podendo, *a priori*, vir a herdar.

Adiante, portanto, nos ocuparemos das demais exceções que interessam à regra da preexistência, ou seja, o nascituro e a prole eventual, para que se possam construir elementos que permitam retirar da justificativa que os ampara como herdeiros, a fundamentação necessária para a definição da capacidade sucessória do filho concebido *post mortem*.

## 5.1.2 A capacidade sucessória do nascituro

Já definida a noção de nascituro como o ser em desenvolvimento no útero materno e, partindo do pressuposto de que o mesmo é descendente do *de cuius*, pode-se afirmar, sem nenhuma discordância, que o nascituro tem capacidade sucessória de receber os bens que lhe foram deixados.

Os adeptos da corrente natalista afirmam que o nascituro recebe a herança *in utero* com a condição suspensiva de nascer com vida, ou seja, a herança não lhe pertence antes do nascimento e enquanto estiver sendo gestado, mas a lei salvaguardando-lhe os interesses

---

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19.

determina que sua parte na herança fique disponível e preservada até o seu nascimento, quando então, a mesma lhe será definitivamente entregue.

Por sua vez, os defensores da tese concepcionista propugnam que o nascituro recebe a herança *in utero* sob a condição resolutive do nascimento sem vida, ou seja, o nascituro terá direito à herança desde a sua concepção, mas se nascer sem vida ocorrerá a condição resolutive do seu direito hereditário, que passará aos demais herdeiros de sua classe ou da classe subsequente, se ele for o único.

Silmara Chinelato e Almeida, como uma das vozes desta doutrina,<sup>25</sup> propugnam:

De acordo com posição por nós assumida de que a herança é atribuída ao nascituro sob a condição resolutive do nascimento sem vida - porque a personalidade lhe é atribuída desde a concepção, conforme a interpretação do art. 4º do Código Civil, dentro de todo o sistema por ele agasalhado.<sup>26</sup>

Jussara Maria Leal de Meirelles pontua que:

A insuficiência de interpretação extensiva é demonstrada à medida que, de acordo com a orientação tradicional, o reconhecimento da personalidade jurídica ao embrião *in vitro* parece pretender caracterizá-lo, tal qual o nascituro, titular de direitos subordinados a condição.

Essa condição seria de eficácia suspensiva (implantação no útero) ou resolutive (não implantação); ou ainda dúplice, ou seja, suspensiva (nidação) e resolutive (nascimento com vida), dependendo do posicionamento adotado frente à subjetividade do novo ser.<sup>27</sup>

Sugere-se que não há relevância prática entre os dois modos de ver a situação hereditária do nascituro, pois tanto a doutrina natalista quanto a doutrina concepcionista são unânimes em afirmar que o natimorto perde ou não recebe a herança que lhe foi deixada, transmitindo-a aos demais herdeiros do *de cujus* como se o nascituro nunca houvesse existido, mas, enquanto em gestação, tem o seu direito hereditário preservado.

---

<sup>25</sup> Ver também DINIZ (1997, p. 42) e GOMES (1999, p. 26).

<sup>26</sup> CHINELATO, Silmara J. A.; ALMEIDA. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 235.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76.

Como forma de preservar os direitos e interesses do nascituro, no que se refere à herança a ele deixada, o ordenamento jurídico tem mecanismos que podem ser utilizados pela mãe ou seu representante legal para se alcançar tal intento, conforme os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil.

Dessa forma a mãe, ou o curador nomeado ao ventre, nos casos do art. 878, parágrafo único do Código do Processo Civil, poderá requerer em juízo a posse dos bens e direitos que couberem ao nascituro, a fim de preservá-los até o seu nascimento com vida. A mãe ou o curador terão a posse provisória dos bens até o nascimento do nascituro, sendo que se este nascer com vida, os bens passam a pertencer ao nascituro e tais pessoas os administrarão até que a criança adquira capacidade de fato. Contudo, se ele nascer morto, os bens, assim como seus frutos e rendimentos havidos desde a morte do *de cujus*, devem ser entregues aos demais herdeiros vocacionados.

### **5.1.3 A capacidade sucessória da prole eventual**

A prole eventual somente terá capacidade de herdar se o *de cujus* deixar testamento válido e eficaz que a contemple. Assim, tal capacidade somente será aferida na sucessão testamentária e nunca na sucessão *ab intestato*.

O Direito Sucessório da prole eventual é necessariamente condicional por estar subordinado a evento futuro e incerto, ou seja, a concepção e o nascimento das pessoas que o testador esperava ter por herdeiro.

É necessário reconhecer que o testador pode livremente estipular as disposições que regulam o direito hereditário da prole eventual. Em face disso, é possível que o mesmo estipule que somente os filhos do sexo masculino de determinada pessoa que nascerem após a sua morte serão os beneficiados com o legado. Pode, também, dizer que apenas os dois primeiros filhos serão beneficiados, ou, ainda, que ficam excluídos do legado os filhos advindos de técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), ou aqueles que tenham sido adotados após a sua morte ou após a feitura do testamento, por exemplo.

Tal “liberdade discriminatória” deve-se ao fato de que não se aplica aqui o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, pois a prole eventual refere-se a filhos de pessoas designadas pelo testador e não seus próprios filhos. Ora, se é possível que uma pessoa possa testar, estipulando um legado à outra, sem beneficiar os irmãos que esta última porventura tenha, é lógico que tal possibilidade, também, aplica-se à prole eventual.

Todavia, se o testador apenas mencionar em seu testamento que deixa determinado bem ou bens aos filhos de uma pessoa que nascerem após a sua morte, sem ressalvas e nem imposições, tal disposição, de acordo com os ditames constitucionais, beneficiará todos os filhos da pessoa indicada, sem quaisquer discriminações relativas à origem da filiação.

Silvio de Salvo Venosa, na esteira desse pensamento, diz: “Cremos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los, por força do art. 41 da Lei 8.069/90”.<sup>28</sup>

Durante a vigência do anterior Código Civil brasileiro, até onde se sabe, admitia-se que, não sendo possível conferir direito hereditário às pessoas inexistentes (prole eventual), e levando em conta que os bens da herança não podiam ficar sem dono, o testador somente poderia conferir tais direitos hereditários utilizando-se do mecanismo da substituição fideicomissária,<sup>29</sup> estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmitisse a uma pessoa denominada de fiduciário, na maioria das vezes o genitor da prole, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, por determinado tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, a prole eventual, que se qualificava de fideicomissário.

Maria Helena Diniz, na esteira de Washington de Barros Monteiro, Orozimbo Nonato, Itabaiana de Oliveira, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, discorre sobre a necessidade da instituição da substituição fideicomissária nesses casos:

Como os bens não podem ficar sem dono durante o intervalo entre a morte do testador e o nascimento do beneficiário, o testador somente poderá atingir seu objetivo mediante fideicomisso, nomeando fiduciário para guardar tais bens.<sup>30</sup>

Ocorre que o diploma Civil em vigor estabelece novidades ao denominar de curador a pessoa que administrará e cuidará dos interesses da prole eventual.<sup>31</sup> Estabelece que tal curatela seja preferencialmente exercida pela pessoa, cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e que os deveres e responsabilidades do curador regem-se pelas regras concernentes à curatela dos incapazes, nos termos dos arts. 1.767 a 1.783 do Código Civil.

---

<sup>28</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151.

<sup>29</sup> Artigos 1.951 a 1.960 do Código Civil.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135.

<sup>31</sup> Artigo 1.800 do Código Civil.

Desta forma, nascendo com vida o herdeiro esperado, ele receberá, nos termos do art. 1.800, § 3º do Código Civil, o legado, com todos os frutos e rendimentos havidos desde a morte do testador. Dada a grande responsabilidade que pende sobre o curador, é possível que, não sendo ele o pai ou a mãe, sua função seja remunerada, conforme assevera Silvio de Salvo Venosa.<sup>32</sup>

Outra novidade trazida pela nova codificação civilista foi a estipulação de um prazo máximo para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador, sob pena dos bens que lhe forem reservados serem entregues aos herdeiros legítimos.

Tal dispositivo legal veio dar fim à polêmica que se apresentava quando o testador estabelecia direitos à prole eventual de determinada pessoa, mas não delimitava o número de filhos que seriam beneficiados e nem o tempo mínimo ou máximo para que esses viessem a ser concebidos ou nascidos. Tais omissões provocaram situações absurdas, como casos em que pessoas ficavam indefinidamente na posse e propriedade dos bens, sem nunca se preocuparem em terem o filho que o testador esperava ter por herdeiro, fraudando assim sua vontade e frustrando o direito dos herdeiros legítimos ou de possíveis legatários substitutos.

Francisco José Cahali e Giselda M. F. N. Hironaka, nos moldes de Caio Mário da Silva Pereira, demonstram tal problemática e a solução que era anteriormente dada pela doutrina e pela jurisprudência:

Não estabelecido o limite temporal para o nascimento do herdeiro, tem-se um problema de maior complexidade. Mas, prevalecendo o princípio de que a herança não pode permanecer indefinidamente sem destinatário, terão os interessados (aqueles beneficiados com a inexistência da prole eventual) legitimidade para provocar a verificação do implemento da condição que, se não cumprida, autoriza-lhes reclamarem a herança, assumindo a titularidade do direito hereditário.<sup>33</sup>

Em face disso, o legislador civilista resolveu estipular um tempo máximo para a concepção da prole eventual de pessoas designadas pelo testador, justamente para se evitar a perpetuação da curatela e para atender a vontade do falecido. Silmara Chinelato e Almeida informam que o Projeto de Código Civil de 1975, em seu art. 1.848, § 4º, estipulava um prazo máximo de dez anos para a concepção do herdeiro

---

<sup>32</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>33</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 137.

esperado, sob pena de reversão aos demais herdeiros legítimos e/ou testamentário.<sup>34</sup>

Atualmente, nos termos do § 4º do art. 1.800 do Código Civil brasileiro, o herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador, deverá estar concebido em até no máximo dois anos após a morte do testador, sob pena de que os bens que lhe forem reservados sejam entregues aos herdeiros legítimos e/ou testamentários, *in verbis*: “§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

Ainda que o dispositivo legal não abrigue ambiguidades, enfatiza-se que o que marca a caducidade da deixa é a não concepção no período de dois anos, ou, em prazo diverso estipulado pelo testador, contados da data da morte e, não, o nascimento do herdeiro esperado, que poderá acontecer após o fim do prazo legal ou estipulado.

Verifica-se, pois, que a capacidade da prole eventual é uma exceção à regra geral insculpida no art. 1.798 do Código Civil, pois a prole eventual, mesmo não estando ainda concebida e nem nascida, herdará, se cumprir os requisitos já discutidos.

## **5.2 Os vínculos de filiação em face da Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga *post mortem***

Apesar dos parâmetros utilizados para o estabelecimento dos liames de filiação, o advento das novas tecnologias reprodutivas provocou grande abalo nas bases, até então imutáveis, do Direito de Família e das sucessões.

Os principais dilemas jurídicos trazidos pela inseminação humana artificial dizem respeito às chamadas inseminações heterólogas, à possibilidade de congelamento de células germinativas e de embriões humanos, e à tão discutida e propalada possibilidade de intervenção e manipulação de células germinativas ou totipotentes para fins de pesquisa ou clonagem.

Somente podem ser conferidos direitos hereditários aos embriões humanos criopreservados se provado que os mesmos são descendentes do *de cujus* e, dessa forma, será necessário que nasçam e que sejam devidamente reconhecidos e registrados como filhos do falecido para que possam vir a herdar.

---

<sup>34</sup> CHINELATO, Silmara J. A.; ALMEIDA. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

Diante dessas problemáticas trazidas pela Reprodução Humana Assistida (RHA), busca-se, na sequência, discutir alguns dos efeitos jurídicos que são sentidos pela sua utilização nas inseminações artificiais homólogas, especialmente naquelas em que o marido já está falecido.

A inseminação homóloga, por não apresentar distorções na hereditariedade biológica do ser concebido, tendo em vista a utilização dos gametas do casal, não apresenta maiores conflitos jurídicos, pois o ser nascido será filho biológico, jurídico e socioafetivo de ambos os genitores.

As maiores complicações podem ocorrer quando o sêmen do marido ou do companheiro ou o óvulo da mulher ou companheira ficam armazenados para utilização futura e um dos consortes ou conviventes venha a morrer antes da inseminação, podendo ocorrer o que se denomina de inseminação *post mortem*, que é o cerne deste artigo.

Nesses casos, o estabelecimento do liame da filiação só se realizará por meio do reconhecimento judicial da filiação, por meio de provas genéticas que atribuirão o vínculo biológico.

Em relação aos companheiros, também não restam dúvidas de que estando caracterizada a união estável e sendo o filho nascido inseminado com o sêmen do companheiro, ele será declarado filho legítimo daquele casal, mesmo que não se possa aplicar diretamente, em tais casos, a presunção da paternidade imputada às pessoas casadas, nos termos do art. 1.597 do Código Civil, o que se aplica apenas por analogia.

Na união estável, será necessário que haja, portanto, um reconhecimento voluntário da filiação ou que o filho prove a existência da união estável havida entre o suposto pai e sua mãe, para que se estabeleça o liame de filiação, com recurso até mesmo à prova em DNA.

O Código Civil estipulou em seu art. 1.597,<sup>35</sup> incisos III e IV a presunção da filiação em caso de inseminação artificial homóloga *post mortem*, ao dispor: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

---

<sup>35</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003) levanta dúvidas sobre a constitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil por terem sido incluídos na Câmara dos Deputados sem a ciência, aprovação ou devolução da matéria ao Senado Federal: “Há fundadas dúvidas a respeito da constitucionalidade formal das alterações implementadas na Câmara dos Deputados, considerando que, no exemplo do artigo 1.597, do Código de 2002, os incisos III e IV não foram objeto de apreciação pelo Senado Federal, além do termo “heteróloga” que passou a figurar no inciso V, do mesmo diploma legal”.

De acordo com os novos ditames legais, se o casal recorrer à técnica de inseminação artificial homóloga, o filho nascido por essa técnica será presumidamente concebido na constância do casamento e terá direito à sua filiação, mesmo que seu pai biológico já tenha falecido.

O inciso III do referido diploma legal, ao que parece, confere direito de filiação mesmo na chamada inseminação artificial *post mortem*, que poderá ocorrer, por exemplo, quando o marido deixa seus espermatozoides congelados para uma futura inseminação artificial e se, após a sua morte, sua esposa ou companheira, os utiliza e leva a cabo a gravidez.

Ora, se para engravidar a consorte ou companheira utilizou-se de sêmen de seu marido ou companheiro, é lógico que a inseminação é homóloga, por ter sido feita com os gametas do casal, e, pelo disposto no inciso III, o filho nascido foi presumidamente concebido na constância do casamento.

A presunção de o filho ter sido concebido na constância do casamento é uma presunção *iuris tantum*. Portanto, se restar provado que a concepção se deu após a dissolução do casamento,<sup>36</sup> fica afastada a presunção legal e vedada a imputação do liame de filiação. Da mesma forma é permitido ao suposto pai contestar a presunção estabelecida nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil, ou seja, se provar que não teve o relacionamento sexual que originou a gravidez, mesmo tendo ocorrido o nascimento da criança nos prazos elencados em lei, afasta a presunção da filiação.

Por óbvio que a inseminação *post mortem* é feita após a dissolução do matrimônio, que ocorre pela morte de um dos consortes e, dessa forma, por ter sido provado que a concepção se deu após a morte do marido, não lhe poderia ser imputada necessariamente à filiação, nos estritos termos do preceito legal.

Deve-se, no entanto, levar em conta que não é pelo simples fato de deixar gametas congelados que necessariamente devem ser imputados ao falecido os liames de filiação de um ser gerado por seu gameta. Primeiro, porque o congelamento dos gametas pode ter sido feito apenas com intuito altruísta de auxiliar casais inférteis; segundo, porque o congelamento pode ter sido feito por precaução do falecido em casos de vir a se submeter a uma quimioterapia, que poderia resultar em sequelas em sua fertilidade, ou, também, por exercer profissões de risco para a fertilidade masculina, como por exemplo, os mergulhadores de altas profundidades ou aqueles que lidam com altos-fornos. Outra hipótese, que pode se somar às anteriores, é o fato de ser

---

<sup>36</sup> Acredita-se que a mesma solução deva se dar nos casos de união estável, observadas as suas peculiaridades.

possível que o cônjuge ou a companheira utilize-se de má-fé na coleta do gameta masculino, com o intuito de utilização futura quando lhe for conveniente, fraudando, assim, a vontade do falecido.

Nos casos, acima elencados, percebe-se a inexistência de um projeto parental por parte do falecido e da intenção de se tornar pai e permitir que seu filho nasça, sabendo, de antemão, que não se conhecerão. Dessa forma, deve-se considerar que não existindo nenhuma manifestação expressa e/ou tácita do falecido quanto à filiação futura, a mesma não lhe poderia ser imputada, justamente pelo fato de já estar falecido quando da concepção e de não restar nenhuma comprovação de sua vontade quanto à aceitação de tal filiação.

O art. 1.599 do Código Civil provoca ainda mais polêmica no assunto quando dispõe que: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.

Ora, é enorme a chance de o casal buscar apoio nas técnicas de inseminação artificial justamente pelo fato de o marido ser impotente e não conseguir engravidar sua esposa. Dessa forma, há o recurso de se extrair o seu gameta diretamente da bolsa escrotal e colocá-lo em contato com o óvulo de sua esposa para que possa vir a gerar o filho esperado, fato que descredibiliza o art. 1.599, ao confundir os conceitos biológicos de impotência e infertilidade. Contudo, se sua impotência à época da concepção ilide a presunção da paternidade, mais uma problemática se soma à inseminação *post mortem*, justamente pelo fato de, já estando morto, não ser mais potente.

Mesmo com todas as problemáticas acima citadas, pode-se dizer que a filiação, refugindo ao aspecto legal, somente poderia lhe ser imputada caso houvesse provas claras e inequívocas de sua aceitação ao ato da inseminação *post mortem* e de seu querer em se tornar pai dos filhos gerados por seus gametas criopreservados, aceitação esta que poderia ser feita por meio de ato autêntico, seja público ou particular, ou por meio de termo de consentimento informado, ou, ainda, na forma de testamento.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama critica a chamada inseminação *post mortem* e entende que a expressão “mesmo que falecido o marido” somente autoriza o estabelecimento da filiação se ocorrer o nascimento nos 300 dias subsequentes à morte, pois, para ele:

“É relevante anotar que a clausula mesmo que falecido o marido deva ser interpretada tão somente para fins de estabelecimento da paternidade, observado o prazo limite de trezentos dias da morte do ex-marido”.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 953.

### 5.3 Os direitos sucessórios dos filhos havidos por Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga *post mortem*

Verificamos que é necessária a morte de uma pessoa para que seus herdeiros legítimos venham a herdar e para que estes tenham capacidade sucessória é necessário que estejam vivos ou já concebidos ao tempo da morte do autor da herança (art. 1.784 c/c 1.798 do CC/02).

Concluimos, também, que a regra da preexistência não é absoluta, pois a lei atual permite que, por meio de testamento, pessoas que sequer estejam concebidas ao tempo da morte possam vir a herdar, tais como a prole eventual e a pessoa jurídica não constituída e que venha a constituir-se como forma de fundação (art. 1.799, I e III do CC/02).

Numa primeira análise, poderíamos concluir que o filho havido por inseminação artificial homóloga *post mortem* não teria direitos sucessórios, pois não estaria nem vivo e nem concebido ao tempo da abertura da sucessão.

Ocorre que a análise dos seus direitos sucessórios deve ter por base não apenas a lei infraconstitucional, mas principalmente os princípios constitucionais que amparam a família e os direitos dos filhos.

A Constituição da República é clara em consignar que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações e que são proibidas quaisquer designações discriminatórias em relação aos mesmos, no art 227, § 6º.

Consignamos que o estabelecimento da filiação em face da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* necessita de processo judicial e de sentença que assim a estabeleça, justamente para aferir a licitude do procedimento e o desejo do morto de ser pai e de possibilitar o uso de seu material genético após a sua morte. Reconhecido judicialmente como filho terá, nos termos da Constituição da República, os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho havido e não poderá ser discriminado em face de sua origem ou da forma pela qual veio à vida.

Dessa forma, concluimos que se um filho nascer de uma técnica de inseminação homóloga artificial *post mortem* e for reconhecido judicialmente e registrado como filho do autor da herança terá seus direitos sucessórios assegurados, pois a lei infraconstitucional deverá adequar-se aos princípios constitucionais.

Poderíamos até mesmo justificar a assertiva acima por analogia à prole eventual que permite a uma pessoa contemplar filho de outra que sequer está concebida e não seria justo e nem legal privá-lo de contemplar sua própria prole que seria concebida, também eventualmente, com a utilização de seu material genético após a sua morte.

Devemos considerar, ainda, que não ocorre prescrição e nem decadência dos direitos sucessórios, pois não estando o filho nem nascido e nem concebido não lhe poderiam ser imputados tais efeitos, pela sua inexistência e por não ter alcançado a maioridade, nos termos dos arts. 197, inciso II, e 198, inciso I, ambos do CC/02, o que permite o pleito da herança a qualquer momento após o nascimento do filho.

Garantido, portanto, o Direito Sucessório ao filho nascido das técnicas de RHA *post mortem* sua habilitação ou pleito da herança deve observar o que dispõe legislação civil e processual civil, ou seja, se o inventário já estiver findo, com partilha devidamente homologada, o filho deverá pleitear seus direitos sucessórios por meio de petição de herança (art. 1.824 a 1.828 do CC/02) dirigida diretamente contra cada um dos herdeiros contemplados e exigindo-lhes que lhe entreguem seu quinhão devido, seja por meio de entrega de bens herdados, de bens particulares e/ou por meio de pagamento em dinheiro do seu quinhão hereditário. Se o inventário ainda estiver em trâmite quando do nascimento do filho o mesmo, representado por sua genitora, deverá ingressar no inventário por meio de processo de habilitação (arts. 1.055 a 1.062 do CPC) e exigir que seja integrado ao rol de herdeiros para que possa receber sua herança. Em ambos os casos é possível ao filho, pessoalmente ou por intermédio de seu representante legal, em processo autônomo ou incidental, requerer medidas protetivas, cautelares e assecuratórias de seus direitos hereditários.

## 6 CONCLUSÃO

O advento das técnicas reprodutivas tem gerado conflitos jurídicos nas áreas do Direito da Família e das Sucessões, tanto no processo de inseminação homóloga quanto da inseminação heteróloga. No entanto, o maior questionamento é a utilização de sêmen ou de óvulo congelados, que são utilizados após a morte do homem ou da mulher. Para tanto, é necessário que tenha sido deixado um consentimento expresso, autorizando a utilização do material genético após a sua morte. Apenas dessa forma será reconhecida judicialmente a criança nascida por Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Além disso, é necessário ter como base os princípios fundamentais, que buscam preservar a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Assim é necessário considerar os princípios do Direito de Família, como a convivência familiar, pois o nascido por RHA *post mortem* não terá convivência com o seu genitor; o princípio do livre planejamento familiar, pois o congelamento do sêmen ou óvulo não expressa por si só, que o material poderá ser utilizado após a morte de um dos consortes.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação. Assim, o reconhecimento do filho gerado após a morte do suposto pai será dado apenas por decisão judicial, por esse motivo é necessário analisar a vontade do falecido, por meio de consentimento expresso, para a imputação de paternidade.

Quanto aos direitos sucessórios, o art. 1.798 do Código Civil dispõe que para ser herdeiro é necessário estar vivo ou já concebido no momento da morte do autor da herança. No entanto, a Constituição da República, em seu art. 227, § 6º, prevê que todos os filhos terão os mesmos direitos e que é proibido qualquer tipo de discriminação. Assim, uma vez que o filho nascer por inseminação artificial homóloga *post mortem* e for reconhecido judicialmente como filho do finado pai, terá os seus direitos sucessórios assegurados.

## 7 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 set. 1962. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm) >. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 maio 1996.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000. Altera o art. 1.611 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil, estendendo o benefício do § 2º ao filho necessitado portador de deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 nov. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10050.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10050.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

CHINELATO, Silmara J. A; ALMEIDA. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 2.013/2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2014.

DELFIN, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.12, n. 65, p.7-19, abr./maio 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*. Diploma Legal, 2000.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*, Belo Horizonte, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.12, n. 65, p.21-45, abr./maio 2011.

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

LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1º maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 5 set. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no Direito de Família e sucessões. *Revista da ESMESC*, Santa Catarina, v.19, n. 55, p. 9-34, 2012.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez; BORGES JR., Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?* São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# ASPECTOS PREVENTIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

*Adélia Moreira Pessoa*

Professora de Direito de Família e Sucessões. Presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogada. Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher. Professora-Adjunta da UFS (aposentada). Promotora de Justiça (aposentada). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais. Presidente da Academia Sergipana de Letras Jurídicas. Autora de várias publicações.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Família: a violência nossa de cada dia. 3. Proteção à mulher no direito brasileiro. 4. Políticas públicas como instrumento de concretização de direitos. 5. A Lei Maria da Penha e a previsão de políticas públicas integrais para o enfrentamento da violência doméstica. 6. O enfrentamento à violência contra a mulher por meio de políticas públicas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência de gênero não pode ser vista como um ato isolado – ela emerge de uma combinação complexa de fatores históricos, econômicos, culturais, sociais, institucionais, interacionais, familiares, pessoais em um contexto em que a mulher, apesar do reconhecimento da igualdade nas leis, ainda, muitas vezes, é tratada como inferior, não protagonista de sua história.

O uso da categoria de gênero pode explicar melhor a violência contra a mulher não sendo o sexo – realidade biológica do ser humano – suficiente para explicar o comportamento diferenciado do masculino e do feminino em sociedade. Dessa forma, os estudos de gênero, envolvendo o jogo das diferenças, com a percepção de que os papéis sociais são definidos culturalmente entre agentes imersos em relações

de poder distribuído de modo desigual entre os sexos, podem trazer uma melhor compreensão sobre a violência contra a mulher.

O conceito de gênero, assim, é usado para afirmar algo mais amplo que sexo, sendo produto social aprendido, institucionalizado e transmitido de geração em geração. A diferenciação de papéis a serem desempenhados pelo homem/mulher era (ou ainda é?) fundamentada na própria natureza(?) que teria demarcado espaços para os sexos. Filósofos, religiões e até as ciências serviram para reforçar a crença na inferioridade do sexo feminino e as normas jurídicas foram instrumento de sujeição da mulher através dos séculos, contribuindo para a herança do silêncio, discriminação e da violência, inclusive conferindo ao marido o direito de “disciplinar” a mulher..

Assim não será a mera existência de lei que determinará a mudança de padrões culturais sexistas que imperam ainda em nossa sociedade. Há necessidade de políticas públicas consistentes, inclusive ações educativas em todos os níveis de ensino, mas, não apenas na educação formal, mas também por meio de todos os canais de divulgação, especialmente a mídia social. Sabe-se que leis não são suficientes para mudar a realidade da violência contra a mulher.

## **2 FAMÍLIA: A VIOLÊNCIA NOSSA DE CADA DIA**

É preciso lembrar inicialmente que, durante séculos, o direito regulou o poder disciplinar marital e o espaço da casa privatizou os conflitos domésticos, sendo a violência contra a mulher legitimada pela cultura.

Pesquisas realizadas no Brasil<sup>1</sup> revelam que a violência doméstica está ainda presente no cotidiano da maior parte das famílias brasileiras, não se restringindo ao lar, mas tendo nele sua origem, havendo mulheres agredidas por seus parceiros em suas próprias residências ou em decorrência dessas relações de afeto. A violência doméstica é um fenômeno tão generalizado que independe de classe social, de idade, de raça/etnia. As famílias de baixa renda, no entanto, encontram-se

---

<sup>1</sup> Entre os vários sites que revelam os números da violência, vale citar: <<http://www.compromissoeatitude.org.br>>; <<http://www.cnj.jus.br/>>; <[www.mapadaviolencia.org.br/](http://www.mapadaviolencia.org.br/)>; <[www.spm.gov.br/assuntos/violencia/pesquisas-e-publicacoes](http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/pesquisas-e-publicacoes)>; <[www.agenciapatriaciagalvao.org.br](http://www.agenciapatriaciagalvao.org.br)>. De acordo com estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania e do Departamento de Pesquisas Judiciárias, o local onde mais comumente ocorrem situações de violência contra a mulher é a residência da vítima, independente da faixa etária. Até os 9 anos de idade, conforme foi identificado pelo estudo, os pais são os principais agressores. Na adolescência/juventude/fase adulta, a violência materna/paterna é substituída pela do cônjuge e/ou namorado, que prepondera até os 59 anos da mulher. Já a partir dos 60 anos, são os filhos que assumem esse papel.

mais expostas, mesmo nas residências, na mídia, e mesmo em alguns órgãos. Por outro lado, em relação às mulheres de classe média e alta há a preocupação da família de proteger e resguardar a própria imagem social – aí, mais constantes “a omissão, silêncios e segredos”.

Existe uma visão recorrente e estereotipada de que os autores de violência são homens que se enquadram na tríade alcoolismo, pobreza e baixa escolaridade. Entretanto, são encontrados em todas as classes sociais. Convém lembrar que o autor da tentativa de homicídio de Maria da Penha Fernandes, seu marido, era professor universitário. Podemos alinhar, entretanto, alguns pontos em comum desses: concepções sexistas; baixa expressão emocional; obsessão pelo controle da mulher; tendência a negar, minimizar e justificar comportamento violento; pouco ou nenhum antecedente criminal.

Constata-se que a violência doméstica é um problema secular no Brasil. O que chega à Polícia e à Justiça é apenas a ponta do *iceberg*. Hoje, há maior visibilidade dessa violência, pois a mulher busca as delegacias e a justiça quando a violência torna-se intolerável ou porque confia que terá um alívio em seu sofrimento.

Sem dúvida, houve um aumento do número de ocorrências policiais após a vigência da Lei Maria da Penha, e, um aumento de inquéritos policiais e de ações penais na Justiça, especialmente após a decisão do STF, de 9 de fevereiro de 2012, no sentido de considerar a lesão corporal decorrente de violência doméstica um crime de ação penal pública incondicionada, pois a continuidade da ação penal independe da vontade da vítima.

Com a previsão das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, medidas essas que podem ser, de imediato, requeridas pela vítima na delegacia e determinadas rapidamente pelo Judiciário, com as possibilidades de prisão em flagrante e outras providências previstas na lei, com a criação de órgãos especializados no atendimento à mulher, com o aumento de informações, com o trabalho de inúmeros atores sociais com o objetivo de contribuir para o empoderamento e autonomia da mulher, esta tem adquirido forças para buscar novos caminhos para sua vida e a de sua família.

### **3 PROTEÇÃO À MULHER NO DIREITO BRASILEIRO**

A Constituição de 1988 tem enorme influência na história dos direitos da mulher brasileira repetindo,<sup>2</sup> em vários artigos, os princí-

---

<sup>2</sup> Assim a CF, ao dispor sobre os direitos individuais, estabelece no art. 5º, inciso I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”; sobre os direitos sociais, em relação à mulher trabalhadora, no art. 7º, inciso XXX, prescreve a “proibição de

pios de igualdade entre homem e mulher. Além disso, no § 8º do art. 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.

O art. 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.

O Brasil ratificou várias convenções internacionais, incorporando tais normas ao seu ordenamento jurídico.<sup>3</sup> Importa relembrar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará (1994) que, em seu art. 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 art. 3º, estabelece: “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Importante salientar que equipara a discriminação a uma forma de violência contra a mulher, 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).

Na Cúpula Mundial da Família, realizada em Sanya-China, em dezembro de 2004, constatou-se que “diferenças entre os gêneros permanece sendo um problema grave. Violência doméstica ainda viola os direitos humanos das mulheres e ameaça sua segurança pessoal, autoestima e saúde”. 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 empoderar mulheres a participarem da vida pública e livrá-las do descaso, exploração, abuso e violência.

---

diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios da admissão por motivo de sexo”; ao tratar 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”.

<sup>3</sup> O art. 5º, § 2º, da CF não se contenta em afirmar o caráter exemplificativo da enumeração dos direitos, admitindo outros vinculados ao sistema e a seus princípios, inovando em relação às constituições anteriores, ao acrescentar: “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A Lei n. 11.340/2006 regulamentou o § 8º do art. 226 da Constituição de 1988 e inovou no cenário jurídico brasileiro ao encampar a proteção integral à mulher vítima de violência e representou *um novo capítulo na luta pelo fim da violência contra as mulheres*. Com efeito, prevê o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres em três eixos: Proteção e Assistência; Prevenção e Educação; Combate e Responsabilização.

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.

Assim, o enfrentamento à violência doméstica demanda a adoção de políticas públicas adequadas que envolvem áreas diversas. Para tanto, o próximo item fará uma abordagem sobre esta matéria.

## **4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS**

No Brasil, o desenvolvimento das políticas públicas foi lento e tardio; na primeira República, a questão social era tratada como caso de polícia. Na Era Vargas (1930/1945), aparecia como “favor”.<sup>4</sup> Com a Redemocratização (1945–1964), governos populistas, marcados pelas medidas de cunho antecipatório às demandas e pressões sociais, perceberam que era preciso conceder no periférico para salvar o essencial: grandes decisões pela cúpula, alianças de setores dominantes minoritários, afastamento das camadas populares.<sup>5</sup> Com o Golpe Militar (1964), verifica-se violenta repressão às manifestações populares e a política social integra o conjunto das estratégias de governo, buscando a legitimação de um modelo de desenvolvimento sob o lema da segurança nacional.

A partir de 1977, ocorre a abertura política, lenta e gradual, no governo Geisel. A década de 1980 assistiu a uma recessão econômica, com crise do petróleo, arrocho salarial, inflação, controle pelo FMI, pagamento da dívida externa. Por outro lado, na sociedade civil há a reorganização dos sindicatos e dos partidos políticos e criação de novos partidos.

---

<sup>4</sup> Durante esse período, de cunho paternalista, constituiu-se um complexo sistema de gestão e regulação dos conflitos sociais, marcado pela ideia de colaboração entre as classes. A CLT de 1943, inspirada na Carta del Lavoro do regime fascista italiano, regulou as relações entre os empregadores e trabalhadores. Vivíamos uma época autoritária, com a subordinação da organização sindical ao Estado.

<sup>5</sup> Na década de 1950 (e até 1964), o movimento social avança no campo e na cidade e há uma ampliação da consciência sociopolítica de segmentos da burocracia estatal. Na sociedade civil, desenvolve-se anseio por reformas sociais, políticas e econômicas.

O agravamento da questão social na década de 1980, em decorrência do aumento da pobreza e da luta pela redemocratização do Estado, coloca em cena o debate a respeito das políticas públicas. Nesse contexto, mister a discussão não apenas do padrão histórico que tem caracterizado as políticas sociais no país – seletivo, fragmentado, excludente e setorizado –, mas a necessidade de repensar os processos decisórios responsáveis pela definição de prioridades e modos de gestão de políticas.

Nessa época, as reivindicações feministas pugnavam pela adoção de políticas públicas que pudessem alterar os padrões culturais sexistas dominantes e oferecer atendimento diferenciado à mulher vítima de violência. 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.<sup>6</sup>

A Constituição de 1988 adota um perfil das políticas públicas como um direito que pode ser reclamado – direito de cidadania – e não mais vistas como ajuda ou favor ocasional e emergencial; complementada pela Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) e outros diplomas normativos, estabelece o novo direito o cofinanciamento dos entes federados (União, estado, municípios), com enfoque

---

<sup>6</sup> Cf 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. 123-126 - A primeira Delegacia de Defesa da Mulher, situada São Paulo, foi criada em agosto de 1985. “Pela primeira vez no Brasil, a violência baseada nas diferenças de gênero passava a ser tratada como um assunto de política pública, institucionalizando-se a prevenção e a repressão da violência contra a mulher. Objetiva-se, dessa forma, acabar com a impunidade que favorecia os agressores, criminalizando esse tipo de comportamento enraizado na cultura brasileira” (p. 123-124). E acrescentam: “[...]. a criação das delegacias funcionou como um importante divisor de águas, quando se aborda os estudos sobre o tema. Em primeiro lugar, por que as delegacias de defesa da mulher representaram um enorme avanço no reconhecimento da violência contra a mulher como um problema social, um problema que não podia ser deixado de lado, para ser resolvido dentro de casa, mas que deveria ser tomado como objeto de uma política pública de segurança[...]. Em segundo lugar, depois que as delegacias foram criadas, registrou-se um aumento no número de denúncias que tornou evidente a existência de um problema que precisava ser enfrentado com urgência pelas autoridades. Em terceiro lugar, tornou-se mais fácil ter acesso aos números oficiais de ocorrências. Antes os números de ocorrências contra as mulheres encontravam-se dispersos por todos os distritos policiais e não havia como identificá-los, porque as estatísticas pautam-se no tipo de crime cometido, independente do sexo das vítimas ou dos agressores (p. 125-126).

na descentralização e participação, destacando-se a importância da participação da sociedade civil.

Atualmente, as políticas públicas figuram na ordem do dia nas discussões jurídico-sociais. Elas se apresentam como medidas jurídicas, administrativas, orçamentárias e financeiras, adotadas no plano governamental, e voltadas para a realização de direitos de conteúdo positivo, que exigem uma prestação por parte do Estado. Assim, são programas de ação governamental para coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, visando à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>7</sup>

A expressão política pública, no dizer de Mancuso,<sup>8</sup> pode ser entendida como conduta da Administração Pública voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal – não um “fim em si”, mas a criação de um “mero instrumento” de governo, determinando obrigações a serem adimplidas, de condutas a serem implementadas – sujeita ao controle jurisdicional.

Observa Vieira Junior (2009. p. 33/34)<sup>9</sup> que o conceito de políticas públicas abrange vários componentes que devem ser levados em consideração: a) as competências dos órgãos e entidades na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas; b) o arranjo institucional – eventual articulação envolvendo órgãos e entidades da administração pública federal, outros Poderes, outros entes da federação, estruturação de sistemas e definição de contrapartidas; c) o financiamento da política pública – recursos públicos finitos – opções; d) os mecanismos que viabilizem a participação popular – controle social do Estado – definição sobre quais são os atores; e) os segmentos da população elegíveis para cada política; f) os mecanismos de operacionalização; g) a avaliação, a realimentação e a eventual redefinição das políticas públicas.

As políticas públicas demandam a atuação dos Poderes, do Ministério Público, e, cada vez mais, a participação social. Com efeito, o Poder Executivo é legitimado constitucionalmente a tomar a iniciativa de formular e implementar políticas públicas. Por sua vez, o Poder Legislativo possui ampla possibilidade de manifestação e deliberação, ressalvados os limites constitucionais, atuando, ainda, no controle e fiscalização das políticas públicas com o auxílio do Tribunal de Contas.

---

<sup>7</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>8</sup> MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). Ação civil pública. Lei 7.347/85 – 15 anos, 2001, p.731.

<sup>9</sup> VIEIRA JUNIOR (2009. p. 33-34)

O Poder Judiciário promove o controle de constitucionalidade e de legalidade das políticas públicas, havendo, inclusive, a possibilidade de controle de mérito, nos casos de legislação ou atividade desarrazoada ou proteção insuficiente. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o poder de legislar não é ilimitado, havendo que se preservar o mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano. Além disso, a atuação do Poder Judiciário aduz que a norma programática não pode ser vista como promessa constitucional inconsequente.<sup>10</sup> Assim a possibilidade de controle do mérito ocorre, também, quando os Poderes Executivo e Legislativo demitem-se da obrigação de tornar efetivos os direitos assegurados na Constituição. E o Ministério Público tem sido canalizador de demandas, merecendo destaque também a atuação de entidades da sociedade civil e movimentos sociais que têm pressionado o Poder Público, no sentido de implementação de políticas públicas.

É necessário destacar que, na Constituição de 1988, os direitos a prestações encontraram grande receptividade, não só no capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais, no elenco dos direitos fundamentais, mas também em outras partes do texto constitucional, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir do Estado prestações específicas, materializadas em políticas públicas.<sup>11</sup>

Anteriormente, no Estado liberal-burguês, pugnava-se pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos perante o Estado e, “quanto menos palpável a presença do Estado, nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”, no dizer de Bonavides.<sup>12</sup>

Hoje, a Constituição brasileira contém normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos.<sup>13</sup> A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade.<sup>14</sup> O papel do Estado passou de provedor da equidade a gerente de políticas públicas, com ênfase em novos paradigmas na redefinição de suas funções. Emergem formas dinâmicas de interação entre o Estado e sociedade, voltadas para a melhoria da qualidade de vida.

---

<sup>10</sup> Cf ADPF n. 45, julgada em 29.04.2004, relator Ministro Celso de Mello; RE-AgR 410715/SP, 22.11.2005, Relator Celso de Mello.

<sup>11</sup> Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev.. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

<sup>13</sup> Conforme NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

<sup>14</sup> STJ - REsp 811608 / RS, rel. Min. Luiz Fux.

Em uma visão democrática de gestão, cabe ao estado articular iniciativas múltiplas, revitalizando o envolvimento voluntário da comunidade ou de setores da sociedade civil, estabelecendo parcerias na gestão de políticas e programas sociais por meio de redes locais, nacionais ou mundiais, e por meio delas, constituir fóruns de escuta e localização de demandas, introduzindo-as na agenda política.

## **5 A LEI MARIA DA PENHA E A PREVISÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – é, antes de tudo, uma norma diretiva de políticas públicas de caráter preventivo, protetivo (atenção à vítima) e de intervenção (educação e reabilitação de agressores). Nela, 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.

Essa lei, depois de estabelecer disposições preliminares acerca dos direitos humanos das mulheres, inaugura o Título II com uma definição do que seja a violência doméstica e familiar contra a mulher, fixando, portanto, sua abrangência, a saber: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”; seguindo com definições técnicas do que seja âmbito doméstico, além das formas de manifestação dessas violências: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Prescreve a implantação de políticas públicas em vários artigos, nos três eixos: Proteção e Assistência; Prevenção e Educação; Combate e Responsabilização. Assim, no Título III, sinaliza as medidas integradas de prevenção e também de assistência quando a violência já não tenha podido ser evitada. Ressalta a possibilidade de a vítima em situação de violência, iminente ou efetiva, ser assistida com medidas protetivas de urgência deferidas pela autoridade judiciária. Determina ainda a criação de equipes de atendimento multidisciplinar (arts. 29 a 32), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar, além de casas-abrigo, para mulheres e seus dependentes, delegacias, defensorias públicas, serviços de saúde e centros especializados de perícia

médico-legal, programas e campanhas de enfrentamento e centros de educação e de reabilitação para os agressores (art. 35). Preconiza ainda a elaboração de estatística sobre a violência doméstica e familiar (art. 38). Prevê a lei o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação.<sup>15</sup>

Assim, a violência doméstica foi compreendida pela lei como problema que requer políticas públicas integrais para seu enfrentamento, não se resumindo à simples persecução criminal do autor: deve a mulher ser atendida em serviços de saúde e de assistência psicossocial e não apenas na delegacia; as medidas protetivas para a mulher podem ser requeridas ao juiz de imediato pela autoridade policial ao tomar conhecimento da violência, e, entre essas encontramos, em relação ao agressor: proibição de contato e aproximação ou frequência a determinados lugares; suspensão de porte arma; afastamento do lar ou do local de convivência com a ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; prestação de alimentos provisórios, entre outras.<sup>16</sup>

Em relação à mulher, a lei traz uma enumeração exemplificativa de medidas: encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento; recondução da ofendida e a de seus dependentes ao domicílio, após afastamento do agressor; proteção dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; separação de corpos. Outras medidas de assistência são: inclusão da mulher em situação de risco em programas assistenciais do governo federal, estadual ou municipal; acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de assistência judiciária gratuita, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Há previsão legal de abrigos, cujos endereços são sigilosos, onde podem ser colocadas as mulheres e seus filhos.

---

<sup>15</sup> Várias outras mudanças foram previstas na Lei Maria da Penha: retirou-se dos juizados especiais criminais a competência para julgar violência contra a mulher, proibindo-se a aplicação de penas pecuniárias (como as de cestas básicas e de multas); as questões de urgência devem ser resolvidas nos juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher, com competência cível e criminal; previsão de prisão em flagrante do agressor e ainda, a preventiva para os crimes de violência doméstica quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher; a mulher-vítima deve ser informada quanto ao andamento dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor; deverá estar acompanhada e assistida em todos os atos processuais; alterou-se o CP para considerar-se esse tipo de violência como agravante da pena; a pena para o crime de lesão corporal resultante de violência doméstica, anteriormente fixada entre seis meses a 1 ano, passou a ser de 3 meses a 3 anos; em casos de violência doméstica contra mulher portadora de deficiência, a pena será aumentada em 1/3.

<sup>16</sup> As medidas cautelares que obrigam o agressor a afastar-se do lar e proibição de contato e aproximação da vítima, se bem fiscalizadas, poderiam amenizar este problema, pois o descumprimento da medida protetiva pelo autor da agressão é causa suficiente para sua prisão preventiva. Mas precisamos recordar que a simples prisão não é a solução.

O apoio psicológico é fundamental, não só para vítima, mas também para os demais envolvidos. A lei prevê intervenções terapêuticas em relação ao autor da agressão e criação de serviços especializados para sua reeducação e recuperação.

## **6 O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A abordagem da questão da violência nas relações domésticas como um fenômeno social que exige ações públicas enfrenta diversas resistências. Primeiramente, é importante considerar a ideia, ainda presente em alguns espaços sociais, de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Isso precisa ser insistentemente desconstruído – mudamos: em briga de marido e mulher, devemos meter 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 o seu limite em uma relação familiar? É urgente desconstruir mitos e estereótipos que ainda permeiam a nossa sociedade, inclusive entre os operadores de Direito.

A concretização dos direitos da mulher, especialmente o direito de viver sem violência, demanda múltiplas ações não só do Estado, mas com a participação indispensável da sociedade e da família. A própria Lei Maria da Penha aponta várias medidas que, se materializadas, seriam muito importantes no enfrentamento à violência contra a mulher. A seguir, serão analisadas algumas.

Em primeiro lugar, é necessário frisar o papel fundamental da educação. Sabe-se que mudanças de padrões culturais sexistas não são consequência automática da sociedade democrática. Assim, há a necessidade de repensar os saberes que a educação formal – desde a educação básica até a graduação e pós-graduação, as Escolas da Magistratura, da Advocacia ou do Ministério Público estão construindo.

Há milênios esta cultura de sujeição da mulher foi sendo construída... Não será de forma rápida que mitos, preconceitos e estereótipos serão desconstruídos. A vigência de uma lei pode ajudar, funciona como coadjuvante, como um dos fatores para o fim da violência. Contudo, as normas da prevenção previstas na lei precisam ser concretizadas no viver social. É preciso que toda a sociedade se mobilize e nunca é demais enfatizar o papel fundamental da educação. Sabemos que mudanças dos padrões sexistas, de condutas e atitudes preconceituosas não ocorrem como consequência automática da sociedade democrática. Assim, há a necessidade de repensar a educação que está

sendo ministrada e como as unidades escolares, em todos os graus, estão construindo seus saberes de forma integrada, promovendo o respeito à dignidade humana. É fundamental fomentar processos de educação formal e não formal, de modo a contribuir para a construção da cidadania, o conhecimento dos direitos fundamentais, da pluralidade, da igualdade sexual e o respeito à diversidade.

Vale frisar que a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu preâmbulo, reafirma “sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”, proclamando que este é um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, [...], *através do ensino e da educação*. Por isso, o seu art. 26 determina que a educação deve ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

Com o advento da Constituição de 1988, a educação firmou-se como instrumento de cidadania e de dignidade da pessoa humana, itens essenciais ao Estado Democrático de Direito e condição para a realização dos objetivos fundamentais da República. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 205, estabelece que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Sem dúvida, a educação para a cidadania deve perpassar todas as disciplinas curriculares harmoniosamente, de forma que os conteúdos reforcem os princípios de respeito à dignidade do ser humano. Há de ser realçado, entretanto, que a temática referente a gênero deve ser operacionalizada tanto no currículo explícito das escolas, ou seja, aquele que se liga à construção de conhecimentos e atitudes, como no currículo oculto, o qual tem na ideologia da instituição de ensino e dos seus mestres sua aplicação implícita. Isto porque os ensinamentos para equidade de gênero podem ser validados ou invalidados, consciente ou inconscientemente.

O currículo implícito está ligado também ao exemplo cotidiano dos professores, diretores e dos próprios estudantes. Assim, a prática docente diária é portadora de uma série de mensagens, podendo fortalecer o respeito à dignidade humana, o respeito às diferenças ou reforçar preconceitos e os padrões culturais sexistas.

Sem dúvida, o professor pode ser o estimulador de um ambiente plural, multidimensional. A prática docente diária é portadora de uma série de mensagens que pode fortalecer o respeito à dignidade humana. Na educação para a equidade de gênero é necessário considerar níveis

e processos diferenciados e articulados de transversalidade e interdisciplinaridade no processo de ensino de todas as disciplinas, e não necessariamente a oferta de uma disciplina isolada. Isso precisa construir-se como valor, conhecimento e prática, enquanto tema transversal, atravessando todos os níveis da gestão, do ensino e da prática profissional e institucional de todos agentes dos sistemas de educação.

A educação – seja formal ou não formal – deve ser direcionada à vivência da igualdade, não podendo ser produtora e reprodutora da discriminação e violência de gênero. Deve desvelar preconceitos e estereótipos, problematizando o olhar para o mundo, não reforçando a separação por gênero por meio dos artefatos culturais, como, por exemplo, brinquedos das meninas voltados para a maternagem, para a vida doméstica e brinquedos dos meninos que levam à lógica das ações. É preciso repetir: a educação produz as representações como um processo de construção social em um sistema de significações. É pela educação que diferenças sexuais se transformaram em desigualdades culturalmente constituídas – no fundo o que é necessário é a desconstrução de padrões culturais sexistas.

A Lei n. 9.394/1996 estabelece as diretrizes e bases da educação nacional repetindo a CF, em seu art. 2º – “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.<sup>17</sup>

As Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, para o Ensino Fundamental e para o Ensino Médio evidenciam a função da educação, na sua relação com um projeto de nação, tendo como referência os princípios constitucionais, realçando a necessidade de considerar nos componentes curriculares e as áreas de conhecimento a abordagem de temas abrangentes e contemporâneos que afetam a vida humana. Entre esses temas, registram sexualidade e gênero, vida familiar e social, atribuindo aos órgãos executivos dos sistemas de ensino a produção e a disseminação de materiais subsidiários ao trabalho docente, que contribuam para a eliminação de discriminações, e outros preconceitos e que conduzam à adoção de comportamentos responsáveis e solidários em relação aos outros.

---

<sup>17</sup> Acrescenta o art. 27 da Lei n. 9.394/1996: Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática; e ainda o art. 32: O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

Assim, com a inclusão de discussão de temas relativos a gênero, preferencialmente, de forma transversal e integradora bem como práticas que contribuam para a igualdade e para o enfrentamento de todas as formas de preconceito, discriminação e violência, a educação pode contribuir para a construção da cidadania, da igualdade – inclusive sexual – e o respeito à diversidade.

Outra medida necessária para o enfrentamento à violência doméstica é a *atuação em rede*. É fundamental articular instituições governamentais e não governamentais, constituindo a chamada Rede, integrando programas, projetos e ações desenvolvidos por diversos atores, com a superação de ações isoladas ou iniciativas pontuais e aleatórias.

Em terceiro lugar, é preciso atentar para a corresponsabilidade da Sociedade e Estado com a construção sistemática de políticas públicas inclusivas, com o potencial suporte da participação social em sua formulação, em todos os níveis, no sentido de um real enfrentamento à violência contra a mulher. Devem ser levadas em consideração a formulação, implementação, avaliação e a eventual redefinição das políticas públicas necessárias. Há necessidade de mobilizar os municípios ou estados que não têm uma política pública para o enfrentamento à violência a introduzi-la ou implementá-la e mobilizar os que já têm, a aperfeiçoá-la, seja em relação ao direito substancial (número e qualidade das ações), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles, diagnósticos, monitoramento, avaliação). É indispensável que haja controle e fiscalização, tanto pelos poderes e órgãos do Estado como pelos Conselhos de Direitos e pelas entidades da sociedade civil, para verificar se, como, e, em que grau, as normas e as políticas foram acolhidas e respeitadas.

Por outro lado, é indispensável não apenas o compromisso dos profissionais que trabalham direta ou indiretamente na área, mas, principalmente, o envolvimento da sociedade brasileira. As Conferências de Políticas para Mulheres são um *locus* privilegiado de participação da Sociedade civil. Assim, de maneira exemplificativa, vale trazer nesta oportunidade as propostas e recomendações pertinentes às políticas de enfrentamento à violência contra a mulher, aprovadas com a participação de vários representantes da sociedade civil, na *IV Conferência Municipal de Políticas para as Mulheres*, com o tema: “Mais direitos, participação e poder para as mulheres”, realizada dias 30/31 de julho de 2015, em Aracaju.

Entre as *ações educativas e preventivas*, listam-se as seguintes: campanhas de promoção da igualdade de gênero em todos os veículos da mídia; criação e veiculação de campanhas publicitárias municipais de combate à violência contra mulher, nos equipamentos públicos e

nos meios de comunicação, inclusive nas redes sociais, com divulgação dos serviços de atenção à mulher; realizar campanhas educativas tanto nas escolas, órgãos públicos e entidades não governamentais, quanto nos meios de comunicação, a fim de promover o empoderamento da população feminina, o combate à violência de gênero e o respeito à diversidade de gênero e orientação sexual.

Além disso, foram aprovadas outras recomendações: fortalecer junto à comunidade escolar programas permanentes e campanhas educativas de prevenção da violência contra as mulheres e que discutam as interfaces entre a violência doméstica contra mulheres e as violências contra crianças, jovens, adolescentes e idosos.

Ainda com referência a estudos e pesquisas foram aprovadas as seguintes recomendações: fortalecimento de pesquisas de gênero, relativamente aos diversos âmbitos da vida das mulheres, estabelecendo parcerias com instituições de ensino superior para ações conjuntas; criação de fórum permanente de debate sobre violência contra mulher incluindo o debate sobre a violência obstétrica; firmar Termo de Cooperação Técnica entre órgãos e entidades que atuam com políticas públicas que produzam indicadores de gênero para viabilizar uma base unificada de dados.

No que se refere à *assistência à mulher em situação de violência*: criação/implantação de um centro de atendimento especializado a mulher em situação de violência, que contemple o serviço de segurança, assistência social e saúde, de funcionamento 24 horas, a exemplo da casa da mulher brasileira, com delegacias especializadas de atendimento, com funcionamento aos fins de semana e feriados com garantia de atendimento, com equipe multidisciplinar sensibilizada em relação ao tema, com atendimento 24h em regime de plantão e garantia de encaminhamento para a Casa Abrigo 24h; ampliação do número de delegacias da Mulher.

Destacam-se ainda as recomendações quanto à *capacitação dos agentes públicos*, com a sensibilização continuada das redes de atendimento à mulher, nos níveis municipal, estadual e federal, no âmbito dos serviços de saúde, educação, assistência social, segurança e outras políticas públicas; atualização periódica com relação às leis e ações desenvolvidas para as equipes da rede; formulação de projetos que trabalhem questões de gênero para os serviços já existentes nos equipamentos da Assistência Social, em parceria com outras secretarias; garantia de formação continuada e de pós-graduação dos profissionais de educação, bem como para os demais profissionais que atuam diretamente com o atendimento dos usuários de políticas públicas, para a abordagem de forma transversal de temas relacionados à questão de gênero (diversidade, violência, empoderamento etc).

No âmbito dos Conselhos Municipais dos Direitos da Mulher, criar observatórios com o objetivo de fiscalizar a execução das políticas públicas voltadas para a população feminina, bem como a política de igualdade em todos os âmbitos; mapear as organizações governamentais e não governamentais que atuam com a questão de gênero nos municípios.

No pertinente à *responsabilização do autor de agressão*, vale destacar a recomendação de acompanhamento psicossocial dos agressores e intervenções socioterapêuticas para que ele possa ter a percepção de seus atos e reformular seus padrões de comportamento; implantação de um centro de atendimento especializado para autores de violência contra mulher, como já previsto na Lei Maria da Penha.

Varias outras recomendações foram e serão aprovadas nas conferências municipais, territoriais e estaduais de políticas públicas para a mulher, devendo culminar no início de 2016, com a conferência nacional. Precisam, entretanto, que não permaneçam nas gavetas e sejam materializadas no cotidiano das mulheres brasileiras.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência doméstica contra a mulher reveste-se de complexidade: não é possível admitir um binarismo simplista – ‘homem-algoz’ e ‘mulher-vítima’. O autor da agressão faz parte de um sistema e a vítima é um sujeito, uma mulher em situação de violência, em uma relação; é necessário que as mulheres e os homens tenham consciência dos diferentes estereótipos sexuais e dos papéis limitadores – o discurso vitimista não só limita como também não oferece uma alternativa suficiente, posto que a mulher, não raras vezes, fica enredada em sua própria vitimização – por força dos mitos culturais –, e não consegue sair dessa situação, se não tiver apoio.

Todas as discussões em face do tema perpassam pela necessidade do emprego de esforço conjunto e engajado da família, da sociedade e do Poder Público – trabalho em rede efetivamente. Todos, indistintamente, precisam contribuir para efetivação do direito à integridade física, moral, psicológica e sexual da mulher que está sendo cotidianamente violado. Assim, a violência contra a mulher não é apenas um acontecimento da vida privada, pois em briga de marido e mulher, o Estado precisa meter a colher!

As políticas públicas – conjunto de medidas adotadas com o objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ou coletividades – devem ser implementadas pelo Estado para atendimento dos direitos essenciais consagrados pela Constituição, entre

eles uma vida sem violência doméstica e familiar. Entretanto, é fundamental insistir que as leis não bastam para mudar um contexto cultural marcado pela violência, que foi legitimada e naturalizada historicamente. Induvidosamente, as políticas públicas representam a materialização dos direitos e demandam a atuação dos poderes e do Ministério Público, e, cada vez mais, a participação indispensável da sociedade civil, por meio das entidades não governamentais e dos movimentos sociais.

## 8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade na pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. STF. Suspensão de Liminar 228-7 Ceará/ Rel. Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão de 14 de outubro de 2008.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para direitos humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 2, n. 2, p. 37-63, 2005.

CORDEIRO & SILVA. *Direitos humanos – Uma perspectiva interdisciplinar e transversal*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2003.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FONSECA, Francisco. Democracia e participação no Brasil: descentralização e cidadania face ao capitalismo contemporâneo. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 10, n. 2, p. 245-255, jul./dez. 2007.

HOLFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, Campinas, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.

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.

MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública*. Lei 7.347/85 – 15 anos, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PESSOA, Adélia Moreira. Direitos humanos e família: da teoria à prática. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do Congresso Brasileiro 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.

PESSOA, Adélia Moreira *et al.* A educação como via indispensável para a mudança de padrões culturais sexistas: enfrentamento à violência contra a mulher. In: PESSOA, Adélia Moreira; SOBRAL, Arnaldo Figueiredo (Org.). *O Ministério Público e os Objetivos do Milênio*. Aracaju: Associação Sergipana do Ministério Público/ Evocati, n. 3, p. 97-116, 2013. (Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público de Sergipe).

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline (Coord.). *As mulheres e os direitos humanos*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001, v. 2. (Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero”).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Percuciente análise do papel dos direitos humanos como guia emancipatório. Disponível em: <[www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br)>. Acesso em: 10 jun. 2008.



# AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO CASAL E ALIMENTOS

Thiago Felipe Vargas Simões

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Civil – PUC/SP. Professor de Direito de Família e Sucessões da Universidade Vila Velha (UVV/ES). Professor de Direito de Família da Escola Superior da Magistratura do ES (ESMAGES). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Família – IBDFAM. Presidente do IBDFAM/ES (biênios 2014/2015 e 2016/2017).

**Sumário:** 1. Introito. 2. Da prestação de contas. 3. Da prestação de contas na administração de bens comuns do casal. 4. Da prestação de contas nos alimentos. 5. As contas no Novo Código de Processo Civil. 6. Referências.

## 1 INTROITO

O projeto de vida comum sempre foi de grande importância para se determinar a extensão dos efeitos no cotidiano social, tutelando a existência da pessoa humana em toda sua plenitude. Não por outro motivo, o ordenamento brasileiro imbuiu-se de verdadeira carga axiológica voltada à contínua persecução da erradicação das mais diversas desigualdades.

E é inegável ser no seio de uma família que a personalidade humana se desenvolve, partindo de valores sociojurídicos explícitos e implícitos no tecido legislativo nacional.

Ao tratar da composição dos núcleos familiares, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.511, estabelece a cláusula geral da *comunhão plena de vida* com base na igualdade entre os membros que integram a mais antiga das formas de relação jurídica entre pessoas: a família.

Como decorrência deste vetor de interpretação da relação familiar, é possível entender que todas as facetas que o Direito de Família prevê passam a atender, em plena isonomia, a promoção da personalidade humana a partir dos efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais entre os integrantes da *célula mater* da sociedade brasileira.

A ótica civilista, partindo do patrimônio e da desigualdade das pessoas que compunham a família, preconizada pelo *Codex* de Beviláqua, deu lugar à primazia da dignidade humana, baseada em uma imprescindível *personalização das relações civis*, concretizada com a promulgação do atual Código Civil. Ou seja, a antiga visão de pessoas servindo-se dos mais diversos ajustes de vontades (autonomia da vontade), com o fito de acumular riqueza, deu espaço ao exercício condicionado da liberdade negocial (autonomia privada), sem que a propriedade se sobreponha à condição humana dos contratantes.

Na esfera da relação patrimonial do Direito de Família, temos nos regimes de bens (Título II, Subtítulo I, do Livro IV da Parte Especial do CC) uma flagrante observância aos princípios da *Dimensão Existencial do Próximo* (desenvolvida por Robert Alexy) e do *Mínimo Existencial* (desenvolvida por Karl Larenz), quando o ordenamento prevê a existência de um conjunto de regras que dispõem sobre a vida econômica da família, possibilitando um acervo básico de bens para satisfazer a necessidade individual e comum de seus integrantes.

Têm-se, assim, os regimes de bens como um elemento balizador da igualdade patrimonial entre cônjuges e conviventes, devendo ser observada eventual convenção neste sentido (pacto antenupcial ou contrato de convivência) ou a aplicação de preceitos legais trazidos pelo legislador.

Ainda que o projeto de vida comum venha a ser interrompido por vontade das partes, a paridade econômica do casal deve ser preservada à luz de uma justa (e inevitável) preservação da solidariedade familiar e manutenção da personalidade humana de cada um dos integrantes da família, propiciando-lhes recursos para subsistência digna.

Daí a previsão legal (material e processual) dos alimentos e seu viés assistencial, voltado àqueles que necessitam do auxílio econômico prestado por aquele que detém recursos financeiros para socorrer quem deles precisa, bem como o instituto jurídico da meação, a fim de assegurar uma correta distribuição de patrimônio à luz do regramento de bens do casal.

## **2 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS**

Não raro, quando do rompimento da vida comum, o acervo de bens comuns fica sob a administração de um dos ex-cônjuges/conviventes, o qual passa a exercer, até a decretação da partilha dos bens, atos de administração e conservação patrimonial, retirando, destes, seu sustento e/ou fonte de renda capaz de assegurar-lhe conforto

econômico, privando o outro da posse direta dos bens e dos frutos gerados.

Para evitar um desequilíbrio patrimonial enquanto não se determina a partilha dos bens comuns, o Código de Processo Civil de 1973 prevê, em seus artigos 914-919, o instituto da *Prestação de Contas*, cuja finalidade é verificar eventuais irregularidades por parte daquele que pratica atos de administração ou gestão de bens ou direitos.

Nessa linha, assim orienta a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...]. A ação de prestação de contas também não se presta à finalidade de cobrança ou indenização, o que parece ser, efetivamente, a pretensão da parte autora, mas para fins de averiguação dos atos de administração. [...]. (TJRS; AC 0178838-38.2012.8.21.7000; Porto Alegre; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares; Julg. 01.10.2015; DJERS 06.10.2015).

A prestação de contas consiste, como observa Humberto Theodoro Júnior,

[...] no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.<sup>1</sup>

Nota-se, assim, que a prestação de contas não se destina a interferir na livre administração ou gestão de bens de seu titular, mas, sim, para garantir direito daquele que não se encontra no exercício do controle material dos bens comuns, os quais deverão integrar a justa divisão dos bens, bem como responsabilizar o mau administrador por eventuais danos sofridos.

Por tal motivo, é possível afirmar que a ação de prestação de contas possui natureza jurídica condenatória, haja vista que a sentença prolatada nesse procedimento especial de jurisdição contenciosa reconhece, a quem de direito, o *status* de credor, com base em um título executivo que traga um balanço contábil referendado pelo juiz.

Pelos termos do artigo 917, do CPC/73, a prestação de contas será apresentada em forma mercantil, devendo ser especificados as receitas, despesas e o saldo remanescente, acompanhados dos documentos comprobatórios, sob pena de as contas serem rejeitadas pelo

<sup>1</sup> Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. III, p. 79.

jugador, salvo se forem consideradas boas diante de razoável justificativa da parte.

Esta é a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...]. 2. A prestação de contas em forma mercantil é uma necessidade do processo, uma vez que o exame, a discussão e o julgamento dos cálculos devem ser facilitados para os sujeitos processuais. No entanto, as contas apresentadas de forma não mercantil podem ser consideradas boas diante do oferecimento de justificativa plausível pela parte, principalmente quando a complexidade dos cálculos impescindir de realização de perícia contábil. [...] (STJ; EDcl-REsp 1.218.899; Proc. 2010/0187075-8; PR; Quarta Turma; Rel. Min. Marco Buzzi; DJE 18.12.2014).

Isto posto, há de se mencionar que são processualmente legítimos e interessados para iniciar o procedimento da prestação de contas tanto aquele que tem o direito de exigi-las (prestação ativa) quanto quem tem a obrigação de prestá-las (prestação passiva), como preconiza o artigo 914, I e II, do CPC/73.

Trata-se, portanto, de verdadeiro caráter dúplice da ação, mas sem que isso seja relevante, pois, segundo afirma Humberto Dalla Bernardina de Pinho,<sup>2</sup> “[...] qualquer dos sujeitos da relação jurídica material, geradora da obrigação de prestar contas, pode ocupar indistintamente o polo ativo ou passivo da relação tendente ao acerto delas”.

Em se tratando de prestação de contas ativa (ou ação de exigir contas), a causa de pedir versa sobre a não realização da apresentação das contas por parte daquele que deveria prestá-las, não havendo, aqui, qualquer necessidade de se apontar insegurança ou incertezas sobre os atos de administração.<sup>3</sup>

Já na hipótese de prestação de contas passiva (ou ação de dar contas), a ação inicia-se com a apresentação espontânea das contas por parte do administrador, com vistas a se livrar da sujeição de ser

---

<sup>2</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 550.

<sup>3</sup> “[...]. 4. Nos termos do artigo 914 do CPC, o requerimento de prestação de contas pode ser realizado por quem tem direito de exigi-la em face de quem possui dever de prestá-la. [...]” (TJES; APL 0011469-21.2013.8.08.0024; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Estevam Bravin Ruy; Julg. 17.03.2015; DJES 24.03.2015).

compelido judicialmente para praticar o ato, sendo, portanto, uma verdadeira obrigação processual personalíssima.<sup>4</sup>

### 3 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS NA ADMINISTRAÇÃO DE BENS COMUNS DO CASAL

Como dito anteriormente, o fim do projeto de vida comum pode colocar um dos ex-cônjuges/conviventes na condição de administrador do acervo patrimonial do casal, por força do estabelecimento da *mancomunhão patrimonial* ante a não decretação da partilha dos bens comuns.

Nessa linha, é a orientação da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]. 3. Os bens não partilhados após a separação continuam pertencendo ao casal, em estado de mancomunhão, caracterizando-se como um todo unitário e indivisível, até que ocorra a partilha. [...]. (TJMG; APCV 1.0684.13.001033-4/001; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Áurea Brasil; Julg. 03.04.2014; DJEMG 14.04.2014).

Assim sendo, enquanto um dos ex-consortes exerce os atos de administração de bens, é de interesse daquele que não se encontra na posse direta dos bens exigir a prestação de contas, bem como está obrigado o administrador de prestá-las, sob pena de se colocar em risco a justa divisão dos bens quando da partilha.

A situação de administrador dos bens comuns eleva o ex-cônjuge/convivente à condição de mandatário tácito (art. 659, do CC), obrigando-o, por este motivo, a prestar contas de sua gerência e transferir ao outro as vantagens (frutos) provenientes do mandato, consoante disposição do artigo 668, do Código Civil.<sup>5-6</sup>

---

<sup>4</sup> “[...]. 3. A disposição do art. 914, II, do CPC, de que a ação de prestação de contas compete a quem tiver a obrigação de prestá-las, deve ser lida e interpretada no sentido de competir somente àquele que administra os bens e interesses de terceiros (obrigação personalíssima), porque é a pessoa capaz de informar quais providências e despesas foram feitas, como foram feitas e por que o foram. [...]” (STJ; REsp 1.354.347; Proc. 2011/0299177-0; SP; Terceira Turma; Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrihgi; DJE 20.05.2014).

<sup>5</sup> “[...]. I. Evidenciada a existência de mandato tácito, ao mandatário incumbe prestar contas dos atos de gestão praticados. [...]” (TJDF; Rec 2013.011.067227-9; Ac. 862.485; Quarta Turma Cível; Rel. Des. James Eduardo Oliveira; DJDFTE 05.05.2015, p. 258).

<sup>6</sup> “[...]. 1 - De acordo com o artigo 656 do Código Civil o contrato de mandato pode ser tácito, não se exigindo forma especial. Configura-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. [...]” (TJES; APL 0000003-58.2009.8.08.0060; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Lyrio Regis de Souza Lyrio; Julg. 11.11.2014; DJES 19.11.2014).

O Superior Tribunal de Justiça já asseverou que:

[...].4. O casamento estabelece uma plena comunhão, cujo consecatório não é apenas o entrelaçamento de vidas, mas também de patrimônios, que deve ser entendido com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511 do código civil), com o fim da vida em comum pela ausência do ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial, há a cessação do regime de bens. 5. A administração do patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1.720 do cc), presumindo a Lei ter sido adquirido pelo esforço comum do casal, sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge alijado do direito de propriedade. [...]. (STJ; REsp 1.287.579; Proc. 2011/0245831-1; RN; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; DJE 02.08.2013, p. 1210).

Ponto de suma importância em situações desta natureza, aliada à (preconceituosa) tradição brasileira de privar a ex-cônjuge/convincente mulher em detrimento do exercício dos atos de administração por parte do varão, recrudesce, de sobremaneira, a necessidade da prestação de contas quando da proibição e combate à *violência patrimonial contra a mulher*, prevista no artigo 24, da Lei n. 11.340/2006.

Há, pois, uma latente necessidade de enxergar, na prestação de contas, um importante instrumento contra a injusta violência praticada contra a mulher que não está na administração dos bens do casal.

#### **4 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS NOS ALIMENTOS**

Sempre foi consenso doutrinário e jurisprudencial que a prestação de contas, em matéria de alimentos, restaria prejudicada pela falta de ilegitimidade ativa e ausência de interesse de agir por parte do alimentante.

Estudiosos da matéria sempre se posicionaram desta forma arguindo que, dada a característica da irrepetibilidade dos alimentos, não haveria razão para exigir a prestação de contas por parte daquele que presta a verba alimentícia, expondo que: i) em se tratando de alimentos prestados a filhos menores, estes seriam os legitimados ativos para exigir as contas contra o administrador direito de seus recursos (v.g. um dos pais que está com sua guarda) e não o alimentante;<sup>7</sup> ii) o

---

<sup>7</sup> “[...]. 2. O alimentante não detém interesse de agir para exigir prestação de contas de quem administra valores pagos a seus filhos. 3. O pedido de prestação de contas cabe à pessoa que administra ou geriu bens ou interesses alheios, como àquela em nome da qual se realiza ou se realizou a administração. O reconhecimento ao pai, em cuja guarda não esteja o filho,

alimentante não teria interesse de agir, ante a inutilidade da medida pela falta de expressa previsão legal.<sup>8</sup>

Em que pesem tais argumentos, somos por outra linha de interpretação. Vejamos.

O pagamento de verba alimentícia a menores decorre do comando constitucional da *proteção integral* (art. 227, *caput*, da CF/88), sendo dever de todos fiscalizar o devido emprego de recursos materiais destinados à manutenção do menor alimentando, sob pena de pôr em risco sua dignidade humana.

Ademais, a matéria ganha contornos ainda mais concretos quando se nota a possibilidade de fiscalização dos interesses dos infantes por parte do Ministério Público, conforme prevê o artigo 82, I, do CPC/73 (art. 178, II, do NCPC).

Engrossando esta possibilidade, com o advento da Lei da Guarda Compartilha (Lei n. 13.058/2014), e a consequente introdução do § 5º, no artigo 1.583, do CC, passou a legitimar o ascendente que presta alimentos ao descendente que está sob a guarda unilateral, a “supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”.

Uma vez constatada a malversação dos recursos pagos a título de alimentos, poderá acarretar não apenas a reversão da guarda, mas também a possibilidade do menor alimentando pleitear danos morais contra o administrador de seus recursos.

---

fiscalizar a manutenção da educação deste, não tem o efeito atribuir-lhe legitimação para, em nome próprio, exigir contas da guardião do menor, relativamente aos alimentos ou a outras verbas a ele destinadas, na forma do art. 914 do Código Processo Civil [...]” (TJES; AC 12060032773; Conselho da Magistratura; Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon; Julg. 03.04.2007; DJES 28.05.2007, p. 17).

<sup>8</sup> “[...]. 2. Ausência de interesse processual daquele que presta alimentos a compelir o detentor da guarda do menor a prestar contas nos moldes dos aludidos artigos legais, porquanto o exercício do direito de fiscalização conferido a quaisquer dos genitores em relação aos alimentos prestados ao filho menor, vai muito além da mera averiguação aritmética do que foi ou deixou de ser investido em prol do alimentando. Toca mais intensamente na qualidade daquilo que lhe é proporcionado, a fim de assegurar sua saúde, segurança e educação da forma mais compatível possível com a condição social experimentada por sua família (CC, art. 1.694, *caput*). Ademais, o reconhecimento da má utilização das quantias pelo genitor detentor da guarda não culminará em qualquer vantagem ao autor da ação, ante o caráter de irrepeticibilidade dos alimentos, e, ainda, em face de a obrigação alimentar, e seus respectivos valores, restarem definidos por provimento jurisdicional que somente pode ser revisto através dos meios processuais destinados a essa finalidade. [...]” (STJ; REsp 970.147; Proc. 2007/0172292-0; SP; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 04.09.2012; DJE 16.10.2012).

Noutro giro, entendemos pela impossibilidade de prestação de contas quando o alimentando for o ex-cônjuge/convivente, tendo em vista que tal ato seria uma intromissão na esfera privada daquele que se vale dos alimentos, sob pena de se violar o preceito fundamental individual preconizado no artigo 5º, X, da CF/88.

## 5 AS CONTAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pelo que se depreende dos artigos 550-553, da Lei n. 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil –, a Ação de Prestação de Contas dará lugar à Ação de Exigir Contas, prevendo, em seu artigo 550 que “aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias”.

Sua finalidade será apurar a existência de eventual crédito e proceder com sua execução, calcada na administração de bens ou direitos de terceiros.

A ação será processada da seguinte maneira: i) busca-se a declaração de existência ou inexistência de direito de exigir ou dever de prestá-las; ii) prestação das contas na forma adequada, ou seja, uma clara demonstração das receitas, despesas e investimentos realizados com as receitas; iii) execução do saldo apurado na sentença, mediante o cumprimento do *decisum*.

Seguindo a trilha da *desjudicialização* preconizada pelo novel diploma processual, fomentada pelo incentivo à mediação e conciliação, há de cogitar a hipótese de se exigir e prestar contas pela via extrajudicial quando o fim da relação pessoal se der por este caminho, ou, ainda, como forma de se apurar eventual crédito sem movimentar o Judiciário, levando à apreciação do Estado-juiz questões pontuais sobre a discordância das contas apresentadas.

## 6 REFERÊNCIAS

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. III.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

# DIREITO DE FAMÍLIA E RELIGIÕES: COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS

Pe. Alex Barbosa de Brito, EP

Doutor em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade Lateranense (Roma). Membro da Sociedade Brasileira de Canonistas e Professor de Teologia no Instituto Teológico São Tomás de Aquino Sacerdote católico, membro capitular da Sociedade de Vida Apostólica de Direito Pontifício *Virgo Flos Carmeli* – Arautos do Evangelho.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Definição antropológica de matrimônio e família, segundo autores clássicos. 3. Conceito de família segundo as religiões monoteístas e segundo o Estado brasileiro. 3.1 O matrimônio e a família, segundo o Judaísmo. 3.2 O matrimônio e a família, segundo o Islã. 3.3 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Ortodoxa. 3.4 O conceito de família em igrejas de confissão cristã não católicas. 3.5 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Católica. 3.5.1 Os casos de nulidade matrimonial na Igreja Católica. 3.5.2 Casos de dissolução do vínculo matrimonial não sacramental. 3.6 O matrimônio e a família, segundo a Constituição Federal brasileira. 3.6.1 Importantes aspectos constitucionais a respeito de matrimônio e a família. 3.6.2 Inovações das posteriores reformas codiciais. 3.6.3 Breve análise da atual legislação brasileira em relação ao matrimônio e à família. 4. Colisão de princípios jurídicos e princípios religiosos. 4.1 Síntese dos conceitos de matrimônio nas grandes religiões. 4.2 A liberdade religiosa: uma primeira resposta para evitar eventuais colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos. 4.3 Conflito se dá entre o direito natural e o direito positivo: uma tentativa de explicação para as eventuais colisões. 4.3.1 O direito natural e o direito positivo. 5. Estado e Igreja são detentores de ordenamentos jurídicos originários e autônomos *in ordine suo*. 5.1 O Estado é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*. 5.2 A Igreja é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo*. 6. A singular situação jurídica da Igreja Católica. 6.1 É uma religião. 6.1.1 A Igreja como sociedade e como povo de Deus. 6.1.2 A personalidade jurídica internacional da Igreja Católica. 6.2 A sede principal fica numa Cidade-Estado. 6.2.1 Breve histórico dos Estados Pontifícios Do Edito de Milão (Séc. IV)

à Unificação Italiana (Séc. XIX). 6.2.1.1 A criação da Cidade-Estado do Vaticano com o Tratado de Latrão (1929). 6.3 A suprema autoridade da Igreja é a Santa Sé personalidade pública de Direito Internacional. 6.3.1 A Santa Sé antes da Unificação Italiana, quando havia os Estados Pontifícios. 6.3.2 A Santa Sé no período de transição, depois da Unificação Italiana. 6.3.3 A Santa Sé, a partir do Tratado de Latrão (1929). 7. Relação do Direito Canônico com o Direito Civil em matéria de direito matrimonial. 7.1 Como a Igreja, no seu ordenamento jurídico, costuma tratar os casos conflitantes com o direito civil nas causas matrimoniais. 7.2 Casos em que a Igreja canoniza ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais. 8. O Acordo Brasil Santa Sé: decisivo instrumento para dirimir eventuais colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos. 8.1 Exemplos da mútua relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento canônico. 8.2 Algumas conclusões práticas desse Acordo. 8.2.1 A respeito da autoridade na Igreja. 8.2.2 Aspectos codiciais do Acordo relacionados com o matrimônio. 8.2.2.1 Um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil. 9. Conclusão. 10. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Falar a respeito de Direito de Família e Religiões, em pleno século XXI, não é tarefa tão simples; acrescentar ao tema a “Colisão de Princípios Jurídicos e Princípios Religiosos tornaria a empreita inexecutável, não fosse a menção aos Princípios Jurídicos: é a *aequitas*, em harmonia com os princípios religiosos, recordando a transcendência e a natureza mesma das coisas.

José Renato Nalini,<sup>1</sup> em seu tratado *Ética Geral e Profissional*, no subtítulo *A família hoje* e citando autores modernos, chega à conclusão, com base em uma análise sociológica, de que a “conceituação de família é polêmica”, especialmente em tempos nos quais para alguns não há mais a vinculação entre a finalidade unitiva e a procriativa, entre casamento e procriação. Contudo, o autor, com o gênio, simplicidade e clareza que o caracterizam, conclui simplesmente: “O dar à luz debilita a mulher. Ela não pode prescindir dos cuidados de um terceiro, o pai. Está biologicamente justificado o nascimento da família”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> José Renato Nalini é Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Membro da Academia Paulista de Letras.

<sup>2</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 148-149.

A seguir, passando do campo sociológico para o jurídico, o mesmo autor, citando pesquisa do IBGE, traz a lume a indagação de Paulo Luiz Neto Lôbo: Será que as entidades familiares constituionalizadas constituem verdadeiramente *numerus clausus*, ou estariam distantes dos modelos apresentados pela legislação vigente? Com efeito, assim enumera as entidades familiares, segundo a referida pesquisa: a) “o par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos em que sobrepõem os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefiar, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com ‘filhos de criação’, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular”.<sup>3</sup>

Hoje se poderia acrescentar ao item “i”, “com ou sem filhos naturais (inseminação artificial) ou adotivos”. Por fim, questiona o ilustre jurista e literato: “Quando se fala hoje de família, tem-se de indagar: qual família?”.<sup>4</sup>

Por isso, com o objetivo de evitarmos elaborar um tratado de filologia, nomeando ou mudando o nome das coisas, ou um tratado de sociologia contemporânea e recriar a sociedade, ou um romance de ficção científica, e antecipar o futuro, vimo-nos na contingência de limitar o campo de pesquisa tratando a respeito do matrimônio e família como o entendem as religiões monoteístas, cuja inspiração comum é o Antigo Testamento da Bíblia e, no caso do Islã, o Alcorão, e os princípios universais do direito natural, sujeitos a interpretações, não raras vezes peculiares; dando, entretanto, ênfase no pensamento da Igreja Católica.

Como contraponto, temos a legislação brasileira que, além de ser ampla, sofreu sucessivas reformas. Por isso, limitar-nos-emos a

---

<sup>3</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009., p. 150.

<sup>4</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009p. 150.

estudar principalmente o texto da Carta Magna, a Constituição Federal, e o Código de Direito Civil.

Outrossim, não se estará alheio às pluriformes opções de *modi vivendi* hodiernos, uma vez que este estudo tem como fundo de quadro a dignidade humana.

Sim, a dignidade humana, tão propagada, mas quão pouco compreendida e respeitada. Falar dela, como em direitos humanos, está na ordem do dia. Ora, o princípio fundamental a esse respeito é agir respeitando a natureza e a índole do homem, considerando a inteligência e o livre-arbítrio aspectos essenciais dele. Em razão disso, o mesmo deve ser conduzido pela persuasão. Para respeitá-lo, antes de tudo, é preciso apresentar a verdade à sua inteligência e convencê-lo racionalmente, caso contrário, faltaríamos com o respeito à sua própria dignidade de ser racional. Desta premissa, como se verá, está pervadido todo este estudo.

Trata-se, antes de tudo, de uma exposição que não pretende esgotar a matéria. Explica-se a ênfase na abordagem da Igreja Católica acerca do tema proposto pelo fato de ser a religião da maioria dos brasileiros, a singular situação jurídica<sup>5</sup> e histórica da Igreja, e o simples fato de o autor ser sacerdote e especialista em Direito Canônico.

Serão também consideradas, com especial atenção, as relações jurídicas entre a Igreja Católica e o Estado brasileiro, mormente em matéria de matrimônio e família, tendo como parâmetros fundamentais os princípios normativos da Constituição Federal vigente e o Acordo celebrado e promulgado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé (13 nov 2008),<sup>6</sup> relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil.

Para melhor compreender a razão de ser de um Acordo entre uma República e a Igreja Católica, será necessário um “mergulho” histórico e jurídico na estrutura da Igreja, da Santa Sé, do Estado do Vaticano e da pessoa do Romano Pontífice, à luz dos princípios jurídicos do Direito Internacional, que fundamentam a incontestada validade de concordatas deste gênero.

---

<sup>5</sup> O ordenamento jurídico da Igreja Católica se encontra estruturado fundamentalmente no Código de Direito Canônico (CDC), promulgado em 1983, em que se determinam os direitos e deveres tanto das autoridades eclesásticas como dos fiéis católicos; e sua organização e disciplina interna. O CDC se divide segundo as matérias em Livros, Partes e Seções, e cada Artigo se denomina “Cânon”. As disposições deste Código se mencionam neste parecer com a abreviatura “c.” e o número correspondente (v.g.: c. 1.731, cc. 1.730, 1.731).

<sup>6</sup> Para maior aprofundamento sobre o Acordo Brasil-Santa Sé há a seguinte obra: BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). Acordo Brasil-Santa Sé: comentado. São Paulo: LTR, 2012.

Para se procurar chegar a alguma conclusão foram de singular apoio as palavras de apresentação do ilustre e lúdico membro do Conselho Científico do IBDFAM, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao recordar que: “Viver e conviver traduzem, em um país tomado por desafios e em uma sociedade complexa, desigual e polissêmica, demandas sobre os limites e as possibilidades da instância jurídica ofertar respostas, propor caminhos e acolher a realização de um direito fundamental: TER E SER FAMÍLIA”. É preciso, continua o mesmo autor: “Propor construções de pontes em direção ao futuro, recolhendo o legado pretérito e transformando o presente em abrigo teórico e prático do afeto, da tolerância, da liberdade, da autonomia, da responsabilidade e de todas as estruturas que sonham e vivem como famílias”.<sup>7</sup>

## **2 DEFINIÇÃO ANTROPOLÓGICA DE MATRIMÔNIO E FAMÍLIA, SEGUNDO AUTORES CLÁSSICOS**

Matrimônio e família são realidades humanas anteriores ao Cristianismo e, historicamente, em todas as civilizações existiram em estreita relação, numa relação andrógina, gerando filhos, tendendo a ser monogâmica, apesar de não raras vezes conhecerem e viverem a poligamia e, em casos mais isolados, a poliandria.

Os povos primitivos eram regidos pelo princípio de que a existência de dois sexos na espécie humana, bem como em outros seres vivos, tem como função a reprodução e a propagação da própria espécie, que, em nosso caso, no âmbito religioso, conjuga natureza e transcendência. Por isso, comenta Gonzalo Flórez, que para estes povos e para aqueles que lhes sucederam, a relação mais típica e comum era a da heterossexualidade.<sup>8</sup>

Este mesmo autor, abordando o tema do ponto de vista antropológico e deitando olhar nos primórdios da civilização, recorda que a existência de dois sexos “significa que o homem tem uma dupla imagem”, e esta diferença fazia com que se considerasse a necessidade da complementaridade, capaz de gerar e de perpetuar a própria espécie, embora a análise desta primitiva relação deve ser sempre matizada.<sup>9</sup>

Por exemplo, continua o autor, os sentimentos de amor em relação aos filhos, não se produzem da mesma forma no pai e na mãe, pois o amor maternal sempre se caracterizava por estar mais

<sup>7</sup> FACHIN, Luiz Edson. Apresentação do X Congresso de Direito da Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>8</sup> FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p.17.

<sup>9</sup> FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p. 6-14.

diretamente comprometido com as necessidades imediatas da prole.<sup>10</sup>

A união heterossexual, a geração de filhos e a necessidade de protegê-los e criá-los, aliados ao desejo de perpetuar a própria espécie, faz surgir o núcleo social celular e primário da formação da sociedade humana.

A este propósito, Fustel de Coulanges comenta:

Pode-se entrever um longo período durante o qual os homens não conheceram nenhuma outra forma de sociedade senão a família... Cada família tem a sua religião, os seus deuses, o seu sacerdócio... cada família tem também a sua propriedade, ou seja, a sua parte de terra, que lhe está ligada inseparavelmente pela sua religião... Enfim, cada família tem o seu chefe, como uma nação teria o seu rei. Tem as suas leis, que sem dúvida não são escritas, mas que a crença religiosa grava no coração de cada homem. Tem a sua justiça interna, acima da qual nenhuma outra há à qual se possa apelar. Tudo aquilo de que o homem tem rigorosa necessidade para a sua vida material ou para a sua vida moral, a família o possui em si. Não precisa de coisa alguma de fora; a família é um estado organizado, uma sociedade que basta a si própria. Mas esta família das antigas eras não se reduz às proporções da família moderna. Nas grandes sociedades a família desmembra-se e diminui, mas na ausência de qualquer outra sociedade, estende-se, desenvolve-se, ramifica-se, sem se dividir. Diversos ramos mais novos ficam agrupados em torno dum ramo mais velho, junto do lar único e do túmulo comum.<sup>11</sup>

Em todas as culturas e religiões, a entrega do homem e da mulher como marido e esposa vem sempre precedida de um pacto de doação mútua, tendente a ser monogâmico e estável, como testemunham, por exemplo, as antigas legislações, como o Código de Hamurabi e as leis dos faraós egípcios. A etimologia latina ratifica essa característica do matrimônio, ao chamar de amor conjugal.

A palavra conjugal vem do latim *cum-iugum*, para significar que estão unidos pelo mesmo jugo. O mesmo se diga de consórcio, de *cum-sortitus*, donde a distinção entre o ato de entrega, *matrimônio in fieri*, cuja essência é o consentimento, e o matrimônio *in facto esse*, cuja essência é o vínculo resultante do pacto conjugal.

Se é verdade que o aforismo latino que ensina *non amor, sed consensus matrimonium facit*, sem o *affectus contratualis* esse pacto terá

---

<sup>10</sup> FLÓREZ, Gonzalo. Matrimonio y familia. Madrid: BAC, 1995, p. 15.

<sup>11</sup> COULANGES, Fustel de. La Cité antique. Paris: Hachette, v. II, p. 126-127.

dificuldades para proporcionar que os cônjuges compartilhem a mesma sorte e o mesmo jugo, *in facto esse*.

Conforme o pensamento tomista, no matrimônio primeiramente se considera a união ou o vínculo, que seria a essência e, em segundo lugar a causa, que é a aliança, a qual chamamos de casamento.<sup>12</sup> A quidditas ou a essência – o vínculo e o consentimento – é a causa.

Dessa concepção clássica, Agostinho de Hipona, em defesa da bondade do matrimônio, desenvolve a teoria dos três bens (*tria bona*) a ele inerentes: *bonum fidei*, *bonum prolis* e *bonum sacramenti*. Segundo ele, o *bonum fidei* diz respeito à unidade e à fidelidade; o *bonum prolis*, à geração e educação da prole; o *bonum sacramenti*, diz respeito à indissolubilidade do vínculo.<sup>13</sup>

A partir dos *tria bona* de matriz agostiniana, Tomás de Aquino desenvolve a teoria dos fins, donde afirma que o homem procria enquanto animal, é fiel enquanto homem e torna sacramental a união, enquanto fiel cristão.<sup>14</sup>

Karl Marx, ao comentar as raízes naturais do matrimônio, comenta que aquele ou aquela que “contrai matrimônio não cria, não descobre o matrimônio [...]. Por conseguinte, não é o matrimônio que deve submeter-se a seu arbítrio, mas seu arbítrio ao matrimônio”,<sup>15</sup> e Hegel, em comentário de caráter sociológico a respeito do matrimônio da família, afirma que o “matrimônio, e, essencialmente a monogamia, é um dos principais absolutos nos quais se baseia a moralidade de uma coletividade. Esta é a razão pela qual a instituição do matrimônio aparece como um dos episódios da fundação dos Estados pelos heróis ou pelos deuses”.<sup>16</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o que daria forma e essência à família seria o conjunto desses laços, que se reduzem a três relações básicas: a primeira tem um polo masculino e outro feminino, e é chamada relação conjugal, reconhecida como matrimônio pelos membros da sociedade; a segunda se dá entre o complexo conjugal e os filhos, e é chamada relação paterno-filial; a terceira tem lugar entre os irmãos, chamada relação fraternal.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, q. 44, a. 2.

<sup>13</sup> AUGUSTINUS, *De Genesi ad litteram*, IX, 7, 12. (PL 34, 397); *De bono coniugali*, XX, 24 (PL 40, 389).

<sup>14</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, q. 65, a. 1.

<sup>15</sup> MARX; ENGELS. *Der Ehescheidungs gesetzentwurf*, Werke. Berlin, 1956, v. I., p. 149.

<sup>16</sup> HEGEL Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. In: ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 151.

<sup>17</sup> CRUZ, Juan. *Metafísica de la familia*. Pamplona: EUNSA – Universidad de Navarra Pamplona, 1995, p. 351.

Concluindo, a conjunção física do casal gera a prole, mas a conjugalidade de vidas, a comum união no mesmo jugo – que nasce do consentimento mútuo–, é o que fundamenta a unidade e a indissolubilidade desta comum união, além de preparar o ambiente natural para a educação e formação da prole.

Da conjugalidade dessa pequena sociedade, que recebe o nome de família, nasce a nação, a grande sociedade.

Arriscando na língua de Cícero, a família é *prima ordinata civitas, generat magnam ordinatam civitatem, societatem de societatibus*.

### **3 CONCEITO DE FAMÍLIA SEGUNDO AS RELIGIÕES MONOTEÍSTAS E SEGUNDO O ESTADO BRASILEIRO**

#### **3.1 O matrimônio e a família, segundo o Judaísmo**

Na religião judaica, o matrimônio é considerado um vínculo contratual entre um homem e uma mulher, pelo qual se unem para constituir uma família. Casar-se e gerar filhos representa praticamente um dever, de acordo com a tradição herdada dos seus maiores.

A cerimônia religiosa do casamento judaico, chamada de *kidushin* (consagração), é revestida de muitos significados. Desta sorte, ao dar a aliança a sua noiva, o noivo a consagra para si, os dois se unindo numa só alma. A partir de então, a noiva passa a pertencer ao noivo, sendo proibida a qualquer outro homem. Sendo assim, mais do que a união entre os corpos, trata-se da adesão de duas almas pelo matrimônio por meio da santificação de Deus, algo fora do alcance meramente humano.

A família, pois, representa a força espiritual do povo judeu e, se comparada ao lar, a própria sinagoga desempenha um papel secundário. É por isso que o homem não casado é considerado “incompleto”, pois sua alma é apenas uma parte de um todo maior.<sup>18</sup>

O matrimônio é realizado dentro dos conceitos estabelecidos da *Toráh*, do *Talmud* e da *Halachá*. Para dissolver esta união divina, somente Deus tem o poder para fazê-lo, de acordo com o que instruiu na *Torá*, o Código de Leis. Isto ocorre por meio de um *quet* (documento emitido para a efetivação de um divórcio judaico).

A lei judaica tradicional (*Halachá*) exige que um casal obtenha um *quet* para pôr fim ao casamento judaico. Esta determinação é

---

<sup>18</sup> Cabe salientar que os hebreus ultraortodoxos só aceitam o celibato quando o homem resolve dedicar sua vida ao estudo da *Toráh*. E, mesmo que seja por esse objetivo, o celibato não é encorajado.

compartilhada pelos Rabinatos Ortodoxo e Conservador, sendo a política oficial do Estado de Israel. Sem o *guet*, podem ser considerados ilegítimos os filhos de qualquer união subsequente, e só poderão se casar com judeus em semelhantes condições. Os filhos, assim, ficam excluídos em grande parte dos segmentos da comunidade, e não podem casar-se no Estado de Israel. Estigma que permanece para todas as futuras gerações, como, por exemplo, no que tange às limitações de se desposar no futuro. Trata-se, pois, de uma prática com efeitos de longo alcance.

O divórcio civil não é tomado em consideração no que toca à situação dos cônjuges. Medida adotada pelos Rabinatos Conservadores e Ortodoxos, e política oficial do Estado de Israel.

O *guet*, por sua vez, não se relaciona com qualquer aspecto do acordo civil, e não sujeita nenhuma das partes a perguntas pessoais. Basta que haja consentimento mútuo na decisão optada, não havendo, por isso mesmo, necessidade de declarar os motivos para o divórcio. Embora tenha caráter religioso, o processo não envolve orações nem exige confissão de fé. O *guet* finaliza aquela união que iniciou numa cerimônia tão marcada de simbolismos, e sob a benção de Deus. É um processo legal, formal e claro que exige apenas o consentimento das duas partes.

Não obstante, o Tribunal Religioso (Beit Din) considera o casamento uma aliança deveras sagrada, e pondera muito antes de realizar o divórcio,<sup>19</sup> apesar da praticidade com que é realizado.<sup>20</sup> Desse modo, é incentivada a reconciliação do casal, propondo marido e mulher, inclusive, a casar novamente após a separação legal.

O divórcio seria como uma amputação, uma tragédia, se analisada a cerimônia judaica na qual as almas dos cônjuges se uniram, pois seria o reverso disso, uma amputação espiritual, separando uma parte da alma unida da outra, criando dois seres separados.

---

<sup>19</sup> Cf. GRONOWICZ, Gilda. O *Guet* judaico e o divórcio: harmonização. Disponível em: <<http://gronowiczfancioadv.com.br/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>20</sup> Assim se constitui o processo do divórcio (*Guet*): 1- Cada parte declara estar ciente do que está para acontecer e que age livremente, sem coerção; 2 - O marido autoriza o escriba a escrever o documento; 3 - O documento de doze linhas é escrito pelo escriba e assinado pelas testemunhas. A escrita e assinatura do documento geralmente leva de 30 a 45 minutos, e não exige sessões adicionais; 4 - O documento assinado é apresentado à esposa pelo marido ou pelo procurador, na presença de testemunhas. No minuto em que ela o aceita, o divórcio passa a valer imediatamente e é definitivo; 5 - O documento em si permanece nos arquivos do rabino oficiante. É cortado pelo rabino, portanto jamais pode ser usado ou apresentado novamente. O rabino em seguida emite um certificado de prova a ambas as partes, atestando o fato de que um *guet* foi adequadamente escrito, entregue e aceito, e que cada uma das partes está livre para casar-se novamente. Disponível em: <[www.chabad.org.br](http://www.chabad.org.br)>. Acesso em: 15 set. 2015.

### 3.2 O matrimônio e a família, segundo o Islã

Entre os múltiplos modelos de família existentes nas sociedades ao longo da História, encontramos um padrão familiar muito singular: o do islamismo.

Apesar da diversidade étnica, os vários aspectos da vida dos fiéis islâmicos poderiam ser considerados comumente como fundamentados na religião.<sup>21</sup> Vamos encontrar o conceito de família, para o muçulmano, principalmente na interpretação dos esparsos comentários relacionados a essa instituição contidos no Alcorão – livro base tanto para os sunitas quanto para os xiitas –, assim como nas tradições culturais ao longo do tempo. No campo legislativo, temos a *sharia* (*sharī'ah*), cuja fonte é mais uma vez o Alcorão.

O islamismo também considera a família como o núcleo e o alicerce da sociedade. A vida familiar é fonte de progresso e força para a civilização. O casamento – que o muçulmano entende como a união entre o homem e a mulher e é um processo natural estabelecido por Deus no Alcorão: “e não vos criamos, acaso, em casais?” (78, 8);<sup>22</sup> – é o meio lícito para constituir este fundamento social, e por isso é condenado com severas penas o ato sexual realizado fora do matrimônio.

Além disso, o Islã vê o casamento como um ato livre. A este respeito assim pronuncia o Alcorão: “não herde as mulheres contra a sua vontade” (4:19). No entanto, pode existir uma certa persuasão por parte dos pais a qualquer uma das partes, sendo que a decisão final compete à própria pessoa. Contudo, na prática, as mulheres nem sempre parecem usufruir do direito da livre escolha como os homens.

No campo teórico, em geral, os direitos do homem e da mulher são iguais, embora o Alcorão expressa que os homens têm um grau sobre elas, devido às suas responsabilidades (2:227). A eles é dada a posição de chefe da família. Por outro lado, as mulheres têm o direito ao dote, como meio de honrá-la, mantê-la e garantir a segurança do compromisso que assumem.

Para promover a proteção e consolidação da instituição familiar, existem proibições que visam combater o perigo de praticar ações não castas, segundo a concepção islâmica. Além disso, se nota um grande incentivo ao casamento, cuja cerimônia possui uma estrutura muito simples.

---

<sup>21</sup> Sabemos que o islamismo não possui uma unidade, há diferentes concepções teológicas, entre as quais se destacam os sunitas e os xiitas. Além do Alcorão, os sunitas seguem também as Sunas, um conjunto de leis escritas pela tradição. Já os xiitas desconsideram as Sunas e se baseiam apenas no Alcorão, são a minoria.

<sup>22</sup> Citação do Alcorão.

É possível esposar até quatro mulheres, entretanto o mais adequado é casar-se com apenas uma, diz o Alcorão (cf. 4:3). Assim, a poligamia é tratada como uma exceção, e a primeira esposa pode colocar no documento de contrato nupcial a condição de que o marido pratique a monogamia.

Há, ademais, uma lista de graus de parentesco proibidos para o casamento (4: 23-24).

Em caso de adultério por parte de uma mulher, o Alcorão prescreve que seja confinada em sua casa, até que lhe chegue a morte ou que Deus lhe trace um novo destino (4:15).

Em si, o casamento no Islã é permanente, mas admite o divórcio em circunstâncias especiais. Entretanto: “de todas as coisas permitidas, a mais abominável para os olhos de Allah é o divórcio” (114:96). Tanto o homem quanto a mulher podem solicitá-lo.

Por razões históricas, que visavam o afastamento da fornicação e do adultério, havia também no Islamismo a figura do casamento temporário, ou seja, o contrato entre duas pessoas por determinado período, costume este que teria sido revogado para sempre por Allah.

No que diz respeito às crianças, a alimentação, a proteção, a vestimenta, e a instrução na religião são direitos assegurados conforme a cultura e legislação muçulmana.

Percebe-se que a família, na concepção islâmica, possui um caráter biológico, espiritual, social, cultural e histórico. Do ponto de vista religioso, cabe lembrar que em várias sociedades islâmicas o direito não está separado da religião de Maomé.

### **3.3 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Ortodoxa<sup>23</sup>**

O matrimônio, segundo a concepção da Igreja Ortodoxa, reflete o mistério da Trindade, pois assim como há um só Deus em três Pessoas, também no matrimônio há uma unidade dentro da diversidade. O homem é feito à imagem da Trindade e apenas em casos especiais compreende-se que viva sozinho. O casamento não é só um estado da natureza, mas um estado de graça. A vida matrimonial, não menos que a vida monástica, é uma vocação especial, o que exige um particular dom ou carisma do Espírito Santo, o qual é conferido pelo Sacramento do Matrimônio, cuja instituição foi estabelecida por Deus.

---

<sup>23</sup> Por Igreja Ortodoxa se entende o conjunto de igrejas cristãs autocéfalas, que desde o Cisma do Oriente, em 1054, separou-se da Igreja Católica Apostólica Romana. Reconhecem o primado do Patriarca Ecumênico de Constantinopla, embora este seja um título mais honorífico, uma vez que cada uma dessas igrejas tem seu governo autônomo, que resolve as questões com sua própria autoridade.

A Igreja Ortodoxa permite o divórcio e o “recasamento”, tomando como base o texto de Mateus 5, 32 e 19, 9, onde Jesus diz: “[...] qualquer que repudiar sua mulher, não sendo por causa de prostituição, e casar com outra, comete adultério [...]” E, uma vez posta uma exceção para a regra geral acerca da indissolubilidade do casamento, os ortodoxos procedem com o costume de autorizar tal exceção.

Todavia, partindo do princípio de que ninguém deve separar aqueles que Deus uniu, a Igreja Ortodoxa toma o casamento como, em princípio, para toda a vida e indissolúvel, e condena o seu rompimento como pecado. Contudo, apesar disso, a Igreja Ortodoxa ainda deseja auxiliar os pecadores concedendo-lhes uma segunda oportunidade. Desse modo, quando um casamento cessa inteiramente de ser uma realidade nos fatos, a Igreja Ortodoxa não insiste na preservação legal.

O divórcio é, então, visto como uma excepcional, mas necessária concessão ao pecado humano; seria um ato de *oikonomia* (“economia” ou dispensa) e de *philanthropia* (“gentileza amorosa”). Entretanto, apesar da assistência dada aos que erraram, não se deixa de considerar que uma segunda união nunca é igual à primeira, de modo que no ofício para o segundo casamento os ritos alegres cedem lugar às orações penitenciais.

A Lei Eclesiástica da generalidade das igrejas ortodoxas permite o segundo e ainda um terceiro casamento, mas proíbe terminantemente o quarto. Os Cânones, teoricamente, só permitem divórcio em caso de adultério, mas na prática é às vezes concedido também por outros motivos.

O divórcio civil também na Igreja Ortodoxa não tem reconhecimento decisório, e o novo matrimônio só é possível se as autoridades tiverem concedido o divórcio.

### **3.4 O conceito de família em igrejas de confissão cristã não católicas**

Tratar sobre o conceito de família nas denominações cristãs não católicas é tarefa nada fácil, pois existem muitas ramificações e até mesmo dentro de uma mesma denominação pode não existir uma identidade doutrinária e moral uniforme, mesmo no que tange a temas mais centrais. A tudo isso somamos ainda a dificuldade de se encontrar um conjunto sistemático de doutrinas teológicas em muitas dessas igrejas.

Assim, tentando analisar sob um ponto de vista comum, essas denominações consideram que o casamento está subordinado à Bíblia, e, de modo geral, eles têm o matrimônio como uma instituição que formaliza a união entre um homem e uma mulher. Nas palavras de um

teólogo evangélico “o casamento é o contrato jurídico de uma união espiritual”.<sup>24</sup> Com exceção do divórcio, costumam admitir as leis civis no que tange ao matrimônio.

Sua origem é divina, e remonta ao gênese da humanidade. Jesus apenas o sancionou sem o elevar à categoria de sacramento, assim acredita a maior parte dos evangélicos. Deve ser celebrado segundo as leis do país, uma vez que não consta na Bíblia o rito necessário.

O casamento é monogâmico e, devido à natureza do próprio contrato natural estabelecido por Deus, indissolúvel. Entretanto, interpretam o Evangelho de Mateus (19, 9)<sup>25</sup> como uma permissão de Jesus em autorizar o divórcio somente em caso de infidelidade conjugal, tratando-se, portanto, de uma exceção.

Ficou célebre, nos primórdios da Reforma Protestante, o episódio de Henrique VIII, Rei da Inglaterra, que pretendia unir-se em matrimônio com Anne Boleyn, dama de corte da Rainha. Assim, após 18 anos de casamento com Catarina de Aragão, o monarca alega ter escrúpulos na consciência, pois esta era viúva de seu irmão Arthur, e desse primeiro enlace havia nascido uma menina, Maria. Solicita ao Papa Clemente VII seu divórcio. Contudo, o Pontífice não se inclina segundo os desejos reais. Seus conselheiros Thomas Cromwell e Thomas Cranmer (padre que havia se casado secretamente, na Alemanha, com a sobrinha de Osiander, e mesmo após isso havia aceitado “pastorear” a Diocese de Canterbury) alegaram a Henrique que, uma vez que o Papa se recusava a satisfazer seu desejo, cabia-lhe seguir o exemplo dos príncipes alemães; e recomendaram-lhe nomear-se Protetor e Chefe Supremo da Igreja e do Clero da Inglaterra. Diante da invariável firmeza de Clemente VII, Cranmer pronuncia o divórcio do Rei, e Henrique se casa com Anne Boleyn (1533). No ano seguinte, Clemente VII lança a Bula de excomunhão de Henrique VIII.<sup>26</sup>

Também Calvino, em Genebra, asseverava que as Escrituras (Bíblia) eram a única regra para a fé, e terminou por aprovar o divórcio de Henrique VIII.<sup>27</sup>

A este novo casamento com Anne Boleyn sucederam-se outros, ficando igualmente célebres as aventuras românticas e sangrentas do monarca inglês.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> PEARLMAN, M. Manual do ministro. São Paulo: Vida, 2005, p. 86.

<sup>25</sup> “Ora, eu vos declaro que todo aquele que rejeita sua mulher, exceto no caso de matrimônio falso, e desposa outra, comete adultério” (Mt 19,9a).

<sup>26</sup> CHANTREL J. Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle). 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII, p. 199-202.

<sup>27</sup> CHANTREL J. Histoire populaire des papes: Saint Pie V et Sixte-Quint. Paris: C. Dillet, 1862, v. XIX p. 18-20.

<sup>28</sup> Anne Boleyn o precedera no cadafalso, após ter dado uma filha a Henrique (que fora a

### 3.5 O matrimônio e a família, segundo a Igreja Católica

A Igreja Católica em seu ordenamento jurídico<sup>29</sup> define a aliança matrimonial como um consórcio de toda a vida entre varão e mulher, ordenado por sua mesma índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, elevado à dignidade de sacramento por Jesus Cristo, quando celebrado entre batizados. A causa eficiente do matrimônio é o consentimento não revogável das partes e dá-se livremente por pessoas juridicamente hábeis, algo que o poder humano não pode suplantar. As propriedades essenciais são a unidade e a indissolubilidade, sendo indissociáveis as funções unitiva e procriativa, ou seja, o matrimônio deve estar ordinariamente ordenado à fecundidade, isto é, à perpetuação da espécie. O matrimônio válido, entre batizados e consumado, só se dissolve pela morte de um dos cônjuges.

O divórcio não é admitido, sendo inválido o matrimônio se um ou ambos contraentes estão ligados por vínculo estabelecido em matrimônio anterior.

A Igreja admite a possibilidade da separação, seja por razões de adultério não compensado, seja por outra causa grave que impeça a convivência conjugal. Entretanto, essa separação não dissolve o vínculo, o que impede qualquer tentativa de matrimônio. Há, no entanto, um forte apelo ao perdão e à reconciliação.

#### 3.5.1 Os casos de nulidade matrimonial na Igreja Católica

A Igreja não admite, como foi dito, a separação vincular dos matrimônios válidos, entre batizados e consumados. Entretanto, quando se fala de nulidade, trata-se de uma situação muito distinta, que não implica na dissolução do vínculo, mas na declaração de que nunca existiu.

Os fiéis têm o direito de recorrer aos tribunais eclesiásticos para pedir que seus matrimônios sejam objeto de julgamento quanto à

---

Rainha Elizabete I), culpada de traição e infidelidade ao Rei. No dia seguinte à execução, Henrique “casava-se” com Jeanne Seymour, a qual morrerá 17 meses depois, ao dar à luz a um menino que reinou sob o nome de Eduardo VI. O Monarca junta-se então com Anne de Cleves, a qual fora repudiada, sob o pretexto de que não era tão bela quanto o mostrava um quadro seu... A 5ª mulher de Henrique fora Catherine Howard, que fora decapitada após alguns meses, pois o Rei apenas suspeitara de sua fidelidade... Por fim, sua 6ª mulher, Catherine Parr, quase sofreu a mesma sorte, ao demonstrar algumas dúvidas em matéria religiosa. Cf. CHANTREL J.. *Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII, p. 203-206.

<sup>29</sup> Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, em 1983. As referências a este Código são feitas neste trabalho com a abreviatura “c.”, que significa Cânon (assim denomina cada artigo), seguido do número correspondente.

validade. Sim, como no direito civil, há situações – *facti species* –, que tornam nulo um matrimônio.

Em recente documento, publicado no dia 15 de agosto de 2015, Francisco reformou o processo canônico das causas de nulidade matrimoniais por meio do *Motu Proprio Mitis et misericors Iesus* (para as Igrejas de Rito Oriental) e *Mitis Iudex Dominus Iesus* (para a Igreja Latina). O documento visa favorecer a agilidade nos processos “e não a nulidade dos matrimônios”, como expresso no próprio documento. As normas entraram em vigor no dia 8 de dezembro de 2015.<sup>30</sup>

Em linhas gerais, pode-se enumerar em 25 ou 26 os *capita nullitatis* para a declaração de nulidade. Assim divididos:

Primeiramente, as falhas na forma canônica do matrimônio (c. 1108). Em seguida, as falhas no consentimento, por ser causa eficiente do matrimônio, seja quanto à razão teórica (c. 1095, 1º) ou quanto à razão prática (c. 1095, 2º), bem como a incapacidade de cumprir aquilo que prometeu – *in re matrimoniale* – por causas de natureza psíquica (c. 1095, 3º).

A esses três, soma-se a ignorância de que o matrimônio é consórcio permanente e ordenado à procriação (c. 1096) e o erro, seja sobre as propriedades do matrimônio (c. 1097 § 1), erro esse que somente vicia quando determina a vontade (c. 1099), seja a respeito da identidade (c. 1097, § 1) ou qualidade da pessoa com quem se casa, quando a qualidade se pretenda direta e principalmente (c. 1097 § 2), além do erro provocado de forma dolosa sobre uma qualidade do outro cônjuge, com o objetivo de obter o consentimento (c. 1098).

A simulação também invalida o matrimônio, seja total ou parcial (c. 1101, § 2), bem como o consentimento obtido por violência ou medo grave proveniente de causa externa (c. 1103). Por fim, há também um vício no consentimento da condição de futuro (c. 1102, 1) e a condição de passado ou de presente imposta e não cumprida (c. 1102, §2).

Por fim, os impedimentos são chamados, segundo o Direito vigente, dirimentes, alguns dos quais podem ser dispensados pela autoridade competente.

Com efeito, há uma idade mínima (c. 1083); são considerados incapazes os que sofrem impotência para o ato conjugal – *impotentia coeundi* – antecedente e perpétua, absoluta ou relativa (não é o caso, da impotência gerativa – *impotentia generandi* [c. 1084]); aqueles que tenham vínculo matrimonial antecedente não dissolvido, nem

---

<sup>30</sup> FRANCISCO. *Mitis et misericors Iesus* (15 de agosto de 2015). Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-et-misericors-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html)>. Acesso em: 12 set. 2015.

declarado nulo (c. 1085); a disparidade de culto ou mista religião<sup>31</sup> entre os nubentes (c. 1086); aqueles que tenham recebido as ordens sagradas (c. 1087) ou que tenham feito voto público perpétuo de castidade em um instituto religioso (c. 1088); o rapto (c. 1089) ou o crime, quando se trata de homicídio do cônjuge daquele com quem se pretende casar, ou de seu próprio cônjuge, para contrair matrimônio com uma determinada pessoa (c. 1090); alguns graus de consanguinidade (c. 1091) ou de afinidade (c. 1092), além do parentesco legal, por adoção (c. 1094) e, por fim, a falta de honestidade pública.<sup>32</sup>

Há impedimentos dirimentes que nunca podem ser dispensados:

1 - De vínculo - o matrimônio validamente celebrado, entre batizados e consumado, nunca pode ser dissolvido, nem pelo Romano Pontífice (c. 1085); 2 - Consanguinidade ascendente ou descendente e entre irmãos, nunca pode ser dispensado (c. 1078, § 3);

### **3.5.2 Casos de dissolução do vínculo matrimonial não sacramental**

Como foi dito, na Igreja Católica um matrimônio entre batizados, válido e consumado, não pode ser dissolvido por nenhuma autoridade, nem por causa alguma, salvo a morte de um dos cônjuges (c. 1141). Por outro lado, o matrimônio não consumado pode ser dissolvido, com causa justa, somente pelo Romano Pontífice (c. 1142).

Ademais, um matrimônio entre não batizados se dissolve pelo denominado privilégio paulino, em favor da Fé de uma parte que tenha recebido o Batismo, ao contrair esta parte um novo matrimônio, contanto que a parte não batizada se separe (c. 1143, 1).<sup>33</sup> Também um não batizado que tenha simultaneamente várias mulheres tampouco batizadas, ao ser batizado, na hipótese de lhe ser difícil permanecer com a primeira, pode ficar com qualquer das outras, apartando-se das demais. O mesmo vale para mulher nas mesmas condições. É o denominado privilégio petrino (c. 1148). E um não batizado, uma vez recebido o Batismo, se não pode restabelecer a coabitação com o outro cônjuge não batizado, por razão de perseguição ou cativo, pode

---

<sup>31</sup> Disparidade de culto: existe entre duas pessoas, quando uma delas não foi batizada e a outra recebeu o Batismo na Igreja Católica ou se converteu a ela. Matrimônio misto: aquele realizado entre duas pessoas batizadas, uma das quais foi batizada na Igreja Católica ou nela recebeu depois do batismo, e outra pertencente a uma Igreja ou comunidade eclesial sem plena comunhão com a Igreja Católica.

<sup>32</sup> Aqui se trata de um impedimento que surge de concubinato notório e público, com relação ao primeiro grau de linha direta entre o homem e os consanguíneos da mulher e vice-versa (c. 1093).

<sup>33</sup> A parte uma vez batizada, para contrair novo matrimônio válido, deve interpelar previamente à parte não batizada, a respeito de seu desejo de também receber o Batismo; por outra, se deseja ao menos conviver pacificamente sem ofender a Deus.

contrair novo matrimônio ainda que a outra parte tivesse recebido o Batismo (c. 1149).

### 3.6 O matrimônio e a família, segundo a Constituição Federal brasileira

O Brasil adota, em sua Carta Magna,<sup>34</sup> a família como base da sociedade, a qual dá especial proteção do Estado. A este propósito comenta Ives Gandra:

Tenho entendido, em vários escritos, que o mais relevante princípio da Constituição, depois do direito à vida, é a proteção à família. Assim não fosse, não teria o constituinte com particular ênfase declarado, no *caput* do artigo 226, que a família é a base da sociedade.<sup>35</sup>

Apesar de a Carta Magna não afirmar de forma taxativa, interpreta-se que o casamento formalizado civilmente dá origem ao instituto familiar, mas também se admite como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, devendo-se facilitar sua conversão em casamento. Deve-se destacar também a igualdade de direitos e deveres do homem e a mulher em âmbito da família, e dos filhos, havidos ou não em casamento, ou adotivos, e a prioridade de garantias ao menor. Finalmente, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.<sup>36</sup>

A respeito do divórcio, a França foi o primeiro país a admiti-lo como lei civil, quando aprovou, em 1792, a secularização dos registros de nascimento, falecimento e matrimônios, assim como o divórcio efetivado de forma legal.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Constituição Federal, cap. VII, redação dada por Emenda no. 65, de 2010.

<sup>35</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>36</sup> Emenda n. 66/2010.

<sup>37</sup> Cf. CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In: CONSTANTIN, C. Dictionnaire de Théologie Catholique. Vol. III, Paris: Letouzey et Ané, 1911, Ière partie Clarke-Constantinople. col. 1.586-1.587. Leis complementares estatuíram que os bispos constitucionais (os demais bispos Católicos Romanos já estavam banidos da França) que resistissem ao casamento do clero, bem como os padres que se opusessem ao divórcio estavam sujeitos à deportação (decretos de 19 de julho e 12 de agosto de 1793). Cf. CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In: CONSTANTIN, C. Dictionnaire de Théologie Catholique. Vol. III, Paris: Letouzey et Ané, 1911, col. 1.586-1.589.

### 3.6.1 Importantes aspectos constitucionais a respeito de matrimônio e a família

Vimos como a Constituição Federal define a família. Já o livro IV do Código Civil, “Do Direito de Família”, especifica e regula as normas da lei fundamental.<sup>38</sup>

Sublinhou-se que a reforma constitucional de 1988 promulgou cinco princípios basilares da República Federativa do Brasil: dignidade da pessoa humana e igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres; pluralidade de opções para a formação da família; não discriminação dos filhos, não importando a origem; paternidade responsável; melhor interesse da criança.<sup>39</sup>

O Código em forma expressa admite que “a família civil é aquela advinda do casamento” [...] “um negócio jurídico formal e solene ratificador da família desejada pelo Estado”.<sup>40</sup> E a define como comunhão plena de vida, estabelecida pelo casamento, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.<sup>41</sup> Desta maneira, o casamento se realiza quando homem e mulher manifestam ante o juiz a vontade de estabelecer um vínculo conjugal.<sup>42</sup> Na opinião da Professora Barroso, a família que surge do novo Código é muito mais que uma instituição, uma comunhão de afeto entre pessoas, e fica claro, ademais, que o casamento só existe entre homem e mulher.<sup>43</sup>

O matrimônio exige a fidelidade recíproca e a vida em comum, como deveres de ambos os cônjuges.<sup>44</sup> É monogâmico, pois não podem contrair casamento válido as pessoas casadas.<sup>45</sup> E caracteriza o adultério como uma forma de impossibilidade da comunhão de vida.<sup>46</sup>

O casamento é civil, mas, ao mesmo tempo, o casamento religioso se equipara ao civil e produzirá os mesmos efeitos, desde que cumpra as exigências da lei para sua validade, e anotado no registro próprio.<sup>47</sup> Fica evidenciada na codificação vigente a natureza mista do

---

<sup>38</sup> Cf. Novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, que substitui o antigo Código de 1916.

<sup>39</sup> SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. In: O Novo Código Civil: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1418-9.

<sup>40</sup> Cf. SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. In: O Novo Código Civil: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1.424.

<sup>41</sup> Cf. Art. 1.511 do Código Civil.

<sup>42</sup> Cf. Art. 1.514 do Código Civil.

<sup>43</sup> Cf. SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. In: O Novo Código Civil: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II, p. 1.427.

<sup>44</sup> Cf. Art. 1.566 do Código Civil.

<sup>45</sup> Cf. Art. 1.521, inc. VI, do Código Civil.

<sup>46</sup> Cf. Art. 1.573 do Código Civil.

<sup>47</sup> Cf. Arts. 1.512 e 1.515.

matrimônio, também reconhecida pela Igreja Católica e outras religiões. O homem é um ser que tem ou pode ter crenças religiosas, que por sua própria índole abarcam todos os aspectos de sua vida, incluídos o matrimônio e a família, mas também é pessoa ante o Estado, no qual determinados vínculos religiosos têm efeitos na sociedade temporal segundo a lei. Neste sentido, a codificação canônica deixa os efeitos econômicos e patrimoniais do matrimônio para ser regulado na norma civil.<sup>48</sup>

Podemos afirmar que a atual legislação continua, de acordo com os estudos feitos, a tradição herdada do Direito Romano, aperfeiçoada pela Igreja Católica, e seguida pelos modernos códigos das nações latinas, e em particular o de Portugal. Tradição que em suas linhas gerais recolhe o Código de 1916.

### **3.6.2 Inovações das posteriores reformas codiciais**

Consideraremos, em homenagem à brevidade, como as inovações das posteriores reformas codiciais se apresentam no Código de 2002. O novo diploma civil admite a dissolução do vínculo por causa do divórcio – à diferença do casamento concebido como indissolúvel –, e a denominada união estável.

a) A lei prevê a separação judicial, a pedido de qualquer dos cônjuges, por motivos graves, por ruptura da vida em comum por mais de um ano, e quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento e após dois anos que tenha sido reconhecida de continuidade improvável. Por mútuo consentimento a separação judicial poderá pedir-se se forem casados por mais de um ano.<sup>49</sup> Decorrido um ano da separação judicial qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio; pode-se pedi-lo no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.<sup>50</sup>

b) O Título III do Livro IV do corpo legal que estamos comentando trata da união estável.<sup>51</sup> É reconhecida como entidade familiar; deve dar-se entre homem e mulher, ser pública, contínua e duradoura,

<sup>48</sup> Cf. Cânones 1.134 e seguintes, do Código de Direito Canônico.

<sup>49</sup> Cf. Arts. 1.572 e 1.574 do Código Civil

<sup>50</sup> Cf. Art. 1.580 do Código Civil.

<sup>51</sup> Seus antecedentes são a Lei 8.971/94, que falava de “companheirismo” e não de “convivência duradoura” entre homem e mulher, e requeria a união comprovada por mais de cinco anos ou se dela tivesse filhos; e a Lei 9.278/96, que não impunha o prazo dos cinco anos, e mencionava que deveria ser duradoura, pública e contínua, entre homem e mulher, com objetivo de constituir família.

e ter por objetivo constituir família.<sup>52</sup> Não poderá constituir-se no caso dos impedimentos previstos para o casamento, não se aplicando o inciso VI, ou seja, a pessoa casada pode constituir a união estável, estando separada judicialmente ou de fato.<sup>53</sup> A união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz, e assento no registro civil.<sup>54</sup> Enquanto aos deveres recíprocos são os inerentes ao matrimônio, excluindo a obrigatoriedade da coabitação, ou seja, da vida em comum no mesmo domicílio conjugal.<sup>55</sup>

### **3.6.3 Breve análise da atual legislação brasileira em relação ao matrimônio e à família**

Analisando a legislação brasileira, podemos concluir que o conceito de entidade familiar configura-se como uma comunhão plena de vida, entre um homem e uma mulher, em igualdade de direitos e obrigações, com alguma estabilidade, seja por meio do casamento ou da união estável. Não há dúvida de que tenha sido intenção do legislador procurar alguma estabilidade, pois ela parece ser-lhe indispensável a esse instituto para garantir a comunhão plena de vida e a educação dos filhos.

Sem embargo, por meio das diferentes reformas, pode-se advertir que a proteção jurídica dessa estabilidade tem minguado, e hoje fica sujeita à livre vontade das partes com mais facilidade que os contratos civis e comerciais. Está faltando ainda um sério estudo interdisciplinar, de juristas, médicos, psicólogos, educadores e pais de família, que analise em todos seus aspectos os benefícios obtidos e os danos ocasionados pelas reformas legislativas, a realidade afetiva dos vínculos familiares, e em particular aos menores, a quem a Constituição Federal protege de maneira tão especial.

Finalmente, não nos escapa que mais recentemente uma jurisprudência, que alguns admitem como vinculante, admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, se bem não se pode dizer que tais decisões integram o corpo legislativo, nem tem, do ponto de vista democrático, a mesma força jurídica e moral que as leis sancionadas por aqueles que têm o mandato do povo.

Com efeito, Ives Gandra da Silva Martins assinalou que “a Suprema Corte outorgou-se o direito de substituir o Congresso Nacional e a Constituinte”; e “criou norma constitucional inexistente sem o

---

<sup>52</sup> Cf. art. 1.723 do Código Civil.

<sup>53</sup> Cf. Art. 1.723, inc. I, do Código Civil.

<sup>54</sup> Cf. Art. 1.726 do Código Civil.

<sup>55</sup> Cf. Art. 1.726 do Código Civil.

processo das duas votações nas duas Casas com 3/5 de todos os segmentos do povo”. “Ainda em outros termos” – continua o ilustre jurista – “o Congresso Nacional eleito por 130 milhões de brasileiros e com poder de alterar a Constituição pelo voto de 3/5 de sua composição, em dois escrutínios, foi substituído por um colegiado de 11 pessoas eleitas por um homem só!”

Em sentido análogo se pronunciou o Prof. Lenio Streck:<sup>56</sup> “Isso é espaço para discussão do legislador, como se fez na Espanha e em Portugal. Lá, esse assunto foi discutido pelo Parlamento. O Judiciário, nesse ponto, não pode substituir o legislador”. Também, “inúmeros juristas têm tecido considerações de natureza jurídico-constitucional discordando de tal interpretação”.<sup>57</sup>

Fica claro, pois, que a questão da união de pessoas do mesmo gênero, e a própria ideologia de gênero, é algo que se encontra saudavelmente em debate em nossa sociedade; e o debate sempre é saudável e permite adequadamente a participação cidadã na formação da lei. Talvez um plebiscito permitisse dar a esse debate a qualidade e a amplitude que merece, e dessa forma se conhecer o pensamento do povo brasileiro.<sup>58</sup>

O mesmo autor supracitado também é de opinião de que “o Estado pode garantir direitos e obrigações. Pode dar-lhe status de uma união civil, de obrigações mútuas, mas não de família, aquela que constitui a base da sociedade capaz de gerar sua perpetuação”.<sup>59</sup> Contudo, argumenta que o “respeito à dignidade humana e a liberdade de união dos pares de homens e homens ou mulheres e mulheres é que não justifica que se considere que tais uniões sejam iguais àquelas constituídas por um homem e uma mulher”<sup>60</sup> e conclui afirmando que “são diferentes, jurídica e faticamente, sem que esta diferença represente qualquer ‘capitis diminutio’ na dignidade dos seres humanos, que optaram por uma união entre iguais”.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> Entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, publicada em 6 de maio de 2011; citada pelo Prof. Ives Gandra no referido artigo.

<sup>57</sup> Cf. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>58</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

<sup>59</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

<sup>60</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015..

<sup>61</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em:

## 4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS

### 4.1 Síntese dos conceitos de matrimônio nas grandes religiões

Como se pode observar, em síntese, em todos os antigos povos, culturas e religiões, admitiam-se como práticas mais frequentes:

1 - matrimônio heterossexual;

2 - tendência à monogamia, admitindo com certa frequência a poligamia e, mesmo neste último, a escolha de uma esposa com certa primazia em relação às outras, mormente para estabelecer a linha sucessória principal;

3 - tendência à estabilidade do vínculo, mesmo admitindo a dissolução em alguns casos, exceção feita da Igreja Católica.

Estas três tendências principais são de algum modo admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo no que diz respeito à estabilidade, pois ao legislar a respeito da união de fato, denomina-a de união estável.

### 4.2 A liberdade religiosa: uma primeira resposta para evitar eventuais “colisões de princípios jurídicos e princípios religiosos”

Como se pode facilmente perceber, há pontos de convergência e divergência entre as concepções de matrimônio e família do Estado e da Igreja.

Entretanto, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso VI, estabelece: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Daí se depreende que:

1 - É assegurada pelo Estado a liberdade de culto, de crença e de organização religiosa.

---

<<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

2 – Cabe ao Estado proteger os locais de culto e suas liturgias, ou seja, tutelar a organização interna e os atos de culto de cada instituição religiosa.

Portanto, há um princípio básico constitucional do nosso ordenamento jurídico que garante a todas as religiões a liberdade de crença, de consciência e de culto. No caso concreto da Igreja Católica, devido à sua singular situação jurídica internacional,<sup>62</sup> em nosso país – como em muitos outros –, há Concordatas entre o Estado e a Sé Apostólica ou Santa Sé.

No caso do Brasil, originado ademais pela longa tradição de relações com a Igreja Católica, sendo também a religião majoritária, o Governo brasileiro promulgou um Acordo com a Santa Sé, no qual reafirma a separação da Igreja e do Estado, estabelecendo os critérios de mútua relação entre as partes, respeitada a Soberania Jurídica das Altas Partes, isto é, a Santa Sé ou a Igreja Católica, Apostólica, Romana, baseando-se nos Documentos do Concílio Vaticano II e no Código de Direito Canônico, e a República Federativa do Brasil, no seu ordenamento jurídico.<sup>63</sup>

Ora, uma eventual intromissão do Estado em princípios religiosos faria com que ele deixasse de ser laico e passasse a ser um Estado religioso. Por outro lado, a Igreja não poderia proibir a existência – ainda que não consonante com sua doutrina –, de certos princípios laicos emanados pelo Estado. Entretanto, sem correr o risco de ferir os princípios da dignidade humana, a Igreja pode ter uma palavra a dizer ou ensinar, não uma verdade a impor.

### **4.3 Conflito se dá entre o direito natural e o direito positivo: uma tentativa de explicação para as eventuais colisões**

O cânon 22 do Código de Direito Canônico, nas normas gerais, estabelece um importante instrumento de diálogo entre a legislação civil a legislação eclesiástica:

As leis civis para que remete o direito da Igreja, observem-se no direito canônico com os mesmos efeitos desde que não sejam contrárias ao direito divino e a não ser que outra coisa se determine no direito canônico.

---

<sup>62</sup> A autoridade suprema da Igreja Católica, a Santa Sé, tem personalidade pública de Direito Internacional.

<sup>63</sup> Este Acordo foi promulgado e é Constitucional, Decreto Legislativo n. 698/2009 c/c Decreto n. 7.107/2010.

Há o inegável respeito e um formal reconhecimento das normas civis, de modo especial ressaltando a expressão utilizada: “os mesmos efeitos”. Por outro lado, a afirmação seguinte poderia dar margem a um eventual conflito de competências: “desde que não sejam contrárias ao direito divino e a não ser que outra coisa se determine no direito canônico”.

Em alguns casos, costuma a Santa Sé, como veremos, dirimir uma eventual dificuldade por meio de Acordos e Concordatas. Contudo, o meio ordinário é o Estado que, por meio de sua legislação, confirma a independência de competências, a liberdade religiosa e o respeito à dignidade humana.

### **4.3.1 O direito natural e o direito positivo**

Uma leitura ainda que superficial dos princípios que regem as normas religiosas e aquelas do Estado faz ressaltar que a eventual colisão, não somente possível, mas muitas vezes sempre presente entre o ordenamento jurídico civil e os princípios religiosos, encontra sua origem e a sua explicação na independência muitas vezes preconizada pelos teóricos do Direito Civil positivo, daqueles princípios do direito natural e da lei natural.

Para Tomás de Aquino há uma só lei, a lei eterna: a parte revelada é a lei divina; a outra, que fica esculpida na consciência dos seres racionais, é o direito natural. Abaixo delas, a lei positiva, que é aquela convertida em norma pelos homens e que não pode contrariar nem a lei natural, nem a lei divina, ou seja, a lei positiva seria uma transcrição, para entendimento dos homens, da lei eterna. Por isso o Doutor Angélico sustentava a possibilidade da resistência à lei iníqua, isto é, quando a lei positiva contrariar a lei natural, não deve ser obedecida.<sup>64</sup>

Em recente artigo, Nalini recorda o princípio de que o “Estado de Direito é o Estado sob a lei”, sendo ademais “o parâmetro de comportamento da sociedade civilizada”. Contudo, o mesmo autor lamenta que a “a lei contemporânea foi perdendo a sua sacralidade”, seja porque ficou abundante, seja porque se afastou “daquele ideal de ser relação necessária extraída da natureza das coisas”.

Ora, esta afirmação, sem nenhum detrimento da força da lei positiva, nada mais é do que o reconhecimento de uma das fontes primárias e mais evidentes de toda e qualquer legislação: o direito natural.

---

<sup>64</sup> Cf. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae* I-II, q. 94, a. 2. O mesmo conceito se encontra em II Sent., 42, 1, 4 ad 3.

Assim, depois de recordar um princípio clássico de que “todo direito positivo humano contém a natureza do direito na medida em que se origina do Direito Natural”, e que “se em algum ponto ele entrar em conflito com a lei da natureza, não será mais direito, e sim uma perversão do direito”, conclui o autor:

Não é difícil encontrar na República do Brasil de hoje algumas leis que entram em conflito com a lei da natureza.

Lei da natureza que é, obviamente, superior a qualquer outra. Parece refluir a ideia de que há limites jurídicos no direito em si e que os legisladores são legalmente vinculados ao direito supremo. O que aconteceu em relação à lei? Começou-se a duvidar da existência de princípios morais objetivos. [...] Vive-se a República da Hermenêutica, pois as interpretações são todas possíveis, desde que fundamentadas. Escolhe-se jurisprudência *à la carte* nos Tribunais brasileiros. E a lei, embora sempre citada, é um símbolo cada vez mais fluido, ambíguo e impreciso. Acabou-se o fetiche da lei.<sup>65</sup>

## **5 ESTADO E IGREJA SÃO DETENTORES DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS ORIGINÁRIOS E AUTÔNOMOS *IN ORDINE SUO***

A Igreja e o Estado são sociedades perfeitas não porque dentro delas tudo é perfeito; quer dizer, uma sociedade é perfeita, quando tem todos os elementos que uma sociedade deve ter. Uma e outra são sociedades soberanas. Nada é Estado sem ser soberano.

A expressão “Sociedade Jurídica Perfeita” já não se costuma utilizar com frequência atualmente. O Concílio Vaticano II emprega o termo “sociedade”, em geral, para referir-se à sociedade civil e à sociedade humana. Ao se referir à Igreja o faz enquanto sociedade hierarquicamente organizada. Apesar disso, a expressão “Sociedade Perfeita” se encontra nos documentos do Magistério. Preferimos utilizar, a expressão “Ordenamento Jurídico originário e autônomo” para evitar riscos de entender a complexa realidade da Igreja, evitando assim unilateralismos.

### **5.1 O Estado é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo***

O homem é sociável pela própria constituição de seu ser, é algo instintivo e, por isso mesmo, para atingir sua perfeição pessoal,

---

<sup>65</sup> NALINI, José Renato. A lei, ora, a lei!. Disponível em: <<http://www.cotiatododia.com.br/a-lei-ora-a-lei/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

necessita ele de viver em sociedade, coadjuvado por outros que lhe permitam viver em paz, com abundância de bens.<sup>66</sup>

Segue-se que toda associação de homens, isto é, uma sociedade, pela própria natureza, exige um direito que, por sua vez, reclama uma organização jurídica, uma instituição, em suma, um Estado. E por Estado poderíamos adotar uma definição direta: “uma união estável de indivíduos e famílias, num determinado território, sob a mesma autoridade soberana, para a consecução de seus fins, ou seja, o bem comum”.<sup>67</sup>

Desta acepção podemos destacar os elementos essenciais para a constituição do Estado:<sup>68</sup>

– Povo e território: para a constituição de um Estado exige-se uma certa população sedentária, estável, com uma solidariedade biológica ou de afinidades<sup>69</sup> que convivam num determinado espaço físico, onde desenvolve sua existência. Em outras palavras, trata-se de uma população que abrange determinado espaço geográfico.

Considerando isso, delinea-se uma diferença fundamental entre a Igreja e o Estado, pois este se vincula a um território, enquanto aquela a uma corporação pessoal.

– *Soberania*: a convivência de vários indivíduos dentro de um mesmo território reclama, por sua vez, uma autoridade; a qual, para ser soberana, deve preencher alguns requisitos: no aspecto externo, uma independência com relação às outras sociedades; e no aspecto interno, uma institucionalização que exclua poderes pessoais incompatíveis com a organização estatal. Caso contrário, seria impossível unificar o poder.

Contudo, tal soberania possui alguns aspectos principais também:

---

<sup>66</sup> SUÁREZ; De Legibus, Livro III, Cap. 12, n. 8.

<sup>67</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 44.

<sup>68</sup> Cf. LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 44-48.

<sup>69</sup> Na constituição de um Estado não se exige absolutamente uma integridade e uniformidade racial ou cultural. Basta tomar o Estado brasileiro como exemplo.

- o *poder impessoal*, o Estado não se fundamenta em um personalismo, mas em uma instituição;

- *poder limitado*, respeitando as margens assinaladas pela própria constituição.

- *bem comum social*: a realização do bem comum social é condição indispensável para a constituição de um Estado, pois, não sendo este apenas pura forma, mas uma instituição que visa a consecução de um determinado fim, deve ter como escopo o bem daqueles que se dignaram consentir na existência de uma soberania. E também neste ponto difere o Estado da Igreja, pois esta tem como finalidade um bem mais amplo que é o bem comum sobrenatural, o qual marca os contornos da finalidade do próprio Estado.

O Estado, então, possui uma soberania ao mesmo tempo plena e limitada, soberana e restrita. É também o equilíbrio entre um liberalismo absoluto e um voluntarismo totalitário. A sua missão, pois, consiste não em fazer, nem tampouco deixar fazer, mas sim ajudar a fazer, dentro dos próprios limites e do fim próprio.

E precisamente dentro desta autonomia acompanhada de limitações surge um ponto de harmonia do Estado com a Igreja, sendo também esta uma sociedade soberana e limitada, pois tudo o que pertence ao bem público temporal está, pela própria condição, fora do domínio direto da Igreja e, do mesmo modo, tudo o que se relaciona com o bem comum sobrenatural está fora do domínio do Estado, embora ambas as jurisdições devam auxiliar-se mutuamente para o progresso completo da sociedade.<sup>70</sup>

## **5.2 A Igreja é uma sociedade com ordenamento jurídico originário e autônomo *in ordine suo***

Em sua existência bimilenar a Igreja sempre proclamou seu caráter de sociedade autônoma, isto é, independente do poder estatal. Deste modo, buscou-se um ordenamento jurídico mais adequado à sua identidade, dando-lhe suficiente coerência interna e efetiva independência com relação às influências externas.

Essa autonomia e capacidade de autogoverno são prerrogativas consideradas essenciais à natureza da Igreja. O que poderia ser delineado nos tópicos a seguir:

---

<sup>70</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 58.

a) A Igreja é uma sociedade fundada diretamente por Deus e, por isso mesmo, goza de um direito próprio, um ordenamento jurídico originário que não deriva do direito de nenhuma outra sociedade ou transmissão do Estado. É uma sociedade independente.

b) Ela é, por sua vez, autossuficiente, basta-se a si mesma para coordenar as atividades de seus membros e atingir seu fim próprio: o bem comum sobrenatural e a santificação de seus fiéis.

c) Possui uma plenitude de jurisdição *in ordine suo*, ou seja, significa que no seu âmbito tem a Igreja um poder pleno e independente.

d) Desta maneira, a Igreja, bem como o Estado, é considerada uma sociedade jurídica perfeita, isto é, que possui um fim completo e supremo na sua própria ordem, que coordena soberanamente as ações de seus membros, e que dispõe de todos os meios para alcançar seu fim. Definição essa que não pode ser aplicada, por exemplo, às associações mercantis, partidos políticos, famílias, etc.

Por certo há de se considerar vantajosa essa definição, que põe em analogia o Estado e a Igreja; o que durante séculos foi adotado nos tratados de Direito Público Eclesiástico, bem como em diversos documentos pontifícios. Foi um método adequado para distinguir duas sociedades ao mesmo tempo equiparáveis e distintas, comparáveis no que tange à sua plenitude de poder e distintas quanto à natureza.

Contudo, a vantagem está ao passo de tornar-se perigosa se originar uma espécie de “estatificação” da Igreja, ou procurar estruturá-la como se fosse um “Estado mais espiritual”<sup>71</sup> com as mesmas características do Estado, e considerar de modo hipertrofiado o poder jurisdicional.

A Igreja, então, apesar de ser uma sociedade visível, externa, e jurídica, é eminentemente espiritual, sem excluir os primeiros aspectos. A qualificação como sociedade jurídica perfeita vem muito a propósito para explicar um dos aspectos da Igreja, mas não abarca todo o alcance de sua identidade que, convenhamos, por ser sobretudo espiritual, ultrapassa os limites materiais e técnicos.

---

<sup>71</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 32.

## **6 A SINGULAR SITUAÇÃO JURÍDICA DA IGREJA CATÓLICA**

### **6.1 É uma religião**

#### **6.1.1 A Igreja como sociedade e como povo de Deus**

A Igreja é chamada pelo Apóstolo o Corpo místico do Deus encarnado, em comparação com o corpo natural do homem (Cf. Ef 1, 23). Ele é a cabeça, Ela o corpo; Ele o motor e o influxo, Ela a realizadora do bem; Ele o princípio da perfeição, Ela, embora perfeita na doutrina, caminha para a perfeição dos membros; Ele o governo e a autoridade, Ela protegida e ordenada; Ele o inigualável Fundador, Ela a magnífica fundação; Ele o escolhido das nações, Ela a sociedade dos homens eleitos, o Povo de Deus; Ele Deus e homem, Ela humana e divina, analogia perfeita do mistério da Encarnação.

Considerada como Povo de Deus, é uma sociedade cujos membros, unidos não mais pelos vínculos de parentesco ou nacionalidade, gozam da liberdade e dignidade de filhos de Deus, têm um fim comum que é o Reino dos Céus, e como lei o mandamento novo de amar uns aos outros como o próprio Cristo nos amou.<sup>72</sup> E embora sejam de natureza essencialmente espiritual os vínculos sociais do Povo de Deus, ou seja, uma comunhão de afeto, entre irmãos (Cf. LG, 9), “deve ser também entendida como uma realidade orgânica, que requer uma forma jurídica”, ao mesmo tempo que é animada pela caridade. Por isso, o direito que deve regular e estruturar as relações desta sociedade é *sui generis*, o Direito Eclesiástico, isto é, a dimensão de justiça existente no mistério de salvação que é a Igreja; direito esse que, por muitas vezes se expressa em cânones, sendo também chamado de Direito Canônico.

#### **6.1.2 A personalidade jurídica internacional da Igreja Católica**

Conforme o que até o presente momento se explanou, e deixando de lado as várias escolas que tratam do assunto, cada um desses Sujeitos – Estado e Igreja – goza de subjetividade própria, cuja ação se poderia chamar de político-religiosa; e a figura que confere unidade nesta complexa e orgânica estrutura da Igreja é o Romano Pontífice, o Papa: Chefe Religioso e Chefe de Estado.

Na prática, isso pode ser objeto de conflito, mas a Igreja, ao longo de sua história bimilenar, tem delineado no seu ordenamento jurídico o próprio campo de ação em cada nível.

<sup>72</sup> Cf. Constituição Dogmática: *Lumen Gentium*, n. 9, 21 nov 1964. AAS LVII (1965), p. 6-71. (Doravante simplesmente LG n.)

Como bem recorda Marcus Vinicius Brito de Macedo,<sup>73</sup> está baseada no cumprimento e no exercício dos deveres e funções de um sujeito de Direito Internacional, sendo os mais clássicos:

- *Ius legationis* - Direito de legação ativa e passiva. A Santa Sé mantém atualmente relações diplomáticas com 180 nações e, no caso do Brasil, já celebrou 180 anos.

- *Ius tractatum* - São convenções internacionais bilaterais e multilaterais.<sup>74</sup> Segundo a obra “Concordatos Vigentes”, que faz uma compilação mais específica no segundo milênio (desde 1098), somam-se cerca de 370.<sup>75</sup> Dentro do *Ius tractatum* temos as convenções internacionais, que se definem como tendo vários sujeitos de Direito Internacional.

- *Ius foedorum* - São intervenções dirigidas para solucionar pacificamente os conflitos internacionais, como bem recorda Brito de Macedo, que subdivide em “Bons ofícios” e “Medições ou Arbitragens”.<sup>76</sup> Assim, como o *Ius Tractatum* e o *Ius legationis*, a Santa Sé exerceu habitualmente este direito - de *ius foedorum* -, mesmo com a perda dos Estados Pontifícios, com a invasão garibaldina.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 38-49.

<sup>74</sup> Com o Brasil, foram celebrados dois Acordos desde o Pacto de Latrão: Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil sobre a assistência religiosa às Forças Armadas (23 de outubro de 1989) e o Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil (11 de fevereiro de 2010).

<sup>75</sup> Cf. SALVADOR, C.C. Y.; MARTINEZ, J.G.. Concordatos vigente. Madrid, 1981, v. I e II. Ressaltamos o Acordo entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil (11 de fevereiro de 2010); todavia, um número considerável de Concordatas e Acordos foram feitos desde 1929. Para alguns exemplos mais expressivos entre Acordos e Concordatas acessar: <[http://www.vaticana.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/index\\_concordati-accordi\\_po.htm](http://www.vaticana.va/roman_curia/secretariat_state/index_concordati-accordi_po.htm)>.

<sup>76</sup> BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 43-44.

<sup>77</sup> 1870 - Pio IX oferece seus préstimos para tentar impedir a guerra entre a França e a Alemanha; 1885 - Leão XIII concilia a Alemanha e a Espanha, a propósito da posse das Ilhas Carolinas; 1890 - Leão XIII intervém no conflito entre a Inglaterra e Portugal a respeito do Congo; 1891 - Portugal e Congo aquiescem com a mediação de Leão XIII, caso não pudessem, por si próprios, resolver o litígio de fronteiras; 1893 - O núncio apostólico em Lima se faz mediador num litígio que surge entre o Peru e o Equador; 1893-94 - O núncio apostólico em Paris intervém como mediador num conflito entre a França e a Espanha, relativamente a tarifas alfandegárias; 1894 - O governo da Venezuela pede a Leão XIII sua intervenção num conflito com a Grã-Bretanha; 1895 - Leão XIII aceita ser árbitro num conflito entre o Haiti e a República de São Domingos por razões de fronteiras; 1898 - Leão XIII é mediador no conflito entre a Espanha e os Estados Unidos da América; 1898-99 - A Rússia czarista convida o papa Leão XIII a participar a primeira conferência de Haia (infelizmente, neste caso, o governo italiano vetou a atuação da Igreja; 1905 - A Colômbia e o Peru, não podendo chegar a um acordo sobre questões de interesse bilateral, anuem com a arbitragem da Santa Sé; 1909-10 - Monsenhor Tontie e monsenhor Bavona presidem tribunais destinados a estabelecer a cota das indenizações devidas a cidadãos do Brasil, da Bolívia e do Peru; 1917 - Bento XV envia uma nota de paz aos

## 6.2 A sede principal fica numa Cidade-Estado

A Cidade-Estado do Vaticano é um Estado independente, com população própria e com uma forma de governo análoga a uma monarquia eletiva, sem divisão de poderes, pois o Romano Pontífice detém os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas na prática com divisão de funções exercidas por meio dos órgãos competentes. Tem um governo civil, um Governador nomeado pelo Papa, com tribunal próprio, conforme o documento “*Le sollicitudini crescenti*”, do papa João Paulo II.<sup>78</sup> A Cidade-Estado coopera de modo conexo com o Romano Pontífice, em seu ofício a nível internacional, sobretudo quando se faz necessária uma soberania de tipo territorial.

Junto às Nações Unidas – ONU –, a Santa Sé, para não ferir os princípios da universalidade de sua Missão, fica à margem, como membro observador, muito embora tivesse pleno direito de ser Estado-Membro, como recorda a sua identidade utilizada neste organismo internacional: Santa Sé (Estado do Vaticano).

### 6.2.1 Breve histórico dos Estados Pontifícios – Do Edito de Milão (Séc. IV) à Unificação Italiana (Séc. XIX)

No ano de 313, os imperadores Constantino e Licínio promulgaram o famoso Edito de Milão, com o qual era garantida à Igreja Católica a plena liberdade religiosa.

Anos mais tarde, tal edito fora ainda definitivamente consagrado quando o Imperador Teodósio I, o Grande, proclamou o Cristianismo como religião oficial do Império, pela constituição *Cunctos populos* (380),<sup>79</sup> permitindo à Igreja um empuxe apostólico sem precedentes, além de permitir-lhe evoluir e dar grandes passos em suas instituições e organização.

Já em 568, os lombardos haviam invadido o Norte da Itália. Contudo, não lograram conquistar Ravena e a Pentápole, pertencentes ao

---

Estados beligerantes quando da primeira guerra mundial; 1920 – O Haiti e São Domingos concordam em requerer a mediação e a arbitragem do papa Bento XV para solucionar o conflito de fronteiras entre os dois países; 1939-1945 – Pio XII, mais de uma vez, levanta a voz para pedir paz e tentar, assim, evitar a guerra iminente; 1978-79 – A Argentina e o Chile recorrem à mediação da Santa Sé, em favor da resolução do problema do Canal de Beagle. (Cf. BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. *La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas*. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010, p. 43-44). Entre 2003 e 2004, João Paulo II pede que americanos deixem de bombardear o Iraque e, em 2006, Bento XVI pede cessar-fogo entre Israel e Líbano. Mais recentemente, em 2014, Francisco promove restabelecimento nas relações diplomáticas entre Estados Unidos e Cuba.

<sup>78</sup> JOÃO PAULO II. *Le sollicitudini crescenti*. AAS, n. 76, p. 495-496, 1984, p. 495-496.

<sup>79</sup> ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996, p. 45.

Império Romano do Oriente. Com o crescimento das invasões bárbaras e do caos, os romanos – sem apoio do Império Romano do Oriente<sup>80</sup> – voltaram-se naturalmente para os papas, que passaram a organizar a defesa, e foram se tornando aos poucos os chefes naturais ou efetivos, se bem que ainda não oficiais.<sup>81</sup>

Em 752, Astolfo, rei lombardo, invade estas cidades e ameaça Roma. O Papa Estêvão II, sem socorros por parte do Imperador do Oriente, decide voltar-se para os francos, cujo chefe era Pepino, o Breve. O Papa se apresenta a Pepino, acompanhado por seu clero, levando cinzas e cilício, para conjurar ao rei que libertasse a Santa Sé e Roma da ameaça dos lombardos.<sup>82</sup>

Pepino promete ao Papa e a seus sucessores que, caso ele conquistasse aos lombardos o Latium, a Emília, a Romagna, a Marca, a Toscana e uma boa parte da Campanha (portanto, praticamente 1/3 da Itália) ele entregaria todos esses territórios à Santa Sé.<sup>83</sup> Com isso, contava o rei colocar o Papa e Roma ao abrigo das constantes invasões lombardas.<sup>84</sup>

Note-se que, na promessa de Pepino, o Breve, ao Papa Estêvão II, o rei franco promete restituir ao Papa os territórios conquistados aos lombardos e não ao Imperador do Império Romano do Oriente, mesmo se parte desses territórios pertenceu outrora ao Império do Oriente (Exarcado de Ravena e a Pentápolis). Aos legados do Imperador Constantino Coprônimo, que ofereceram preciosos presentes em troca da restituição dos territórios conquistados aos lombardos, respondeu Pepino: “Os francos derramaram o seu sangue não pelos gregos, mas

---

<sup>80</sup> Até mesmo, por volta de 732, o governo bizantino havia criado o Ducado de Roma (submisso ao Império Romano do Oriente), e confiado ao Papa o governo legítimo. Cf. RUGGERI, Fausto et al. *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006, p. 155.

<sup>81</sup> Cf. BOULENGER. *Histoire Abrégée de L'Église*. Strasbourg: Expéditions Pamphiliennes, 2012.

<sup>82</sup> Cf. CHANTREL J.. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale (VIIIème siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII, p. 131-132.

<sup>83</sup> Esta promessa que Pepino deitara por escrito, com o documento *Promissio Carisiaca*, é considerada como sendo a ata de fundação dos Estados Pontifícios, que perdurariam por 11 séculos, até 1870. (Cf. ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996, p. 88).

<sup>84</sup> Em 1840, fora encontrado numa biblioteca, por um paleógrafo italiano, Carlo Troya, um manuscrito autêntico do pacto: “Pacto de aliança concluído com o Papa Estêvão, pelo Rei Pepino, em Carisiacum (Quierzy-sur-Oise) com o consentimento de todos os Abades, Duques e Condes Francos. Se o Senhor nosso Deus nos tornar vitoriosos contra a nação e o reino dos Lombardos, nós concederemos a vós, Bem-aventurado Pedro, príncipe dos Apóstolos e aos Papas vossos Vigários, para todo o sempre [...]”. Cf. GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008, p. 149.

por São Pedro e pela salvação das almas; não há tesouro no mundo capaz de me fazer faltar à minha palavra”.<sup>85</sup>

Mais tarde – durante o pontificado de Adriano I (772-795) – o rei dos francos, Carlos Magno, acorrerá a Roma para, uma vez mais, proteger o Papa de uma invasão lombarda, e confirmará a doação que seu pai, Pepino o Breve, fizera à Santa Sé. Carlos ordena a seu capelão que componha uma ata de doação ao Pontífice. Será uma doação ainda mais acrescida e considerável do que a que fizera seu pai. Com esta dádiva Carlos assegurava “para sempre” à Santa Sé o Exarcado de Ravena, a ilha da Córsega, as Províncias de Mântua, Parma, Veneza e da Ístria, com os Ducados de Espoleto e do Benevento. No documento, Carlos coloca suas iniciais (seu monograma), e pede a todos os Bispos, Abades e Condes que o acompanhavam que também o assinem; após isso, ele deposita a ata sobre o altar de São Pedro, em seguida no túmulo do primeiro Papa, e jura, com todos os chefes francos, de conservar para a Santa Sé estes territórios que eram restituídos ao Papa.<sup>86</sup>

Com este acordo, mais da terça parte da Itália passaria a constituir o *Patrimonium Petri*. Três exemplares da ata de doação foram compostos: dois são deixados no túmulo de São Pedro, e o terceiro é levado para a França, com o rei. A partir deste momento, a chancelaria pontifícia deixou de datar os documentos segundo os anos do Imperador de Constantinopla.<sup>87</sup>

Com o tempo, o Império procurou imiscuir-se no domínio espiritual, a tal ponto que o Imperador do Sacro Império Romano Alemão, Othon I, prescreveu (963) que nenhum Papa pudesse ser eleito se não fosse confirmado pelo próprio Imperador... Desvencilhando-se da tutela imperial, o Monge Hildebrando (futuro Papa Gregório VII, 1073-1085), conselheiro do Papa Nicolau II, consegue independentizar a Igreja, regulamentando<sup>88</sup> a eleição pontifícia, que é doravante reservada unicamente aos cardeais, que teriam de se reunir a sós (1059). Tais medidas suscitarão um dos mais graves conflitos nas relações entre a Igreja e o Império, o qual se refletirá largamente pela Idade Média.

Com a ida do Papa e da Corte Pontifícia para a cidade de Avignon (1305-1378) outros territórios serão agregados à Santa Sé: a cidade de Avignon e o Condado do Venaissin. Estes territórios integrarão os Estados Pontifícios até a Revolução Francesa, que os reincorporará à

---

<sup>85</sup> Cf. ROMAG, Dagoberto. *Compêndio da História da Igreja: a Idade Média*. Petrópolis: Vozes, 1940, v. II, p. 44.

<sup>86</sup> Cf. CHANTREL J. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale (VIIIème siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII, p. 168-169.

<sup>87</sup> Cf. PAREDE, Javier; BARRIO, Maximiliano; RAMOS-LISSÓN, Domingo; SUÁREZ, Luis. *Diccionario de los Papas y Concilios*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 103.

<sup>88</sup> Decreto *In Nomine Domini*, do Papa Nicolau II.

França, a qual, sob o comando do então General Bonaparte, ocupará ainda outras partes dos Estados Pontifícios na península italiana.

Assim mesmo, estes Estados conhecerão certa prosperidade, de tal forma que pelo século XV eles constituirão um dos mais vastos estados da Itália, e do ponto de vista econômico eram considerados autossuficientes.

No século XIX, durante a Unificação Italiana, os Estados Pontifícios serão definitivamente perdidos pela Santa Sé (1870), e anexados ao Reino da Itália.

### **6.2.1.1 A criação da Cidade-Estado do Vaticano com o Tratado de Latrão (1929)**

Desde o Tratado de Latrão<sup>89</sup> (11/02/1929), a Igreja goza de um reconhecimento internacional nesse diminuto território: a Cidade-Estado do Vaticano, o qual assegura à Santa Sé uma absoluta e visível soberania e independência, inclusive no domínio internacional.

Trata-se de uma superfície de aproximadamente 40 hectares, e povoado por umas 900 almas. O Estado do Vaticano situa-se dentro da superfície urbana de Roma (com exceção de Castelgandolfo). Sua língua oficial é o latim e o italiano, tem por divisa monetária o Euro, e sua economia se baseia mormente em atividades turísticas, entre outras. Em estreita relação com o país que a rodeia por todos os lados (Itália), possui sua própria estação ferroviária, sua bandeira, serviços postais e telegráficos, serviços bancários, estação de rádio e de televisão, seu próprio corpo de exército (Guarda Suíça e Gendarmeria Pontificia) e seus tribunais.<sup>90</sup>

Em suma, assim como o exprimiu o Papa Pio XI, em sua alocução *Il nostro più cordiale* aos párocos e pregadores, acerca do território da Cidade-Estado do Vaticano, no mesmo dia em que firmou o Tratado de Latrão: “São Francisco de Assis dizia não querer senão a porção de carne suficiente para reter a alma; Nós, também, apenas quisemos a porção de território suficiente para conter Nossa Soberania”.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Assinado pelo Secretário de Estado Gasparri e Benito Mussolini – após as comoções do século XIX – este Tratado estatuiu essencialmente que “A Santa Sé reconhece o Reino da Itália, sob a dinastia da Casa de Saboia, tendo Roma por capital do Estado Italiano. Por sua parte, a Itália reconhece o Estado da Cidade do Vaticano sob a soberania do Pontífice Romano”. Este novo estado que nascia foi aos poucos reconhecido pelas potências internacionais. (Cf. GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008, p. 437).

<sup>90</sup> RUGGERI, Fausto et al. *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006, p. 156-165.

<sup>91</sup> *In terzo luogo volevamo mostrare in un modo perentorio che nessuna cupidità terrena muove il Vicario di Gesù Cristo, ma soltanto la coscienza di ciò che non è possibile non chiedere; perché una qualche sovranità territoriale è condizione universalmente riconosciuta*

Considerado para efeitos morais, o Tratado de Latrão foi de enorme vantagem. Assim, todas as nações contemporâneas passam a reconhecer a soberania do território Vaticano, de direito público internacional, com a mesma clareza que a das mais poderosas nações.

### **6.3 A suprema autoridade da Igreja é a Santa Sé - personalidade pública de Direito Internacional**

A história da criação dos Estados Pontifícios, hoje Cidade-Estado do Vaticano, quase se confunde com a própria história da Santa Sé ou Sé Apostólica. Entretanto, são coisas distintas.

A Cidade-Estado do Vaticano é um território, enquanto a Santa Sé ou Sé Apostólica é um ente, também com personalidade jurídica de Direito Público internacional.

Ora, dentro do Território Estado do Vaticano, a Santa Sé, constituída pelo Papa, conhecido também como Romano Pontífice, e pela Cúria Romana, com os seus variados organismos,<sup>92</sup> é pessoa jurídica de Direito Público Internacional, com capacidade ativa e passiva para receber embaixadores, sendo que os seus são conhecidos como Núncios Apostólicos. Acresce que o Papa retorna, depois da unificação italiana, a ter um território (Cidade-Estado do Vaticano), onde exerce em sua liberdade e inteira autonomia a administração dos negócios da Igreja. Conclusão, perdido o território, não perderia, como nunca perdeu, este caráter de personalidade jurídica de Direito Público Internacional.

Enquanto ente com personalidade jurídica de Direito Público Internacional, a Santa Sé, além da legação passiva e ativa, tem capacidade para celebrar acordos e concordatas, como de fato tem feito ao longo de toda a sua história, além de conhecidas mediações e arbitragens.

---

indispensabile ad ogni vera sovranità giurisdizionale: dunque almeno quel tanto di territorio che basti come supporto della sovranità stessa; quel tanto di territorio, senza del quale questa non potrebbe sussistere, perché non avrebbe dove poggiare. Ci pare insomma di vedere le cose al punto in cui erano in San Francesco benedetto: quel tanto di corpo che bastava per tenersi unita l'anima. Così per altri Santi: il corpo ridotto al puro necessario per servire all'anima e per continuare la vita umana, e colla vita l'azione benefica. Sarà chiaro, speriamo, a tutti, che il Sommo Pontefice proprio non ha se non quel tanto di territorio materiale che è indispensabile per l'esercizio di un potere spirituale affidato ad uomini in beneficio di uomini; non esitiamo a dire che Ci compiaciamo che le cose stiano così; Ci compiaciamo di vedere il materiale terreno ridotto a così minimi termini da potersi e doversi anche esso considerare spiritualizzato dall'immensa, sublime e veramente divina spiritualità che esso è destinato a sorreggere ed a servire. (Cf. PIO XI. Alocação: Il nostro più cordiale. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf\\_p-xi\\_spe\\_19290211\\_piu-cordiale.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf_p-xi_spe_19290211_piu-cordiale.html)>. Acesso em: 10 set. 2015).

<sup>92</sup> Cf. C. 351 do CIC/83.

### **6.3.1 A Santa Sé antes da Unificação Italiana, quando havia os Estados Pontifícios**

Antes de 1870, comenta Bruno Esposito, era fora de discussão ser a Santa Sé sujeito da Comunidade Internacional e ser o Papa Chefe de Estado, o Soberano dos Estados Pontifícios. O Congresso de Viena, em 1815, estabelece inclusive a precedência diplomática, fazendo com que os Núncios<sup>93</sup> sejam os Decanos do Corpo Diplomático.<sup>94</sup>

Nessa época, era fácil distinguir as duas funções do Papa:

- 1 – Chefe Supremo da Igreja Católica, que é a função espiritual;
- 2 – Soberano dos Estados Pontifícios, que era a função temporal.

Alguns autores consideravam que o sujeito de Direito Público internacional era o Estado Pontifício, cujo soberano era o Papa.<sup>95</sup>

### **6.3.2 A Santa Sé no período de transição, depois da Unificação Italiana**

É ainda Bruno Esposito quem comenta que, apesar de não possuir os Estados Pontifícios, uma vez que foram anexados ao Reino da Itália, a Santa Sé continuava sem dúvida com presença e influência no ordenamento internacional, muito embora tivesse perdido os seus territórios.<sup>96</sup>

Há uma divisão entre os autores no que diz respeito ao *status* da Santa Sé, depois que perdeu os Estados Pontifícios:

a) Há quem diga que o Papa permaneceu Chefe da Igreja Católica, mas, não tendo mais um território, não seria mais Chefe de Estado e, portanto, não poderia ter relações com outros Chefes de Estado.<sup>97</sup>

b) Há outros que admitem uma situação intermediária, pois partem do princípio de que a Igreja mantém a personalidade jurídica

<sup>93</sup> Os Embaixadores da Santa Sé são chamados de Núncios Apostólicos.

<sup>94</sup> ESPOSITO, Bruno. Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-esegetico al can. 3 del CIC/83. Revista Angelicum, n.83, p. 410-411, 2006..

<sup>95</sup> Cf. ANZILOTTI, Dionisio. Corso di diritto internazionale. Padova: Cedam, 1928, v. I, p. 129.

<sup>96</sup> Cf. ESPOSITO, Bruno. Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-esegetico al can. 3 del CIC/83. Revista Angelicum, n.83, p. 411, 2006.

<sup>97</sup> Cf. V. ARANGIO-RUIZ, V.. Sulla personalità internazionale della Santa Sede. Rivista di Diritto Pubbico, n. 1, 117-142, 1925.

internacional, tendo ou não territórios. De fato, a Igreja manteve a legação diplomática com os Estados, passiva e ativa.<sup>98</sup> Com efeito, antes do Tratado de Latrão de 1929, vigorava a Legge delle Guarentigie, de 13 de maio de 1871, com o recém-formado Reino da Itália, com 20 artigos, garantindo a inviolabilidade da pessoa do Romano Pontífice, conferindo-lhe as honras de soberano, de um Chefe de Estado estrangeiro, e penalizando, em caso de atentado, com as mesmas penas impostas àqueles que atentassem contra a pessoa do Rei da Itália.<sup>99</sup>

c) Uma corrente próxima da anterior afirma que conservou a personalidade jurídica, tanto mais que preservou um pequeno território, a città Leonina.<sup>100</sup>

### **6.3.3 A Santa Sé, a partir do Tratado de Latrão (1929)**

No dia 7 de junho de 1929, com a criação da Cidade Estado do Vaticano, termina a querela jurídica internacional, conhecida como “Questão Romana”.

A partir de então, temos quatro sujeitos com subjetividade jurídica internacional e atributos próprios:

a) A Igreja Católica – Religião fundada por Jesus Cristo, tendo como fundamento Pedro e os Apóstolos, sendo seus sucessores o Papa e o Colégio Universal dos Bispos;

b) A Santa Sé – O c. 361 assim a define: “Com o nome de Sé Apostólica ou Santa Sé designam-se neste Código não só o Romano Pontífice, mas ainda, a não ser que por natureza das coisas ou do contexto outra coisa se deduza, a Secretaria de Estado, o Conselho para os Negócios Públicos da Igreja, e os demais Organismos da Cúria Romana”. Este é um ente de Personalidade de Direito Público Internacional, com capacidade ativa e passiva de legação diplomática.

c) O Romano Pontífice, o Papa, enquanto Suprema autoridade da Igreja, tem os seus atributos e finalidade regulados pelo Direito Canônico. Exerce sua autoridade direta sobre cada um dos membros da Igreja, que são os batizados. Governa a Igreja em comunhão com o Colégio Universal dos Bispos, tendo a Cúria Romana como estrutura mais direta deste governo espiritual, sendo os seus colaboradores mais próximos o Colégio Cardinalício.

<sup>98</sup> Cf. ANZILOTTI, Dionisio. Corso di diritto internazionale. Padova: Cedam, 1928, v. I, p. 127-136.

<sup>99</sup> Ver: <[http://www.academia.edu/1741159/1871\\_Legge\\_delle\\_Guarentigie](http://www.academia.edu/1741159/1871_Legge_delle_Guarentigie)>

<sup>100</sup> Cf. LINGUA, G. La posizione giuridica e l'apporto della Santa Sede nelle Conferenze di Codificazione del Diritto Diplomatico. Roma: Diss. P.U.L., 1992, p. 19.

Enquanto Soberano da Cidade Estado do Vaticano é Chefe de Estado.

d) A Cidade-Estado do Vaticano – Pequeno Estado, onde o Papa reside e desde onde exerce sua soberania, conforme comentado acima.

## **7 RELAÇÃO DO DIREITO CANÔNICO COM O DIREITO CIVIL EM MATÉRIA DE DIREITO MATRIMONIAL**

### **7.1 Como a Igreja, no seu ordenamento jurídico, costuma tratar os casos conflitantes com o direito civil nas causas matrimoniais**

a) A Igreja determina que não sejam assistidos sem licença do Ordinário do lugar, exceto *casu necessitatis*, matrimônios que não possam ser reconhecidos ou celebrados civilmente (c. 1071, 2º), bem como daqueles que tenham obrigações naturais originárias de união precedente (c. 1071, 3º);

b) Casamento do menor, quando não tem o conhecimento ou é contra a vontade razoável dos pais (c. 1071, 6º), mesmo estabelecendo a idade núbio para os homens em 16 anos e, para as mulheres, em 14 anos (c. 1083, § 1);

c) Há também a recomendação de afastar por meio de admoestações aos jovens de contrair o matrimônio antes da idade costumeira de cada região (c. 1072).

### **7.2 Casos em que a Igreja “canoniza” ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais**

1 – Nos casos de promessas de matrimônio ou esponsais, são regidos pelas normas da Conferência Episcopal, tendo em conta aos costumes e leis civis. (c. 1062 § 1);

2 – Não podem contrair validamente o matrimônio aqueles que estejam ligados entre si por vínculos de parentesco legal surgido por vias de adoção, em linha direta e em segundo grau colateral (c. 1094), e à adoção, a Igreja remete ao direito civil (c. 110);

3 – Para os casos de matrimônio por procuração, pode ser feito por meio de documento autêntico, de acordo com o direito civil (c. 1105 § 2);

4 – Em casos de adultério não compensado, é lícita a separação, temporária ou não. Esta separação pode ser feita por meio de recurso interposto junto à autoridade civil, ou seja, o divórcio civil, sem a

dissolução vincular. Bem entendido, que o Código incentiva com empenho ao perdão do adúltero, presumindo inclusive este perdão, continuada a convivência durante seis meses sem haver recorrido à autoridade eclesiástica ou civil (c. 1152 § 2);

5 - A autoridade eclesiástica competente pode conceder, em casos especiais, sendo provável que as partes queiram perseverar na vida conjugal, por meio de decreto, a sanação radical – *sanatio in radice* –, a casamentos entre batizados, ou entre um batizado e outro não batizado, em que se tenha dado validamente o consentimento somente segundo a forma civil, desde que o consentimento continue e não haja nenhum impedimento do direito natural ou divino, segundo as normas canônicas (cc. 1161, 1163).

## **8 O ACORDO BRASIL SANTA SÉ: DECISIVO INSTRUMENTO PARA DIRIMIR EVENTUAIS “COLISÕES DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS”**

Este Acordo foi promulgado e é Constitucional, conforme Decreto Legislativo n. 698/2009 c/c Decreto n. 7.107/2010.

Assim, no artigo 2º, determina-se: “República Federativa do Brasil, com fundamento no direito de liberdade religiosa, reconhece à Igreja Católica o direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo o exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico brasileiro”.

Ora, reconhecer o direito de desempenhar a sua missão apostólica e garantir o exercício público das atividades da Igreja Católica significa obviamente garantir e respeitar sua disciplina interna, que se baseia fundamentalmente no Código de Direito Canônico, e também em outras leis eclesiásticas – recorde-se o artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal. Há, portanto, um mútuo respeito entre as Altas Partes, com relação aos respectivos ordenamentos jurídicos.

Como foi dito, o ordenamento jurídico da Igreja Católica se encontra estruturado fundamentalmente no Código de Direito Canônico (CDC), promulgado em 1983, em que se determinam os direitos e deveres tanto das autoridades eclesiásticas como dos fiéis católicos; e sua organização e disciplina interna. O CDC se divide segundo as matérias em Livros, Partes e Seções, e cada Artigo se denomina “Cânon”.

## **8.1 Exemplos da mútua relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento canônico**

– A Igreja remete em algumas matérias às leis civis (c. 22): *v.g.*, constituição dos tutores e os seus poderes (c. 98 § 2); adoções (c. 110); prescrições (c. 197); esponsais, ou promessas de matrimônio (c. 1062 § 1); administração de bens (c. 1284 § 2, 3); contratos (1290); composição e arbítrio, para evitar contendas jurídicas (cc. 1714, 1716, § 1).

– Por outro lado, o Estado brasileiro reconhece as leis canônicas em diversos casos, como o valor civil do matrimônio religioso (artigo 12º do Acordo). Reconhece, outrossim, a homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, nos termos da legislação sobre homologação de sentenças estrangeiras (artigo 12º do Acordo, § 1º). Em relação ao Serviço Militar obrigatório, estabelece-se isenção para eclesiásticos, ficando sujeitos a “outros encargos que a lei lhes atribuir” (artigo 143º da Constituição Federal).

O mesmo Acordo, ao reafirmar a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as suas instituições eclesiásticas, em seu artigo 3º enumera entre elas a Diocese, ordinariamente registrada nos Cartórios como Mitra Diocesana, governada pelo Bispo, segundo o Direito Canônico, com tribunal judicial próprio.

## **8.2 Algumas conclusões práticas desse Acordo**

### **8.2.1 A respeito da autoridade na Igreja**

Neste sentido deve-se considerar que a Igreja, em geral, e a Diocese, em particular, têm suas autoridades próprias, com faculdade de ditar leis, aplicá-las, guardar a disciplina interna, assim como ter seus próprios tribunais. Julgam sobre as demandas das pessoas físicas e jurídicas, sobre os delitos e as penas correspondentes; e têm recursos administrativos ante o superior hierárquico, em controvérsias provenientes dos atos de autoridade (c. 1400).

As Dioceses têm seu território próprio, onde o Bispo exerce sua autoridade, e a elas estão submetidos os batizados que residem e têm domicílio nesse território (cc. 369; 372, § 1; 375; 381, § 1).

Pertencem à Igreja Católica os batizados nela; pelo batismo são constituídas pessoas, com seus direitos e deveres (c. 96), que estão submetidas às leis e autoridades referidas anteriormente (c. 11), e são também chamadas de fiéis (c. 204).

## 8.2.2 Aspectos codiciais do Acordo relacionados com o matrimônio

O Acordo reafirma, em seu artigo 12, aquilo que é constitucionalmente definido quanto aos efeitos civis do matrimônio religioso, desde que cumpridos os requisitos legais:

O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Portanto, não há nenhuma novidade, uma vez que o Código Civil brasileiro já previa estes efeitos, nos seus artigos 1.515 e 1.516, em conformidade com o § 2º do 226 artigo da Constituição Federal, que diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” [...]; “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Comentando o artigo 226, Ives Gandra chega à conclusão que “sem família, não há Estado e, por esta razão, o Estado deve dar especial proteção à família”.<sup>101</sup>

### 8.2.2.1 Um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil

Por outro lado, há uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro: as sentenças de nulidade podem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário brasileiro, na forma de sentenças estrangeiras:

§ 1º. A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

Se era verdade que o casamento religioso gozava de efeitos civis, a Constituição o garantia, como visto acima. Entretanto, quando um católico tinha o seu matrimônio decretado nulo por um tribunal eclesiástico competente, fazia-se necessário recorrer ao divórcio para obter o cancelamento do registro do matrimônio civil. Agora, isto não é mais estritamente necessário.

---

<sup>101</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Família é aquela que perpetua sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Por meio desta novidade, o Estado brasileiro reconhece a atividade judiciária interna da Igreja Católica, sem em nada ferir o princípio de laicidade do Estado.

Mendes, Coelho e Branco comentam a este respeito:

[...] não há embaraço, ao contrário, parecem bem vindas, como ocorre em tantos outros países, iniciativas como a celebração de concordatas com a Santa Sé, para a fixação de termos de relacionamento entre tal Pessoa de Direito Internacional e o País, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de proporcionar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de 'promover o bem de todos'(art 3º, IV, da Constituição Federal).<sup>102</sup>

A homologação de sentenças estrangeiras é de competência do Superior Tribunal de Justiça, segundo artigo 105 da Constituição Federal.

Assim, determina o artigo 5º da Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 5º - Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado e julgado;

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Obviamente não há necessidade de tradução, pois as sentenças serão promulgadas por tribunais eclesiásticos da Igreja no Brasil, cuja língua é o português.

A seguir, no mesmo texto da resolução, encontramos o seguinte texto: "Art. 6º - Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública."

A Suprema Corte não considerou ofensa à soberania ou à ordem pública a declaração de nulidade decretada pelo Tribunal Eclesiástico competente e, o primeiro precedente logo se verificou, com a

---

<sup>102</sup> MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 409.

homologação feita pelo Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça”.<sup>103</sup>

Temos neste artigo e na conseqüente homologação, um perfeito exemplo de maturidade jurídica da Justiça no Brasil, ademais de um magnífico exemplo de respeito na mútua relação entre as partes, ou seja, a Igreja e a Sociedade Civil.

Sem entrar no trâmite interno, muito menos nos dispositivos que regem os processos canônicos, a homologação é feita levando-se em conta os requisitos objetivos indispensáveis da Resolução n. 9, do STJ.

## 9 CONCLUSÃO

O Matrimônio é uma realidade complexa, que pode ser abordada do ponto de vista antropológico, sociológico, político, jurídico, psicológico e religioso.

Tomás de Aquino, com a síntese que o caracteriza, conclui:

*Matrimonium, in quantum est sacramentum, statuitur iure divino; in quantum est officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est officium communitatis, statuitur iure civile.*<sup>104</sup>

Portanto, desde que sejam respeitadas as legítimas autonomias das esferas, não há razão para colisão ou conflitos.

Em socorro desta afirmação vem o princípio constitucional da liberdade religiosa. Com efeito, comenta Nalini:

A laicidade da República não significa ateísmo. Apenas não há uma religião oficial. Todas são permitidas. Até incentivadas, porque é lícito celebrar acordos, convênios e tratados com organizações religiosas quando se cuida de implementar políticas públicas.<sup>105</sup>

O perigo está quando o homem ou as instituições resolvem se fazer como medida de todas as coisas, estabelecendo aquilo que se pode chamar de ditadura do relativismo.

---

<sup>103</sup> Ver: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-19/stj-homologa-anulacao-casamento-religioso-decretada-vaticano>>.

<sup>104</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*. Liber IV, Distin. 34, q.1, a.1, ad.4.

<sup>105</sup> NALINI, José Renato. vv Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/03/28/a-cruz-e-inextinguivel/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Neste sentido, é muito relevante o papel do IBDFAM nesta quadra histórica, bem definida pelo Ministro Fachin como tendo sombras e luzes.<sup>106</sup> Com efeito, sendo esse o Instituto de Direito da Família de maior relevância no Estado brasileiro, composto por juristas e formadores de opinião, é mister fazerem valer o estado de direito e a primazia das liberdades garantidas pelas leis, o respeito à dignidade humana, além do diálogo e da mútua relação e cooperação sadias que deve existir entre a sociedade e a religião, uma vez que o homem é a encruzilhada das esferas civil e religiosa: é homem cidadão e homem religioso, ainda que seja ateu...

## 10 REFERÊNCIAS

ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1928, v. I.

ARANGIO-RUIZ, V.. Sulla personalità internazionale della Santa Sede. *Rivista di Diritto Pubblico*, n. 1, 117-142, 1925.

AUGUSTINUS. De Genesi ad literam. *Patrologia Latina*, n. 34.

BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *Acordo Brasil-Santa Sé: comentado*. São Paulo: LTR, 2012.

BOULENGER. *Histoire Abrégée de L'Église*. Strasbourg: Expéditions Pamphiliennes, 2012.

BRITO DE MACEDO, Marcus Vinicius. *La diplomacia pontificia como servicio petrino y su participación en la Organización de las Naciones Unidas*. Città del Vaticano: Librerie Editrice Vaticana, 2010.

CHANTREL J.. *Histoire Populaire des Papes: Saint Léon III et la Royauté Pontificale (VIIIème siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1863, v. VII.

CHANTREL J.. *Histoire populaire des papes: Les Papes et le Protestantisme (XVI siècle)*. 2. ed. Paris: C. Dillet, 1865, v. XVIII.

CHANTREL J.. *Histoire populaire des papes: Saint Pie V et Sixte-Quint*. Paris: C. Dillet, 1862, v. XIX.

CONCÍLIO VATICANO II. Constituição Dogmática: Lumen Gentium, (21 nov 1964). AAS LVII, p. 6-71, 1965.

---

<sup>106</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. Apresentação do X Congresso de Direito da Família. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. In: CONSTANTIN, C. *Dictionnaire de Théologie Catholique*. Paris: Letouzey et Ané, 1911, v. III.

COULANGES, Fustel de. *La Cité antique*. Paris: Hachette, v. II.

CRUZ, Juan. *Metafísica de la familia*. Pamplona: EUNSA – Universidad de Navarra Pamplona, 1995.

ESPOSITO, Bruno. *Il rapporto del Codice di diritto canonico latino con il diritto internazionale: Commento sistematico-exegetico al can. 3 del CIC/83*. *Revista Angelicum*, n.83, 397-449, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. *A Família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.121-130.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Apresentação do X Congresso de Direito da Família*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/congresso/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

FLÓREZ, Gonzalo. *Matrimonio y familia*. Madrid: BAC, 1995.

FRANCISCO. *Mitis et misericors Iesus* (15 de agosto de 2015). Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-et-misericors-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html)>. Acesso em: 12 set. 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GORBY, Ivan. *Dictionnaire des Papes*. Paris: Pygmalion, 2008.

GRONOWICZ, Gilda. *O Guet judaico e o divórcio: harmonização*. Disponível em: <<http://gronowiczfancioadv.com.br/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

HEGEL Friedrich. Princípios de la filosofía del derecho. In: ROSENFELD, Denis Lerrer. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

JOÃO PAULO II. *Le sollecitudini crescenti*. AAS, n. 76, p. 495-496, 1984.

LINGUA, G.. *La posizione giuridica e l'apporto della Santa Sede nelle Conferenze di Codificação del Diritto Diplomatico*. Roma: Diss. P.U.L., 1992.

LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. Barueri: Manole, 2007, v. 3.

MARX; ENGELS. *Der Ehescheidungs gesetzentwurf, Werke*. Berlin, 1956, v. I.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967.

NALINI, José Renato. *A cruz é inextinguível*. Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/03/28/a-cruz-e-inextinguivel/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

NALINI, José Renato. *A família brasileira do século XXI*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n.1, jan./mar. 2000.

NALINI, José Renato. *A lei, ora, a lei!*. Disponível em: <<http://www.cotiatododia.com.br/a-lei-ora-a-lei/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORLANDIS, José. *El Pontificado Romano en la Historia*. Madrid: Palabra, 1996.

PAREDE, Javier; BARRIO, Maximiliano; RAMOS-LISSÓN, Domingo; SUÁREZ, Luis. *Diccionario de los Papas y Concilios*. Barcelona: Ariel, 1998.

PEARLMAN, M. *Manual do ministro*. São Paulo: Vida, 2005.

PIO XI. *Alocução: Il nostro più cordiale*. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf\\_p-xi\\_spe\\_19290211\\_piu-cordiale.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf_p-xi_spe_19290211_piu-cordiale.html)>. Acesso em: 10 set. 2015.

ROMAG, Dagoberto. *Compêndio da História da Igreja: a Idade Média*. Petrópolis: Vozes, 1940, v. II.

RUGGERI, Fausto et al. *Il Grande Dizionario dei Papi*. Milano: Federico Motta, 2006.

SALVADOR, C.C. Y.; MARTINEZ, J.G.. *Concordatos vigente*. Madrid, 1981, v. I e II.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SUARES, Sônia B. Brandão. O Novo Estatuto Familiar: novidades e repetições. In: *O Novo Código Civil: comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. II.

SUÁREZ. *De Legibus*. Livro III.

TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*.

TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*. Liber IV.



# ENCAMINHAMENTO CONSENSUAL ADEQUADO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO REGIME DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Fernanda Tartuce*

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 Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Presidente do Conselho do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Mediadora e autora de obras jurídicas.

**Sumário:** 1. Objeto deste artigo. 2. Foco na solução consensual e suspensão do processo. 3. Obrigatoriedade da sessão inicial de autocomposição? 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1 OBJETO DESTES ARTIGO

Este artigo apresenta destaques sobre algumas regras previstas no Novo Código de Processo Civil<sup>1</sup> sobre demandas familiares.

A seção prevista no Novo Código trata das ações de família entre os artigos 693 e 699; embora não sejam muitos os dispositivos, sua interpretação pode ensejar significativo impacto no trâmite das lides familiares.

Serão abordadas nesse artigo algumas situações ligadas à tentativa de encaminhamento consensual nos litígios familiares, com destaque para a discutida obrigatoriedade da designação de sessão inicial de autocomposição. A tônica da abordagem é considerar a adequação do encaminhamento consensual em lides familiares atentando para sua pertinência em cada caso.

---

<sup>1</sup> O tema foi abordado com maior detalhamento no Capítulo 19 (intitulado Processos judiciais e administrativos em direito de família) do Tratado das Famílias (PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015).

## 2 FOCO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL E SUSPENSÃO DO PROCESSO

Entre os dispositivos voltados aos litígios familiares, a primeira diretriz voltada ao consenso aparece no art. 694 do Novo CPC, segundo a qual “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”.

A previsão é salutar, em certa medida, por ser essencial disponibilizar elementos para que os membros da família possam reforçar tal instituição de modo que ela mesma supra suas necessidades sem precisar delegar a solução de suas crises a terceiros.<sup>2</sup>

Vale destacar, porém, que o “empreendimento de esforços” deve-se verificar sem coerção para que as partes aceitem participar das sessões consensuais.<sup>3</sup> Além de a autonomia da vontade ser um princípio essencial da mediação e da conciliação, há regra expressa no Código<sup>4</sup> vedando iniciativas ensejadoras de constrangimento ou intimidação para que as partes se componham.

A interdisciplinaridade dos meios consensuais está reconhecida no dispositivo, segundo o qual o juiz deve dispor “do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. Aqui, o Código aponta para a mediação ou conciliação *judicial*, que acontece de forma organizada e promovida pelo Poder Judiciário, sendo a forma mais comum pela qual os meios consensuais têm-se verificado no país.

O parágrafo único do art. 694 dispõe que, *a requerimento das partes*, o processo poderá ser suspenso enquanto as partes se submetem à mediação *extrajudicial*, reconhecendo a importância do desenvolvimento de tal atividade também fora do controle do Poder Judiciário.

A suspensão também é possível quando as partes se submeterem a “atendimento multidisciplinar”. A expressão foi utilizada anteriormente na Lei Maria da Penha; segundo seu art. 29, a equipe multidisciplinar é integrada por profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> O tema é muito bem desenvolvido por Águida Arruda Barbosa – especialmente na obra *Mediação familiar interdisciplinar* (São Paulo: Atlas, 2015).

<sup>3</sup> O estímulo aos meios consensuais foi desenvolvido com maior detalhamento em outra oportunidade: TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em: <[www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora)>. Acesso em: 13 mar. 2015.

<sup>4</sup> Art. 165, §2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

<sup>5</sup> Compete a tal equipe, segundo o art. 30 da Lei n. 11.340, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver

O atendimento multidisciplinar é orientado a casos que demandam acompanhamento psicossocial e até médico, como os que envolvem patologias sociais (violência doméstica, maus-tratos, etc.) ou ligadas à saúde (como problemas psiquiátricos).

A prática da suspensão do processo para que as partes negociem ou se valham de outras tentativas para composição do conflito é corrente na prática forense, bastando pedido conjunto.<sup>6</sup>

Embora haja prazo máximo estipulado para a pausa,<sup>7</sup> o lapso deve atender critérios de razoabilidade, o que pode significar um tempo um pouco mais dilatado, em se tratando de mediação (já que o tempo das partes pode variar) e, especialmente, de atendimento multidisciplinar.

Como exposto, a lei processual ressalta a *possibilidade* de suspensão do processo enquanto houver mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar.

A Lei de Mediação, por seu turno, sinaliza ser imperiosa a suspensão: havendo processo em curso, as partes poderão submeter-se à mediação e requererão ao juiz a suspensão do feito por prazo suficiente para a solução consensual do litígio (Lei n. 13.140/2015, art. 16). Após dispor ser irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes, a lei afirma que a suspensão não obsta o deferimento de medidas urgentes pelo juiz (Lei n. 13.140/2015, art. 16, §§ 1º e 2º).<sup>8</sup>

Reconhecendo que a construção de uma resposta consensual não é fácil nem imediatamente obtida – especialmente quando o conflito envolve o debate sobre sensíveis situações familiares –, o art. 696 do Novo CPC prevê que a audiência de mediação ou conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (sem prejuízo da adoção de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito).

A previsão é coerente com outras regras do ordenamento (Novo CPC, art. 334, § 2º; Lei n. 13.140/2015, art. 28); como a dinâmica consensual demanda a abordagem cuidadosa dos interesses das partes, é importante haver tempo para reflexões e gerações de encaminhamentos produtivos.

---

trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

<sup>6</sup> As partes podem pedir a suspensão do feito, convencionalmente (CPC/73, art. 265, II; Novo CPC, art. 313, II e § 4º).

<sup>7</sup> O Novo CPC, no art. 313, § 4º, dispõe que o prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 6 (seis) meses na hipótese de convenção das partes.

<sup>8</sup> TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. 1.001 dicas sobre o Novo CPC. São Paulo: Foco, 2015, p. 119.

Ao ponto, vale lembrar que a mediação geralmente é desenvolvida em mais de uma sessão porque costumam ser abordados diversos pontos controvertidos do histórico dos envolvidos; já a conciliação geralmente conta com apenas um ou dois encontros porque a relação é episódica, sendo a disputa trabalhada sob uma vertente mais pontual.<sup>9</sup>

Imaginemos um caso em que, na audiência inicial, a tentativa restou infrutífera em termos de acordo, mas tenha havido um proveitoso início de restauração da comunicação. Ao final da sessão, o mediador pergunta se as partes desejam mais um encontro, afirmando que a designação de nova data poderá ser interessante para que as tratativas possam progredir.

Espera-se que as pessoas estejam prontas para ser protagonistas de seus destinos e consigam reconhecer a valiosa oportunidade de construção conjunta viabilizada pela mediação. Para tanto, será importante que se permitam participar de ulteriores sessões, sendo primordial que seus advogados contribuam em seu convencimento destacando as vantagens da solução consensual especialmente em relação a fatores como tempo, satisfação e cumprimento espontâneo dos pactos.

### **3 OBRIGATORIEDADE DA SESSÃO INICIAL DE AUTOCOMPOSIÇÃO?**

Segundo o art. 695 do Novo CPC, “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”.

A previsão, graças à expressão “se for o caso”, permite duas interpretações. Pela primeira, após receber a petição inicial (e, se o caso, deferir uma medida liminar), o juiz ordenará a realização da sessão consensual para a qual o réu será citado. Por um segundo olhar, após apreciar a petição inicial e deferir a medida liminar, o juiz determinará, se for o caso, a realização de sessão consensual.

Ambas as interpretações são possíveis, embora apenas a primeira venha predominando em manifestações doutrinárias. Esse olhar coloca grande peso sobre a necessidade de realização da sessão consensual, que é tida como essencialmente obrigatória nos litígios familiares.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, a nova lei processual institui a obrigatoriedade da sessão consensual tanto no procedimento

---

<sup>9</sup> TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art. 165. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa (Org). Breves comentários ao Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 525.

específico das ações de família quanto no procedimento comum.<sup>10</sup> A diferença estaria no fato de que, no procedimento comum, seria possível a dispensa da audiência desde que as duas partes tivessem se manifestado previamente e por escrito quanto à sua não realização.<sup>11</sup> No procedimento especial para as ações de família, por outro lado, nem sequer haveria essa possibilidade.<sup>12</sup>

A segunda interpretação, por outro lado, flexibiliza a necessidade de realização de sessões consensuais. Ela é importante por respeitar a autonomia das partes – princípio basilar na autocomposição – e viabilizar o filtro adequado de causas, iniciativa que deve nortear a adoção da mediação e da conciliação.

A expressão “se for o caso”, presente no art. 695 do Novo CPC, coaduna-se com outro dispositivo do Código: segundo o art. 3º, §2º, “o Estado promoverá, *sempre que possível*, a solução consensual dos conflitos”.

Pode-se entender ainda que a expressão “se for o caso” remete diretamente às exceções à realização da audiência de mediação presentes no art. 334, §4º, que são: (i) manifestação expressa de ambas as partes quanto ao desinteresse na composição consensual; e (ii) inadmissão de autocomposição.

Apenas “será o caso” de determinar a realização de audiência de mediação ou conciliação nas demandas de família quando não incidirem essas duas exceções.

A primeira delas se refere à oposição de ambas as partes à realização da audiência inicial. É importante considerar a intenção das partes com vistas a preservar a voluntariedade na adoção do método consensual, diretriz ligada à autonomia das partes na escolha de tal meio. É preciso verificar a manifestação das partes também para evitar a prática de um ato processual sem a menor potencialidade de composição – ocorrência que redundaria em dilação do tempo para solução do conflito.

---

<sup>10</sup> Cf. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

<sup>11</sup> Cf. Art. 334. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

<sup>12</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no Novo Código de Processo. In: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada. Salvador, Juspodivm, 2015, v. 4, p. 475.

Note-se, ainda, que o dispositivo parece sinalizar que a audiência será realizada quando apenas uma das partes discorde. Questiona-se se a sessão consensual realizada nessa situação também não seria inútil, visto que uma das partes já se manifestou previamente indisposta à autocomposição.

O legislador, em uma visão otimista, sinaliza entender que a autocomposição pressupõe um fluxo bilateral de comunicação em que as partes se influenciam reciprocamente; assim, deixa espaço para que a parte interessada na autocomposição possa persuadir a outra a se engajar no método.

Sob outro prisma, para quem leva o princípio da autonomia da vontade realmente a sério, a voluntariedade precisa ser objeto de considerável atenção, já que ela se conecta com a disposição das partes em proceder com engajamento nas conversações.<sup>13</sup> Por esta perspectiva a obrigatoriedade não se revela consentânea com a autodeterminação de que são titulares as partes.

Há dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: havendo obrigatoriedade, as partes não têm motivação suficiente para chegar a uma solução negociada, sendo a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada; a partir do momento em que há voluntariedade, as partes acham a mediação atrativa por poderem controlar o procedimento e assumir a responsabilidade pessoal de resolver os próprios problemas.<sup>14</sup>

A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que ela só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho e aderir à mediação do início ao fim do procedimento.<sup>15</sup>

A segunda exceção, que deve ser vista como imperiosa para qualquer sistema que considera a adequada adoção de meios consensuais, é a apreciação de sua impertinência no caso em análise. Evidentemente a expressão “inadmissível autocomposição” configura uma expressão que pode significar tanto a *vedação jurídica* da autocomposição quanto a sua *inadequação* à situação concreta. Ambas as leituras são possíveis.

De um lado, hoje não se apresentam mais vedações jurídicas legais ou doutrinárias para a autocomposição nas ações de família, tendo sido superada a correlação direta entre “direitos indisponíveis”

---

<sup>13</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 188.

<sup>14</sup> LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014 (edição eletrônica – comentário ao art. 4º).

<sup>15</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 294.

e “impossibilidade de autocomposição”, visto que aqueles também têm aspectos que podem ser negociados.<sup>16</sup>

Também se entende superada, pelos mesmos motivos, a interpretação literal do art. 841 do Código Civil, segundo o qual “somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. A interpretação prevalecente é que os instrumentos consensuais não podem ser usados apenas nos casos em que há vedação legal expressa, como na Lei de Improbidade Administrativa.<sup>17</sup>

De outro lado, há situações em que o uso da técnica consensual se revela inadequado. Tal inadequação pode ser explanada e justificada pela parte.

Considere um caso marcado por violência doméstica em que a esposa precisou obter uma medida protetiva contra o marido violento; deve-se, na posterior demanda de divórcio litigioso, designar a realização de uma sessão inicial de autocomposição?

A resposta precisa ser consentânea com as circunstâncias da causa, razão pela qual deve iniciar sua definição a partir da análise da petição inicial.

Segundo o art. 319, VII, do Novo CPC, cabe à parte autora indicar sua opção pela realização, ou não, de audiência de conciliação ou mediação. A expressão do Código foi feliz: a palavra opção sinaliza a importância da vontade, essencial elemento do princípio da autonomia (pilar regente da autocomposição).

Se a parte autora afirma não ter interesse na sessão inicial consensual, explicando que a experiência de ameaças e/ou violências a atemoriza e inviabiliza conversações com liberdade, obviamente tal fato deve ser considerado.

---

<sup>16</sup> A “indisponibilidade” do interesse não se confunde com sua “intransigibilidade” ou “inegociabilidade”. Estas somente existem em casos em que a Lei expressamente veda, como no caso de ação judicial de improbidade administrativa (art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/92). Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta inúmeras situações de direitos tidos como indisponíveis, que são passíveis de autocomposição: os alimentos, que apesar de serem irrenunciáveis, conforme o art. 1.707 do Código Civil, podem ter sua expressão pecuniária e outras características fixadas de forma consensual; os interesses defendidos via ação civil pública que são claramente indisponíveis, mas que podem ser objeto de termo de compromisso quanto à sua forma de proteção; o crédito fiscal que, apesar de aparentar indisponível a princípio, comporta parcelamento, transação e renúncia; o erário público a princípio é indisponível, mas as desapropriações, pagas com dinheiro público, podem ser feitas de forma amigável (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 820, p. 38, fev. 2004).

<sup>17</sup>Lei n. 8.429/91. Art. 17. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Além disso, havendo ainda uma medida protetiva soa óbvio que o próprio Estado determinou o distanciamento entre o casal. Simplesmente revogar a ordem para que haja o comparecimento à audiência não soa adequado; afinal, o temor não passa simplesmente porque um juiz pode estar presente no ato processual. Até chegar ao fórum e ao sair de lá, como assegurar que a mulher estará protegida?

Nos casos em que resta patente a inadequação da sessão consensual para tentativa de autocomposição do conflito, mesmo que o réu não manifeste sua oposição à realização da audiência, esta não deve ser designada. O magistrado deve considerar as afirmações da autora e, com base no artigo 3º, §2º do Novo CPC, reconhecer que não é possível fomentar a solução consensual; nessa hipótese, aplicará a expressão “se for o caso” presente no art. 695 do CPC de forma adequada, identificando que não deve determinar a realização da sessão inicial.

Ao ponto, vale trazer à colação excerto de interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Provocado a reconhecer irregularidade na representação de esposa que não declinou seu endereço nos autos, entendeu o tribunal que tal ausência de exposição “foi devidamente justificada sob a consideração de que a Apelada temia por sua integridade física e psicológica, haja vista já haver sido decretada medida protetiva de urgência em seu favor”.<sup>18</sup>

A decisão é irretocável; afinal, havia uma fundada justificativa de que a esposa pudesse ser perseguida pelo marido. O argumento de já haver medida protetiva, no sentido de que a proteção estatal seja infalível pela pressuposição de que será efetivamente assegurada, infelizmente não se coaduna com a realidade de violência vivenciada por muitas mulheres do país.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável a importância dada pelo CPC/2015 aos meios consensuais, sendo interessante a postura de indicá-los como formas prioritárias de abordagem de conflitos na seara do Direito de Família. O Código também cercou a prática consensual de cuidados, ao prever juntamente a ela o “atendimento multidisciplinar” e ao vedar iniciativas de constrangimento para que as partes se autocomponham.

Alguns aspectos legais merecem, todavia, um olhar cuidadoso.

A interpretação sobre a suposta *obligatoriedade* absoluta do uso da via consensual – que parece ser o mote do art. 695 do Novo Código

---

<sup>18</sup> TJDF; Rec 2012.01.1.039145-9; Ac. 767.419; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Angelo Canducci Passareli; DJDFTE 18.03.2014; p. 166.

ao regular a audiência inicial – no lugar da simples *prioridade* não se coaduna com o princípio mais caro da autocomposição, verdadeiro pilar que a sustenta: a autonomia da vontade.

Por tal motivo, a citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 695 do CPC/2015 deve ser antecedida pela análise ensejada pela expressão “se for o caso” presente no dispositivo.

À luz do que for narrado na petição inicial, o juiz determinará, se for o caso, a realização da sessão consensual para a qual o réu será citado; embora não seja esta a interpretação predominante, sua utilização em prol de um adequado filtro das causas levadas à autocomposição pode contribuir para que esta deixe de angariar resistências por força de sua indevida utilização.

Só será o caso de designar a sessão consensual se esta for possível, nos termos do art. 3º, §2º do CPC/2015. Uma sinalização consistente sobre essa possibilidade consta no próprio Código; a sessão inicial só será pertinente se não estiverem presentes as exceções do art. 334, §4º, que são: (i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e (ii) quando não se admitir a autocomposição.

Assim, se ambas as partes discordam da realização da sessão consensual é o caso de não designá-la; com isso evita-se a prática de um ato processual infrutífero, sem a menor potencialidade de composição, que apenas redundaria em dilação do tempo para solução do conflito. Além disso, a mediação e a conciliação preservam sua imagem de mecanismo interessante de ser acessado, potencialmente, em ulteriores oportunidades.

A hipótese legal do art. 334, II, do CPC/2015 (“quando não se admitir a autocomposição”) deve ser lida como referência (i) a situações em que há impossibilidade jurídica da autocomposição, seja por vedação legal, seja por ser obrigatória a sentença de mérito (como no caso da interdição); (ii) a situações em que a autocomposição é *inadequada*.

Essa leitura permite que em situações como divórcios e dissoluções de união estável que envolvem violência doméstica, mesmo que a parte agressora queira a realização da sessão consensual, a vítima não seja submetida a estar em sua presença.

## 5 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no Novo Código de Processo. In: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada*. Salvador, Juspodivm, 2015, v. 4, p. 469-477.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 820, p. 11-49, fev. 2004 .

TARTUCE, Fernanda. Comentários aos art. 165-175. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa (Org). *Breves comentários ao Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em: <[www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora)>. Acesso em: 13 mar. 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Processos judiciais e administrativos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. *1.001 dicas sobre o Novo CPC*. São Paulo: Foco, 2015.

# DIVÓRCIO E OS MODELOS DE SEPARAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL.  
Diretor Nacional do IBDFAM. Ex-Conselheiro do CNJ.

**Sumário:** 1. A extinção da separação conjugal judicial no direito brasileiro, após a Emenda Constitucional n. 66/2010. 2. Argumentos contra a permanência da separação judicial. 3. A orientação consagrada na doutrina e em nossos tribunais. 4. As alusões no Código de Processo Civil de 2015 à separação. 5. Consequências jurídicas da separação de corpos e da separação de fato. 6. A tentativa de repristinação e a impossibilidade jurídica. 7. Interpretação em conformidade com a Constituição das novas normas processuais.

## 1 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO CONJUGAL JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Em 2010, com a Emenda Constitucional n. 66, foram removidos os últimos obstáculos para realização direta do divórcio judicial ou extrajudicial, no Brasil: as exigências de prévia separação judicial ou prévia separação de fato mínima de dois anos. Essa interpretação, que se tornou dominante, deve orientar a aplicação do CPC de 2015, quando alude à separação.

A mudança constitucional teve por finalidade a extinção definitiva da separação judicial, que se tornara anacrônica, como substituta do desquite ou do anterior divórcio canônico, pois apenas compreensível no modelo de indissolubilidade do matrimônio.

Parte minoritária da doutrina especializada, contudo, passou a sustentar que:

1. A separação judicial permanecera como requisito prévio, porque a Emenda Constitucional n. 66 não revogara expressamente os artigos do Código Civil que a previam (corrente *hard*); ou

2. A separação judicial (ou extrajudicial) permanecera na legislação civil, como opção aos cônjuges, ainda que reconhecendo que não poderia servir de prévio requisito para o divórcio (corrente *ligh*t).

Tanto uma quanto outra corrente são insustentáveis, pois contradizem a legalidade constitucional. A primeira nega qualquer efeito jurídico à emenda constitucional, pois o Código Civil prevaleceria sobre ela. Chegou-se a afirmar que a Constituição de 1988 apresenta normas que são apenas formalmente constitucionais e nada mudou sem que antes se fizesse alteração na lei ordinária. A segunda reduz o alcance da norma constitucional, além de sua inutilidade prática.

Aparentemente, a segunda corrente influenciou o legislador do novo CPC, como se lê no parecer do último relator, no Senado Federal, quando o projeto da lei retornou da Câmara dos Deputados. Contudo, como demonstraremos, não altera a orientação que se tornou dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais, da revogação da separação conjugal pela emenda constitucional, excluindo-se a culpa e outras causas, não podendo a lei ordinária sobrepor-se à Constituição. Tampouco pode afastar a diretriz hermenêutica de que as motivações ou convicções do legislador (*mens legislatoris*) não prevalecem sobre o sentido que se extrai da própria lei, em conformidade com o todo do sistema jurídico (*mens legis*).

## **2 ARGUMENTOS CONTRA A PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

O argumento de que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente, somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.

Historicamente, criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. As circunstâncias mudaram, profundamente, e a sociedade passou a aceitar o divórcio como solução normal para o desaparecimento da afetividade no casal, não mais repercutindo a demonização manejada pelos que o rejeitavam. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. O divórcio direto, amigável ou judicial, dispensando causas, contempla melhor a dignidade das pessoas no delicado momento de suas separações, sem

interferências estatais constrangedoras e constitui a opção preferencial delas, na atualidade.

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

No Direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescrevem. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.

No plano da interpretação teleológica, indaga-se sobre quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Conseqüentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inoquidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a eventual

compensação econômica, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns.

Anote-se, ainda, no plano da inutilidade da preservação da separação judicial, que esta não pode mais ser convertida em divórcio. Não existe mais o divórcio por conversão. Assim, tudo o que fosse objeto de eventual separação convencional teria de ser repetido no pedido do divórcio judicial ou no divórcio extrajudicial. A situação de incompatibilidade agrava-se na hipótese de divórcio judicial litigioso, pois, se neste não há acordo quanto aos itens necessários (modo de exercício da guarda compartilhada, ou do *quantum* dos alimentos, partilha dos bens, sobrenome), que terão de ser decididos pelo juiz, independentemente da existência de separação convencional anterior.

A nova redação da norma constitucional teve a virtude de pôr cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento, sobretudo, da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propiciava.

Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresentava como abandonado e ofendido pelo outro, investigava a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressava na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não poderia a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza.

### **3 A ORIENTAÇÃO CONSAGRADA NA DOCTRINA E EM NOSSOS TRIBUNAIS**

A imensa maioria dos especialistas adotou desde o advento da Emenda Constitucional n. 66, ou progressivamente, a interpretação de sua força revocatória em face das normas legais do Código Civil, que disciplinavam a separação judicial.

Assim é que, reunidos no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 2013, aprovaram o Enunciado Programático de n. 1, de seguinte teor: “A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos”.

Os tribunais de justiça estaduais consagraram fortemente a interpretação da revogação (e extinção) da separação judicial, em virtude de incompatibilidade com a norma constitucional de 2010, rejeitando a fundamentação do divórcio na culpa ou em qualquer outra causa subjetiva ou objetiva.

Exemplifique-se com o TJPR, em decisão de 2015 (Processo n. 1218369-4): “A Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010 (Emenda Constitucional n. 66/2010), que conferiu nova redação ao § 6º, do art. 226, da CF, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a permissão para que qualquer dos cônjuges ingresse com o pedido de divórcio, independentemente da existência de separação de fato ou de prévia separação judicial, suprimindo qualquer discussão acerca da culpa pela ruptura do vínculo matrimonial e, portanto, sendo descabida a pretensão de que um dos consortes seja considerado o causador da ruptura”.

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2014 (REsp 1483841) que: “1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação”. Neste caso, o Tribunal afastou a exigência de audiência de conciliação ou ratificação, em divórcio consensual, como defendemos doutrinariamente. Em outro julgado, mais incisivo, decidiu também em 2014 o STJ (REsp 236619) que “após a Emenda Constitucional n. 66/10 não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal”. Nesse julgado, o Tribunal confirmou a orientação já adotada pelos tribunais estaduais de conversão de ofício da separação judicial em ação de divórcio.

Estava, assim, cada vez mais pacificada a orientação no sentido da extinção da separação judicial, tanto como requisito prévio quanto como alternativa ao divórcio, quando adveio a Lei n. 13.105/2015).

## 4 AS ALUSÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 À SEPARAÇÃO

Não se pode extrair do CPC de 2015, quando alude à “separação”, um conjunto sistemático de normas que autorize afirmar que remete às normas revogadas do Código Civil relativas à separação judicial. O projeto original aprovado no Senado Federal não aludia à separação conjugal, concentrando-se no divórcio. Durante a tramitação na Câmara dos Deputados do projeto do CPC, houve a inserção do termo “separação”, ao lado do divórcio, na tentativa de restaurá-la. Assim ficou, na redação final pelo Senado Federal, cuja tumultuada e confusa sessão correspondente revelou o desconhecimento da matéria pelos senadores votantes, que se convenceram do argumento da autonomia dos cônjuges, ficando a separação como uma opção, que não descaracterizaria o divórcio, afastando as emendas supressivas.

A técnica legislativa é criticável e fomentadora de equívocos, além de ter sido fruto do oportunismo de correntes tradicionalistas, que nunca se conformaram com o modelo irrestrito de divórcio e com a extinção da separação judicial. Como a lei processual não poderia tratar de direito material, optou-se pela inserção do termo “separação”, ao lado das alusões ao divórcio, na expectativa de, assim, intentar-se, de forma inadequada, a restauração da separação judicial.

Destaquemos as referências encontradas no novo CPC à separação:

O primeiro artigo (art. 23), em que há alusão expressa à “separação judicial”, é norma de direito internacional privado, ou de conflito de leis, cuidando da competência da autoridade judiciária brasileira, para proceder à partilha dos bens situados no Brasil de estrangeiros ou domiciliados fora do Brasil.

Há quatro alusões à “separação”, sem qualificação:

1. No art. 53, I, que trata de competência do foro;
2. No art. 189, II, relativo ao segredo de justiça;
3. No art. 189, § 2º, que permite certidão do dispositivo da sentença em processo com segredo de justiça;
4. No art. 693, que define as ações de família, incluindo a separação.

Há duas alusões à “separação convencional”:

1. No art. 731, que regula a homologação do divórcio ou da separação convencionais;

2. No art. 733, que faculta o divórcio ou a separação consensuais mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filho incapaz.

E, finalmente, uma única alusão à “separação de corpos”, no art. 189, II, incluindo-a no segredo de justiça.

É oportuno, para a apreensão do estado da arte do Direito brasileiro nessa matéria, um esboço sobre a normativa da separação de fato e a separação de corpos, resultante da mudança constitucional sobre o direito ao divórcio.

## **5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SEPARAÇÃO DE CORPOS E DA SEPARAÇÃO DE FATO**

Antes da ação de divórcio, o cônjuge, comprovando a necessidade, poderá requerer a separação de corpos, “que será concedida pelo juiz com a possível brevidade” (art. 1.562 do Código Civil). A medida também pode ser autorizada pelo juiz na pendência da ação principal, para o fim do afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

A separação de corpos é providência inevitável quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges contra o outro, ou contra os filhos, devendo o ofendido ter a preferência para permanecer na residência familiar, estabelecendo o juiz o modo de exercício da autoridade parental, especialmente a guarda e o sustento da família.

Contudo, o pedido de separação de corpos também pode ser feito por quem deseja legitimar sua própria saída, para que não se caracterize o inadimplemento do dever conjugal de “vida em comum, no domicílio conjugal” (art. 1.566 do Código Civil), ainda que este não tenha qualquer efeito ou consequência para o divórcio, pois o abandono voluntário do lar conjugal era uma das causas subjetivas da separação judicial, antes da extinção desta pela Emenda Constitucional n. 66/2010. A separação de corpos dá ensejo ao cônjuge necessitado a pretender alimentos contra o outro que tenha condições de fazê-lo.

A separação de corpos tem sido concedida pelos tribunais em situações específicas, como no caso em que o marido vinha

perturbando a vida do casal, com graves reflexos sobre a formação do caráter dos filhos (saída do marido); ou em caso de descoberta pelo marido de fotos e mensagens da mulher em meio eletrônico, de caráter pornográfico e ofensivas ao cônjuge, tendo sido justificada a medida cautelar pelo potencial de violência física e psíquica que poderia eclodir entre os cônjuges (saída da mulher).

Há divergência entre os doutrinadores acerca da caducidade da medida cautelar, se a ação principal não for promovida até trinta dias de sua efetivação. Todavia, essa norma geral não pode ser aplicada às separações de corpos, dadas as peculiaridades do direito de família, e os fins sociais da norma do art. 1.562 do Código Civil, que não prevê tal restrição.

A separação de fato perdeu sua função de requisito alternativo para o divórcio. Todavia, remanescem outros efeitos que o direito atribui a essa situação de fato. A separação de fato do cônjuge é contemplada no § 1º do art. 1.723 do Código Civil como pressuposto de constituição de união estável, que não depende de prévio divórcio do novo companheiro.

Separando-se de fato de seu cônjuge pode o companheiro iniciar imediatamente, sem impedimento legal, união estável com outra pessoa, passando a incidir o regime legal de comunhão parcial de bens adquiridos por ele a partir daí.

Assim, a separação de fato gera dois efeitos jurídicos no Direito brasileiro: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens. Nesse sentido, o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família aprovou o Enunciado n. 2, de seguinte teor: “A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre os cônjuges e entre os companheiros”.

Se tiver sido casado sob o regime legal de comunhão parcial, os bens que foram adquiridos na constância do casamento permanecem, são comuns dos cônjuges até a separação de fato. Se os cônjuges permanecerem separados, sem constituírem união estável com outras pessoas, os bens que cada um adquirir são considerados particulares. Se qualquer deles constituir união estável com outra pessoa, os bens adquiridos a partir daí são comuns dos companheiros.

Essas consequências jurídicas específicas e distintas estão contempladas de modo claro no Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, que institui o “Estatuto das Famílias”. Esse PLS explicita que a separação de fato se configura quando “cessa a relação conjugal, ainda que residindo sob o mesmo teto” (art. 59) [providência indispensável ante a dificuldade eventual e temporária de acesso a outro imóvel], podendo

ser formalizada consensualmente por escritura pública ou documento particular, ou decretada judicialmente.

## **6 A TENTATIVA DE REPRISTINAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA**

A norma constitucional é norma jurídica hierarquicamente superior. Tem força normativa própria, não dependendo de interposição do legislador ordinário para que possa produzir sua eficácia jurídica. Esse é o estágio em que se encontra o Direito brasileiro.

A norma constitucional, nomeadamente a advinda com a Emenda Constitucional n. 66/2010, revogou, por incompatibilidade, todas as normas do Código Civil que regulamentavam a antiga redação do § 6º do art. 226 da Constituição, relativa ao requisito prévio de separação judicial. Houve revogação na modalidade tácita, não sendo necessário que a Emenda Constitucional o fizesse expressamente. Todas as normas que desta tratavam foram revogadas e desapareceram do ordenamento jurídico brasileiro.

Se a norma jurídica desaparece não pode ressurgir, quando a norma revogadora é revogada, ou quando a norma nova remete à norma antiga revogada. Costuma-se denominar tal diretriz de vedação de repristinação. Há norma geral expressa nesse sentido. Segundo o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Assim, para que a norma anteriormente abolida se restaure é necessário que a norma nova expressamente regule a matéria. Não foi o que aconteceu com o CPC de 2015. A inclusão do termo “separação”, ao lado da normativa do divórcio, teve o propósito de provocar efeito repristinador. Contudo, se a matéria relativa à separação judicial fora revogada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, ela não poderia ser restaurada pela simples menção à separação na lei processual, pois remete ao que já não existia.

Dois caminhos se apresentam ao intérprete, relativamente às alusões feitas no CPC de 2015 à “separação”:

1. Entender que são inconstitucionais e, portanto, inválidas tais alusões, por contrariedade à Constituição.
2. Promover a interpretação em conformidade com a Constituição, de modo a lhe conferir sentido válido. Adotamos este caminho.

## 7 INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DAS NOVAS NORMAS PROCESSUAIS

No Direito brasileiro é possível superar a lógica do tudo ou nada, em se tratando de controle de constitucionalidade, evitando-se declarar a inconstitucionalidade da norma legal, sempre que a esta possa ser atribuído sentido em conformidade com a Constituição, sem redução do texto.

Sendo assim, qual o sentido que se deve conferir ao termo “separação”, que aparece sem qualificação nos quatro preceitos acima referidos do CPC de 2015? Não pode ser outro senão à separação de fato ou à separação de corpos, as quais, como vimos, permanecem com efeitos próprios após o início de vigência da Emenda Constitucional n. 66/2010. Não é à separação judicial, substituta do desquite, porque não mais existe no ordenamento jurídico, nem como requisito prévio nem como alternativa ao divórcio.

Vejam, agora, como interpretar a expressão “separação convencional”, que comparece em dois preceitos, também referidos acima. Por não mais existir a separação prévia, que apenas dissolvia a sociedade conjugal sem dissolver o casamento, a expressão “separação convencional”, na lei processual, deve ser entendida como relativa à separação de fato. A separação de fato não necessita de acordo para que produza seus efeitos jurídicos, mas os cônjuges poderão dele se utilizar relativamente aos itens que, em sua falta, dependerão de decisão judicial: guarda e proteção dos filhos, eventual pensão alimentícia ao outro cônjuge, partilha de bens. Trata-se, portanto, de separação de fato convencional, não se confundindo com o instituto jurídico anterior da separação judicial. Esse acordo poderá ser objeto de homologação judicial ou de escritura pública.

Contudo, essa convenção sobre a separação de fato não é necessária para o divórcio, nem produz os efeitos da antiga separação judicial. É inevitável o questionamento: para que serve?

Se os cônjuges, separados de fato ou não, podem requerer a homologação judicial do divórcio convencional, sem necessidade de justificação ou causa ou prévio acordo, ou promover a escritura pública do divórcio convencional, permitindo-lhes dissolver o casamento, estando de pleno acordo com os itens previsto em lei, qual a necessidade de realizar tal “separação convencional”?

Dados estatísticos recentes indicam que a escolha de separação convencional, por falta de conhecimento ou convencimento de seu desaparecimento, após a Emenda Constitucional n. 66/2010 caiu exponencialmente, com tendência a total desaparecimento.

Estabelece o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige. Quais são os fins sociais dessa “separação convencional”, criada pelo CPC de 2015, na vã tentativa de ressuscitar a desaparecida homóloga do Código Civil? Perdida sua razão histórica fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiros de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal. Os fins sociais do divórcio direto e irrestrito, adotado pela Constituição, são, portanto, incompatíveis com qualquer dificuldade ou obstáculo que a ele se anteponha, ainda que sob o sedutor argumento de autonomia dos sujeitos.

Em conclusão, o CPC de 2015 não recriou ou restaurou a separação judicial, nem prévia nem autônoma. As alusões que faz a “separação” e “separação convencional” devem ser entendidas como referentes à separação de fato.

Em uma de suas peças mais hilariantes, cujo título é “Muito barulho por nada”, Shakespeare desenvolve uma trama em torno do casal de apaixonados, vítimas de armação de um malvado que beija outra mulher para confundir o namorado, induzindo-a a acreditar que era sua namorada. No final, tudo se esclarece e os namorados se casam. Lembra-mo-nos dessa peça quando assistimos a votação final e lemos o texto do novo CPC, aprovado pelo Senado Federal. Muito barulho por nada.



# FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS - OS LIMITES JURÍDICOS PARA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Marianna Chaves

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Secretária de Relações Internacionais do IBDFAM. Membro fundador da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS). Membro da World Association for Medical Law e da International Society of Family Law. Advogada.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os beneficiários das técnicas de RA no Brasil. 3. Limites e exceções. 4. A maternidade de substituição. 5. Contratos de geração de filhos. 6. O problema dos embriões excedentários. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um passado não muito distante, as pessoas ou casais inférteis<sup>1</sup> ou com grandes dificuldades para procriar estavam condenados a não terem filhos com os quais fossem geneticamente ligados ou simplesmente a não terem prole alguma. No mundo contemporâneo, esse cenário mudou com o auxílio da tecnologia reprodutiva que expandiu substancialmente o leque de possibilidades para procriação de casais ou indivíduos inférteis ou pares que pela sua natureza não podem se reproduzir como casal, como os pares homoafetivos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A infertilidade é uma realidade que está presente na história da humanidade desde sempre. A Bíblia Sagrada traz diversos exemplos de mulheres acometidas pela infertilidade, como Sara (mulher de Abraão) e Isabel (prima de Maria). No passado, a preocupação com a infertilidade não se centrava em uma certificação do exercício do direito fundamental à parentalidade por ambos os cônjuges. Ao contrário, ligava-se à função social da mulher que era, de modo exclusivo, gerar e criar filhos. Na hipótese de impossibilidade de exercer esse papel, a mulher era considerada inútil, estigmatizada, vivia no ostracismo e podia, inclusive, ser repudiada (como ainda acontece em alguns lugares na atualidade). Neste sentido, ver NEVES, M. Patrão. PMA: do desejo de um filho ao filho desejado. In: Separata de Do início ao fim da vida – Actas do Colóquio de Bioética. Braga: Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 115.

<sup>2</sup> Em muito pouco tempo, a sociedade foi testemunha de acontecimentos e avanços cuja transcendência e impacto terão repercussões na vida das gerações atuais e futuras. O desenvolvimento vertiginoso de até então inéditas técnicas científicas abriram caminho para uma série de oportunidades e procedimentos médicos que antes eram considerados

Assim, com a viabilidade trazida pela Medicina reprodutiva e a Biotecnologia, surgiram as famílias ectogenéticas, que são aqueles modelos familiares com filhos oriundos das técnicas de procriação medicamente assistida.<sup>3</sup> Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira,<sup>4</sup> as técnicas reprodutivas, aliadas ao discurso jurídico, psicanalítico e filosófico, promoveram passagens para a fundação de novos vínculos de parentesco. Os tipos podem variar entre processos homólogos ou heterólogos conforme o material genético seja de ambos, apenas de um ou de nenhum dos membros do casal<sup>5</sup> e ainda incluir o recurso à maternidade de substituição tradicional ou gestacional (conforme o óvulo pertença ou não à mãe portadora).

Regulamentos e legislações relativas à procriação são susceptíveis de ter implicações constitucionais significativas, de modo que os esforços para regulamentação devem lidar com a natureza do direito em jogo. A Constituição do Brasil indica que o planejamento familiar deverá basear-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sendo vedado ao Estado qualquer tipo de controle ou interferência no exercício desse direito. Daí se pode extrair o entendimento de um direito fundamental à reprodução<sup>6</sup> e consequente constituição de família.<sup>7</sup> Qualquer território que negue o direito à parentalidade a uma parte dos indivíduos, obstando a realização pessoal dos mesmos,

---

inimagináveis. Tal progresso, entretanto, trouxe consigo muitas dúvidas e dilemas. Neste sentido, ver CRUZ, Myrel Marin. Diagnostico genetico preimplantacional: consideraciones juridicas del uso de embriones pre-seleccionados para evitar condiciones geneticas. Revista Juridica Universidad de Puerto Rico, v. 82, n. 1, p. 249, 2013.

<sup>3</sup> Como se adverte na doutrina especializada, entre todas as matérias atualmente em desenvolvimento no Direito da Saúde, existem poucas tão polêmicas, dinâmicas, que englobam e atingem tantos ramos do Direito ao mesmo tempo, e com consequências tão diretas e profundas na vida das pessoas como a procriação medicamente assistida. Suas potencialidades científicas, os dilemas éticos gerados a partir do vertiginoso progresso das técnicas utilizadas na medicina reprodutiva, e a ausência de parâmetros jurídicos prévios para solucionar controvérsias são alguns dos elementos que, agregados às transformações na conduta e no modo de pensar da sociedade, estão a instituir um cenário novo, de possibilidades, alternativas e veredas. A Medicina atual permite desenvolver embriões, escolher suas características de fenótipo e genótipo, congelá-los, implantá-los em mulheres que gestarão filhos por outrem, ou até mesmo permite que alguém tenha filhos muitos anos após a sua morte. Até onde pode-se, ou deve-se ir? São questões levantadas por DANTAS, Eduardo. Direito médico. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 289.

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294.

<sup>5</sup> Numa hipótese rara, mas não impossível, de ambos serem inférteis.

<sup>6</sup> A Suprema Corte dos EUA, em diversos julgados, estabeleceu o direito de procriar como um direito fundamental, numa lógica de que os Estados não podem obrigar uma pessoa a reproduzir nem tampouco podem obstruir a sua capacidade para procriar. Assim, esse direito existe em sentido positivo e em sentido negativo. Cfr. SHIVAKUMAR, Pryianka. Count Your Chickens before They Hatch – How Multiple Pregnancies Are Endangering the Right to Abortion. Brooklyn Law Review, v. 78, n. 1, p. 214, 2012.

<sup>7</sup> Como já afirmamos em CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 261.

viola seus direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação, obstrui o exercício da cidadania e coloca em xeque a própria democracia e dignidade das pessoas, ao deixar de promover positiva e igualmente as liberdades fundamentais de todos os seus cidadãos.<sup>8</sup>

O Brasil, entretanto, vem deixando a regulação da matéria da procriação medicamente assistida (PMA) a cargo da deontologia médica. Não parece ser a decisão mais acertada. Aliás, as Resoluções n. 1.957/2010, 2.013/2013 e 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, em suas exposições de motivos indicam – expressamente – a necessidade de edição de uma legislação específica e lembram a letargia do Legislativo no cumprimento dessa obrigação.<sup>9</sup> Portanto, é preciso que o Brasil avance e legisle nesse âmbito.<sup>10</sup> Certamente, levando em consideração – ou fazendo uma remissão a – todas as normas presentes e amplamente aceitas na Resolução do CFM e tutelando questões que não foram previstas, reguladas de forma inconsistente ou incompleta na Resolução ou na legislação vigente.

Ademais, importa referir que a PMA acarreta em novas dimensões de conceitos básicos como os da maternidade e da paternidade, da dignidade da pessoa humana, da monogamia, da integridade moral das pessoas, além de suscitar novas interpretações das regras jurídicas

---

<sup>8</sup> Cfr., em igual sentido SAPKO, Vera Lucia da Silva. Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005, p. 101-102.

<sup>9</sup> Há quem defenda que esses assuntos deveriam ser deixados à decisão das partes, dos membros da família, na moldura dos diversos “ordenamentos intermédios” – a deontologia, a ética, as orientações das comissões de reflexão. Todavia, a opinião dominante em países de matriz romano-germânica ou do sistema da Civil Law é no sentido de uma intervenção legislativa. Os próprios médicos e profissionais de saúde – como se depreende da exposição de motivos do CFM – clamam por legislação. Tal necessidade pode residir no fato de que médicos, biólogos e outros profissionais relacionados à saúde não se satisfazem com diretrizes fundamentadas tão somente na deontologia ou na convicção profissional, e almejam que o Direito determine com segurança o que é e o que não é lícito. Impossibilitados de encontrarem sozinhos as fronteiras da sua arte, em um tempo em que expande as responsabilização civil e criminal dos atos médicos, os profissionais possuem consciência de que já não é suficiente uma “ética corporativa para legitimar a prática científica”. Como adverte Guilherme de Oliveira em texto publicado antes do surgimento da Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n. 32/2006) em Portugal. (OLIVEIRA, Guilherme de. Legislar sobre Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de direito da medicina. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 91-92). Entretanto, como indica o mesmo jurista, a reserva da intimidade da vida privada e vida familiar não podem avocar o alcance de afastar o Estado e uma legislação de uma ampla intervenção, nesta matéria. Não se mostra bastante apenas o ato de o Estado fixar balizas longínquas de legalidade, deixando à consciência dos particulares o arbítrio de estabelecer o que bom e lícito. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da procriação assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de direito da medicina. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 7.

<sup>10</sup> A doutrina é categórica no sentido de que uma falta de resposta legislativa nessa matéria termina por expor as partes a um cenário alto risco, pautado pela insegurança jurídica e muitas vezes pela exploração econômica, em virtude da ausência de regulação e sanções aos desvios legais. Nesse sentido, ver PREISLER, Andrea. Assisted Reproductive Technology: The Dangers of an Unregulated Market and the Need for Reform. *DePaul Journal of Health Care Law*, v. 15, n. 2, p. 214, 2013.

clássicas ou impor novas regras. Portanto, não é matéria que se deixe pura e simplesmente à deontologia dos profissionais da Medicina ou a quaisquer outras disciplinas intermédias, à livre consciência das pessoas e da família ou ao cuidado de comitês de reflexão. Como ressalta Guilherme de Oliveira, “é matéria de responsabilidade do Estado; é questão de interesse público que reclama intervenção legislativa”.<sup>11</sup>

O momento é oportuno para reconsiderar o direito a procriar e a reprodução assistida em um contexto do século XXI. Assim, os dias atuais revelam um momento apto para voltar a dinamizar a discussão acadêmica sobre o significado do direito à procriação em um mundo pós-coital.<sup>12</sup> Todo e qualquer estudo nessa matéria deve levar em conta as mudanças tecnológicas, sociais e acadêmicas nas últimas décadas, uma vez que a reprodução assistida tornou-se uma forma amplamente aceita de procriação e muitos tribunais e legislaturas – como é o caso do Brasil – têm continuado a fugir da consideração explícita da natureza do direito de procriar com recurso às técnicas de PMA.

Este artigo visa tratar de alguns pontos especificamente controvertidos dentro da matéria da procriação medicamente assistida, evidenciando a necessidade urgente da edição de uma legislação específica, assim como a inevitabilidade do amoldamento e harmonização de normas já existentes no sistema jurídico com as realidades criadas pela PMA.<sup>13</sup>

## 2 OS BENEFICIÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA NO BRASIL

A Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina determina que poderão ser beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida todas as pessoas capazes, que tenham buscado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites da Resolução,

---

<sup>11</sup> Complementa ainda o professor português que “esta necessidade de intervenção do legislador foi dada por assente nas comissões Warnock e Benda, respectivamente na Inglaterra e na Alemanha. A própria responsável da comissão inglesa, Mary Warnock, num comentário breve sobre o trabalho que dirigiu, afirmou destacadamente que ‘há acordo na sociedade sobre um ponto: o de que a legislação é necessária’. Por sua vez, o relatório termina com uma lista de recomendações que supõem ou expressamente exigem a intervenção legislativa. Também o relatório BENDA faz amplas recomendações de intervenção legal”. (Grifos no original). Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de. Legislar sobre Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de direito da medicina. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 95-97.

<sup>12</sup> Como adverte MUTCHERSON, Kimberly M. Procreative pluralism. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, v. 30, n. 1, p. 24, 2015.

<sup>13</sup> Como se adverte na doutrina estrangeira, o histórico da (falta de) regulamentação da tecnologia reprodutiva realça o fenômeno que forte aceitação pública e as forças do mercado entrincheiradas ao redor das novas tecnologias muitas vezes resultam em padrões de segurança sub-ótimos. Cfr. PREISLER, Andrea. Assisted Reproductive Technology: The Dangers of an Unregulated Market and the Need for Reform. *DePaul Journal of Health Care Law*, v. 15, n. 2, p. 214, 2013.

desde que as partes estejam totalmente de acordo e apropriadamente esclarecidas,<sup>14</sup> de acordo com a legislação vigente. Importa referir que só se pode falar genuinamente em autonomia reprodutiva quando existe uma escolha efetiva, fundamentada em informação correta e apropriada. Não raras vezes, as pessoas e casais são adequadamente informados, mas tendem a focalizar mais nas vantagens do que nos perigos das técnicas de PMA. Em todo o processo, é imprescindível que o médico não condicione os pacientes, ainda que indiretamente, a tomar determinada decisão, pois tal conduta configuraria uma opressão ao interesse de se decidir autonomamente.<sup>15</sup> Somente a escolha esclarecida preenche os requisitos necessários e levam à completude do dever de informação do médico.<sup>16</sup>

O corpo de normas deontológicas do CFM relativas à PMA indica expressamente que é autorizada a utilização das técnicas de RA em pessoas solteiras e casais homoafetivos, sendo admitido, entretanto, o direito do profissional da Medicina à objeção de consciência. A Resolução estabelece ainda que é admitida a gestação compartilhada na hipótese de união homoafetiva entre lésbicas, quando uma parceira ou cônjuge carregará o embrião fertilizado com o óvulo da outra, sem que haja uma ocorrência de infertilidade ou outra situação médica que contraindique a gravidez.

Assim, pode-se dizer que o acesso às técnicas de PMA no Brasil é bastante amplo, estando o recurso à Medicina reprodutiva aberto a casais heterossexuais, pessoas solteiras, além de casais homossexuais femininos e masculinos, com recurso à gravidez compartilhada

---

<sup>14</sup> É preciso referir que consentimento informado e escolha esclarecida não são necessariamente a mesma coisa. Inclusive, a Resolução n. 2.121/2015 passou a utilizar a terminologia “consentimento livre e esclarecido” em substituição a “consentimento informado” que constava na Resolução n. 2.013/2013. A atual Resolução do CFM determina que, “o consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. Cfr. CFM, Resolução 2.121/2015. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>15</sup> Neste sentido, ver SILVESTRE, Margarida. Embriões excedentários: entre a técnica, a lei e a ética. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 61.

<sup>16</sup> Sobre a questão, adverte a doutrina que “ao paciente, é necessário estar de posse de todos os elementos possíveis a sua compreensão, para que – aí sim – possa exercer a faculdade de consentir com o tratamento ou intervenção proposta, escolher outra das alternativas existentes, ainda que menos indicada pelo profissional que o assiste, ou mesmo recusar-se a se tratar. A este procedimento, que engloba o consentimento informado sem com este se confundir, se atribui o nome de escolha esclarecida”. (Grifos no original). (DANTAS, Eduardo. Direito médico. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 77).

e maternidade de substituição. E não poderia ser diferente, já que a Constituição Federal protege a família, em qualquer das suas formas, tendo todas igual dignidade e consideração, além do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido as uniões homoafetivas como entidades familiares. Nessa lógica, não é demais afirmar que o Brasil consagra um pluralismo procriativo,<sup>17</sup> amparado na ideia de autonomia, igualdade e justiça na reprodução.<sup>18</sup> Portanto, no território brasileiro terminou por se reconhecer o direito fundamental à procriação, onde se inclui o direito fundamental ao acesso aos métodos de reprodução assistida por todas as pessoas e casais, sem diferenciações de qualquer natureza.

### 3 LIMITES E EXCEÇÕES

A sexagem<sup>19</sup> ou escolha de sexo é proibida pelo Conselho Federal de Medicina. De acordo com a Resolução n. 2.121/2015, não se pode recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida com o objetivo de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outro traço ou característica biológica (como cor dos olhos ou estrutura do cabelo) da futura prole, exceto na hipótese de evitar patologias no filho que venha a nascer.<sup>20</sup> Ou seja, apenas na hipótese em que a seleção de sexo seja levada a cabo por razões médicas, como evitar doenças ou anomalias vinculadas a um dos cromossomos sexuais, ela estará autorizada pela Resolução.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Uma sociedade que reconhece o pluralismo na procriação reflete esforços para imaginar e tutelar o pluralismo familiar como indica MUTCHERSON, Kimberly M. Procreative pluralism. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, v. 30, n. 1, p. 27, 2015.

<sup>18</sup> O movimento da justiça reprodutiva (criado pensando nas pessoas do sexo feminino, mas podendo hoje ser aplicado a todas as pessoas) visa criar um mundo onde os indivíduos têm o poder e os recursos econômico, social e político para tomar decisões saudáveis sobre seus corpos, sexualidade e reprodução. Cfr. MUTCHERSON, Kimberly M. Transformative Reproduction. *Journal of Gender, Race & Justice*, v. 16, n. 1, p. 228, 2013.

<sup>19</sup> Há ainda quem se refira à prática como “eugenismo sexista”. Neste sentido, REIS, Rafael Vale e. Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida – A criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n. 13, p. 79, 2010.

<sup>20</sup> Por exemplo, nas famílias com histórico de doenças ligadas ao cromossomo X, como a distrofia muscular de Becker e a distrofia muscular de Duchenne, a determinação do sexo fornece uma ferramenta poderosa para a identificação de fetos masculinos em risco para as doenças ligadas ao cromossomo X. Neste sentido, cfr. KING, Jaime S. And Genetic Testing for All – The Coming Revolution in Non-Invasive Prenatal Genetic Testing. *Rutgers Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 607, 2011.

<sup>21</sup> Como ressalta Vera Lúcia Raposo, a maior parte das legislações do mundo sobre a matéria veda a sexagem, excetuando-se na hipótese de prevenção de doenças hereditárias conectadas a um determinado sexo. Esse também é o posicionamento da Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 14º). Portanto, a escolha do sexo quando a opção não se justifique por razões médicas ou a escolha de características diversas do sexo englobam a denominação de frivolous choices: cor e estrutura dos cabelos, cor dos olhos, QI, tipo e vigor físico,

A Resolução expressamente veda a fecundação de oócitos humanos com qualquer outro objetivo que não seja a procriação humana.<sup>22</sup> Desta maneira, é terminantemente proibida a criação de embriões humanos que não sejam destinados à procriação das pessoas envolvidas no processo reprodutivo. Na hipótese de gravidez múltipla (ocorrência não incomum em processos de PMA), a Resolução do CFM estabelece uma vedação à utilização de procedimentos e que objetivem a redução embrionária.<sup>23</sup> Os riscos da gravidez multifetal aumentam com cada feto adicional. Contudo, ainda que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não possua força de lei, a redução embrionária parece estar vedada dentro do ordenamento brasileiro, uma vez que tal prática constituiria o crime de aborto, nos termos do art. 124 do Código Penal.

Na Resolução do CFM ainda está prevista a possibilidade de recurso ao diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), que é um dos possíveis diagnósticos pré-natais, constituindo uma alternativa ao diagnóstico pré-natal clássico,<sup>24</sup> com a peculiaridade de ter por objeto

---

enfim, características que levam à ideia de um refinamento genético da espécie. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n. 8, p. 67-69, 2007.

<sup>22</sup> Como, por exemplo, a criação de híbridos e quimeras.

<sup>23</sup> Importa referir que, em certa época, a gravidez de múltiplos já foi considerada uma verdadeira epidemia no âmbito das técnicas de reprodução assistida. Para tentar evitar ao máximo essa ocorrência, a Resolução do CFM limita o número de óvulos e embriões a serem transferidos para a paciente em um máximo de quatro, a depender da idade. Nos EUA, estima-se que entre 30 e 35% das gravidezes de mulheres que recorrem às técnicas de PMA resultam em múltiplos filhos, o que acarreta em riscos para as mulheres e para os bebês. Ainda que a redução embrionária ou fetal fosse autorizada, é importante ressaltar que o processo significa não apenas eliminar um ou mais fetos em desenvolvimento, mas também coloca toda a gravidez em risco. Por outro lado, na hipótese de não redução na gravidez multifetal, a paciente e seus filhos enfrentam outros sérios riscos. Gestações múltiplas, incluindo gêmeos, criam sérios riscos de saúde para mães e seus filhos. Mães de múltiplos enfrentam maiores riscos de condições prejudiciais tais como pré-eclâmpsia, parto prematuro e diabetes gestacional. As mães que carregam fetos múltiplos são também hospitalizadas com frequência bem antes da gravidez chegar a termo, têm de suportar repouso prolongado e apresentam taxas mais altas de parto por cesariana. Assim, ainda que a redução embrionária ou fetal fosse autorizada, a melhor medicina se encaminha no sentido de sempre tentar evitar ao máximo a gravidez de múltiplos. Cfr. GLENNON, Theresa. *Choosing One: Resolving the Epidemic of Multiples in Assisted Reproduction*. *Villanova Law Review*, v. 55, n. 1, p. 147 e 158, 2010.

<sup>24</sup> Testes genéticos criaram oportunidades, mas também dilemas para uso nos cuidados de saúde privada assim como nos sistemas de saúde pública. A sequenciação do genoma humano e avanços em áreas como genômica e bioinformática trouxeram novos procedimentos diagnósticos e terapêuticos. Os EUA e alguns países europeus aprovaram legislações sobre a discriminação que os testes genéticos podem causar. Conforme tecnologias de testes genéticos avançam, diretrizes nacionais e internacionais tentam preparar e educar os profissionais de saúde para prescrever esses testes e interpretar seus resultados. Neste sentido, ver KATZ, Gregory; SCHWEITZER, Stuart O. *Implications of Genetic Testing for Health Policy*. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, v. 10, n. 1, p. 92, 2010.

embriões existentes no exterior do ventre materno.<sup>25</sup> A resolução indica ainda que, na hipótese de verificação de alterações genéticas causadoras de doenças, os embriões podem ser doados para pesquisa ou descartados.

É importante ressaltar que o DGPI não surge sem desafios e complicações. Muitas vezes, os próprios médicos não compreendem completamente os resultados de um teste genético, ou não estão bem treinados relativamente à comunicação dos resultados encontrados aos pacientes. Além disso, embora a maioria dos testes genéticos existentes examinem distúrbios e patologias que surgem a partir da mutação de um único gene, a grande maioria de condições hereditárias e características resultam das interações de múltiplos genes ou entre os genes e o ambiente.<sup>26</sup>

No Brasil – por meio da Resolução n. 2.121/2015 – também se permite que as técnicas de PMA sejam utilizadas para tipagem do sistema HLA<sup>27</sup> do embrião, com objetivo de selecionar embriões HLA – compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.<sup>28</sup> É a denominada – e controversa<sup>29</sup> – técnica do “bebê-medicamento”, criado para ser geneticamente compatível

---

<sup>25</sup> Como adverte Vera Lúcia Raposo, “embora não funcione (ainda) como garantia segura de um bebê saudável, certo é que hodiernamente é possível despistar uma série de doenças graves, desde logo as várias aneuploidias (síndrome de Down, isto é, três cromossomas no 21º par; síndrome de Patau, trisomia 13; síndrome de Edward, trisomia 18; síndrome de Klinefelter, que pressupõe a existência de dois cromossomas X, criando o tripeto XXY; síndrome de Turner, caracterizado pela inexistência de um cromossoma sexual, o que deixa o cromossoma X sozinho), detectáveis por via de rastreio, método que permite analisar o número de cromossomas (21, 18, 13, X e Y) dos embriões disponíveis, de forma a utilizar apenas aqueles que não apresentam alterações cromossômicas, para assim aumentar a taxa de sucesso da PMA e, simultaneamente, reduzir o número de embriões implantados a cada tentativa”. (RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 4, n. 8, p. 59-60, 2007).

<sup>26</sup> Neste sentido, ver KING, Jaime S. And Genetic Testing for All - The Coming Revolution in Non-Invasive Prenatal Genetic Testing. *Rutgers Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 601, 2011.

<sup>27</sup> “É a identificação laboratorial dos genes que codificam o HLA do indivíduo. A tipagem pode ser feita por técnicas de sorologia ou biologia molecular e tem as seguintes finalidades: 1) determinar o grau de compatibilidade entre doador e receptor de órgãos, em estudos de pesquisa de doadores intra-familiares, ou de pacientes inscritos em lista de espera e possíveis doadores cadáveres; 2) inclusão de pacientes acometidos por doenças hematológicas ou outras doenças do sangue, e que necessitem de transplante de medula óssea, no Registro Nacional de Receptores de Medula Óssea (REREME); 3) inclusão de voluntários no Registro Nacional de Doadores Voluntário de Medula Óssea (REDOME); 4) cadastro das bolsas de sangue de cordão umbilical e placentário – doadas à Rede BrasilCord – no Registro Nacional de Sangue de Cordão Umbilical (RENACORD)”. Cfr. ANVISA. Tipagem HLA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 21 set.2015..

<sup>28</sup> Legislação essa, inexistente.

<sup>29</sup> Os opositores deste processo alegam, em regra, que estar-se-ia diante de um caso patente de instrumentalização do ser humano.

com um irmão que sofra de grave patologia, cuja cura ou tratamento importe em um transplante de células ou órgãos, que só será possível por meio da pessoa que irá nascer. Assim, o “bebê-remédio”<sup>30</sup> surge, em regra, quando um casal se depara com a morte eminente de um filho e numa tentativa desesperada de evitar o pior, decidem ter outra criança, portadora de igual patrimônio genético, cujos tecidos serão compatíveis com os do irmão e permitirão ser transplantados com menor ou nenhum risco de rejeição.<sup>31</sup>

#### 4 A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Certamente, a questão da legalidade dos contratos de gestação por outrem é um dos temas mais fascinantes e desafiadores, assim como problemáticos, dentro do direito da saúde e do direito das famílias. A Resolução n. 2.121/2015 do CFM autoriza o recurso à maternidade de substituição, nas hipóteses de existência de algum impedimento ou contra-indicação de ordem médica de que a gestação seja levada a cabo pela doadora genética ou de união entre pessoas do mesmo sexo.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco<sup>32</sup> até quarto grau, estando os demais casos sujeitos à análise e autorização do respectivo Conselho Regional de Medicina. Portanto, a nova Resolução alargou a possibilidade de a pessoa ou casal que recorra à gestação de substituição, socorra-se de uma pessoa que não seja familiar, desde que expressamente autorizada pelo CRM. A doação temporária de útero, assim como a doação de gametas e embriões, de acordo com a Resolução, não poderá ter caráter comercial ou lucrativo, e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Dessa afirmação e pelo fato de que o CFM estabelece uma regra de parentesco entre os pacientes e a mãe substituta, depreende-se que a mãe portadora não poderá (ou

---

<sup>30</sup> Em inglês denominado de savior sibling.

<sup>31</sup> Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n. 8, p. 71, 2007.

<sup>32</sup> A Resolução fala em parentesco consanguíneo mas, como é sabido, o parentesco civil (adotivo) e socioafetivo produzem os mesmos efeitos que o parentesco sanguíneo, não fazendo sentido qualquer interpretação restritiva apenas à consanguinidade. Neste sentido, vale a pena reproduzir o Enunciado n. 103, da I Jornada de Direito Civil do CJE: 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 socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

pelo menos não deveria ser) ser a mãe genética da criança, devendo os embriões ser fertilizados com óvulo de doadora anônima.<sup>33</sup>

A Resolução n. 2.121/2015 determina que nos centros de procriação medicamente assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: a) Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, observando dimensões biopsicossociais e riscos compreendidos no processo gravídico-puerperal, bem como aspectos jurídicos da filiação; b) Relatório médico com o perfil psicológico, certificando ajustamento clínico e emocional de todas as partes envolvidas no processo; c) Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero, estabelecendo de forma clara a questão da filiação dos embriões; d) Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de PMA, de tratamento e cuidado médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se prescrito, à mulher que doará temporariamente o útero, até o puerpério; e) Garantia do registro civil da criança pelos pacientes, devendo esta documentação ser preparada durante a gravidez; e) Autorização do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Há quem afirme que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, diante do silêncio legislativo, possuiriam um caráter “obrigatório-vinculativo geral”, com fundamento no art. 59 da Constituição Federal.<sup>34</sup> Entretanto, as Resoluções indicadas no art. 59, VII, da CF/88, visam tão somente regulamentar matéria de interesse interno (administrativo ou político)<sup>35</sup> da Câmara dos Deputados e do Senado

---

<sup>33</sup> Assim, em tese, a maternidade de substituição tradicional – em que a mãe portadora também é doadora do óvulo – seria prática proibida. Para uma diferenciação mais aprofundada entre as modalidades de maternidade de substituição, ver BARON, Noah; BAZZELL, Jennifer. Assisted Reproductive Technologies. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 15, n. 1, p. 59, 2014.

<sup>34</sup> Neste sentido se manifesta Eduardo Dantas: “O Conselho Federal de Medicina é autarquia instituída por força da Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Posteriormente, foi alterada pela Lei Federal nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, também regulamentada pelo Decreto nº 6.281, de 14 de abril de 2009. Suas atribuições e competências estão ali bem delineadas, e dentre elas, estão as de disciplinar e fiscalizar o cumprimento das regras que regerão a prática da medicina no país, podendo, para tanto, editar resoluções. Estas resoluções, por sua vez, possuem caráter supletivo a todo o processo legislativo, por força do determinado pelo artigo 59 da Constituição Federal: Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Vale dizer, portanto, que em tudo aquilo que não conflitar com normas de hierarquia superior, suas diretrizes possuem força normativa e devem ser adotadas como parâmetro legal. A força legiferante emanada atua em caráter supletivo, como dito, e se manifesta sempre que há omissão daqueles incumbidos de legislar”. (DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 300-301).

<sup>35</sup> Como indica Pedro Lenza, por meio das resoluções, serão regulamentadas as matérias de competência privativa do Senado (CF, art. 52) e da Câmara dos Deputados (CF, art. 51). Os

Federal, em conjunto ou separadamente.<sup>36</sup> Portanto, não parece factível que a Resolução do CFM sobre procriação medicamente assistida possua força de lei, vinculando as partes ou o juiz que venha a dirimir um eventual litígio.

Todavia, isso não quer dizer que, na hipótese de lide judicial, seus princípios e disposições não possam ser considerados na decisão. O art. 126 do Código Buzaid estabelece que o juiz não se desobriga de sentenciar ou despachar arguindo lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da contenda deverá aplicar as normas legais; na hipótese de inexistência – como é esse caso específico – recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Esse raciocínio também é apresentado pelo art. 4º da LINDB.<sup>37</sup>

Com esse panorama delineado e na ausência de legislação específica sobre as técnicas de procriação medicamente assistida, algumas questões podem ser colocadas: na hipótese de celebração de um contrato gratuito de maternidade de substituição, o negócio celebrado é válido? A sua obrigatoriedade nos termos pactuados poderia ser sustentada na Resolução do Conselho Federal de Medicina sem qualquer espaço para arrependimentos<sup>38</sup> ou brechas numa lógica de *pacta sunt servanda*? E na hipótese de celebração de um contrato oneroso?<sup>39</sup> Ele seria imediatamente considerado nulo com base nas normas do CFM ou da legislação infraconstitucional?<sup>40</sup> A resposta não parece ser abso-

---

Regimentos Internos de cada Casa determinam as regras sobre o processo legislativo. (LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 392).

<sup>36</sup> Ressalta José Afonso da Silva que, finalizada a elaboração do projeto de resolução, ela será promulgada pelo Presidente do Congresso Nacional, se dispor sobre matéria de interesse compartilhado das duas Casas, como o Regimento Comum, sua reforma, etc. Na hipótese de versar sobre matéria apenas de interesse da Câmara dos Deputados, ela inicia e termina ali, sendo promulgada pelo Presidente da Câmara; se for matéria de interesse do Senado, começa e termina ali, sendo promulgada pelo Presidente do Senado. (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 438).

<sup>37</sup> LINDB, Art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>38</sup> Nomeadamente uma eventual resistência ou desistência da mãe portadora de entregar a criança aos pais de intenção, ou ainda de os pais de intenção desistirem – em virtude da detecção de alguma patologia grave no bebê, mas que não autorize a interrupção da gravidez, como síndrome de Down, que já foi motivo de abandono de bebês oriundos de PMA e noticiado amplamente na mídia internacional – de assumir aquele filho como seu.

<sup>39</sup> O fato de a Resolução do Conselho Federal de Medicina indicar que é proibida a maternidade de substituição não quer dizer muita coisa aos usuários das técnicas. É que apenas os médicos estão submetidos às Resoluções do CFM que, em caso de descumprimento, poderão acarretar em sanções estipuladas pela própria autarquia. O Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009 do CFM) estabelece no art. 15 que é vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. Só que a Resolução n. 2.121/2015 do CFM não constitui legislação específica. São diretrizes deontológicas que vinculam somente os médicos e os serviços de saúde.

<sup>40</sup> Em Portugal, Fernando Araújo se manifesta favoravelmente aos contratos de maternidade

lutamente clara e pode descambar para qualquer lado, a depender da visão do magistrado, posto que o Direito Civil brasileiro não admite e nem tampouco proíbe os contratos de maternidade de substituição seja a título gratuito ou oneroso, ao contrário de outros ordenamentos.<sup>41</sup>

O § 4º do art. 199 da Constituição Federal afirma que a lei prescreverá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, assim como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo proibido todo tipo de comercialização. A Carta Magna, portanto, remete à legislação específica, sendo esse dispositivo um daqueles de eficácia limitada e aplicabilidade dependente de legislação infraconstitucional.<sup>42</sup>

No sistema jurídico brasileiro, a Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes) dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Todavia, logo em seu art. 1º, estabelece que a disposição gratuita

---

de substituição a título oneroso. Para o professor da Universidade de Lisboa, o aluguel do útero não configuraria uma exploração unilateral ou danosa, e traria benefícios para ambas as partes. Argumenta ainda que a noção de que tal aluguel só seria permitido pela portadora em virtude de um estado de necessidade é uma ideia que poderia se alargar para todas as atividades que os indivíduos somente aceitam por não serem mais abastados do que são. Por fim, indica que a consideração de ser menos condenável a venda de semên do que o aluguel do útero introduz um elemento de discriminação sexista. (ARAÚJO, Fernando. A procriação assistida e o problema da santidade da vida. Coimbra: Almedina, 1999, p. 29-31). Entre nós, também se manifesta pela validade dos contratos de maternidade de substituição onerosos ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, v. 11, p. 102, ago./set. 2009. Rodrigo da Cunha Pereira também se manifesta de forma contundente em favor da maternidade de substituição onerosa. Opina no sentido de que a regulação da modalidade onerosa evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo a denominada “indústria da barriga de aluguel”. Trazendo ideias parecidas com as esboçadas por Fernando Araújo em Portugal, afirma ser o corpo um “capital físico, simbólico e econômico”, além de que a possibilidade do pagamento se daria na “mesma lógica que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas” e na maior parte das vezes considerado normal. Termina por advertir que não se estaria alugando ou comprando um bebê, mas somente um espaço (útero) para que ele possa ser gerado. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 711-712).

<sup>41</sup> Por exemplo, a Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal estabelece que são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição (art. 8º, n. 1) e que a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer (art. 8º, n. 3), numa lógica inafastável de que mãe será aquela que parir a criança. Além disso, a legislação portuguesa tipifica criminalmente a prática da maternidade de substituição comercial. Assim, quem realizar negócios de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (art. 39º, n. 1) e quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso está sujeito à mesma pena (art. 39º, n. 2).

<sup>42</sup> Cfr. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 772.

de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida. Entretanto, o parágrafo único assevera que para os efeitos dessa lei, não estão compreendidos o sangue, o esperma e o óvulo.

A Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) estabelece seu art. 5º, § 3º ser vedada comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434/97, que expressamente pune a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano com pena de reclusão (de três a oito anos) e multa (200 a 360 dias-multa). Contudo, a própria Lei de Transplantes expressamente adverte que suas normas não se aplicam ao esperma e ao óvulo.

Sendo o embrião/feto um resultado da junção entre esperma e óvulo, estaria ele abrangido ou afastado do âmbito de aplicação da punição constante na legislação? Essa tormentosa pergunta evidencia a necessidade urgente e inafastável da criação de uma lei específica em matéria de procriação medicamente assistida que enfrente essas questões. A doutrina<sup>43</sup> é unânime sobre a necessidade urgente de disciplina legislativa da procriação medicamente assistida, com o intuito de regulamentar a matéria e evitar que se façam exegeses equivocadas de outras legislações.

A depender da interpretação que se dê a esses dispositivos legais existentes, o contrato de maternidade de substituição oneroso poderá ser considerado válido ou não. Na hipótese de se considerar que o embrião/feto estaria englobado nas disposições das legislações supramencionadas, o contrato deve ser considerado nulo, nos termos dos incisos, II e VII do art. 166 do Código Civil.<sup>44</sup> Na ocorrência de se considerar que o feto/embrião não estaria abarcado na vedação da Lei n. 9.434/97, o contrato pode ser considerado válido, ainda que moralmente reprovável na visão de alguns, nos termos do art. 5º, II da CF.<sup>45</sup> E

<sup>43</sup> Neste sentido, ver NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). Doutrinas essenciais – Família e sucessões: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.405.

<sup>44</sup> Há quem levante a invalidade do negócio com base no art. 13 do Código Civil, mas tal ideia não parece se sustentar, já que a disposição do útero não acarretaria em qualquer diminuição permanente no corpo da mulher ou qualquer dano à sua integridade física. A questão dos bons costumes também deve ser afastada, já que se trata de um conceito jurídico indeterminado, que deve estar aberto às demandas sociais contemporâneas. Assim, salvo melhor juízo, acompanham-se as ideias de Laura Abreu, no sentido da validade do negócio jurídico oneroso de maternidade de substituição. Cfr. ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, v. 11, p. 103-104, ago./set. 2009.

<sup>45</sup> Em que está estabelecido que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

ainda que se considere que está vedada a comercialização de material biológico – incluindo-se fetos e embriões – pode-se alegar que a legislação expressamente determina que essa proibição se dá no âmbito dos transplantes e tratamentos. Excetuando-se na hipótese de estar em causa uma situação de “bebê-medicamento”, o embrião em questão estaria fora do âmbito de aplicação (e punição) da Lei de Transplantes, pois não surgiria para possibilitar qualquer tipo de tratamento ou ser doador de material biológico para transplante.

Em se tratando de um arrependimento ou ruptura contratual ainda durante a gravidez, a situação pode se evidenciar ainda mais complexa. Sob uma rigorosa definição jurídica de pessoa, o embrião ou pré-embrião<sup>46</sup> não poderá ser considerado uma pessoa. Todavia, eles tampouco se encaixam numa definição de propriedade, porque deles não se pode dispor em toda e qualquer situação, e nenhuma das partes detém direitos exclusivos sobre eles. Esta conclusão mostra que quando se trata de embriões, os direitos legais não são exatos. Assim, pode-se dizer que os embriões encontram-se algures entre as definições de pessoa e propriedade.<sup>47</sup>

Importa referir que, ainda que o contrato de maternidade de substituição – a título gratuito ou oneroso<sup>48</sup> – seja considerado válido, o âmago do seu objeto versa sobre estabelecimento da filiação<sup>49</sup> (de um lado, a mãe portadora promete que entregará a criança que carrega em seu ventre e abrirá mão do poder familiar/responsabilidades parentais relativos àquele nascituro; do outro, as partes prometem pagar o preço acordado – na hipótese de contrato oneroso – e registrar a criança em nome de ambos os pais) devendo a sua análise – a exemplo de toda e qualquer questão relativa a filhos menores – ter como elemento norteador o melhor interesse da criança nascida<sup>50</sup> ou por nascer, que deverá

---

<sup>46</sup> O pré-embrião é o embrião constituído in vitro formado pelo grupo de células resultantes da divisão progressiva do ovócito de que é fecundado, até 14 dias mais tarde. Note-se que toda a discussão presente neste estudo gira em torno dos embriões in vitro que, de acordo com o disposto na Resolução do CFM terão um tempo máximo de desenvolvimento de 14 dias. Assim, mais apropriado seria falar em pré-embrião, mas utilizou-se deliberadamente a terminologia embrião por ser a que consta no documento do Conselho Federal de Medicina.

<sup>47</sup> No mesmo sentido, ERICKSON, Thereza M.; ERICKSON, Megan T. What happens to embryos when a marriage dissolves? Embryo disposition and divorce. *William Mitchell Law Review*, v. 35, Issue 2, p. 481, 2009.

<sup>48</sup> Essa é a nossa posição, no sentido de enxergar validade tanto no negócio a título gratuito como a título oneroso.

<sup>49</sup> Passaremos ao largo do debate de outras questões, como um eventual inadimplemento contratual por falta de pagamento do preço acordado ou quaisquer outras questões patrimoniais, focando nos elementos existenciais do negócio.

<sup>50</sup> O melhor interesse da criança (ainda que por nascer) deverá ter primazia sobre todos os outros interesses em jogo.

ser ponderado ao lado da boa-fé contratual e a proibição do venire contra factum proprium.<sup>51</sup>

## 5 CONTRATOS DE GERAÇÃO DE FILHOS

Já há algum tempo ventila-se a possibilidade de existir um arranjo ou um contrato entre pessoas para a geração de filhos, numa materialização de dissociação absoluta de sexualidade e parentalidade, alicerçada em uma lógica de que a maternidade e a paternidade são funções que podem estar completamente apartadas da conjugalidade. Nesse cenário, o tripé casamento – sexo – reprodução restou completamente alterado e o exercício da parentalidade deixa de ser uma consequência da relação amorosa dos pais da criança. Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira, existem pessoas que somente desejam estabelecer uma vida em comum com outra, mas não querem ter filhos. E há outras que desejam ter a sua prole sem estabelecer um vínculo conjugal.<sup>52</sup>

Com a revolução trazida pelas técnicas de reprodução medicamente assistidas, duas pessoas podem ter um filho sem sequer tocarem um no outro, se assim for o desejo de ambos, em virtude do cenário amplamente permissivo da procriação medicamente assistida no Brasil. Encontram-se, vão a uma clínica ou centro de reprodução humana, escolhem uma das técnicas e podem exercer a parentalidade sem grandes óbices, seja em termos de acesso às técnicas, seja em termos de estabelecimento da filiação no momento posterior.

A complexidade desses acordos surge quando esse projeto parental é edificado por mais de duas pessoas. Por exemplo, um casal de gays e outro de lésbicas, em que uma das mulheres teria um filho de um dos homens.<sup>53</sup> Note-se que, não obstante inexistir dúvidas em relação à maternidade e à paternidade jurídica dessa criança, o projeto parental foi pensado por 4 pessoas. Provavelmente, a criança irá viver habitualmente com um dos casais e passar temporadas com o outro casal.<sup>54</sup> Ou ambos os casais poderão ter a guarda compartilhada da criança. As questões que emergem: no caso de a mãe jurídica

---

<sup>51</sup> Adverte-se na doutrina que se deve emprestar juridicidade a esse tipo de contratos de forma a inibir posturas contraditórias e fraudes, já que inúmeras clínicas de reprodução assistida simulam contratos gratuitos que, na realidade, são onerosos. Cfr. OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, v. 20, p. 33-34, fev./mar. 2011.

<sup>52</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184.

<sup>53</sup> Por meio de relações sexuais tradicionais, autoinseminação ou recurso às técnicas de PMA.

<sup>54</sup> Como férias, feriados etc.

e genética da criança vir a falecer, a criança automaticamente passa a viver com o pai biológico (que é o progenitor sobrevivente), sem levar-se em consideração que sempre viveu com a mãe e sua companheira ou esposa?<sup>55</sup> Se o pai genético do infante morrer, resta o seu companheiro ou marido sem direito ou dever algum para com a criança? Será obstado das visitas e convivência frequente de uma hora para a outra?

Para que todas as partes tenham os seus direitos parentais reconhecidos, ainda é preciso se socorrer da justiça para o reconhecimento de uma multiparentalidade jurídica,<sup>56</sup> que representa uma quebra de paradigmas no direito da filiação, alicerçado numa lógica binária. Um contrato dessa natureza, ainda que não seja executável em tribunal, em um eventual processo para estabelecimento de filiação ou disputa de guarda da criança, poderá servir como uma robusta prova da intenção das pessoas envolvidas e ajudar a clarificar o melhor interesse da criança no caso concreto.

## 6 O PROBLEMA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Ao redor do mundo existem, atualmente, milhões de embriões congelados.<sup>57</sup> Enquanto alguns destes estão criopreservados porque

---

<sup>55</sup> Tomando-se como pressuposto que a criança residia habitualmente com o casal de mulheres.

<sup>56</sup> Como em recente caso no Rio Grande do Sul: Apelação cível. Declaratória de multiparentalidade. Registro civil. Dupla maternidade e paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Julgamento desde logo do mérito. Aplicação artigo 515, § 3º do CPC. A ausência de lei para regência de novos. E cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da “legalidade”, “tipicidade” e “especialidade”, que norteiam os “Registros Públicos”, com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), “objetivos e princípios fundamentais” decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da “multiparentalidade”, com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8ª C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12.02.2015).

<sup>57</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos

os casais ainda estão envolvidos em tratamentos de fertilidade, muitos nunca serão implantados nestes casais e são denominados como excedentários ou supranumerários.<sup>58</sup> Há um debate mundial sobre o que deve acontecer com esses embriões.<sup>59</sup>

De pronto suscita-se uma dúvida: o eventual destino dado a esses embriões, para além da sua utilização em pesquisas científicas ou a própria destruição, seria uma doação ou uma espécie *sui generis* de adoção? A questão da adoção vs. doação nada mais é do que o resultado da definição de estarmos a falar de uma res, de um ser humano, de uma vida humana em potencial ou de uma situação intermédia inominada. É certo que as técnicas da reprodução assistida deverão evoluir de modo a se garantir implantações bem-sucedidas, sem a necessidade de fecundação de vários óvulos, ou até mesmo se evoluir para o congelamento e preservação dos gametas. Mas enquanto isso não acontece, qual o destino dos embriões supranumerários? A utilização por outro casal? O descarte? A criopreservação? Por quanto tempo?<sup>60</sup> Além da determinação da natureza jurídica do embrião, outra questão, quase concomitantemente emerge: quem possui a legitimidade decisória sobre o destino desses embriões?<sup>61</sup>

---

embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 58, 2008.

<sup>58</sup> Na doutrina anglo-saxônica, encontra-se, entre outras, as terminologias: *spare*, *surplus*, *excedentary* e *excess embryos*.

<sup>59</sup> Já tratamos detalhadamente da questão no artigo CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre os embriões excedentários. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, linguagem e sociedade*. Recife: Appodi, p. 124 e ss, 2011.

<sup>60</sup> Problemas também levantados por GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 109.

<sup>61</sup> Antes de qualquer coisa, é importante saber o porquê da existência de embriões excedentários. A coleta de óvulos é um procedimento em que se faz necessária uma intervenção cirúrgica, com utilização de anestesia, o que se traduz em um risco para a mulher em causa e, por óbvio, não pode ser realizada com frequência. Trata-se de uma situação que, além disso, existe algum sofrimento físico e, por vezes, psíquico. Por tal motivo, existem as denominadas “sobras embrionárias”, que se devem à vontade de se aproveitar, ao máximo, a “hiperindução” da ovulação. Durante muito tempo não existiu uma forma segura de conservação e congelamento dos óvulos em baixa temperatura, que deveriam ser colhidos e fecundados de pronto, em virtude da impossibilidade da sua conservação. E mais: devido à possibilidade de falta de êxito no desenvolvimento dos vários embriões implantados, se fazia necessário o preparo simultâneo de vários embriões, que seriam utilizados cada vez que as tentativas de implantação e desenvolvimento fossem infrutíferas. Esse era o panorama médico-científico até muito pouco tempo atrás e a “gênese dos embriões excedentários, órfãos biológicos da ciência atual”. Nas palavras de Vera Lúcia Raposo, para quem “a fertilização de um número excessivo de ovócitos é a responsável pela criação de mais embriões que poderão ser transportados para o útero materno em condições que permitam levar a bom termo a gravidez sem prejudicar a vida da mãe”. (RAPOSO, Vera Lúcia. RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 58, 2008 p. 58).

Uma pergunta básica logo irrompe: quando é que um agregado de moléculas deixa de ser uma simples mistura química e se transforma em um organismo vivo? Existem duas grandes correntes a esse respeito, que passaremos ao largo.<sup>62</sup> O que está efetivamente em causa é determinar se o embrião é uma coisa (res)<sup>63</sup>, uma quase-propriedade<sup>64</sup>, um ser humano,<sup>65</sup> um ser humano em potência,<sup>66</sup> ou um *tertium genus*,<sup>67</sup> uma categoria de direitos e relações, ainda inominada. Seguindo a ideia de Vera Lúcia Raposo, esta última posição parece-nos ser a mais razoável de se adotar.<sup>68</sup> Assim, é preciso ver o embrião excedente numa espécie de teoria híbrida, em que o mesmo não se encaixa na figura de pessoa, “mas é destinatário de direitos visando coibir práticas excessivas e condutas antiéticas do meio científico”.<sup>69/70</sup> Independente da visão que se tenha sobre a natureza jurídica do embrião uma coisa se deve ter por certa: existe um consenso quase geral de que

---

<sup>62</sup> A concepcionista e a natalista. Existe ainda uma corrente com um número menor de adeptos, denominada de teoria da personalidade condicional.

<sup>63</sup> Neste sentido se manifesta CAHN, Naomi R. *Test tube families: why the fertility market needs regulation*. New York/London: New York University, 2009, p. 175, quando assevera que não obstante os embriões serem destinatários de respeito especial, ainda constituem propriedade, como o esperma e os óvulos.

<sup>64</sup> Propriedade para determinados propósitos, mas não todos, de acordo com GARRISON, Marsha. *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 4, p. 906, 2000.

<sup>65</sup> Nessa corrente se filia Enrique Varsi Rospigliosi, para quem o embrião, ainda que ex utero, é uma vida humana que, independentemente da forma como tenha sido criada e da sua espera de transferência para a parede uterina, merece a proteção jurídica como sujeito de direito que é. Neste sentido, consultar ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Derecho genético y procreático*. 4. ed. atual. La Paz: ABIODGE – Asociación Boliviana de Bioética & Derecho Genético y Biotecnología, 2005, p. 125.

<sup>66</sup> Considera o embrião um ser humano em potencial – e, por tal motivo se opõe aos experimentos que conduzam à sua destruição MARSHALL, John. *The Case Against Experimentation*. In: DYSON, A.; HARRIS, J. (Ed.). *Experiments on Embryos*. London: Routledge, 1990, p. 55.

<sup>67</sup> Expressão latina que designa a metade do caminho entre duas coisas. No caso em tela, os embriões estariam algures entre as coisas e as pessoas.

<sup>68</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 57, 2008.

<sup>69</sup> SOARES, Vladimir Salles. O embrião excedentário e as terapias celulares – uma análise da lei de biossegurança sob o prisma constitucional. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 658.

<sup>70</sup> Não obstante não ter sido a ideia adotada no célebre julgamento *Davis v. Davis* nos EUA, tal corrente já era ventilada pela doutrina e foi citada na sentença. “A third view -- one that is most widely held -- takes an intermediate position between the other two. It holds that the pre-embryo deserves respect greater than that accorded to human tissue but not the respect accorded to actual persons. The pre-embryo is due greater respect than other human tissue because of its potential to become a person and because of its symbolic meaning for many people. Yet, it should not be treated as a person, because it has not yet developed the features of personhood, is not yet established as developmentally individual, and may never realize its biologic potential”. *Davis v. Davis*, 842 S.W. 2d 588 (Tennessee, 1992), [57].

eles merecem um “especial respeito”, porque completaram os primeiros passos após a fertilização para se tornar um bebê.<sup>71</sup>

Num primeiro momento, deve-se questionar se devemos falar em “guarda” dos embriões – em uma nítida remissão ao poder familiar/responsabilidades parentais – partindo de uma ideia de que os embriões constituem vida humana, ainda que de forma distinta do ser humano nascido, ou se devemos falar em propriedade ou posse, numa clara qualificação dos embriões como simples res.<sup>72</sup>

Seja qual for a qualificação que seja dada ao embrião – de coisa ou de ser humano – uma certeza se deve ter. Antes do momento da concretização da técnica de fertilização *in vitro*, ou, no máximo, até o momento da criopreservação do embrião, o seu destino já deve – ou deveria estar – previsto em um contrato ou no termo de consentimento informado utilizado pela clínica, pois em caso contrário, muitos problemas poderão surgir, nomeadamente em caso de separação/divórcio do casal ou de morte de um deles.

De acordo com a Resolução n. 2.121/2015 do CFM, no momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes.<sup>73</sup> A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança. A solução, na teoria, parece ter sido oferecida: o que estiver no contrato ou no termo de consentimento informado, vale para decidir o destino dos embriões excedentes. E serão os autores do projeto parental que irão decidir a questão.

Contudo, pode-se questionar: e na falta de um documento escrito? O que poderá acontecer? E se o consentimento não foi suficientemente esclarecido? E no caso de eventual desacordo entre os

---

<sup>71</sup> Há duas décadas assim já se manifestava John Robertson, citado por GARRISON, Marsha. *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*. Harvard Law Review, v. 113, n. 4, p. 910, 2000.

<sup>72</sup> Tal dúvida também é suscitada por RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos reprodutivos*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 2, n. 3, p. 129, 2005.

<sup>73</sup> Sobre a experimentação ressalta Vera Raposo que “se a alternativa é, sem mais, destruir os embriões, por que não antes tirar deles uma utilidade, que pode vir a beneficiar em muito a espécie humana? Não se trata de instrumentalizar os embriões, mas sim de verdadeiramente os respeitar como seres vivos que são, permitindo que antes da sua eliminação contribuam para o bem estar da humanidade da qual já fazem parte ou, pelo menos, viriam potencialmente a fazer”. (RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos reprodutivos*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 2, n. 3, p. 128-129, 2005).

beneficiários? Mais uma vez retornamos à problemática de determinar se os embriões devem ser considerados seres humanos e os conflitos resolvidos como se soluciona a atribuição da guarda de um infante; se devem ser considerados propriedade e o eventual desacordo ser solvido como se o embrião constituísse uma mera coisa; ou, numa terceira possibilidade, se o caso deveria ser analisado como um conflito de direitos, especificamente um conflito de direitos reprodutivos (por exemplo, o direito a ter filhos de uma das partes com o direito a não ter filhos da outra que não deseje mais exercer a parentalidade), como assevera Vera Lúcia Raposo.<sup>74/75</sup> A jurista ainda afirma que os beneficiários das técnicas de PMA poderão invocar um “poder decisório” sobre os embriões, alicerçado em um dever de cuidado, de onde emergem obrigações de proteção, mas também direitos.<sup>76</sup>

Na ocorrência de os progenitores estarem em concórdia sobre o destino dos embriões e, por óbvio, esse destino seja lícito, não parecem existir problemas. Entretanto, se o casal está em dissenso, a resolução da situação deve ser deixada ao Judiciário com fundamento no que se entenda por melhor interesse do embrião.<sup>77</sup> E este desacordo pode se manifestar de diversas maneiras. Ambos os pais podem querer os embriões para procriar. Um deles pode querer implantá-los e o outro se opor a envolver-se em um projeto parental. Por isso, mais uma vez, é imperioso reforçar a necessidade de elaboração de um acordo escrito,<sup>78</sup> em que tais situações – de destinação dos embriões – já este-

---

<sup>74</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 56, 2008.

<sup>75</sup> A mesma dúvida é suscitada na doutrina norte-americana quando se afirma que existe apenas um punhado de casos – muitas vezes sem efeito vinculante – estão disponíveis para ajudar o sistema judiciário para determinar se a disposição dos embriões deve ser analisada sob a ótica do direito contratual ou como um direito constitucional de ter ou não ter filhos, que é definida como liberdade de procriação. Nesse sentido, consultar ERICKSON, Thereza M.; ERICKSON, Megan T. What happens to embryos when a marriage dissolves? Embryo disposition and divorce. *William Mitchell Law Review*, v. 35, Issue 2, p. 475, 2009.

<sup>76</sup> Antes de chegar a essa conclusão, a jurista traz à tona um caso ocorrido no Brasil sobre uma disputa em relação a um animal, nomeadamente um cão que, “se encontram num limbo conceitual, algures entre as pessoas e as coisas”. Assim, os qualifica como *tertium genus* e afirma que “os embriões encontram-se mais ou menos neste ponto: tal como os animais, são seres vivos, mas não pessoas”, e coloca uma questão: “poderão os *tertium genus*, para alguns efeitos pelo menos, ser tratados como pessoas? A resposta que a doutrina brasileira avançou foi a de um suposto dever de cuidado para com os animais, fundamento de direitos sobre eles e, concomitantemente, de deveres”. (RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 56, 2008).

<sup>77</sup> Como refere RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 61, 2008.

<sup>78</sup> Na doutrina norte-americana denominado de *disposition agreement*.

jam decididas à partida, esclarecidos os termos nos quais se operará a transferência uterina na ocorrência de separação ou divórcio.<sup>79</sup> A decisão, como mencionado, deverá ser pautada no melhor interesse do embrião ou do nascituro eventual.<sup>80</sup>

Em relação às disputas de vontades entre progenitores vivos, alinhamos pela seguinte solução:<sup>81</sup> 1) no caso de desacordo entre os beneficiários das técnicas, dever-se-á recorrer aos acordos prévios estabelecidos entre as partes; 2) na falta dos referidos acordos, dever-se-á ponderar o relevo da vontade de cada parte em utilizar ou não os embriões, havendo uma prevalência do direito à não reprodução, em especial quando o desejo da outra parte for no sentido de destinar os embriões a terceiros; 3) todavia, se a pessoa que deseja utilizar os embriões não dispuser de forma alternativa de se reproduzir, o direito deste indivíduo em reproduzir-se deverá ter prevalência, tendo em vista que o projeto parental inicial teve o apoio de ambos os lados, mesmo daquela parte que agora se opõe à implantação.

Todavia, a solução proposta acima se encaixa para os casos de disputa em vida. E no caso de morte, na ausência de um acordo escrito?<sup>82</sup> Mais uma vez retornamos à mesma questão: estamos a falar de um bem que seria repassado por herança ou testamento, ou passaria – automaticamente – a decisão para as mãos do supérstite, como acontece com as responsabilidades parentais?

Uma das formas que a reprodução assistida post mortem<sup>83</sup> pode assumir é a de transferência embrionária. Nessa modalidade, em regra, existiu um consentimento da parte masculina, que autorizou a utilização do seu semên para a fertilização dos óvulos do elemento feminino do casal. Entretanto, tal consentimento foi dado, usualmente, com o

---

<sup>79</sup> No mesmo sentido, RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 63, 2008.

<sup>80</sup> Não parece ser inteiramente acertado considerar um embrião *in vitro* pura e simplesmente como nascituro. É que o embrião implantado no útero de uma mulher já se encontra em pleno desenvolvimento celular. A outro giro, não parece ajustada a terminologia de concepturo, já que o embrião ainda que *in vitro*, já foi concebido. Outra hipótese seria se referir a nascituro não implantado.

<sup>81</sup> Seguimos de perto Vera Lúcia Raposo, já em outra oportunidade. Cfr. CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre os embriões excedentários. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, linguagem e sociedade*. Recife: Appodi, 2011, p. 143.

<sup>82</sup> Que nem sempre é garantia de que tudo vá correr como acordado. Neste sentido, consultar o caso *A.Z. v. B.Z.*, 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000). Situação em que a Suprema Corte de Massachusetts recusou a efetivação do acordo.

<sup>83</sup> Historicamente, o nascimento de uma criança após a morte de um pai biológico só poderia ter lugar dentro de uma janela de tempo limitada. No entanto, o armazenamento e implantação posterior de embriões congelados criou o potencial de a prole poder ser produzida anos após a morte de um pai biológico.

intuito de que o processo fosse completado durante a vida do próprio. Destarte que resta saber se o mesmo se manteria na eventualidade de o indivíduo ter ciência de que viria a falecer em breve, nascendo o seu filho apenas em momento posterior.<sup>84</sup>

A transferência post mortem de embriões, em nome da segurança jurídica e respeito à autonomia das partes (incluindo quem já faleceu) deveria seguir dois pressupostos: 1) a existência de uma declaração expressa do falecido ou falecida a permiti-la; 2) que a técnica fosse levada a cabo dentro de um período determinado a contar do falecimento do de cujus.<sup>85</sup> Tal raciocínio segue de perto o estipulado pelo art. 22º, n. 3 da Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal.<sup>86</sup>

No Brasil, na falta de um acordo que abarque também a questão de uma eventual transferência embrionária post mortem, há que se recorrer à legislação vigente. O art. 1.597 do Código Civil estabelece no inciso IV que serão presumidos concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, ou seja, com material genético das duas pessoas do casal. Assim, na ausência de pacto entre as partes e existindo embriões excedentários frutos de reprodução homóloga, não parece haver qualquer limitação para disposição dos embriões pelo cônjuge supérstite, a qualquer tempo, desde que a pessoa em causa não estivesse separada ou divorciada do de cujus.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Neste sentido, consultar RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo. Aspectos jurídicos da reprodução assistida post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 7, n. 14, p. 83, 2010.

<sup>85</sup> Em sentido parecido, consultar RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo. Aspectos jurídicos da reprodução assistida post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 7, n. 14, p. 93, 2010. RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos reprodutivos. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 2, n. 3, p. 124, 2005.

<sup>86</sup> “É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”.

<sup>87</sup> Nesse sentido, o Enunciado n. 106 do CJF: “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”. Importa ressaltar que, para atendimento ao mandamento constitucional da igualdade e também em virtude do reconhecimento das uniões homoafetivas, tal dispositivo também deve ser aplicado extensivamente aos maridos sobreviventes em relação à esposa ou ao marido. Também na I Jornada de Direito Civil do CJF propôs-se uma supressão da última parte do art. 1.597 do CC justificando que “não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai”. Tal ideia, entretanto, equivaleria a um desprestígio das famílias monoparentais. Se tal juízo fosse aceito, também serviria para colocar em causa o acesso de pessoas solteiras às técnicas de

E na hipótese de concepção heteróloga, ou seja, com material apenas de um dos membros do casal? O inciso V do mesmo dispositivo do Código Civil determina que serão considerados concebidos na constância do matrimônio os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido. Numa lógica de um Estado regido pela igualdade (entre as pessoas e as famílias), pela liberdade (na constituição das entidades familiares), pela dignidade humana e pela não discriminação (aí incluída por orientação sexual e gênero) tal disposição não deveria ser interpretada como também aplicável à esposa, de casal hetero ou homoafetivo? Desde 2011, os casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser autorizados. Na hipótese de um casal heterossexual ou de gays, o marido sobrevivente poderá se socorrer da maternidade de substituição. Na hipótese de um casal de lésbicas, não há maridos. A solução legislativa se mostra discriminatória (em termos de orientação sexual e gênero, já que os homens também podem desejar exercer a parentalidade após o falecimento da esposa) e incompatível com o estado atual do nosso sistema jurídico. Tal fato evidencia a necessidade de reforma da legislação existente em matéria de filiação ou do tratamento dessas questões em uma eventual legislação especial sobre reprodução assistida.<sup>88</sup>

Importa mencionar outro ponto bastante nevrálgico dessa questão. O art. 1.597 do CC expressamente estabelece que os filhos (embriões excedentários) originários da procriação medicamente assistida homóloga serão presumidos concebidos na constância do casamento. De acordo com a redação do Código Civil, o reconhecimento da filiação se dará a qualquer tempo. Não há qualquer restrição temporal. Todavia, o art. 1.800, § 4º determina que, se transcorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

E na hipótese de ausência de testamento? Nascerá o filho, terá a sua filiação estabelecida, mas não o direito à herança? O art. 1.798 do CC estabelece que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Na hipótese de embriões excedentários frutos de procriação homóloga, o Diploma Civil brasileiro estabelece que será presumido filho matrimonial ainda que tenha nascido muito tempo após a morte do seu progenitor

---

PMA, assim como adoções individuais, o que se mostra incompatível com os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

<sup>88</sup> A doutrina norte-americana ressalta que o grande potencial de abuso no mercado da reprodução humana deve ser controlado por uma legislação abrangente e centralizada. Grandes abusos não podem continuar simplesmente porque legisladores lutam com a redefinição da família no século XXI e ignoram essa realidade. Cfr. PREISLER, Andrea. Assisted Reproductive Technology: The Dangers of an Unregulated Market and the Need for Reform. *DePaul Journal of Health Care Law*, v. 15, n. 2, p. 236, 2013.

falecido. Nesse sentido, na III Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o enunciado que afirma que a regra do art. 1.798 do CC deve ser estendida aos embriões formados mediante a utilização das técnicas de PMA abarcando, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. Assim, o enunciado terminou por considerar os embriões como pessoas já concebidas.

Ainda que tenha havido disposição testamentária do falecido, nos termos do art. 1.799, I, o art. 1.800, § 4º, estabelece um prazo de caducidade para que esse embrião ou ser humano em potência seja implantado e possa herdar após seu nascimento.<sup>89</sup> Parece existir, portanto, um claro conflito entre as regras. Das duas soluções, é preciso optar por uma: ou se estabelece um prazo no art. 1.597, IV, determinando que, para se operar o estabelecimento da filiação, a implantação (e conseqüente gravidez) dos embriões excedentários deve ocorrer dentro de um certo lapso temporal a contar da morte do pai falecido (dois anos, para se harmonizar com o disposto mais à frente) ou se elimina o § 4º do art. 1.800 do CC. Não faz sentido continuar a existir dispositivos jurídicos no mesmo diploma (Código Civil) que indicam que uma filiação (dos embriões excedentes de reprodução homóloga) poderá ser estabelecida a qualquer tempo, mas que o direito de participar na herança caducará em dois anos.

Um eventual estabelecimento de prazo não configuraria discriminação na filiação, expressamente vedada pela Constituição Federal. Nesse caso, está-se a falar de um ser humano em potência, que ainda não existe. O direito reprodutivo do cônjuge sobrevivente estaria assegurado durante certo tempo e, se não exercido no período previsto, deveria ceder ante os direitos patrimoniais dos outros herdeiros. Tal ideia parece ser verossímil, pois assegura o direito à procriação de um lado – com o respectivo direito à herança do filho que está por vir<sup>90</sup> – e da segurança jurídica por outro lado. Assim, um eventual prazo para requerer a herança só pode continuar existindo se também houver prazo para estabelecimento da filiação do embrião em causa, já que não há como se conceber – dentro do ordenamento jurídico brasileiro – que alguém possa ser filho a qualquer tempo, mas apenas para alguns efeitos limitados como o direito ao nome.

---

<sup>89</sup> A título de curiosidade, o Estado da Califórnia e no Estado de Louisiana, nos EUA, o requisito para que os filhos ainda não nascidos possam herdar de seus pais já falecidos são de dois e três anos, respectivamente, desde que exista um consentimento autorizando PMA post mortem. Cfr. BARON, Noah; BAZZELL, Jennifer. Assisted Reproductive Technologies. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 15, n. 1, p. 71-72, 2014.

<sup>90</sup> Direito constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXX, da Constituição Federal que deve ser articulado com o art. 227, §6º da Carta Magna, que veda discriminação entre os filhos, independentemente da sua origem ou da relação dos seus progenitores.

Portanto, parece razoável a estipulação de um prazo entre 5 e 10 anos para os dispositivos supracitados.<sup>91</sup> Um lapso temporal dessa amplitude asseguraria tempo suficiente para que o (a) cônjuge sobrevivente exercesse o seu direito de escolha em procriar ou não, certificaria que o nascituro eventual seria tido como filho para todos os efeitos jurídicos, respeitando, portanto, o princípio da igualdade da filiação consagrado pela Constituição Federal.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reprodução artificial é um desenvolvimento científico que invoca uma infinidade de considerações éticas e legais, com várias nuances sociais, religiosas e políticas. Várias décadas após o nascimento da primeira criança fruto da PMA, poucos lugares do mundo possuem leis abrangentes e claras sobre o estabelecimento da filiação das crianças originadas por essas técnicas. O Brasil, apesar de tratar da matéria no Código Civil, o fez de forma insuficiente, fato que encontra justificativa na compreensão social de família e nas tecnologias existentes à época de elaboração do projeto do Código, na década de 1970.

Como foi evidenciado no decorrer do estudo, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não substituem a lei, nem mesmo possuem um caráter supletivo, constituindo meramente orientações deontológicas que vinculam apenas os médicos e serviços de saúde. A noção social e jurídica de família avançou, as técnicas de reprodução assistida progrediram de maneira vertiginosa. É preciso uma legislação que emoldure essa realidade. A legislação existente, com todas as adaptações possíveis, interpretações extensivas e analogias que se possa fazer, não oferece resposta a todas as perguntas que se apresentam nessa matéria.

---

<sup>91</sup> Levando-se em consideração que a Resolução n. 2.121/2015 do CFM fala em criopreservação dos embriões por 5 anos. Como adverte a doutrina “os embriões a partir de cinco ou mais anos de criopreservação, e alguns antes, são quase todos moribundos, impróprios para a transferência intra-uterina (Declaração de Voto do Conselheiro Daniel Serrão ao Parecer n. 44/CNECV/04)”. (RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 56, 2008). Todavia, ainda que seja uma ocorrência raríssima, há notícias de crianças que nasceram a partir de embriões congelados por 8, 13 e quase 20 anos. Como já indicamos em CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre os embriões excedentários. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, linguagem e sociedade*. Recife: Appodi, 2011, p. 151. Assim, também se poderia tomar em consideração o prazo prescricional para petição de herança (aqui, passando ao largo da divergência doutrinária sobre a prescritibilidade ou não da ação de petição de herança e tomando o prazo como existente). Não faz sentido que um filho, cuja possível concepção era de conhecimento do de cujus possa herdar, com recurso à justiça em até 02 anos, e aquele cuja existência o falecido nem sabia, possa herdar se recorrer ao judiciário até uma década depois.

Muitas crianças nascem todos os anos frutos das técnicas de PMA em todo o Brasil. Nos últimos tempos, as técnicas foram abertas aos casais homossexuais femininos e masculinos, com possibilidade de gestação compartilhada e maternidade de substituição. Contudo, o direito da filiação não acompanhou esse avanço. Por exemplo, o Código Civil brasileiro determina uma presunção de filiação em relação ao marido da mãe. Mas será que a presunção *pater is est* poderá ser alargada ao marido do pai? O que dizer da presunção *mater semper certa est* numa lógica de maternidade de substituição e de gestação por casais de lésbicas que, em regra, a mãe que irá carregar a criança em seu ventre e a mulher que doou o óvulo são pessoas diferentes?

Diante do estado atual da compreensão da filiação em nosso ordenamento (como uma função e não como uma fatalidade biológica), melhor seria que as presunções de maternidade e paternidade fossem direcionadas aos “pais de intenção”, aos autores do projeto parental, independentemente da orientação sexual do casal. Assim, pai e mãe, na reprodução assistida, deveriam ser aqueles que buscaram os recursos da Medicina reprodutiva para procriar.

O Direito deve se adaptar às realidades vigentes e estabelecer que a maternidade não se dá pelo fato do parto, mas, sim, pelo fato de se desejar ser mãe. Assim, na hipótese de reprodução assistida entre lésbicas, mãe será aquela que der à luz, assim como a mulher que for sua esposa ou companheira, independentemente de quem houver doado o material genético. Seguindo o mesmo raciocínio, na hipótese de procriação medicamente assistida por *gays*, pai será aquele que doou o material genético, assim como o homem que for seu marido ou companheiro, sendo afastada a maternidade da mãe portadora, se não for um caso de multiparentalidade *ab initio* revelada por um contrato de geração de filhos. Na hipótese de casais heterossexuais, a presunção de paternidade em relação ao marido da mãe poderia continuar existindo, mas deveria também ser alargada ao companheiro, desde que comprovada a união estável por escritura ou outro documento com fé pública.

Uma eventual ingerência ou intervenção estatal em matéria de reprodução humana assistida se faz mais do que desejável: é necessária. De preferência, que se crie um diploma ou estatuto próprio, em que sejam satisfatoriamente e sistematicamente regulados todos os aspectos clínicos (nada obsta uma remissão à Resolução do CFM que trata da matéria ou que se utilize o texto como base da lei a ser criada), administrativos, civis e penais da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Como mencionado, os legisladores têm sido sistematicamente indolentes nessa seara e, certamente, essa não foi uma boa estratégia. Essa demora deixou um vazio legal em uma área

em franca expansão, com práticas que floresceram e desaguaram em um mercado não regulamentado onde terminam por existir fraudes e abusos ignorados. A Resolução do Conselho Federal de Medicina acaba oferecendo, tão somente, uma falsa sensação de segurança jurídica.

Na realidade, não existem regras e restrições, a não ser as de caráter deontológico criadas pelo próprio CFM, que não vinculam qualquer pessoa a não ser os médicos e os serviços de saúde. O Brasil terminou por tornar exequível um sistema médico de enfrentamento da infertilidade e promoção da parentalidade, mas olvidou-se de legitimar legislativamente a prática, fato reconhecido inclusive pelo próprio CFM. É inconcebível que tal matéria – de ordem pública – seja deixada a cargo de corpos autônomos e sem competência legislativa, em uma espécie de autoregulação extrajurídica.

O Congresso Nacional deve criar uma política nacional que obrigue a todos – médicos, pacientes, juristas – a pensarem criticamente sobre as implicações sociais, familiares, médicas e jurídicas das técnicas de reprodução assistida, que já estão profundamente arraigadas entre nós. Só então, depois que uma estrutura regulatória com força executiva for adotada, as famílias brasileiras que utilizam as técnicas de PMA poderão estar confiantes sobre todos os efeitos jurídicos resultantes do recurso às técnicas.

No âmbito de situações tão labirínticas e complexas, com reflexos manifestos nas mais diversas esferas da vida das partes – aí incluídos os pais, uma eventual mãe hospedeira, o embrião ou o nascituro, e o médico – é necessário que a lei oferte caminhos seguros e inequívocos para todos. Dito de outra forma, é imprescindível um ajuste legislativo dos direitos, obrigações e proteções dos vários intervenientes no processo de reprodução assistida de forma a salvaguardar um dos projetos mais sublimes da vida das pessoas. Por fim, deve se ter por certo que o sistema de tutela da PMA deve ser baseado em uma ideia de pluralismo procriativo e familiar, em atendimento aos mandamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da pluralidade familiar e da vedação do retrocesso social.

## 8 REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 11, p. 93-104, ago./set. 2009.

ANVISA. Tipagem HLA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 21 set.2015.

ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

BARON, Noah; BAZZELL, Jennifer. Assisted Reproductive Technologies. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 15, n. 1, p. 57-94, 2014.

CAHN, Naomi R. *Test tube families: why the fertility market needs regulation*. New York/London: New York University, 2009.

CFM. Resolução n. 2.121/2015. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)> Acesso em: 20 set. 2015.

CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre os embriões excedentários. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, linguagem e sociedade*. Recife: Appodi, 2011. p. 124-162.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CRUZ, Myrel Marin. Diagnostico genetico preimplantacional: consideraciones juridicas del uso de embriones pre-seleccionados para evitar condiciones geneticas. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, v. 82, n. 1, p. 249-266, 2013.

DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ERICKSON, Thereza M.; ERICKSON, Megan T. What happens to embryos when a marriage dissolves? Embryo disposition and divorce. *William Mitchell Law Review*, v. 35, Issue 2, p. 469- 488, 2009.

GARRISON, Marsha. Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 4, p. 835-923, 2000.

GLENNON, Theresa. Choosing One: Resolving the Epidemic of Multiples in Assisted Reproduction. *Villanova Law Review*, v. 55, n. 1, p. 147-204, 2010.

GOMES, Catarina. Autorizado primeiro bebê-medicamento em Portugal. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/autorizado-primeiro-bebe-medicamento-em-portugal-1694062?page=-1>>. Acesso em: 21 set. 2015.

GRATTON, Emmanuel. Les déclinaisons de la paternité gaye. In: GROSS, Martine (Éd.). *Homoparentalités, état des lieux*. Toulouse: Ères, 2005, p. 281-290.

GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

KATZ, Gregory; SCHWEITZER, Stuart O. Implications of Genetic Testing for Health Policy. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, v. 10, n. 1, p. 90-134, 2010.

KING, Jaime S. And Genetic Testing for All - The Coming Revolution in Non-Invasive Prenatal Genetic Testing. *Rutgers Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 599-658, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

MARSHALL, John. The Case Against Experimentation. In: DYSON, A.; HARRIS, J. (Ed.). *Experiments on Embryos*. London: Routledge, p. 55-64, 1990.

MUTCHERSON, Kimberly M. Procreative pluralism. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, v. 30, n. 1, p. 22-75, 2015.

MUTCHERSON, Kimberly M. Transformative Reproduction. *Journal of Gender, Race & Justice*, v. 16, n. 1, p. 187-234, 2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Doutrinas essenciais - Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.385-1.406.

NEVES, M. Patrão. PMA: do desejo de um filho ao filho desejado. In: *Separata de Do início ao fim da vida - Actas do Colóquio de Bioética*. Braga: Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 113-137.

OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da procriação assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 5-30.

OLIVEIRA, Guilherme de. Legislar sobre Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 89-104.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 20, p. 19-38, fev./mar. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PREISLER, Andrea. Assisted Reproductive Technology: The Dangers of an Unregulated Market and the Need for Reform. *DePaul Journal of Health Care Law*, v. 15, n. 2, p. 213-236, 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos reprodutivos. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 2, n. 3, p. 111-131, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quando ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 5, n. 9, p. 55-79, 2008.

RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n. 8, p. 59-84, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo. Aspectos jurídicos da reprodução assistida *post-mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/ Coimbra Editora, ano 7, n. 14, p. 81-94, 2010.

REIS, Rafael Vale e. Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida – A criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n. 13, p. 69-93, 2010.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Derecho genético y procreático*. 4. ed. atual. La Paz: ABIODGE – Asociación Boliviana de Bioética & Derecho Genético y Biotecnología, 2005.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

SHIVAKUMAR, Pryianka. Count Your Chickens before They Hatch – How Multiple Pregnancies Are Endangering the Right to Abortion. *Brooklyn Law Review*, v. 78, n. 1, p. 201-230, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVESTRE, Margarida. *Embriões excedentários: entre a técnica, a lei e a ética*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

SOARES, Vladimir Salles. O embrião excedentário e as terapias celulares – uma análise da lei de biossegurança sob o prisma constitucional. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 625-691.



# INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO ALIMENTAR

*Dimas Messias de Carvalho*

Mestre em Direito Constitucional pela FDSM. Promotor de Justiça aposentado/MG. Professor de Graduação na UNIFENAS e UNILAVRAS. Professor convidado em cursos de pós-graduação em Goiânia/GO (IPOG), Florianópolis/SC (CESUSC), Belo Horizonte/MG (Univ. Itaúna, Faculdade Arnaldo e FUMEC), Pouso Alegre/MG (FDSM), Porto Alegre/RS (FADERGS) e Curitiba/PR (ABDConst). Advogado especializado em Direito de Família e Sucessões. Membro e vice-presidente do IBDFAM/MG. Membro e vice-presidente da Academia Lavrense de Letras (ALL). Autor de obras jurídicas.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil. 3. Indenização no Direito de Família. 4. Indenização por inadimplemento alimentar. 4.1. Dever jurídico de prestar alimentos e obrigação alimentar. 4.2. Ilícito penal por inadimplemento alimentar. 4.3. Dever de indenizar por inadimplemento alimentar entre pais e filhos. 4.4. Dever de indenizar por inadimplemento alimentar entre cônjuges e companheiros. 5. Efeitos da indenização por inadimplemento alimentar. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A reparação civil nas relações familiares, notadamente em razão de dano moral, é tema que não desperta muita simpatia em muitos magistrados e mesmo entre familiaristas, como lembra Rolf Madaleno, razão pela qual boa parte das decisões judiciais, notadamente no primeiro grau, tem afastado a indenização pelo descumprimento de deveres nas relações de família.<sup>1</sup>

Ressalta Maria Celina Bodin de Moraes<sup>2</sup> que a família atual apresenta como elemento aglutinador mais a afetividade do que os vínculos biológicos, portanto, as relações familiares e a responsabilidade civil,

---

<sup>1</sup> MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 13, dez./jan. 2010, p. 11.

<sup>2</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 805-807.

a princípio, são expressões que se excluíam. Tanto é que, a partir de meados do século passado, era comum ação de indenização por dano moral somente em relação à perda de um membro da família, ajuizada em face de terceiros. O dever de indenizar nas relações familiares é diverso, pois “tanto a vítima quanto o ofensor fazem parte da mesma família”, tratando-se de tema novo em que a responsabilidade civil inclui-se nas relações afetivas no meio familiar, ao invés de se excluir, conferindo maior autonomia e igualdade aos membros da família. A família atual, após o acolhimento do divórcio, notadamente com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, conferindo nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal,<sup>3</sup> que facilitou e disseminou o divórcio, além da maior autonomia dos membros, deslocou o eixo central de sua constituição, da conjugalidade para a filiação, assentada especialmente no princípio do melhor interesse do menor, conferido pelo art. 227 da Constituição da República.<sup>4</sup>

A responsabilidade civil no Direito de Família, entretanto, ainda encontra opositores, sob o argumento de abalo à paz familiar e manutenção da família, ausência de previsão legal e monetarização das relações afetivas, devendo ser aplicadas as regras próprias do direito familiarista. Os defensores da responsabilidade civil no seio familiar rebatem os argumentos, fundamentando que prevalece no Direito o respeito aos direitos fundamentais e a proteção da dignidade da pessoa humana, não podendo as relações familiares isentarem de responsabilidade o agente causador de dano.<sup>5</sup>

Esclarece Bruna Barbieri Waquim que o ser humano, por ser um sujeito de desejos, age, muitas vezes, por impulso e libido, prejudicando os que lhes são próximos, não podendo ser isento de responsabilidades em razão das relações familiares, em prol do restabelecimento de uma coexistência harmoniosa e da proteção da dignidade dos membros da família, deve ser conferido o direito dos componentes de uma estrutura familiar de buscarem a reparação ou indenização dos bens jurídicos violados na intimidade do lar. As relações familiares não podem excluir de responsabilidades o agente causador que lesiona o outro, por ação ou omissão.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

<sup>4</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>5</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134-135.

<sup>6</sup> WAQUIM, Bruna Barbieri. Universos paralelos e danos do amor: balizas para a

Os danos materiais e morais causados em razão do descumprimento do dever alimentar, por importar na subsistência do alimentado, são de graves consequências para o ser humano. Tratando-se de crianças e adolescentes podem comprometer, de forma irremediável, seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, violando direitos fundamentais que devem ser respeitados com absoluta prioridade.<sup>7</sup>

Ressalta-se, assim, a importância em abordar a indenização por inadimplemento alimentar, acolhendo a responsabilidade civil no Direito de Família.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, base da obrigação de indenizar, decorre do nexo de causalidade entre uma conduta comissiva ou omissiva do agente causador, em desconformidade com a lei, e o dano sofrido pela vítima, que teve seus direitos subjetivos violados.<sup>8</sup>

Do verbo latino *respondere*, possui o sentido jurídico de a pessoa assumir as consequências de sua conduta desconforme, de responder pelos atos que pratica. A responsabilidade importa no dever jurídico, no compromisso legal de a pessoa satisfazer o que foi determinado pelo ordenamento jurídico, ou convencionado, sob pena de sofrer as sanções legais, aplicando-se nos diversos ramos do Direito.<sup>9</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que a responsabilidade é palavra de ordem na contemporaneidade e é aplicada de forma mais objetiva para incluir no âmbito de proteção as pessoas em situação de vulnerabilidade, o que inclui as pessoas carentes em alimentos, que não possuem meios de prover a própria subsistência. A responsabilidade é mais do que um valor jurídico, é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares, pois não busca apenas a reparação para os atos do passado, busca, também, cumprir os preceitos éticos voltados para o futuro, ou seja, a responsabilidade com que

---

responsabilidade civil no âmbito das relações simultâneas conjugais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, p. 70, ago./set. 2011.

<sup>7</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Dano Moral por Inadimplemento Alimentar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

<sup>8</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 14-15.

<sup>9</sup> FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 276-277.

se deve agir para preservação dos direitos e cuidados, notadamente das pessoas vulneráveis.<sup>10</sup>

A responsabilidade mútua de proteção e de cuidados entre os membros de uma entidade familiar, que surge em razão do parentesco, biológico ou afetivo, casamento ou união estável, é uma das maiores expressões do princípio da solidariedade familiar, notadamente no fornecimento de alimentos, essenciais à subsistência. Novamente a lição de Rodrigo da Cunha Pereira, ao ressaltar que a solidariedade, antes considerada um dever moral, uma caridade, foi elevada a princípio jurídico, aplicado, sobretudo, no seio familiar com maior incidência no dever alimentar, ressaltando que:

O instituto jurídico dos alimentos decorre de valores humanos e dos princípios da solidariedade e da dignidade humana, destinando-se a amparar aqueles que não podem arcar com a sua própria subsistência, cujo conteúdo está diretamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais. A Emenda Constitucional n. 64, de 2010, alterou o art. 6º da Constituição da República para introduzir a alimentação como um direito social, o que reforça a sua amplitude e importância como direito essencial e atributo da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.<sup>11</sup>

A solidariedade familiar é um dever jurídico, impondo aos membros de uma família serem responsáveis para com os outros, e cumprirem com seus deveres de cuidados e assistência mútua.

A responsabilidade civil surge quando a pessoa não responde por seu dever jurídico, descumprindo uma obrigação que viola direitos subjetivos de outrem, causando danos<sup>12</sup> ou abusa do exercício dos direitos,<sup>13</sup> praticando ato ilícito cível. Comprovada a ocorrência de dano o agente causador fica obrigado a repará-lo<sup>14</sup> e, na impossibilidade, compensar a vítima pelos males sofridos.

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 399.

<sup>11</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227.

<sup>12</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>13</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>14</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a responsabilidade civil, lecionam Conrado Paulino da Rosa e Douglas Phillips Freitas, liga-se diretamente à noção de que as condutas humanas, tanto comissivas quanto omissivas, não devem violar direitos de terceiros, não deve prejudicar o outro. Ocorrendo agressão aos interesses de terceiros, por violação ou abuso, importa em responsabilização e o agente causador fica obrigado à reparação do dano e, se não for mais possível, deve indenizar à vítima, compensando materialmente os males sofridos.<sup>15</sup>

Oportuno registrar que o conceito de responsabilidade civil vem mudando, preocupando-se com o dano injusto ou injustificado, não se prendendo exclusivamente no ato ilícito, buscando evitar que a vítima não fique ressarcida. Assim, a responsabilidade civil passa a ser considerada uma reação ao dano injusto, para proteção dos direitos fundamentais, deixando de ser uma forma de punição ao culpado para assumir o papel de proteção ao lesado, constituindo em “uma disciplina civilística mais próxima da noção de justiça vigente na sociedade”.<sup>16</sup>

A responsabilidade civil por danos patrimoniais tem função resarcitória, identificando e quantificando monetariamente o valor dos prejuízos causados, removendo os efeitos danosos da lesão sofrida. A responsabilidade por danos extrapatrimoniais (morais) possui finalidade satisfatória, compensatória, já que o dano moral atinge os valores mais caros ao ser humano, como a dignidade, a honra, a autoestima, a intimidade, a reputação e a imagem, que não tem preço, dentro e fora das relações familiares. O dano moral diz respeito, portanto, aos sentimentos e afeições íntimas das pessoas, as lesões que causam padecimento físico, que perturbam a tranquilidade e a normalidade da vida da pessoa ofendida, o que não inclui, nesse contexto, uma mera irritação, um dissabor diante das dificuldades da vida.<sup>17</sup>

Assim, o dano moral é uma agressão aos direitos da personalidade, violando a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, protegidos pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.<sup>18</sup> Ressalta-se que não existe proteção ao direito ao afeto, aqui entendido como elemento subjetivo (amor) metajurídico, inapreensível

---

<sup>15</sup> ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 37-38.

<sup>16</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 807-808.

<sup>17</sup> MADALENO, Rolf. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 362-363.

<sup>18</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

pelo Direito, não autorizando indenização por dano moral, ainda que cause dor e sofrimento na pessoa, pois não é caracterizado por condutas externadas e objetivas, apreensíveis pelo Direito, como o dever de cuidados, que autoriza indenização por abandono afetivo (abandono de cuidar).

### 3 INDENIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Como ressaltado na introdução, a responsabilidade civil no Direito de Família é tema novo que desperta debates entre os especialistas, sendo perceptível o antagonismo na doutrina e na jurisprudência.

João Aguirre ressalta as peculiaridades do Direito de Família, em que as relações humanas se desenvolvem no afeto, com diversidades de arranjos, alguns duradouros, outros fugazes, que despertam dissabores, mágoas e ressentimentos, desaguando nos tribunais. Alerta sobre a necessidade de zelar para não pautar as relações familiares com os mesmos valores e juízos morais das relações obrigacionais, tratando a natureza humana pelo crivo dos negócios. A família não é uma instituição diversa de seus membros, mas o *locus* para o desenvolvimento pleno e sadio da pessoa humana, realizando seus interesses afetivos e existenciais. Protege-se a família, não como ente autônomo, mas como um núcleo de desenvolvimento e de promoção da dignidade de seus integrantes. Acrescenta que:

O princípio norteador das relações familiares consiste, pois, na dignidade dos integrantes do núcleo familiar, em que a solidificação dos sentimentos afetivos, a solidariedade social e a liberdade para desenvolver projetos pessoais constituam elementos suficientes para o melhor desenvolvimento da personalidade do ser humano. Ao Estado cabe a preservação dos valores que fundamentam a família, a fim de se assegurar sua proteção e assistência, sem que isso signifique interferir na liberdade individual de seus integrantes. A aplicação das normas de Responsabilidade Civil ao Direito de Família deve estar pautada sob essas premissas fundamentais.<sup>19</sup>

As peculiaridades próprias e específicas do Direito de Família, que se pautam pela liberdade, solidariedade familiar, promoção da dignidade humana e pleno desenvolvimento de seus integrantes, têm

---

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

<sup>19</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O dano moral pela infidelidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 236-237.

permitido interpretações de alguns no sentido de não se aplicar as normas do Direito das Obrigações a ensejar indenização.

A corrente contrária ao reconhecimento da indenização nas relações familiares fundamenta sobre a inexistência de previsão legal específica como ocorre em algumas legislações europeias; a impossibilidade de aplicação das normas da responsabilidade civil na família; a previsão de sanções próprias do Direito de Família ao ente familiar que descumprir com seus deveres, como a culpa na separação litigiosa, prisão civil ao devedor de alimentos, perda do poder familiar, exoneração dos alimentos por conduta indigna do credor, entre outros; comprometimento e o esfacelamento da paz familiar em razão das ações indenizatórias;<sup>20</sup> o dever do Estado em propiciar a manutenção da família; a indevida monetização do afeto; e, ainda, o risco de entulhar ainda mais o Poder Judiciário com ações de danos nas relações familiares.

A corrente favorável à aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, apesar de divergências, rebate os opositores e ressalta que a obrigação de indenizar é genérica e reconhecida constitucionalmente; a falta de previsão específica no ordenamento jurídico não exclui a incidência da responsabilidade nas relações familiares; a convivência e as relações entre familiares geram conflitos próprios e específicos que não possuem previsão e sanção no Direito de Família, devendo ser aplicadas as regras gerais da responsabilidade civil; as relações familiares não isentam de responsabilidade o agente causador do dano; prevalece no direito o respeito aos direitos fundamentais e a proteção da dignidade humana;<sup>21</sup> a proteção e a assistência à família é assegurada na pessoa de cada um de seus membros (art. 226, § 8º, CF)<sup>22</sup> e não na instituição como ente autônomo; cumpre ao Estado, sem interferir na liberdade individual e no modelo de formação da entidade familiar, assegurar e proteger os direitos fundamentais de cada um dos que a integra, independente de as relações jurídicas ocorrerem entre os próprios membros ou terceiros.

A corrente que acolhe a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares vem-se fortalecendo, entretanto, não é unânime,

---

<sup>20</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos fundamentais no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 366-367.

<sup>21</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos fundamentais no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 366-367.

<sup>22</sup> Art. 226.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

exigindo uma subcorrente do ato ilícito absoluto. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal lecionam que “a aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado”.<sup>23</sup>

O ato ilícito absoluto é o geral e ocorre em quaisquer circunstâncias da vida civil, como dano patrimonial, agressões físicas, danos estéticos, morais, ofensas à honra, ocorrendo em relações com terceiros ou mesmo entre familiares. O ato ilícito específico surge em razão do descumprimento de deveres, ou por abuso de direito, previstos no Direito de Família, como o inadimplemento alimentar, quebra dos deveres conjugais, omissão do dever de cuidados com os filhos e pais idosos, descumprimento do dever de solidariedade familiar e da paternidade responsável, entre outros.<sup>24</sup>

A outra subcorrente acolhe a responsabilidade civil por ato ilícito absoluto e também por ato ilícito específico.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar da responsabilidade civil no seio familiar apresenta as duas correntes, lecionando que:

Parece oportuno distinguir, desde logo, as duas correntes jurídicas contrapostas na matéria. De um lado, aqueles que aceitam a responsabilização ao interesse da família, mas apenas e tão somente nos casos em que haja ilícito absoluto (como previsto no art. 186 c/c 927 do Código Civil); de outro lado, os que sustentam a indenização tanto em casos gerais (regidos pela cláusula do art. 186) como em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais (previstos, entre outros pelo art. 1.566 do Código Civil).

[...]

Surpreendentemente, enquanto a jurisprudência nacional mostra-se mais inclinada a adotar a primeira posição, a doutrina vem sustentando a segunda.<sup>25</sup>

Apesar da distinção jurídica do ato ilícito absoluto e específico, na prática aplica-se nas relações familiares a regra geral do ato ilícito absoluto, ainda que o dever violado esteja previsto no Direito de Família (ato ilícito específico). O genitor que, sem justa causa, deixa de fornecer alimentos ao filho menor, está deixando de cumprir, por omissão, um dever previsto no Direito de Família, mas que caracteriza

---

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil – Famílias. 5. ed. Salvador: Jupodivm, 2013, v. 6, p. 163.

<sup>24</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138-139.

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 806.

um ato ilícito civil, previsto no art. 186 do Código Civil, pois descumpriu um dever jurídico, ficando obrigado à reparação se ocorrer algum dano com sua conduta delituosa. Assim, justifica-se a indenização, aplicando-se a regra geral da responsabilidade civil, ainda que o ato ilícito tenha ocorrido em razão de descumprimento de dever/obrigação nas relações familiares.

## **4 INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO ALIMENTAR**

A responsabilidade de prestar alimentos nas relações familiares encontra fundamento no princípio da solidariedade familiar, necessário para a subsistência digna da pessoa humana e satisfazer suas necessidades básicas de sobrevivência.

Alimentos é uma necessidade vital do ser humano, é um direito fundamental, causando graves danos o descumprimento no seu fornecimento pelo responsável.

A obrigação recíproca de prestar alimentos é prevista de forma geral no art. 1.694 do Código Civil, ao dispor que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”. Logo, no Direito de Família, as fontes do direito a alimentos são o parentesco, o casamento e a união estável.

### **4.1 Dever jurídico de prestar alimentos e obrigação alimentar**

A doutrina diferencia o dever jurídico de prestar alimentos e a obrigação alimentar.

Ressalta Rolf Madaleno que a distinção surge em favor dos filhos menores sob o poder familiar, que são credores de um dever geral e prioritário de assistência dos pais, não possuindo as limitações da obrigação alimentar entre os parentes, fixada na proporção da necessidade do reclamante e na possibilidade do obrigado. No dever alimentar ao filho sob o poder familiar, a solidariedade é ilimitada, em atendimento ao princípio da dignidade humana, cabendo aos pais atenderem todas as necessidades da prole, com absoluta prioridade (art. 227, CF), ainda que com esforços e sacrifícios. O dever alimentar dos pais quanto aos filhos menores (ou incapazes) é incondicional, o que não ocorre no vínculo conjugal e no parentesco fora do poder familiar, que sofre limites e restrições, tratando-se de obrigação alimentar.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 947.

Flávio Tartuce amplia o dever de prestar alimentos para as relações conjugais e convivenciais, em razão do dever de sustento entre cônjuges e companheiros (arts. 1.566, III e 1.724, CC), que não se confunde com a obrigação alimentar. Somente com a dissolução do casamento ou da união é que o dever de sustento é substituído pela obrigação alimentar, envolta pelo quantum a ser fixado.<sup>27</sup>

O dever jurídico de prestar alimentos não deve se limitar, entretanto, aos filhos menores e aos cônjuges e companheiros durante a união. Também se estende aos filhos incapazes ou inaptos para o trabalho, bem como aos pais na velhice, carência ou enfermidade, independente de fixação do *quantum* judicialmente.

## 4.2 Ilícito penal por inadimplemento alimentar

O Código Penal tipifica ato ilícito omissivo próprio e permanente o crime de abandono material, ao tratar dos crimes contra a assistência familiar, no título que cuida dos crimes contra a família. Demonstra-se também na legislação penal a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e o dever de solidariedade familiar para prover a subsistência do membro necessitado. Como é sabido, o Direito Penal tipifica como delito os atos ilícitos mais graves, entre eles o ato ilícito civil, imputando sanções também na esfera criminal, já que a ilicitude não é conceito exclusivo da área penal.<sup>28</sup> Entre os atos ilícitos civis, entendeu o legislador que não prover a subsistência nas relações familiares é ato que merece maior censura, tipificando-o também como ilícito penal no art. 244 do Estatuto repressivo.<sup>29</sup>

O delito penal de abandono material apresenta três figuras delituosas distintas.

A primeira conduta típica é “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos”. Prover a subsistência inclui fornecer alimentos em sentido amplo, não exigindo a figura típica prévia fixação dos alimentos e o *quantum*. Trata-se, portanto, de dever jurídico, incondicional,

---

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 513.

<sup>28</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

<sup>29</sup> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

sem necessidade de prévia fixação. A simples omissão de prestar alimentos ao filho menor ou incapaz, ao cônjuge e ao ascendente inválido ou idoso, sem uma causa justificada de absoluta impossibilidade, configura ato ilícito penal e também ato ilícito civil, em razão do descumprimento de um dever legal, violando direito subjetivo do familiar necessitado.

A segunda conduta delituosa é “faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”. Exige-se para a configuração do ilícito penal a prévia fixação dos alimentos e o inadimplemento voluntário do devedor. O fato típico acolhe todas as hipóteses do art. 1.694 do Código Civil, importando o descumprimento da obrigação alimentar em ato omissivo próprio que viola direitos do credor e, causando dano material ou imaterial, também configura ilícito cível a ensejar reparação.

A terceira conduta típica reafirma na seara criminal o princípio da solidariedade familiar, ao tipificar como crime “deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”.

Inequívoco, portanto, que o art. 244 do Código Penal, muitas vezes esquecido no Direito de Família, amplia as hipóteses do dever jurídico de prestar alimentos para além dos filhos menores sob o poder familiar, acrescentando os filhos maiores incapazes, cônjuges e ascendentes enfermos ou idosos.

### **4.3 Dever de indenizar por inadimplemento alimentar entre pais e filhos**

A Constituição Federal de 1988 determina no art. 229<sup>30</sup> o dever legal e recíproco dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores, e o dever dos filhos maiores em amparar e ajudar os pais idosos, carentes ou enfermos, reafirmando o já previsto no art. 244 do Código Penal. Inequívoco que prover, assistir, criar e educar, importa em fornecer alimentos, independente de prévia fixação judicial.

No que se refere ao sustento dos filhos menores, também o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe expressamente no art. 22<sup>31</sup> que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos”.

A criação e a educação dos filhos menores são deveres do poder familiar, o dever de cuidados, configurando a sua omissão em ato ilícito

---

<sup>30</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>31</sup> 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.

civil. O Superior Tribunal de Justiça já pronunciou no sentido de que “comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão”.<sup>32</sup>

O descumprimento do dever legal de prestar alimentos aos filhos menores ou inválidos e aos pais idosos, inválidos ou enfermos, mesmo sem fixação judicial, ou descumprir a obrigação de prestar alimentos aos filhos maiores ou aos pais, fixada judicialmente, causando ao necessitado algum dano, moral ou material, configuram ato ilícito a autorizar indenização.

Não se sustenta o argumento de que a ausência de fixação do *quantum* inviabiliza o cumprimento do dever legal quanto aos filhos menores. Cabe aos pais, que são responsáveis pelo sustento, querendo, ajuizar a competente ação de oferta de alimentos para a fixação do valor devido (art. 24 da Lei n. 5.478/1968).

Tratando-se de filhos menores, notadamente de crianças, o dano causado em razão do inadimplemento alimentar é evidente. Quanto aos filhos maiores ou os pais torna-se necessária a comprovação do dano, material ou moral.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, apesar de raras as ações de responsabilidade civil por inadimplemento alimentar, reconheceu que o não pagamento dos alimentos pelo pai às filhas, já maiores, no modo e tempo devidos, causando constrangimentos, importa em descumprimento do dever de solidariedade familiar e autoriza indenização por dano moral. Consta na ementa e em partes do voto que:

INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – DESCUMPRIMENTO HABITUAL DO PAI DO DEVER DE PAGAR ALIMENTOS ÀS FILHAS NO MODO E TEMPO DEVIDOS INADIMPLENTO QUE PERSISTIU MESMO DEPOIS DE REDUZIDO, JUDICIALMENTE, O VALOR DAS PENSÕES – VIOLAÇÃO DO DEVER PREVISTO NO ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA CONDUTA QUE CARACTERIZA O CRIME DE ABANDONO MATERIAL (CP, ART. 244) – AGRESSÃO À DIGNIDADE, AMOR-PRÓPRIO E AUTOESTIMA DAS APELANTES – DANOS DE ORDEM MORAL – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO.

[..]

1 – DOS LIMITES DA CONTROVÉRSIA – Nestes autos, discute-se se o inadimplemento contumaz da obrigação de pensionar as autoras no modo e tempo devidos caracteriza ato ilícito e autoriza a condenação do réu, ora apelado, ao pagamento de indenização de danos extrapatrimoniais.

---

<sup>32</sup> STJ. REsp. n. 1159242/SP. Rel<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrihgi. J. 24.04.2012.

[...]

3 - DO DIREITO - Ao impor aos pais o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores, a regra inscrita no art. 229 da Constituição da República, no dizer de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, confirma “a juridicização do dever moral de solidariedade no âmbito dos vínculos mais próximos das pessoas” (cf. Alimentos e direito penal: o abandono material. In Alimentos no código civil. Coord. Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 298).

[...]

4 - DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - Posto que o perito do Juízo não tenha apontado a etiologia dos males que acometem Anna Claudia e Anna Camila, estes muito mais graves do que aqueles (fls. 449 e 451), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que, para a caracterização do dano moral, basta a prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, os sentimentos íntimos que o ensejam. “Provado o fato, impõe-se a condenação, dispensada a prova do dano moral em si” (4a T., REsp 575.469-RJ, rei. Min. Jorge Scartezzini, j. 18.11.2004, v.u., Boi. AASP 2.471/1.196).

[...]

Ao descumprir a obrigação de pensionar as apelantes no modo e tempo devidos, o apelado faltou com o dever de solidariedade familiar e privou-lhes de condições adequadas de subsistência, dando causa a constrangimentos, como, por exemplo, a devolução de cheques sem suficiente provisão de fundos e a inscrição dos nomes delas em cadastros restritivos de crédito, do que dão mostra os documentos de fls. 15, 19, 383 e 399, pouco importando, nesse particular, se as despesas eram, ou não, supérfluas, uma vez que, àquela altura, o dano já estava caracterizado.

Pela agressão à dignidade, amor-próprio e autoestima das apelantes, representada pelo descumprimento contumaz da obrigação de pensioná-las como deveria, conclui-se que o apelado deve ser condenado a pagar-lhes indenização de danos de caráter extrapatrimonial.<sup>33</sup>

#### **4.4 Dever de indenizar por inadimplemento alimentar entre os cônjuges e companheiros**

Conforme sustenta a corrente doutrinária dominante, considerando que entre cônjuges e companheiros não ocorre dever de sustento, mas obrigação alimentar, a teor dos arts. 1.694 e 1.695, do Código Civil, é necessária a fixação de pensão alimentícia nas relações familiares conjugais e convivenciais, estabelecendo o *quantum* dos alimentos.

Somente após a fixação com o descumprimento injustificado do pagamento da pensão alimentícia acordada ou determinada, conforme

---

<sup>33</sup> TJSP. 8ª CDP. AC n. 990.10.472009-5. Rel. Des. Theodureto Camargo. J. 23.02.2011.

previsto no art. 244 do Código Penal, configura-se também o ato ilícito civil, suscetível de reparação ocorrendo dano material ou moral.

O entendimento predominante, entretanto, pode ser questionado em face dos deveres conjugais e convivenciais.

Com efeito, as relações pessoais entre cônjuges e companheiros obedecerão, entre outros, ao dever de mútua assistência (art. 1.566, III e 1.724 do Código Civil), o que permite afirmar que os alimentos, também nessas relações familiares, é um dever jurídico, o que independe de prévia fixação do valor para ser cumprido.

Flávio Tartuce defende que o dever de sustento não pode diferenciar da obrigação alimentar apenas pelo critério do poder familiar, restringindo-se entre pais e filhos, devendo ampliá-lo aos cônjuges e companheiros. O dever de mútua assistência é mais amplo que a obrigação alimentar, englobando valores patrimoniais e também existenciais, que acabam envoltos e mascarados pela fixação do quantum a ser fixado.<sup>34</sup> Nessa ordem de ideias, o descumprimento do dever de assistência (inadimplemento alimentar), independente de fixação do valor previamente, importa em violação de dever jurídico, configurando ato ilícito sujeito a reparação civil.

Não é demais lembrar que a Lei Maria da Penha também considera violência doméstica contra a mulher, a violência patrimonial, consistente na retenção e subtração de direitos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

## **5 EFEITOS DA INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO ALIMENTAR**

O descumprimento do dever alimentar é fato de extrema gravidade, por colocar em risco a subsistência do necessitado.

O inadimplemento causa sérios danos na pessoa necessitada, material e moral, que passa por privações e humilhações de toda a ordem. As formas de execução de alimentos não são suficientes para inibir o alto índice de atrasos nos pagamentos, a maioria injustificada. Nem mesmo a execução indireta é suficiente para inibir a inadimplência, pois a maioria dos devedores só cumpre com o dever após a decretação da prisão civil, depois de longo período de tramitação do processo.

A indenização por ato ilícito em razão do inadimplemento alimentar produz diversos efeitos, podendo incluir entre eles a efetivação dos direitos fundamentais dos credores de alimentos, conferindo-lhes

---

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 513.

dignidade; reafirmar o princípio da solidariedade familiar, o dever recíproco de assistência dos membros de uma família; compensar o alimentado dos males e danos sofridos; sancionar o alimentante pelo descumprimento do seu dever jurídico; e evitar a prática e a continuidade do inadimplemento, produzindo um efeito pedagógico voltado para o futuro, conferindo significado relevante para a responsabilidade, como princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares, aplicada efetivamente, de forma mais objetiva para proteger as pessoas vulneráveis.<sup>35</sup>

## 6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). *Direitos fundamentais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O dano moral pela infidelidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

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

---

<sup>35</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 399.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 13, dez./jan. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

STJ. REsp. n. 1159242/SP. Rel<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrighi. J. 24.04.2012.

TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TJSP. 8<sup>a</sup> CDP. AC n. 990.10.472009-5. Rel. Des. Theodureto Camargo. J. 23.02.2011.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Universos paralelos e danos do amor: balizas para a responsabilidade civil no âmbito das relações simultâneas conjugais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, ago./set. 2011.

# O CALVÁRIO DA ADOÇÃO

*Maria Berenice Dias*

Advogada especializada em Famílias, Sucessões e Direto Homoafetivo. Vice-Presidenta do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

**Sumário:** 1. Quem pariu que embale. 2. Uma legislação na contramão. 3. A dor da entrega. 4. Tentativa de entrega à família extensa. 5. Destituição do poder familiar. 6. A busca pela inscrição. 7. O dilema entre adoção e reprodução assistida

## 1 QUEM PARIU QUE EMBALE

Talvez o instituto da adoção seja um dos mais antigos do mundo.

Sempre existiram mães que não querem ou não podem ficar com os filhos, seja pela causa que for.

Pessoas que não podem ter filhos também. Contudo, ainda há certo sentimento de vergonha por parte de casais que temem o estigma da infertilidade, por não conseguirem cumprir o designo divino de “crescei e multiplicai-vos”. Afinal, por dogmas religiosos o exercício da sexualidade deve ser restrito à função procriativa. Sexo recreativo nem pensar!

Daí a dificuldade de enfrentarem a cobrança social. Parece que falharam na sua obrigação de ter filhos. Quem sabe por esses motivos a adoção era cercada de uma auréola de segredos e mentiras.

Todavia, uma nova realidade se instaurou.

As mulheres adquiriram a plena capacidade, mesmo as casadas. Deixaram de ser consideradas mais ou menos idiotizadas, o que servia para justificar a outorga, ao homem, da posição de cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal e administrador de seus bens.

Graças ao movimento feminista – a quem todas devem render homenagens – as mulheres passaram do mundo do trabalho para o mercado de trabalho. Até porque trabalhar sempre trabalharam, mas as atividades domésticas nunca foram reconhecidas como dignas de reconhecimento.

Depois, com o surgimento da pílula anticoncepcional, as mulheres adquiriram a liberdade sexual. E com isso a liberdade de ter ou não filhos.

Mas como ainda ocorre gravidez indesejada?

Porque o Estado falha.

Não existe educação sexual. Não são implementadas políticas públicas para garantir a contracepção e nem é respeitada a vontade da mulher de interromper a gravidez. Ou melhor, este direito só existe para quem tem dinheiro de pagar abortos, não tão clandestinos assim. Quem não tem recursos, ou faz uso de técnicas caseiras nada seguras ou tem o filho, só que não quer permanecer com ele.

Contudo, o Estado não respeita a vontade da mulher. Com relação à procriação, o princípio da autonomia da vontade não existe para ela.

Praticamente a mãe é obrigada a ficar com o filho, mesmo que não o queira. Há uma campanha de demonização contra ela, influenciada muito de perto pela religião, que sacraliza a maternidade a ponto de se falar em instinto maternal. Como se mulheres fossem bichos, pois só bicho tem instinto. Pelo jeito, os homens não, pois nunca se ouviu falar em instinto paternal.

Quando o Estado não consegue convencer – ou melhor, obrigar – a mãe a ficar com o filho, acaba por descumprir o comando constitucional, que lhe impõe o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar.<sup>1</sup>

A adoção é a solução mais lógica. Só precisa ser rápida para ser eficaz.

## 2 UMA LEGISLAÇÃO NA CONTRAMÃO

Todas as tentativas feitas pelo legislador e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça,<sup>2</sup> em vez de facilitar, só tem conseguido retardar o procedimento da adoção. A chamada Lei da Adoção,<sup>3</sup> que deformou o Estatuto da Criança e do Adolescente, excluiu o instituto da adoção de incapazes do âmbito do Código Civil. No entanto, não previu um

---

<sup>1</sup> CF, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>2</sup> CNJ Resoluções n. 54/08, 93/09 e 190/14 e Provimento n. 36/14.

<sup>3</sup> Lei n. 12.010/2009.

procedimento para a adoção, o qual se encontra espalhado entre os capítulos que tratam da adoção,<sup>4</sup> da colocação em família substituta<sup>5</sup> e da habilitação.<sup>6</sup>

Reiteradas vezes a adoção é considerada medida excepcional,<sup>7</sup> sendo dada preferência à família natural ou extensa.<sup>8</sup>

### 3 A DOR DA ENTREGA

Não há nenhuma mãe que abra a mão de um filho sem dor, sem culpa.

Contudo, certamente este é um gesto de amor. É preciso querer o bem do filho, desejar que ele tenha uma vida melhor que a sua, que tenha chance de ser feliz, para ter coragem de entregá-lo à adoção.

Sem atentar a este momento de extrema vulnerabilidade, quando a mãe manifesta sua decisão, ao invés de receber atenção e apoio, ela é submetida a verdadeira lavagem cerebral, sendo-lhe impostos enormes e intransponíveis obstáculos para que não abra mão daquela criança que gestou sem a querer. É necessário o consentimento dela e do pai,<sup>9</sup> que não vale ser levado a feito por escrito<sup>10</sup> e

---

<sup>4</sup> ECA, arts. 39 a 52-D.

<sup>5</sup> ECA, arts. 165 a 170.

<sup>6</sup> ECA, arts. 197-A a E.

<sup>7</sup> ECA, art. 19: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

ECA, art. 19, § 3º: A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

ECA, art. 23: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

ECA, art. 23: § 1º: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

ECA, 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,

<sup>8</sup> ECA, art. 25: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

<sup>9</sup> ECA, art. 45: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

<sup>10</sup> ECA, 166, § 4º: O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

só pode acontecer depois do nascimento.<sup>11</sup>

Antes de se manifestar em juízo, a mãe precisa receber de equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção.<sup>12</sup> Depois é ouvida, em audiência, pelo juiz e pelo promotor, na presença do advogado ou defensor, os quais devem esgotar os esforços para manutenção da criança com a família natural ou extensa.<sup>13</sup>

Mesmo depois de reconhecido judicialmente ser livre a manifestação de vontade, qualquer dos pais pode, até o momento da publicação da sentença de adoção, voltar atrás.<sup>14</sup>

#### **4 TENTATIVA DE ENTREGA À FAMÍLIA EXTENSA**

Concluído o moroso procedimento legal de entrega à adoção, em vez de a criança ser imediatamente entregue a quem está inscrito no cadastro, é recolhida a instituições de acolhimento – mais conhecidas como abrigo ou orfanato – e lá permanece enquanto a justiça, de modo absolutamente incompetente, tenta encontrar alguém da família que a deseje. Pela lei, esta busca pode durar dois anos. Contudo, sob a alegação de falta de estrutura para realizar tais diligências, o tempo de espera se dilata.

Depois de os pais desistirem de ficar com o filho, o Estado sai à caça de algum parente que o queira.

Não são procurados somente os familiares com quem a criança mantém vínculos de afinidade e afetividade, elemento constitutivo do próprio conceito de família extensa. A lei não diz que família extensa é a composta por todos os parentes em linha colateral. Dispõe deste qualificativo somente aqueles parentes com quem a criança convive e quer bem.

Quando se trata de um recém-nascido, que ninguém da família chegou a conhecer, o equívoco deste proceder é flagrante. Família extensa é definida como (ECA, art. 25, parágrafo único): os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém

---

<sup>11</sup> ECA, art. 166, § 6º: O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

<sup>12</sup> ECA, art. 166, § 2º: O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

<sup>13</sup> ECA, art. 166, § 3º: O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

<sup>14</sup> ECA, art. 166, § 5º: O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

vínculos de afinidade e afetividade. Ora, um recém-nascido não tem vínculo com ninguém, o que dispensa esta longa e ineficaz providência, que só aumenta o tempo em que ela vai ficar sem um lar.

Sem atentar a isso, além dos parentes, são convocados padrinhos e até vizinhos. A cada um é concedida mais de uma chance para dizer se deseja ou não ficar com ela. A cada negativa, mais uma frustração, um novo abandono.

E enquanto isso onde fica a criança? Institucionalizada, é claro.

## **5 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

Somente após esgotadas todas as possibilidades de manter o filho junto aos pais ou de ser entregue alguém de sua família, é que tem início o processo de destituição do poder familiar. A ação é proposta pelo Ministério Público e a mãe é representada pela Defensoria Pública. Equivocadamente, não é requerido, em caráter liminar, que a criança seja entregue à guarda de quem está habilitado a adotá-la. Este processo também demora anos. Além de perícias e estudos psicossociais, a Defensoria Pública esgota todas as possibilidades recursais, mesmo que a mãe seja revel.

E até ser encontrado no cadastro de adotantes alguém que tenha eleito o seu perfil, para ser seu filho, a adoção geralmente demora muito. A cada ano que cresce, diminui a esperança de ser adotado.

Depois de todos estes trâmites é que, finalmente, ocorre sua inclusão no Cadastro de Adoção. Quanto tempo se passou? Quantas chances a criança perdeu de ter um lar, de ter pais?

Ou seja, a criança cresce institucionalizada, o que desatende ao comando constitucional que lhe assegura direito à convivência familiar.

## **6 A BUSCA PELA INSCRIÇÃO**

A burocracia não impera somente com relação às crianças à espera da adoção. Para alguém se candidatar à adoção precisa submeter-se a um verdadeiro teste de paciência.

O procedimento para a habilitação só tem início mediante o atendimento a oito requisitos.<sup>15</sup> Além de pagar pelas certidões, precisa

---

<sup>15</sup> ECA, Art. 197-A: Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: I – qualificação completa; II – dados familiares; III – cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV – cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V

contratar um advogado ou procurar a Defensoria Pública, que vai elaborar uma petição a ser protocolada na Vara da Infância e Juventude do local onde mora.

O expediente é atuado e enviado ao Ministério Público, que pode requerer diligências e audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas.<sup>16</sup> Os candidatos ficam sujeitos a um período de preparação psicossocial e jurídica por equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude, que deve atuar com o apoio de técnicos responsáveis pela execução de política municipal de garantia do direito à convivência familiar.<sup>17</sup> A equipe interprofissional precisa elaborar estudo psicossocial para aferir a capacidade e o preparo do candidato ao exercício da paternidade responsável, segundo os princípios do ECA.<sup>18</sup>

Os postulantes, obrigatoriamente, têm de participar de programa que inclui preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde, ou com deficiências e de grupos de irmãos.<sup>19</sup> Faz parte do estágio de preparação visitar estas crianças.<sup>20</sup> Certamente não há requisito mais cruel.<sup>21</sup> Apesar de estes serem os

---

- comprovante de renda e domicílio; VI - atestados de sanidade física e mental; VII - certidão de antecedentes criminais; VIII - certidão negativa de distribuição cível.

<sup>16</sup> ECA, art. 197-B: A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá: I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei; II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas; III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

<sup>17</sup> ECA, art. 50, § 3º: A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

<sup>18</sup> ECA, art. 197-C: Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

<sup>19</sup> ECA, art. 197-C, § 1º: É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

<sup>20</sup> ECA, art. 197-C, § 2º: Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

<sup>21</sup> ECA, art. 50, § 4º: Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação

mais vulneráveis, pois ninguém os quer, eles não podem almejar ser adotados por quem os visita. E, por mais que alguém que se apaixone por algum deles, não poderá adotá-lo, pois nem está cadastrado e vai precisar submeter-se ao seu lugar na fila.

Concluídas todas estas etapas, o juiz determina as diligências solicitadas pelo Ministério Público. Caso ache conveniente pode designar audiência de instrução e julgamento para, finalmente, deferir a habilitação.<sup>22</sup>

Só depois de tudo isso o candidato é inscrito no cadastro, procedimento que chega a demorar dois anos. Depois disso, aguarda ser convocado.<sup>23</sup> A habilitação tem validade por dois anos. Caso não ocorra a adoção neste período – o que é o mais comum – é necessário começar tudo de novo.

Claro que todas as pessoas idealizam os filhos que desejam ter. As mulheres, desde quando brincavam de bonecas. Por isso elegem um perfil que corresponda aos sonhos da maternidade. Daí a preferência por bebês ou crianças de pouca idade. Os candidatos são proibidos de visitar as instituições de acolhimento, nem para fazer trabalho voluntário. Não podem nem ao menos se candidatar ao programa chamado Apadrinhamento Afetivo.

Como não têm a chance de conhecer as crianças, nem por meio de foto ou vídeo, as que são maiores, pretas, pardas ou com algum tipo de deficiência física ou mental, não têm a oportunidade de cativar alguém. Afinal, ninguém adota uma criança com alguma espécie de limitação se não a tiver conhecido. Também não terão a chance de mudarem o perfil eleito. E o jeito é esperar. A busca é feita de maneira extremamente restritiva. Por exemplo, se alguém indica que aceita uma criança até os cinco anos de idade, se ela tiver cinco anos e um mês, não entra na “seleção”.

Os candidatos não têm chance de conhecer, sequer ver uma foto ou um vídeo das crianças que podem adotar. A escolha é feita pelos

---

da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

<sup>22</sup> ECA, art. 197-D: Certificada nos autos a conclusão da participação no programa referido no art. 197-C desta Lei, a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, decidirá acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando, conforme o caso, audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Caso não sejam requeridas diligências, ou sendo essas indeferidas, a autoridade judiciária determinará a juntada do estudo psicossocial, abrindo a seguir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo.

<sup>23</sup> ECA, art. 197-E: Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

técnicos e acaba acontecendo o que se chama de um encontro às escuras. Normalmente, passam-se anos até que os futuros pais recebam uma ligação informando que foi encontrada uma criança, que corresponde ao perfil eleito. Durante este período, as pessoas procuram compensar a frustração, dedicando-se a outras coisas. Voltam aos estudos, mudam de residência, adotam um cachorro etc. E, quando são contatadas, por ter sido encontrada a criança que desejavam, o desejo pela adoção às vezes já desapareceu. Daí o número significativo de devolução de crianças.

Apesar de toda esta rigidez quase militar para atender ao melhor interesse da criança, a lei admite exceções.<sup>24</sup> Autoriza a adoção por candidato não habilitado,<sup>25</sup> se comprovado o preenchimento de alguns requisitos à adoção.<sup>26</sup> Entre estas exceções está o pedido formulado por parente ou por quem detém a tutela ou a guarda legal de criança com mais de três anos de idade, desde que comprovado vínculo de afinidade e afetividade.

No entanto, o conceito de família e parentesco não mais está atrelado ao vínculo de consanguinidade, mas ao da afetividade, tanto que tem prevalência a filiação socioafetiva à filiação biológica. Assim, nada justifica o verdadeiro crime que cometem promotores ao requerer – e juízes deferirem – a busca e apreensão e a retirada compulsória de crianças de seus lares, do seio da única família que conhecem, dos pais que a cuidaram desde sempre.

Sequer é feito, como deveria, um estudo social, para verificar a existência de vínculo de afetividade e afinidade e identificar o que atende o seu melhor interesse.

A finalidade desta medida extrema é punir eventual erro da mãe que não teve chance de fazer com que sua vontade fosse respeitada, quer quando engravidou, quer quando desejou entregar o filho à adoção e encontrou resistência de toda a ordem. Contudo, quem acaba sendo punido é o seu filho. Ele que foi rejeitado pela mãe, pela família natural e extensa, não pode ser adotado por quem o acolheu. E, quando

---

<sup>24</sup> ECA, art. 197-E, § 1º: A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

<sup>25</sup> ECA, art. 50, § 13: Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I – se tratar de pedido de adoção unilateral; II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

<sup>26</sup> ECA, art. 50, § 14: Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.

encontra um lar para chamar de seu, de lá é arrancado e encarcerado em um abrigo para dar cumprimento à lei que não a protege.

Do jeito que está, quem deveria receber do Estado especial atenção com prioridade absoluta acaba alvo de sucessivas rejeições e perdas. O Estado não consegue reconhecer que a adoção é a melhor opção.

## **7 O DILEMA ENTRE ADOÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Em face dos enormes percalços impostos à adoção, quem deseja ter filhos, ao invés de se sujeitarem a anos de espera, está fazendo uso das modernas técnicas de reprodução assistida. Esta é a solução que vem sendo encontrada por quem só deseja concretizar o sonho de ter uma família com filhos. Eles simplesmente estão gestando os filhos.

O documentário da HBO denominado “Google Baby” é estarrecedor. Mostra a existência de uma verdadeira indústria que comercializa fertilizações. Os procedimentos vêm sendo utilizados com enorme desenvoltura. Os candidatos escolhem via internet a mulher que se dispõe a vender seus óvulos. Ela se submete a um tratamento que multiplica o número de óvulos, que são extraídos, congelados e transportados para que a inseminação seja feita no país onde os contratantes residem. Depois da fecundação, o embrião é levado para a Índia, onde o procedimento é permitido e os custos são baixos. Implantado em mães gestacionais, elas ficam confinadas durante a gravidez. Após o nascimento, o filho é entregue a quem contratou o serviço, que o registra em seu nome.

Apesar de esta ser uma prática legítima, tem um efeito assustador, pois impede que as crianças abandonadaa, que se encontram espalhadas pelo mundo, tenham a chance de conseguir uma família. Quem sabe acabam perdendo a única chance de sobreviver.

A realidade brasileira não é diferente. A lei não proíbe, mas também não admite de forma expressa a adoção por casais homoafetivos. No entanto, o Conselho Federal de Medicina assegura o uso das técnicas de reprodução assistida aos homossexuais.<sup>27</sup> Assim, em vez de se submeterem a frustradas tentativas de conseguirem adotar, os homossexuais estão fazendo uso dessas técnicas reprodutivas.

Crianças só querem ter um lar, alguém para chamar de pai, de mãe. Não podem esperar pelo Estado que, em ao invés de cuidá-las, as desprotege, deixando-as anos encarceradas em abrigos. De outro lado, também impõe dolorosos anos de espera a quem só tem amor para dar.

---

<sup>27</sup> Resolução n. 1.221/2015.

Pelo jeito, todos os agentes públicos esquecem o dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes. E, se o caminho da adoção é obstaculizado, sobra um contingente de futuros cidadãos a quem é negado o direito à convivência familiar.

Está na hora de acabar, em nome da Justiça, de se cometer tantas injustiças!

# COMO AS PERÍCIAS PSICOLÓGICAS PODEM AJUDAR OS PROCESSOS JUDICIAIS. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

Evani Zambon Marques da Silva

Mestra e Doutora em Psicologia Clínica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Psicologia Judiciária na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Chefe do Setor de Psicologia das Varas da Família do Fórum João Mendes – TJSP.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A história como pano de fundo. 3. A confecção do pano atual. 4. A tessitura de um novo pano – O Novo Código de Processo Civil. 5. Concluindo a confecção do pano. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O X Congresso Brasileiro de Direito de Família, ocorrido em outubro de 2015 em Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, teve como tema geral *Famílias Nossas de Cada Dia*. Entre os diversos painéis apresentados, tivemos a honra de integrar o de número 18 denominado *(Des)alienando a parentalidade*.

As explicações orbitaram em torno da temática da parentalidade, suas novas formas, a possibilidade dela ser alienada e a maneira como as perícias podem auxiliar nos processos judiciais.

Tais questões foram elencadas e debatidas não apenas sobre a ordem interna, estrutural e dinâmica da família, mas também considerando alguns aspectos psicossociais que incidem sobre ela. Buscou-se ainda a indicação de pontos para reflexão em face da Lei n. 13.105/2015, que disciplina o novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual, entre outras inovações, trará a valorização da cooperação em diversos contextos.

Certamente, em função de nossa experiência de 25 anos como Psicóloga do Tribunal de Justiça de São Paulo, atuando com avaliações psicológicas de cunho pericial, determinadas em ações judiciais que tramitam nas 12 Varas de Família do Fórum João Mendes (também conhecido como Fórum Civil Central de São Paulo), fomos convidadas a discorrer sobre como as perícias psicológicas e sociais podem ajudar

nos processos, principalmente em face do novo Código de Processo Civil.

O assunto é amplo, complexo e traz um necessário enfrentamento a todos os profissionais que militam nesse importante campo que é o Direito de Família. Na área da Psicologia, apesar de não ser recente a participação do profissional da área da saúde mental nos tribunais brasileiros e internacionais, podemos dizer que é ainda nova a sistematização dos trabalhos que são voltados especificamente para essa esfera de atuação.

Sabemos que as famílias em conflito são estudadas por várias escolas do conhecimento, são usualmente debatidas e também organizadas pelas diferentes correntes teóricas existentes. No entanto, o que pretendemos apresentar são elementos pertencentes à atuação do psicólogo no campo pericial, trazendo aspectos sobre as famílias que judicializam seus problemas e as possibilidades de contribuição da Psicologia em relação às determinações judiciais para perícias psicossociais nas Varas de Família.

## **2 A HISTÓRIA COMO PANO DE FUNDO**

Desde 1985, data do primeiro concurso público aberto para essa finalidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) conta com psicólogos em seus quadros funcionais, distribuídos nos diferentes espaços de trabalho que são, na atualidade, Infância e Juventude, Família e Sucessões, Idosos e Violência Doméstica. Cada local conta com uma especificidade de trabalho e na maior parte dos fóruns do Estado de São Paulo há acúmulo de funções, ou seja, os psicólogos atuantes em um local de trabalho assumem também outros, como por exemplo, o que é mais usual é o psicólogo atuante nas Varas de Infância e Juventude atuar também nos casos oriundos das Varas de Família.

Isso remete-nos de pronto a diversos questionamentos, pois o trabalho precípua do psicólogo que atende as demandas das Varas de Família é avaliar ou, em síntese, realizar um psicodiagnóstico, tendo como cliente a demanda do juiz, muitos profissionais passam a transpor o modelo de trabalho realizado nas Varas de Infância e Juventude para as avaliações dos casos das Varas de Família. Além disso, há aqueles que simplesmente transferem o raciocínio e/ou modelo clínico para o trabalho determinado. O que consideramos uma severa inadequação, conforme também pensam autores como Castro (2013); Rovinski (2009) e Fonseca (2006) só para citarmos alguns.

Ocorre que a formação em Psicologia Jurídica (ou forense ou judiciária) só recentemente integra a grade curricular dos cursos

oferecidos pelas inúmeras faculdades de Psicologia do país e, em muitos, ainda como disciplina opcional e não obrigatória. Em Silva (2013), já abordamos o assunto, esclarecendo que diversas instituições de ensino superior oferecem disciplinas que tangenciam o assunto da Psicologia Jurídica, mas deixam ainda um hiato para que os alunos conheçam e ampliem sua formação, inclusive sobre cidadania, ética e assuntos específicos que atravessam a subjetividade dos indivíduos no mundo atual, que judicializa e que institucionaliza muitos de seus problemas.

Apesar de constituir senso comum o necessário conhecimento do universo em que se trabalha, muitos profissionais isolam-se em face da invencível pressão pela produtividade diária; protegem-se emocional e intelectualmente das inúmeras e complexas demandas recebidas, focando-se única e exclusivamente no indivíduo que está a sua frente. Isso certamente se constitui num equívoco, isolando o psicólogo atuante nos tribunais dentro do seu saber científico e por vezes reduzindo a(s) chance(s) de se edificarem espaços para a discussão/reflexão do papel da Psicologia nessa instituição. Nossos clientes são: os indivíduos e famílias que estão a nossa frente, os juízes que nos encaminham suas dúvidas e questionamentos, e a própria instituição, que recebe e cuida – de alguma forma – dessa clientela que busca soluções e saídas para a problemática vivenciada. A eles devemos direcionar nosso trabalho, à promoção da saúde mental e às proposições para futuras alterações que, na prática, visam à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, a integração em uma cultura de paz e o rumo para o melhor interesse da prole de forma geral.

A atuação do psicólogo nas Varas de Família é atualmente objeto de estudos e pesquisas diversas, entre as quais citamos Bernardi (2005), Castro (2013), Lago (2008), Lima (1998), Maciel (2002), Martins (1999), Miranda Jr. (2009), Silva (2005), Ortiz (2012), Rovinski (2004), Santos (2013), Silva (2013), entre outros. O espaço de trabalho vem demonstrando grande interesse não só dos profissionais que atuam diretamente com as perícias como também para aqueles que na busca de um objeto de pesquisa vislumbram na Psicologia Jurídica praticada nas Varas da Família dos tribunais brasileiros um terreno fértil e ainda pouco explorado para análise.

Segundo Fonseca, *a psicologia que é praticada dentro dos tribunais não deve se esgotar em conhecimentos da área clínica*. Destaca que o beneficiário do trabalho psicológico realizado nos tribunais é o juiz, a instituição e diversos outros órgãos do sistema de justiça, o que demanda uma postura diferente daquela mantida pelo psicólogo clínico.

[...] enquanto a relação entre o paciente e o psicólogo clínico se caracteriza por uma atitude de empatia, compreensão e ajuda do psicólogo que tem como objetivo diminuir o sofrimento ou mal estar do paciente, no caso do psicólogo forense espera-se deste uma atitude mais objectiva, mais neutra ou afectivamente desprendida, que contribua para o apuramento dos danos (causados ou sofridos), para a determinação de responsabilidades ou para uma avaliação rigorosa de capacidades ou incapacidades do arguido (ou das vítimas).<sup>1</sup>

E ainda, a atuação nas Varas de Família traz também a necessidade de o psicólogo ter noção que nem sempre as pessoas estão dispostas a colaborar na avaliação. “A falta de motivação para colaborar e a falta de credibilidade do testemunho dos clientes constitui um dos maiores desafios que se colocam ao psicólogo forense.”<sup>2</sup>

Hoje, após um percurso de mais de três décadas da ciência psicológica imbricada nas Varas de Família dos tribunais brasileiros, diversos autores mencionam a importância de o psicólogo conhecer o sistema jurídico nacional, ainda que minimamente, com suas interpretações, legislações, atores diversos e porque não dizer, alcances e limites de auxílio e intervenção. Nesse sentido, as informações prestadas por um psicólogo que atua no tribunal devem ser claras e passíveis de compreensão pelas mais diferentes instâncias que constituem o processo propriamente dito.

Assim, como assinalam Fonseca (2006), Silva e Rovinski (2012) e Castro (2013), também sustentamos que a atuação do psicólogo nas Varas de Família não deve ser apenas uma mera transposição do conhecimento clínico, sob pena de reduzirmos o entendimento de verdadeiras situações de risco e vulnerabilidade que se apresentam misturadas aos litígios familiares. Além disso, pode incorrer o profissional em inadequações éticas e legais, as quais são impostas pelo próprio contexto da avaliação em contexto forense. Segundo Melton e outros (2007), a prática forense requer conhecimentos e competências mais especializados do que os fornecidos no treino geral para os profissionais de saúde mental.

Discorremos em outro trabalho que, a despeito da adaptação da Psicologia à lógica e funcionamento dos tribunais, cabe a estes profissionais não só levar aos autos a subjetividade das partes envolvidas nos processos, como propor ações de intervenção que possam dar conta dos diferentes aspectos do conflito para minimizá-lo.

<sup>1</sup> FONSECA, Antonio Castro et al. (Org.). Psicologia Forense: uma breve introdução. Lisboa: Almedina, 2006, p. 8.

<sup>2</sup> FONSECA, Antonio Castro et al. (Org.). Psicologia Forense: uma breve introdução. Lisboa: Almedina, 2006, p. 9.

Todas estas atividades exigem do psicólogo uma adaptação de suas técnicas à realidade forense, sem, contudo, descaracterizar os aspectos éticos e técnicos de sua atividade profissional. Ainda que o psicólogo forense possa ter na base de sua atuação uma compreensão clínica dos sujeitos atendidos, precisa incluir em sua prática os aspectos da dinâmica judicial, de forma a que seus achados possam realmente auxiliar os agentes jurídicos numa melhor prática da justiça e, em última instância, trazer benefícios ao próprio usuário do sistema.<sup>3</sup>

### **3 A CONFECÇÃO DO PANO ATUAL**

A vivência nas Varas de Família enquanto psicóloga nos fez desenvolver algumas práticas que em parte estão sendo sistematizadas no cotidiano da equipe que, orgulhosamente, integramos, visto ser a primeira e infelizmente ainda a única a poder se dedicar com exclusividade aos processos oriundos das Varas de Família do fórum central de São Paulo (Fórum João Mendes Júnior).

Em função do número elevado de casos, forçosamente fomos levados enquanto equipe à organização de algumas práticas que, ao final, conferem agilização e transparência a todo trabalho realizado por seus integrantes.

Só para termos uma ideia da dimensão, no ano de 2013 foram realizados pela equipe do Setor de Psicologia das Varas da Família do fórum central da capital, uma média de 60 estudos periciais, e em 2015, até o mês de outubro, foram apurados uma média de 200 estudos periciais. Tal aumento se deve não só à ampliação da demanda, mas também a um ligeiro aumento do número de componentes da equipe.

Essa aferição numérica é realizada por meio de instrumento próprio e seus dados são lançados mensalmente pelos componentes da equipe em planilhas padronizadas pelo Setor de Psicologia. Além do número de laudos realizados, apuram-se também casos que entraram em acordo, número de entrevistas, posição do atendimento naquele mês (início, meio ou fim do estudo, além de algum tipo de travamento que impede a realização do trabalho). O material, de uso específico do Setor, serve para formatar as estatísticas anuais que são entregues na correção ordinária anual.

Outro fator fundamental para a agilização dos estudos foi a informatização dos processos, que conferiu maior rapidez para a passagem de autos, inserção de peças e convocações diversas às partes. Hoje, após a audiência judicial, por exemplo, quando há determinação

---

<sup>3</sup> SILVA, Evani Z. M. da; ROVINSKI, Sonia L. R. A família no Judiciário. In: BAPTISTA, M.; THEODORO, M. (Orgs.). Psicologia de família. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 210.

de estudo psicológico pelo juiz do feito, no mesmo dia, via de regra, o processo chega ao Setor para leitura e tomada de providências para seu início.

Se por um lado lidamos com a pressão do tempo para a finalização dos estudos, por outro, temos que dar a devida atenção à delicadeza do drama familiar que se encontra invariavelmente a nossa frente. O chamado “labirinto de mágoas”, como designa o psiquiatra português Daniel Sampaio em seu livro do mesmo nome,<sup>4</sup> envolve sobremaneira o profissional que necessita ter a empatia necessária para o entendimento e exploração devida da problemática do caso, mas, ao mesmo tempo, a lucidez e a habilidade técnica condizentes para se afastar e avaliar a dinâmica litigiosa diante da qual se encontra.

O Conselho Federal de Psicologia, no ano de 2010, ofereceu à categoria de profissionais psicólogos que militam na área atinente às Varas de Família um documento, denominado Referências Técnicas para atuação do Psicólogo em Varas de Família.<sup>5</sup> O texto busca oferecer subsídios aos psicólogos que atuam nesse campo e àqueles que não possuem vínculo empregatício no Poder Judiciário, mas emitem pareceres que são anexados a processos, desenvolvendo práticas relativas à Psicologia Jurídica. O material, no entendimento do órgão federal, seria pautado nos princípios éticos e políticos norteadores do trabalho dos psicólogos, e possibilitam a elaboração de parâmetros compartilhados e legitimados pela participação crítica e reflexiva da categoria.<sup>6</sup>

Foi aberta uma consulta pública, nos Conselhos Regionais de Psicologia, para que os profissionais tecessem considerações sobre o conteúdo do documento. A equipe paulista, pioneira na atuação nas Varas de Família e, diga-se de passagem, a mais antiga que milita no país, manifestou-se elaborando material próprio, cuja relevância motivou, no ano de 2010, um evento no Conselho Regional de Psicologia – 6ª Região (SP). As considerações tecidas integram documento individualizado, não publicado, porém protocolado (no CRP – 6ª Região – SP) em função da chamada pública que foi realizada.

Outro material importante que serve como guia para que o psicólogo possa embasar sua atuação nas Varas de Família é o denominado Guia de Buenas Prácticas para Elaboración de Informes Psicológicos

---

<sup>4</sup> SAMPAIO, Daniel. Labirinto de mágoas. As crises do casamento e como enfrentá-las. Portugal: Caminho, 2012.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/publicacoes/relatorios-e-cartilhas/>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

<sup>6</sup> CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Referências Técnicas para atuação do Psicólogo em Varas de Família. Brasília: CFP, 2010.

Periciais sobre Custódia y Regimen de Visitas de Menores,<sup>7</sup> do Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid, elaborado em 2009 e que se propõe: a) servir de guia, estabelecendo critérios de qualidade para os profissionais da Psicologia; b) orientar os juízes sobre os critérios de qualidade dos informes periciais, de maneira que sua demanda de assessoramento possa alinhar-se de maneira mais adequada; c) servir de fonte de informação aos diferentes atores implicados no processo de separação ou divórcio, apontando elementos que clarifiquem o que puderem [...]; d) contribuir a uma tomada de decisões mais homogênea por parte das comissões deontológicas; e) constituir um instrumento útil para a formação de profissionais no âmbito pericial (tradução da autora).

De modo geral, frisamos que o Brasil ainda está distante da elaboração de protocolos de atendimentos e avaliações psicológicas como os existentes em diversos países estrangeiros. Os chamados *guidelines*, existentes na área da Psicologia e também em muitas outras profissões, assinalariam ao psicólogo a pertinência de determinadas avaliações visando o alcance de resultados; isso poderia melhor assegurar o profissional na emissão dos pareceres.

Por fugir ao escopo do presente texto, deixamos de citar tais materiais registrando apenas que a falta de padrões mais uniformizados de avaliações psicológicas periciais nas ações envolvendo, por exemplo, disputas de guarda de filhos, regulamentações de visitas, questões de vulnerabilidade e risco; existência ou não de práticas abusivas (físicas, sexuais e/ou morais), provocam elevados níveis de variabilidade e também de subjetivismos, na condução dos trabalhos e sugestões propostas.

Não se trata de engessarmos as avaliações dentro de padrões rígidos submetidos a pontuações, deixando muito claro aqui nosso respeito ao livre arbítrio que os profissionais devem ter assegurados na realização das avaliações, mas, sim, apresentar a possibilidade da construção de materiais de referência que pudessem estar um tanto mais isentos da própria subjetividade de interpretação do profissional.

Temos claro que o assunto demanda a realização de diversas pesquisas e de um universo de profissionais que pudessem se dedicar a essa sistematização com afinco e seriedade.

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guiadebuenaspracticasa4.pmd.pdf>> Acesso em: 5 dez. 2015.

## 4 A TESSITURA DE UM NOVO PANO - O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As avaliações de guarda de filhos são extremamente complexas e provavelmente são as avaliações forenses mais difíceis de realizar devido ao conhecimento exigido e à sua natureza de juízo de valor.

Na mesma esteira, podemos refletir sobre a dificuldade que existe nos tempos atuais para chegarmos a uma definição de família. As ciências humanas deparam-se com isso, assistindo discussões sobre parentalidade, multiplicidade de relacionamentos, conjugalidades construídas e destruídas rapidamente, divórcios sucessivos, além de conceitos que brotam tão facilmente como as próprias alterações da família. Assim, famílias recombinadas, recompostas, mosaico, recasadas, reconstituídas, recasadas, misturadas, refeitas, reorganizadas, reestruturadas e com diversos outros nomes apresentam-se como adjetivos colocados diante da família que acaba por mostrar um movimento paradoxal, qual seja, o dos indivíduos continuarem a se casar, a se separarem e novamente se casarem, num movimento muitas vezes contínuo e perseverante.

Hoje, necessitamos desconstruir o conceito de casamento atrelado a uma família e ampliá-lo de modo a abarcar as novas formas e os novos arranjos da convivência; é necessário um redimensionamento de seus limites e uma abertura para o surgimento de novas dinâmicas nos vínculos estabelecidos entre seus membros.

Segundo Groeninga (2015), não cabe sermos indiferentes quanto às diferenças, sendo necessário tratarmos com muito cuidado as questões familiares para não imprimirmos juízos de valor e ideologias para formas diversas que não são nem piores, nem melhores, mas apenas outros modos e, por vezes, mais trabalhosos.<sup>8</sup>

Por consequência, nós temos um universo cada vez mais complexo para analisarmos nas perícias psicológicas determinadas nas Varas de Família, vez que muitas vezes nem os próprios protagonistas das discussões conseguem entender o que desejam, o que esperam e para onde pretendem rumar com todo aquele conflito travado judicialmente.

Nos casos por nós atendidos, os quais já se submetem na maior parte das vezes a uma audiência no Setor de Conciliação instalado no Fórum João Mendes Jr. (SP) oferecida pelo magistrado antes da determinação da perícia, temos presenciado grande animosidade e disfuncionalidade nas relações.

---

<sup>8</sup> Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/processo-familiar-latente-dissusoes-respeito-guarda-filhos-alienacao-parental>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

Os filhos são apresentados de forma a já terem se submetido a um rol de violências, derivadas de uma conjugalidade mal-acabada, um luto ainda por ser feito ou mesmo pela continuidade quase patológica que permanece conduzindo a animosidade ainda que à distância. A destruição do(s) outros dentro dele(s) é uma realidade que aparece travestida com diversas roupagens.

Sem pretendermos aqui entrarmos no âmago das discussões que são travadas entre as partes por nós avaliadas, preocupa-nos sobremaneira algumas inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Por não possuímos qualquer formação jurídica, nosso entendimento sobre leis é pequeno, o que justifica a ausência de interpretações ou ilações que deverão ser explanadas pelos próprios juristas. No entanto, pela necessária atualização dos itens do diploma legal que está por vir e que mencionam nosso trabalho pericial, apresentamos aqui algumas considerações, as quais são relativas exclusivamente à área psicológica.

Partimos então da seguinte definição de perícia:

A perícia é um meio de prova que pressupõe que a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado seja técnica, isto é, que se trate de matéria que, para sua perfeita e adequada compreensão, exige conhecimentos especializados que o magistrado não possui ou não domina.<sup>9</sup>

Uma das novidades trazidas pelo novo CPC consiste na menção a uma “prova técnica simplificada” (art.464, § 2º) definindo logo à frente que “a prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico” (art. 464, § 3º).

Ora, muito nos inquieta a expressão “prova técnica simplificada”, vez que entendemos que qualquer questão envolvendo crianças e adolescentes, bem como a análise de seu superior interesse não pode ser chamada de *simplificada*, correndo-se o risco de novamente passarmos a tratar a situação desses indivíduos com o ranço advindo de sua condição *de menor importância*, que tanto assolou nossa sociedade até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

O próprio perito, no caso o psicólogo que recebe a determinação para o estudo pericial, é que deverá avaliar se irá tratar de uma situação em que poderá ser aplicada uma avaliação mais sucinta ou como

<sup>9</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 336.

se quer, simplificada. Nesse sentido, é preciso frisar que muitas vezes a situação que nos chega é apenas aparentemente simples e de rápida avaliação, embutindo, pois sua complexidade e dificuldade no desenrolar das entrevistas e demais métodos de análise para o entendimento. O juiz de direito não possui condições, ainda que imbuído da melhor intenção, de indicar se a prova a ser feita deverá ser simplificada ou não, correndo o risco de minimizar ou banalizar importantes aspectos da situação-problema.

Os casos envolvendo crianças e adolescentes em meio aos litígios conjugais estão muitas vezes envoltos em situações de risco e vulnerabilidade, geralmente apresentados de forma mascarada, as quais expõem não só a prole, mas como a família em si a uma gama de maldades e/ou aspectos mais doentios da personalidade e da dinâmica familiar instalada.

Assim, salientamos que não se pode tratar de maneira *simplificada* situações de guarda e visitas, por exemplo, que trazem por vezes, nem sempre de forma aparente, a implantação de falsas memórias, negligências, abusos diversos, atitudes alienadoras entre outras. Além disso, os próprios sentimentos dos filhos, muitas vezes sufocados em meio ao litígio familiar, têm necessidade de ser acolhidos e interpretados corretamente, já que também podem levá-los à degradação física e emocional. A perícia, ao ler e interpretar correta e pontualmente uma situação, pode representar uma conscientização (muitas vezes negada ou ausente) dos riscos inerentes à situação conflituosa.

Outro artigo que nos chama a atenção e costuma trazer embaraços cotidianos para a perícia psicológica está na possibilidade dos assistentes das partes acompanharem as diligências (art. 466, § 2º). Não raro surgem situações delicadas com tais profissionais que têm dificuldade ou mesmo desconhecem a necessidade de adaptarem a sua área de especialização ao diploma legal.

É necessário que o profissional cumpra seu encargo com o zelo de um profissional sério e conhecedor da sua área de especialização, o que implica obviamente a ciência das Resoluções do Conselho Federal de Psicologia, em especial a de n. 017/2012, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito nos diversos contextos. Citamos abaixo alguns artigos da respectiva legislação profissional:

Art. 1º - A atuação do psicólogo como perito consiste em uma avaliação direcionada a responder demandas específicas, originada no contexto pericial.

Art. 2º - O Psicólogo Perito deve evitar qualquer tipo de interferência durante a avaliação que possa prejudicar o princípio da

autonomia teórico-técnica e ético-profissional, e que possa constranger o periciando durante o atendimento.

Art. 3º - Conforme a especificidade de cada situação, o trabalho pericial poderá contemplar observações, entrevistas, visitas domiciliares e institucionais, aplicação de testes psicológicos, utilização de recursos lúdicos e outros instrumentos, métodos e técnicas reconhecidas pela ciência psicológica, garantindo como princípio fundamental o bem-estar de todos os sujeitos envolvidos.

Outra Resolução importante do Conselho Federal de Psicologia é a de n. 08/2010, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário:

#### CAPÍTULO I REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

Art. 1º - O Psicólogo Perito e o psicólogo assistente técnico devem evitar qualquer tipo de interferência durante a avaliação que possa prejudicar o princípio da autonomia teórico-técnica e ético-profissional, e que possa constranger o periciando durante o atendimento.

Art. 2º - O psicólogo assistente técnico não deve estar presente durante a realização dos procedimentos metodológicos que norteiam o atendimento do psicólogo perito e vice-versa, para que não haja interferência na dinâmica e qualidade do serviço realizado.

Parágrafo Único - A relação entre os profissionais deve se pautar no respeito e colaboração, cada qual exercendo suas competências, podendo o assistente técnico formular quesitos ao psicólogo perito. (Grifamos)

Assim, em obediência ao Código de Processo Civil e às Resoluções do Conselho Federal de Psicologia, temos oferecido um espaço para reunião prévia (data e horários predefinidos e informados nos autos) com os assistentes técnicos das partes e/ou posterior à coleta de dados da perícia, com o fito de apresentarmos minimamente nossas hipóteses, planejamento de trabalho e ao final, os resultados alcançados. Esses encontros, obrigatoriamente são marcados na mesma data e horário com os assistentes de ambos os lados (quando houver), garantindo assim a participação e acompanhamento dos trabalhos periciais determinados pela lei, já que o perito (conforme art. 466, § 2º) deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Tecnicamente, isso preserva as crianças e adolescentes que serão objetos de análises das perícias e das avaliações dos assistentes das partes, de uma exposição demasiada às técnicas, entrevistas e outros métodos que, certamente, podem levá-los a um stress com

consequente desestabilização emocional. Tal condição, é preciso dizer, afetará sobremaneira o resultado de todos os trabalhos, causando vieses importantes na interpretação dos dados coletados.

Ainda é preciso mencionar que a despeito do novo diploma mencionar que os assistentes técnicos são de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 466, § 1º), a Resolução do Conselho Federal de Psicologia de n. 08/2010 é clara ao indicar a necessária preservação da intimidade das partes.

#### CAPÍTULO IV

O PSICÓLOGO QUE ATUA COMO PSICOTERAPEUTA DAS PARTES  
Art. 10 - Com intuito de preservar o direito à intimidade e equidade de condições, é vedado ao psicólogo que esteja atuando como psicoterapeuta das partes envolvidas em um litígio:

I - Atuar como perito ou assistente técnico de pessoas atendidas por ele e/ou de terceiros envolvidos na mesma situação litigiosa;

## 5 CONCLUINDO A CONFECÇÃO DO PANO

O assunto sobre a participação da prova pericial no âmbito da Psicologia é amplo e não se esgota neste texto.

Certa vez atendemos no âmbito pericial uma criança de 6 anos que, ao realizar o desenho da família, desenhou uma “família de lixos”, com latas amassadas, papéis sujos, cascas de banana e brinquedos quebrados.

A perícia não se ateve ao desenho isoladamente, como é óbvio, mas, no desenrolar das entrevistas pode constatar com clareza que não só circulavam muitos lixos emocionais na família, como também ela própria, uma criança, inocente e pura, estava ali, a serviço de funcionar como uma lata de lixo dos dejetos da família.

Como outros espaços não se apresentaram a essa família (psicoterapias, mediação, ludoterapia, etc.) o espaço pericial pode fazer uma leitura que sensibilizou as partes para o tratamento. A sentença judicial apoiada na ciência psicológica pode valorizar a problemática, incorporando também os aspectos emocionais da família.

Em relação ao exposto, e considerando a prática e pesquisas realizadas na área, apontamos de forma resumida o tipo de ajuda que as perícias psicológicas podem dar aos processos judiciais, nos casos é claro, em que outras formas alternativas de resolução dos conflitos não puderam ser oferecidas ou não obtiveram o sucesso esperado.

As perícias psicológicas têm condições de:

a) apontar construções familiares próprias, despatologizando-as, voltando-se para suas peculiaridades, sua importância na formação e desenvolvimento de cada membro da família; reconhecer diferenças;

b) entender e traduzir o que é prática e o que é retórica; diferenciar o que é interesse genuíno na prole ou na preservação das relações familiares do que é o uso da alienação parental e seus subsequentes mecanismos legais de proteção;

c) avaliar recursos emocionais e estruturas de comportamento que podem incidir sobre a dinâmica familiar;

d) buscar o resgate do(s) filho(s) perdidos em meio ao litígio, dando-lhes voz;

e) diferenciar a propalada alienação parental da necessária proteção integral da criança;

f) apontar riscos e vulnerabilidades da manutenção ou alteração de determinados “arranjos” familiares individuais e/ou conjuntos;

g) buscar alternativas e apresentá-las ao magistrado de forma coerente, plausível e que apontem ou incentivem, na medida do possível, o esforço necessário para que a questão não seja mais judicializada;

h) valorizar e interpretar aspectos transgeracionais, rede familiar, manutenção de segredos e lealdades que podem colaborar para situações danosas para a prole;

i) valorizar o empoderamento dos pais de forma conjunta, impulsionando, na medida do possível, arranjos que valorizem a continuidade da parentalidade de forma compartilhada.

## 6 REFERÊNCIAS

BERNARDI, Dayse C.F. Avaliação psicológica no âmbito das instituições judiciárias. In: CRUZ, R. M.; MACIEL, S. K.; RAMIREZ, D. C. *O trabalho do psicólogo no campo jurídico*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

CASTRO, Lídia R. F.. *Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?* São Paulo: Artmed, 2013.

COLÉGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS DE MADRID. *Guia de Buenas Prácticas Prácticas para Elaboración de Informes Psicológicos Periciales sobre Custódia y Regimen de Visitas de Menores*, 2009. Disponível em: <<http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guiadebuenaspracticcasA4.pmd.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Referências Técnicas para atuação do Psicólogo em Varas de Família*. Brasília: CFP, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Resolução n. 07/2012*. Disponível em: <[www.pol.org.br/resoluções](http://www.pol.org.br/resoluções)>. Acesso em: 30 out 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Resolução n. 08/2010*. Disponível em:< [www.pol.org.br/resoluções](http://www.pol.org.br/resoluções)>. Acesso em: 30 out 2015.

FONSECA, Antonio Castro *et al.* (Org.). *Psicologia Forense: uma breve introdução*. Lisboa: Almedina, 2006.

GROENINGA, Gisele. *Guarda de filhos e alienação parental têm ocupado a cena no direito de família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/processo-familiar-latente-discussoes-respeito-guarda-filhos-alienacao-parental>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

LAGO, Vivian M. *As práticas em avaliação psicológica nos casos de disputa de guarda de filhos no Brasil*. (Dissertação de Mestrado). Rio Grande do Sul. Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

LIMA, Liliana P. *O lugar da psicologia no processo judicial em Vara de Família*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Instituto de Psicologia da Universidade São Paulo, 1998.

MACIEL, Saily K. *Perícia psicológica e resolução de conflitos familiares*. (Dissertação de Mestrado). Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

MARTINS, Sheila. R. C. *Perícias psicológicas judiciais e a família: proposta de uma avaliação sistêmica*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo. Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999.

MELTON, Gary B. *et al.* *A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*. 3. ed. London: Guilford, 2007.

MIRANDA Jr., Hélio. *O psicanalista no tribunal de família: possibilidades e limites de um trabalho na instituição*. (Tese de Doutorado). São Paulo. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2009.

ORTIZ, Marta C. M. A constituição do perito psicólogo em Varas de Família à luz da análise institucional de discurso. *Psicologia Ciência e Profissão*. Brasília, v. 32, n. 4, p. 894-909, 2012.

ROVINSKI, Sonia. L. R. *Fundamentos da perícia psicológica*. São Paulo: Vetor, 2004.

ROVINSKI, Sonia L. R. Psicologia jurídica no Brasil e na América Latina: dados históricos e suas repercussões quanto a avaliação psicológica. In: ROVINSKI, S.L. R.; CRUZ, R.M. (Orgs.) *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009.

SANTOS, Pollyana C. M. *A atuação do psicólogo junto às Varas de Família: reflexões a partir de uma experiência*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2013.

SAMPAIO, Daniel. *Labirinto de mágoas*. As crises do casamento e como enfrentá-las. Portugal: Caminho, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Evani. Z. M. da. *Alcances e limites da psicologia jurídica: o impacto da avaliação psicológica na visão das partes envolvidas*. (Tese de Doutorado). São Paulo. Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

SILVA, Evani Z. M. da; ROVINSKI, Sonia L. R. A família no Judiciário. In: BAPTISTA, M.; THEODORO, M. (Orgs.). *Psicologia de família*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

SILVA, Evani Z. M. da. Psicologia jurídica: um percurso nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Psicologia Ciência e Profissão*. Brasília, v. 33 n. 4, p. 902-917, 2013.

SILVA, Evani Z. M. da; SARAIVA, Rute; PINTO, Eduardo V. C.. *Direito e psicologia*. Portugal: Coimbra Editora., 2013.



## FAMÍLIAS PLURALIZADAS. NOVA DOCTRINA E EXPERIÊNCIA JUDICIÁRIA<sup>1</sup>

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

É preciso que se diga, antes de mais nada, que tem sido construída uma base conceitual de família, a exigir uma nova doutrina que dialogue a evolução da família com o seu importante papel na sociedade moderna.

Não será suficiente incorporar as novas entidades familiares, pelo pluralismo existente de famílias, para que o conceito de família seja integrado em suas desejadas concretude e completude; ou que se estabeleça um novo e mesmo fogo doméstico da clã reunida, no berço das origens, em uma ancestral associação religiosa de grupo.

O conceito de família está a receber importantes redesignações, como instituição em sua natureza social, e mesmo que não mais ela se compreenda, apenas formada por uma única origem, a do casamento, pelo modelo tradicional, as dinâmicas familiares apontam conceitos emergentes, como a da “família extensa” ou “família ampliada” do art. 25 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com a redação dada pela Lei n. 12.010/2009 (Lei da Adoção) ou o da “família adesiva”, tal como se extrai do art. 5º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006.

Em bom rigor, a “Lei Maria da Penha” trouxe consigo o primeiro conceito legal de família, assinalando, naquele inciso, entender a família “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por *vontade expressa*”.

O elemento da “vontade expressa” é o mais novo liame familiar-parental, no plano civil. Esse significante tem sua precisão finalística, definindo outros vínculos que não os meramente biológicos. De efeito, a família funcionalmente é emoção. É influência comportamental, é o

---

<sup>1</sup>Texto resumido da palestra: Famílias Pluralizadas. Experiência judiciária e problematização, proferida no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, tendo como tema central: Famílias Nossas de Cada Dia, em painel 2: Direito das Famílias, Judiciário e internacionalidades, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família. Coordenadora do painel: Paula Giutti Leite (MS). Demais participantes: Fabrício Polido (MG) e Paulo Lins e Silva (RJ). Auditório do Hotel Ouro Minas em 22.10.2015, Belo Horizonte (MG).

desenvolvimento de cada um dos que a integram, tem o seu papel de valores sociais e morais que baseiam a sociedade que temos.

O principal abrigo da família é a sua realidade contemporânea e nela se confortam as transformações culturais e sociais do tempo, para reconhecê-la em suas mutações evolutivas, nos seus valores emergentes, e por novas configurações que a dimensionam em seu pluralismo e variabilidades que desafiam permanentes reflexões jurídicas.

Uma concepção multifacetada de família, bem é dizer, importa, portanto, no estabelecimento de novas categorias jurídicas familistas, que a própria experiência judiciária e uma doutrina avançada convergentes estão a conceber.

Estas novas categorias se apresentam, às expressas, como bons exemplos, pela construção jurisdicional mais recente da:

(i) multiparentalidade concomitante ou sucessiva, sob o princípio dominante da socioafetividade, que tem superado a clássica família parental natural;

(ii) pelo reconhecimento jurídico das uniões simultâneas;

(iii) pela definição pretoriana do princípio da comunidade familiar;

(iv) ou ainda, pelas denominadas famílias pluralizadas, em que se perfaz a extensão familiar por admissão dos fatos da vida com uma significação jurídica impostergável, a exemplo das *famílias mútuas* ou do novo instituto da *adoção multiparental*.

O tema que nos é entregue para esse breve comunicado ibdermano sugere, portanto, por seu amplo espectro, que fique, aqui, objetivado por uma visão sistêmica, em que cada categoria jurídica seja aferida pela mais recente jurisprudência pontual a seu respeito e, sobretudo, por algumas controvérsias ultimamente postas.

Sobre cada uma delas, como adiante trataremos, incide o seu tratamento constitucionalizado, porquanto onde houver família, entendida como tal, caberá proteção especial do Estado, prevista e consagrada no art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

Não mais um único modelo de família, como base social, mas famílias, distintas e autônomas, no contexto pluralista e diferenciado. À família parental, soma-se a família socioafetiva, o que pode implicar, entre si, mutualidade e multiparentalidade, ou apenas a predominância de uma sobre a outra, não se verificando, na hipótese, a ocorrência de famílias pluralizadas.

Pois bem. O termo “famílias pluralizadas”, em primeiro eixo do tema, destina-se, propriamente, para o seu sentido expansivo. Disso,

resulta uma pragmática de observação eficiente quanto ao significado do que seja comunidade familiar.

A comunidade familiar não está delineada em núcleos fechados, alcançando sob a influência da identidade afetiva pessoas outras que estejam ligadas, iniludivelmente, a esse direito comunitário, a exemplo de irmãos, tios e sobrinhos, proclama o STJ por 3ª Turma, no REsp. n. 1405456-RJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03.06.2014 (DJe 18.06.2014).

Esse “direito comunitário de família” ou o direito à “comunidade familiar”, oriundo do princípio geral de proteção da família, aponta que a identidade familiar da pessoa alcança toda a comunidade dos membros a que ela pertença, não se resumindo, apenas, à família nuclear (pais e filhos).

É no atinente à legitimidade ativa para as demandas indenizatórias que mais se aperfeiçoa o princípio, e os avanços da jurisprudência apresentam essa diretiva comunitária de família. Cabem, aqui, serem apontados dois importantes julgados, preceituando que:

(i) ascendentes e sua prole integram um núcleo inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte, para além do núcleo familiar estrito, constituído pela família imediata – viúva e filhos (STJ – REsp. 1.095.762-SP, j. em 21.02.2013);

(ii) “Por analogia do que dispõem os artigos 12 e 948 do Código Civil de 2002; art. 76 do Código Civil de 1916; e art. 63 do Código de Processo Penal, com inspiração também no art. 1.829 do Código Civil de 2002, como regra – que pode comportar exceções diante de peculiaridades de casos concretos –, os legitimados para a propositura de ação indenizatória em razão de morte de parentes são o cônjuge ou companheiro(a), os descendentes, os ascendentes e os colaterais, de forma não excludente e ressalvada a análise de peculiaridades do caso concreto que *possam inserir sujeitos nessa cadeia de legitimação ou dela excluir*”. ( STJ – 4ª Turma, REsp. 1.291.845-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão j. em 04.12.2014).

A questão aqui posta ganha maior relevo, sob os seguintes enfoques:

(i) o direito à comunidade familiar significa o pertencimento, em níveis de protagonismo jurídico e afetivo, no plano da existência familiar. Pais e irmãos (STJ – REsp. 861.074-RJ), cônjuge e filhos, e por extensão, outros inseridos na legitimação comunitária, todos podem vivenciar a mesma dor da perda de membro da comunidade, assumindo, portanto, os mesmos direitos indenizatórios;

(ii) a nova ordem jurídica estabeleceu a comunidade familiar, na forma parental natural ou civil, e mais ainda, por vontade expressa, na forma do art. 5º, II, da Lei 11.340/2006, como antes referido, implicando essa legitimação.

Cabe observar que, no Direito português, conforme assinala o artigo 496º do seu Código Civil “por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e por último, aos irmãos e sobrinhos que os representem”. Essa ordem de legitimidade ativa à indenização, por graus e sucessiva, segue a da vocação hereditária.

No Direito brasileiro, não existe dispositivo semelhante, a tratar da ordem de preferência à reparação civil pelo dano moral causado em pessoa da família, preferindo uns ou excluindo outros.

Em ser assim, a legitimidade ativa para o pleito de condenações por danos morais em face de morte de ente querido alcança, para além do núcleo típico familiar do modelo clássico, uns e outros da comunidade familiar existente.

Por esse viés, a saber que a comunidade familiar se perfaz como núcleo aberto e plural, por identidade afetiva dos que a integram, inevitável será, com maior atualidade, confrontar o princípio comunitário familiar diante das denominadas “uniões poliafetivas” que, em seu substrato, implica em uma comunidade constituída por vontade expressa dos que aderem ao liame afetivo, formando um núcleo único e não famílias simultâneas.

A propósito, efeitos familiares às uniões concomitantes já têm sido admitidos pela jurisprudência mais recente, e o paradigma situa-se em data de 09.04.2013, no julgado seguinte: o devedor, possuindo famílias simultâneas, não pode ter penhorados imóveis seus que sirvam, em respectivo, às suas famílias (STJ – 3ª Turma, REsp. n. 1.126.173-MG).

Segue-se, então, forçoso entender que a recente formalização de união poliafetiva por escritura pública, em 15º Ofício de Notas da cidade do Rio de Janeiro, na Barra da Tijuca, em outubro de 2015, por um trio de mulheres, não pode deixar de ser reconhecida como comunidade familiar estabelecida, nada obstante atípica. Suas repercussões jurídicas são inegáveis, quando ali dispostas em escritura as deliberações patrimoniais e as vitais e, sobretudo, o projeto parental de um filho por reprodução assistida. A própria estruturação psíquica que a orienta em seus fins a demonstra incluída como comunidade familiar que se arregimenta a tanto.

Nessa toada, impende, aliás, considerar que o filho do trio poliafetivo agora constituído em união escritural poderá ser havido como biológico, por gestação de uma delas; genético, por entrega de óvulo da outra; e socioafetivo pela terceira, tudo a configurar fenômeno diverso da multiparentalidade, nos exatos termos das construções jurisprudenciais intercorrentes. De efeito, a configuração de comunidade familiar não pode ser afastada.

Para além disso, a recente Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, de 24 de setembro último, veio admitir a gestação compartilhada por casais homoafetivos femininos, permitindo que uma mulher possa transferir o embrião gerado a partir da fertilização de um óvulo de sua parceira. Resta, daí, concebido que uma terceira pessoa, nesse projeto parental, colocar-se-ia, de forma iniludível, como genitora socioafetiva.

A propósito, a figura de “filho de três mães” tem precedente na Inglaterra, em 2005, o do menino Charlie, nascido do projeto parental de Alex que, vítima de um câncer cervical e não podendo engravidar, com a ajuda de duas irmãs obteve de uma, a gêmea Charlotte, os óvulos e da mais velha, Helen, o empréstimo do útero. Cada uma delas, nada obstante as relações fraternas, guarnecem consigo uma família pluralizada, pelos seus correspondentes papéis contributivos de mães de um mesmo filho.

Anota-se, ainda, decisão judicial inédita da Justiça brasileira, em outubro de 2014, a permitir inclusão em registro civil de nome de três mães de uma criança adotada. O juiz da Vara da Infância e da Juventude de Vitória da Conquista, Cláudio Daltro, determinou em processo de adoção que, além do nome da mãe biológica, constasse os nomes das mães adotivas, que viviam em união homoafetiva. Ela entregou a filha às duas mulheres, com três meses de vida, e permaneceu, ao depois, com o direito de convívio, sem a ruptura do vínculo biológico.

A hipótese encerra, em si mesma, *a adoção multiparental*, como a mais nova e eloquente vertente da multiparentalidade que já recolhe, por suas circunstâncias jurídicas, o protagonismo das atuais famílias pluralizadas.

O instituto da adoção multiparental sucedeu, entretanto, criado pela jurisprudência de piso, um ano antes. Pela primeira vez no país, uma decisão judicial admitiu acrescentar ao registro de nascimento de menor adotado, o nome de seu genitor e de seus avós paternos, mantendo-se a paternidade adotiva e registral, com o acréscimo do patronímico do pai biológico.

A decisão foi proferida, em 01.10.2013, pelo Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, da 1ª Vara de Família do Recife, em Ação de Investigação

de Paternidade, em que a filha adotada, em expressão de sua identidade genética, com anuência expressa dos pais adotivos e do próprio investigado, requereu o reconhecimento do vínculo biológico para os fins de admissão da multiparentalidade existente, quando as relações de afetividade reuniam todos eles. (Processo n. 0034634-20.2013.8.17.0001).

Como consabido, o instituto da adoção atribui a situação de filho ao adotado (art. 1.626, CC), constituindo um vínculo parental civil, na forma do que dispõe o art. 1.593 do Código Civil, por se tratar de parentalidade decorrente de outra origem que não a natural resultante da consanguinidade. Ocorre que, em seus efeitos jurídicos, carrega consigo, *ope legis*, a ruptura instantânea de qualquer vínculo com os pais e os parentes consanguíneos (art. 1.626, 2ª parte, CC).

Essa ruptura, a par de ocultar a realidade do vínculo genético, em malferimento a um direito constitucional da verdade da origem, aponta na dissociação absoluta do adotado com a sua família biológica, a colocá-la, assim, tão distante quanto limitada ao seu ponto de origem.

Recentemente, a legislação espanhola trouxe importante avanço, ao manter intacto o vínculo biológico nos processos de adoção, oportunizando não apenas o direito à autodeterminação da origem genética, mas o fortalecimento afetivo daquele vínculo, na manifesta e mais comum forma de multiparentalidade concomitante.

As duas decisões judiciais antes mencionadas, introduzindo no Direito de Família brasileiro o instituto da adoção multiparental, servem de referência à possibilidade da formação das famílias pluralizadas, na espécie, por esse diálogo de parentalidades que se somam, biológica e socioafetivamente.

Uma outra hipótese factível para a adoção multiparental sucede quando inexistente a filiação registral, já que desconhecido o pai biológico, por certo tempo, ou no ponto, desconhecendo o pai a existência do seu filho, a tanto por isso mesmo não expressando a sua concordância com a adoção (art. 1.621 e § 1º, CC), venha ele, ao depois, saber do fato; operando-se, como fato da vida, a multiparentalidade concorrente.

Lado outro, em julgado também paradigma, admitiu-se, muito além dos limites da adoção conjunta apenas destinada a duas pessoas que forem marido e mulher ou conviventes, como se pressupõe do art. 1.622 do CC, a possibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos, em face do infante (STJ - 3ª Turma, REsp. n. 1217415-RS, j. em 19.06.2012), tudo mediante a interpretação ampliativa do art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

Tudo isso ensina e exercita uma pragmática de afeto, que sinaliza a verdadeira base das famílias atuais.

Certo que a família pluralizada, no referido alcance de sua expansão, encontra hipóteses outras, dentro da multiparentalidade descrita pela doutrina, impõe-se, anotar, um tema novo, o da eventual multiparentalidade avoenga.

Anota-se, nesse sentido, uma ação contestatória de paternidade movida pelo pai registral, que não tinha vínculo afetivo com o suposto filho, e a reação divergente dos avós registrais, genitores daquele.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou o recurso no qual pretendiam eles a manutenção da condição de avós socioafetivos, quando então decretada a negativa da paternidade, desconstituiu-se o registro original para assinalar o pai biológico verdadeiro.

Deixou o julgado do tribunal superior de legitimar o vínculo afetivo avoengo, independente de sua origem, desprezando, no tema, a possibilidade de uma multiparentalidade avoenga, quando os avós detinham, iniludivelmente, o interesse jurídico e moral de tal pronunciamento. Preferiu o tribunal quedar-se unicamente a incursões de ordem processual. Em síntese, no mínimo uma desconstrução analógica do § 1º do art. 1.595 do Código Civil e a falta de uma doutrina jurídica mais consistente a respeito.

Admitido que a importância do afeto tem suas latitudes expandidas, pela jurisprudência, em consubstanciação das multiparentalidades existentes, impõe-se reconhecer a necessidade de novos avanços da jurisdição.

Impende urgente cogitar sobre a multiparentalidade, não apenas quando tem sido admitida em situações pontuais, coexistindo a parentalidade socioafetiva e a biológica, em filiações plurais. Situações outras, diferenciadas pelos fatos da vida, sugerem deva ser, igualmente, recepcionada a multiparentalidade no âmbito de suas multifacetadas ocorrências. De modo decisivo, a multiparentalidade é a consolidação da afetividade como princípio jurídico e, nesse ser assim, acentuam-se as famílias pluralizadas, na concepção das parentalidades múltiplas.

A primeira evidência de base situou-se com a Lei n. 11.924/2009, colocando as figuras jurídicas do padrastio e do madrastio como equivalentes às paternidade e maternidade socioafetivas, a permitir a inserção por acréscimo dos patronímicos em composição dos nomes dos enteados, na forma de parágrafo introduzido ao art. 57 da Lei n. 6.015/73.

Uma latitude maior ocorre quando no plano da própria filiação registral, ou seja, para além do mero registro nominal do patronímico.

Em acórdão pioneiro da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde Relator o des. Alcides Leopoldo e Silva Jr., determinou-se constar do registro de um jovem, além dos nomes de seu pai biológico e de sua mãe biológica, o de sua madrasta como genitora socioafetiva (AC 0006422-26.2011.8.26.0286; DJESP 11/10/2012). Nesse caso, registra-se o primeiro reconhecimento jurídico da multiparentalidade na sua forma sucessiva, a saber que a mãe biológica houvera já falecido.

Induvidoso se torna admitir que a aplicação da Lei n. 11.924/2009, de natureza registral, interimplica, por regra de experiência máxima, em admissão de paternidade ou maternidade socioafetivas com o reconhecimento fático e voluntário dessa relação parental, ditando a existência de uma família pluralizada que não mais se desconstituirá, mesmo que desfeita venha a ser a união conjugal ou convivencial.

Tecnicamente, famílias pluralizadas não se confundem com famílias simultâneas, estas últimas ditas paralelas e que se colocam reconhecidas mediante a duplicidade de uniões. Quer significar aquelas um novo arranjo familiar, pelo crivo da mutualidade das relações de afeto, expandindo o seu núcleo primitivo. Pluraliza-se uma família, quando nela incorporam-se os valores jurídicos do afeto, em decorrência de uma maior interatividade superveniente.

Relações de parentalidade que envolvem irmãos não germanos, em face das famílias de cada um deles ou as de irmãos socioafetivos integrantes das famílias mosaicos que compõem o núcleo central da família expandida, descrevem situações jurídicas proficientes a determinar que se produzam outras e novas construções doutrinárias ou jurisprudenciais a respeito de famílias pluralizadas, a exemplo dos efeitos familiares e legais da socioafetividade fraterna, nomeadamente sob o princípio da solidariedade familiar.

Por sua vez, entendam-se por *famílias mútuas*, as consolidadas em multivínculos familiares ditados em situações excepcionais. Vejamos algumas hipóteses:

(i) A indução a erro daquele que registra suposto filho, sob a crença de ser o pai biológico não pode macular o vínculo socioafetivo do pai registral, que venha a ser consolidado ao longo do tempo; a tanto o permitir defendê-lo perante o pai biológico, quando este ciente da condição de paternidade que lhe tenha sido até então sonogada. Soluções de conformidade aos interesses comuns de ambos os pais pluraliza a família pela multiparentalidade construída em consenso pela realidade dos fatos.

(ii) A posse errada de filho, por troca de recém-nascidos em maternidade, apurada ao depois, quando a filiação socioafetiva

consolidada não cede e não haverá de prejudicar a biológica, tem significado, mais das vezes, a preservação dos vínculos então existentes conjugados aos novos vínculos que se tornam existentes.

As decisões recíprocas dos pais afetivos, uns e outros, de mantê-los no lar onde cada um já se achava, onde ali criados e amados, ao tempo que exaltam a paternidade e maternidade socioafetivas em uma cumplicidade inevitável com o destino deles e de todos, congregam, por definitivo, ambas as famílias. Elas tornam, por essa diretiva, pluralizadas na convivência mútua com os filhos das duas origens, devendo merecer especial amparo do Estado.

(iii) Finalmente famílias mútuas também existirão pluralizadas, pelo instituto da *adoção solidária*, de pouco uso no Direito brasileiro, quando adotados irmãos em famílias diferentes e ambas, comprometam-se a uma convivência recíproca, em benefício e estímulo da permanente interação fraterna daqueles.

Os diversos vínculos familiares criados em situações assim referidas assumem em seus arranjos os melhores ganhos de juridicidade, em uma etapa transformadora e moderna do Direito de Família mais avançado.

Em construto fenomênico dos fatos da vida, também as famílias pluralizadas ganham a sua melhor doutrina.

Na contemporaneidade, as famílias se reinventam em prol do seu papel indutor e institucional na sociedade organizada. Afinal, como expressou Leon Tostoi, em “Anna Karenina”, as famílias felizes parecem-se todas; as famílias infelizes são infelizes cada uma à sua maneira. Na busca da felicidade de todas elas, as famílias parecerão iguais, embora diferentes que sejam.



# REDESIGNAÇÃO DE SEXO E A DESNECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO PARA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. ELIMINAÇÃO DE RITUAIS DE PASSAGENS NA BUSCA DE IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSEXUAIS

*Newton Teixeira Carvalho*

Especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG. Professor de Direito de Família da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do IBDFAM.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Construção do sujeito pela norma ética, moral e jurídica. 3. Travestismo fetichista, homossexualismo, intersexo e transexualismo, distinções necessárias sobre estes modos do exercício da sexualidade. 4. A transexualidade. 5. Interlocução entre Psicologia e Psiquiatria e Direito. 6. Redesignação sexual por meio do tratamento hormonocirúrgico, uma opção. 7. A Resolução n. 1.955/2010, expedida pelo Conselho Federal de Medicina. 8. Natureza jurídica dos conselhos profissionais. 9. A finalidade e a matéria enfocada na Resolução n. 1.955/2010. 10. Intervenção do Conselho Federal de Medicina para descriminalização. 11. Consentimento esclarecido do transexual. 12. Contribuição da Psicanálise para a identificação sexual e discussão sobre o gênero, com repercussão no campo jurídico. 13. Identificando os gêneros. 14. Desencontro e encontro da teoria butleriana com a Psicanálise. 15. A teoria lacaniana da sexuação. 16. Conclusão. 17. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Como Juiz da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, há 17 (dezesete) anos, quando em Minas Gerais sequer fazia a cirurgia de transgenitalização, autorizamos a mudança de sexo e nome de um homem que, por meio da primeira resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina, fez a cirurgia em São Paulo e se transformou em mulher.

Entretanto, o Promotor de Justiça apelou de nossa de sentença e o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais acabou reformando-a, por dois a um, o que ensejou, na época, a oferta, pela advogada Juliana Gontijo, do recurso de embargos infringentes. Entretanto, por três a dois o acórdão restou mantido. Contudo, a combativa e culta advogada, antes citada, ofertou recurso especial e sete anos depois o acórdão foi reformado, permitindo a mudança de sexo e nome do requerente.

O detalhe negativo de tudo isso foi que, antes de os autos retornarem à primeira instância, o então requerente acabou morrendo, vítima de um atropelamento e sequer pode utilizar-se, juridicamente, do nome de mulher.

É por tal razão que resolvemos escrever a tese de doutorado, na PUC/RJ, que será defendida no segundo semestre de 2016, sobre a desnecessidade de judicialização dessa questão, ou seja, de mudança de nome e sexo.

Ora, se há resolução do Conselho Federal de Medicina, permitindo, após um árduo ritual, a cirurgia de transgenitalização, quer nos parecer que basta a pessoa, que fez a cirurgia, comparecer, com um documento expedido pela equipe que acompanhou o transexual e opinou favoravelmente à cirurgia, no Cartório e indicar o novo nome e sexo. Aliás, também já é chegado o momento de não mais constar dos documentos o sexo das pessoas.

Assim e por intermédio, principalmente, de Foucault<sup>1</sup> pretendemos demonstrar que a autonomia almejada na construção do sujeito está ainda distante de ser concretizada, em face da enorme intervenção do Estado em assuntos que dizem respeito apenas aos interesses das próprias pessoas envolvidas, relacionados à vida de cada uma e circunscritos aos aspectos éticos. Aliás, o Direito das Famílias é a demonstração cabal de que o princípio de intervenção mínima nem sempre é respeitado, a exemplo da lei da guarda compartilhada,<sup>2</sup> aprovada no mês de dezembro de 2014, a elegendo, o legislador, de antemão, como a melhor entre todas as demais existentes para, em seguida, exigir que o juiz a determine, nos casos de disputa entre as partes envolvendo filhos menores.

Ora, não é o Estado que, desprezando os fatos, poderá dizer qual é a melhor guarda. Os primeiros interessados, em tal escolha, são

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013. Neste livro, estão as conferências realizadas por Foucault na PUC-Rio. Em 1973, com destaque, neste trabalho, a quarta conferência, que aqui estou sintetizando-a como sociedade contemporânea, sociedade disciplinar.

<sup>2</sup> Lei n. 13.058, vigente desde a data da publicação, em 22 de dezembro deste ano de 2014, a incluir no art. 1.583 do Código Civil o § 2º determinando a preferência pela guarda compartilhada.

os próprios pais e, depois, na ausência de consenso entre eles, cada caso deverá ser analisado, em sua individualidade. E a melhor guarda poderá não ser a ditada pelo legislador, principalmente considerando também os princípios constitucionais, entre eles o do melhor interesse da criança, a exigir, no caso concreto, ponderação.<sup>3</sup>

O exemplo acima foi com o escopo de demonstrar que o Estado tem dificuldade em afastar da vida das pessoas e, em desrespeito à liberdade individual, acaba por estancar o diálogo e, por consequência, interfere na busca da melhor maneira de se viver bem. A pessoa, paradoxalmente, pode até não estar vivendo bem. Contudo, se houve a participação do Estado, mesmo que em termos de interdição e em determinados assuntos relacionados exclusivamente com a vida dela, é o que basta. O legalismo sobrepõe ao direito de viver bem e o formalismo pressupõe, erradamente, este viver bem. A responsabilidade de cada um no poder de escolha, na prática, inexistente, em razão da constante normatização pelo Estado.

Com relação à moral sexual,<sup>4</sup> questionar a normatividade do gênero e da sexualidade é indagar sobre a lógica binária, a definir as pessoas como homens ou mulheres e, conseqüentemente, os gêneros considerados como dois e também investigar sobre esta normalidade que considera apenas o exercício da sexualidade com pessoas de sexo/gênero opostos. Conforme esclarece, Guacira,<sup>5</sup> “A heteronormatividade que dá suporte a essa lógica, como todas as outras normas, se exercita de modo silencioso, invisível, disseminado”.

---

<sup>3</sup> Conforme ressalta Ávila (Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2012p. 92), “toda norma jurídica – inclusive as regras, só tem seu conteúdo de sentido e sua finalidade subjacente definidos mediante um processo de ponderação”.

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito civil – Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 235, esclarece que “As transformações da família certamente estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi formada com a Psicanálise na virada do século XX. Como será a família do novo século diante de um novo discurso da sexualidade? A partir da consideração de que a sexualidade é da ordem do desejo, muito mais que da genitalidade, como sempre foi tratada pelo Direito, o pensamento contemporâneo ampliou seu entendimento e compreensão sobre as formas de manifestação do afeto, do carinho e conseqüentemente sobre as várias formas e possibilidades de se constituir uma família. Tudo isso interessa ao Direito, pois aí reside um sentido de liberdade e libertação dos sujeitos, um dos pilares que sustenta a ciência jurídica, repita-se.”.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria queer. Revista Cult. São Paulo, n. 193, ano 17, ago. 2014, p. 37, entrevistou Guacira Lopes Louro, que estuda a teoria queer no Brasil e a levou para a área de educação, por entendê-la (p. 36), “como uma espécie de disposição existencial e política, uma tendência e também como um conjunto de saberes que poderiam ser qualificados como ‘subalternos’, quer dizer, saberes que se construíram e se constroem fora das sistematizações tradicionais, saberes predominantemente desconstrutivos mais do que propositivos”.

Urge, pois, o afastamento do Estado, em casos nos quais a decisão interfere exclusivamente nas partes envolvidas,<sup>6</sup> dando-lhes maior liberdade nas resoluções de suas diferenças e, na medida do possível, que estes assuntos não necessariamente sejam judicializados, deixando de exigir a intervenção de outros atores que, embora distantes das vidas dos diretamente interessados, acabam impondo outra decisão, em desprezo, por exemplo, a uma composição que foi costurada pelas partes ao longo de vários meses ou anos ou já resolvida, conscientemente, pela própria pessoa interessada e que acaba, decepcionantemente e com frustrante inversão de expectativa, por não obter a chancela estatal.

Não precisamos, mais, de tanta vigilância em nossas vidas, em desprezo à nossa liberdade, principalmente a sexual. Devemos rejeitar esta sociedade panóptica, a exigir, em desprezo ao princípio da intervenção mínima, ainda a presença forte do Estado em nossas vidas, vigiando-nos, constantemente, e ceifando a nossa liberdade de viver, segundo nossos projetos de vida, desde que responsavelmente e sem prejudicar terceiros pessoas.

## 2 CONSTRUÇÃO DO SUJEITO PELA NORMA ÉTICA, MORAL E JURÍDICA

Na sua maneira direta e sincera de colocar suas reflexões, Foucault<sup>7</sup> afirma que entramos na era por ele rotulada de ortopedia social generalizada, ou seja, em uma sociedade disciplinar, que tem por objetivo o controle não somente social como também individual das pessoas. Nossos movimentos são observados constantemente. E, para fazer esta afirmativa, de que vivemos em uma sociedade de vigilância, Foucault, após pedir escusas aos historiadores da Filosofia, afirma que Jeremy Bentham, para ele mais importante do que Kant, Hegel etc., foi

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito civil – Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 230, afirma: “O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações. Esta premissa do cientista do Direito João Baptista Villela talvez seja a chave para a compreensão da atual e da futura organização jurídica sobre a família. E, à p. 232, indaga esse doutrinador: “Poderia o Estado regulamentar detalhadamente as relações afetivas daquelas pessoas que optam por viver uma relação amorosa sem o selo da oficialidade do casamento? Em outras palavras, um ‘Estatuto do Concubinato’, projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, não seria uma invasão à privacidade daqueles que, exatamente, não sejam a intervenção do Estado em sua vida privada? [...] “não se pode mais desconsiderar que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade que interfere no mundo jurídico e o determina, particularmente o Direito de Família, que pode ser considerado uma (tentativa de) regulamentação das relações de afeto e das consequências daí decorrentes.”

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 87.

quem, de certa maneira, previu este estado de coisa, no século XIX, em detrimento de nossa liberdade.

E um pouco adiante à obra antes citada, Foucault,<sup>8</sup> após afirmar que “o panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade”, esclarece que tal fenômeno “é uma forma de poder de vigilância individual e contínua, em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”. Portanto, há uma triplíce sujeição das pessoas, por meio da vigilância, do controle e da correção, que as modulam para viver nesta sociedade panóptica.

Assim e contraditoriamente, verifica-se que está havendo uma estatização constante de nossos hábitos, em evidente burla ao princípio da liberdade. O Estado insiste, teima, estratégica e ideologicamente,<sup>9</sup> em não afastar de nossas vidas privadas. Temos como exemplo, em nosso país, a união estável, que foi uma reação à burocracia estatal, de vigiar as pessoas que pretendiam viver sob o mesmo teto, antes e após o casamento. Para a celebração das núpcias necessária era e ainda o é uma série de providências preliminares,<sup>10</sup> que deságuam na habilitação das pessoas para celebração do casamento e no próprio ritual do casamento, ainda carregado de fórmulas e exigências inúmeras.

Desse modo, burlando a vigilância estatal que sacralizava o casamento, as pessoas estavam vivendo em união estável, algo que o Estado não via com bons olhos, eis que perdia o controle sobre a vigilância de inúmeras famílias. Era necessária uma resposta a este estado de coisa. Foi assim que o Estado acabou por encampar tal instituto, trazendo as pessoas que vivem sob essa espécie de entidade familiar também para debaixo da “proteção” dele, incentivando a lavratura de um documento para formalizá-la e até mesmo estipulando o regime de bens e incitando a transformação desta entidade em casamento.<sup>11</sup> Em síntese, o Estado institucionalizou a união estável, normalizou-a após normatizá-la e, por consequência, voltou a poder vigiar, de perto, o

---

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 103.

<sup>9</sup> Entendemos com Rosa M. C. Cunha (O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 20), o que seja ideologia: “Pensamos a ideologia como uma necessária dimensão da vida social, enraizada nos modos de produção que se combinam e existem em sociedades específicas e, ainda, na relação de suas classes sociais contraditórias. Portanto, uma dimensão, uma estrutura, um sistema de ideias e de práticas institucionalizadas que atuam sobre o sujeito e o tem como protagonista”, como “uma forma de conhecimento da realidade e como um modo de dominação social”.

<sup>10</sup> Métodos de vigilância estatal: prova de inexistência de impedimento (art. 1.521, CC); ausência de causas suspensivas (art. 1.523, CC); procedimento de habilitação (art. 1525, CC) e celebração do casamento (art. 1.532, do CC) etc.

<sup>11</sup> O art. 226, § 3º, da Constituição Federal, deixa expresso que o Estado deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

comportamento destas pessoas. Menos liberdade, mas vigilância, por meio da imposição da verdade!<sup>12</sup>

Delgado,<sup>13</sup> ao criticar a disciplina legislativa<sup>14</sup> da união estável no Brasil, doutrina:

A orientação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico de casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do § 3º do art. 226 da Carga Magna. Não compete ao legislador regulamentar a própria relação informal, atribuindo-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal.

É ainda no ramo do Direito das Famílias<sup>15</sup> que a liberdade das pessoas, diante da necessária judicialização até mesmo para simples homologação de acordo, é olvidada, fortemente, eis que a vontade deverá ser supervisionada por outras pessoas, a pessoa do Ministério Público, que poderá discordar do querer das partes e também a pessoa do juiz, que poderá não homologar o acordo e, pior, estabelecer outras condições alheias às vontades das partes. É a prevalência, ainda, do paternalismo, aqui entendido sempre em caráter pejorativo, ou seja, continuamos incapazes, limitados que somos em nossas ações individuais.

Com relação ao transexual, nota-se que o Estado, após procedimento moroso para realização da cirurgia de redesignação de sexo,<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Anota CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.136, com apoio nas teorias foucaultianas, que: “O peso da verdade na constituição do sujeito faz-se sentir pela definição do padrão de normalidade (a norma), que fundamenta a classificação entre normal e anormal, são e doente, e orientam as práticas subjetivas normalizando o sujeito”. É ainda Correa, na mesma obra, agora à p. 137, a afirmar e, por conseguinte, a confirmar, que estamos vivendo em uma sociedade panóptica: “a possibilidade de agir de forma autônoma é limitada na própria constituição do sujeito, que não é fundante, mas fundado no interior da história por discursos de verdade, práticas de sujeição e normalização” para concluir, esta mesma autora, agora à p. 165: “... inexistente uma plena autonomia de sujeito autoconsciente e racional, livre de interferências externas, porquanto o homem concreto está inserido em contextos sociais e em relações de poder, que condicionam sua autonomia ao constituí-lo como sujeito”.

<sup>13</sup> DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre: Magister, v. 2, p. 13, set./out. 2014.

<sup>14</sup> Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil.

<sup>15</sup> Insistimos em mencionar sempre Direito das Famílias, contrariamente ao dito no Livro IV do Código Civil: “do Direito de Família”, eis que inclusivo, abarcando todas as famílias e entendendo que suas espécies não é um número fechado. Rejeita o Direito das Famílias o singularismo, que entendia o casamento heterossexual como única forma legítima de constituição de família. Hoje, temos inúmeras espécies de famílias que, para serem constituídas, independem da diversidade de sexo e de estarem sob as bençãos do casamento.

<sup>16</sup> BENTO, Berenice. Quer o quê? Ativismo e estudos transviados. Revista Cult, São Paulo, n. 193, ano 17, agosto 2014, p. 44, esclarece a respeito do burocrático e conservador procedimento que poderá desaguar na cirurgia: “A autorização para fazer a cirurgia demora, no

normatizada atualmente pela Resolução n. 1.955/2010, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, considerou, para autorização do tratamento cirúrgico, o transexual como patológico. E, ultrapassada esta demorada e burocrática fase, outro percurso há que ser realizado pelo transexual, ou seja, o judicial, que também poderá levar anos e, pior, o Judiciário poderá recusar a pretensão do requerente de modificação da mudança do estado civil e do nome, ou apenas permitir a modificação do nome ou entender que deva anotar, no assento de nascimento do requerente, que a pessoa tem um terceiro gênero, o de transexual. Enfim, que a pessoa é anormal.

Depois de realizada a cirurgia, quer nós parecer totalmente desnecessária a presença, novamente, do Estado, agora por intermédio da função judiciária, antes, por meio da Medicina. O corpo esteve vigiado pela Medicina e, como se não bastasse todo o ritual anterior, continua vigiado agora pelo sisudo Judiciário que, paradoxalmente, poderá pretender fazer “desacontecer” o já acontecido, em desnecessária frustração do transexual. Há, nesses procedimentos, dispensável duplicidade de decisões, principalmente considerando que, neste caso, já prevaleceu o “saber” do médico.

É assim que Foucault, na *Microfísica do Poder*,<sup>17</sup> acrescenta, considerando que a preocupação maior dos pensadores do Direito foi em cuidar mais da legitimação, olvidando-se da não opressão:

O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão – central para o direito – da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição.

Portanto, vemos que a questão da liberdade é ainda muito abstrata e, na prática, não observada, o que acaba por interferir na autonomia das pessoas que não têm condições de escolher livremente como viver bem, precisando sempre da intromissão do outro, do Estado. Entretanto, não mais carecemos de interdição, de paternalismo.<sup>18</sup>

---

mínimo, dois anos. Durante esse período, o/a candidato (assim é como identificam as pessoas trans que esperam a cirurgia) tem uma rotina semanal de idas ao hospital. O protocolo é organizado em torno de três questões: 1) a exigência do teste de vida (os/as candidatos/as passam a usar as roupas apropriadas para o gênero com o qual se identifica); 2) a terapia hormonal; 3) os testes de personalidade (HIP, MMPI, Haven e o Rorschach). Além das sessões de terapia e dos exames clínicos. Enfim, uma parafernália discursiva voltada à permanente patologização das experiências trans”.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 182.

<sup>18</sup> “Paternalismo é impor uma decisão a alguém, supostamente pelo bem dessa pessoa, mas em contradição com a noção que ela própria tem acerca do que lhe é bom.” (DWORKIN, Ronald. A

Precisamos é de resgatar nossa liberdade, inclusive interrogando sobre a normalização da heterossexualidade, com superação do entendimento da naturalidade dos corpos e, principalmente, considerando que, para vigiar o corpo, como esclarece Preciado,<sup>19</sup> “já não há mais necessidade de hospital, quartel ou prisão, porque, com os hormônios sintéticos, as técnicas de controle se instalam no corpo, ferramenta definitiva da vigilância”.

### **3 TRAVESTISMO FETICHISTA, HOMOSSEXUALISMO, INTERSEXO E TRANSEXUALISMO, DISTINÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE ESTES MODOS DO EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE**

Nery demonstra que temos o hábito de adequar comportamentos das pessoas em algo já existente e, se não emoldurada tal atitude, essas pessoas se tornam anormais e, por conseguinte, excluídas. Foi assim que, durante muito tempo, o transexualismo foi uma subespécie do homossexualismo. Com efeito, diz este primeiro transexual masculino operado no Brasil, que,

Quando entrei na adolescência, ainda não existia sequer o conceito de transexualismo. Eu me sentia homem, com um físico inexpressivo, que não convencia ninguém. Eu não via de forma alguma como homossexual, embora os outros assim o fizessem. Desconhecia outra ‘categoria’ na qual pudesse me enquadrar e tampouco sabia de pessoas iguais a mim. Sentindo-me um fenômeno único e sem o amparo de explicações, travava uma batalha tenaz contra a marginalização.<sup>20</sup>

Ressalte-se que prevalecem nesses conceitos (travestismo, homossexualismo, intersexo e transexualismo), advindos principalmente da Psicologia e da Medicina, aceitos sem maiores reflexões em

---

raposa e o porco-espinho: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 553).

<sup>19</sup> RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria queer. Revista Cult. São Paulo, n. 193, ano 17, p. 13, ago. 2014, em entrevista realizada com Beatriz Preciado, autora do livro, Manifesto contrassexual: práticas subversivas de identidade sexual, tradução livre da própria entrevistadora, afirma que Preciado, “Irreverente e transgressora, ela encarnou o questionamento sobre identidade de gênero numa experiência em que se fez cobaia. Durante duzentos e trinta e seis dias, se autoaplicou testosterona, o hormônio produzido pelo testículo, sem seguir nenhum tipo de protocolo médico prévio”, demonstrando, com essa intoxicação voluntária, que o gênero (palavras da própria entrevistada): “não pertence nem à minha família, nem ao Estado, nem à indústria farmacêutica. É uma experiência política”. Preciado foi aluna, no final dos anos 1990, de Jacques Derrida e leciona, atualmente, na Universidade Paris 8 e coordena o projeto “Tecnologias do gênero” no Museu de Arte Contemporânea de Barcelona.

<sup>20</sup> NERY, João W. Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011, p. 53

outras áreas, em face do argumento de autoridade, a dicotomia masculino/feminino, razão da persistência em não aceitar as pessoas fora deste binário como normais. Assim, o travesti fetichista e o homossexual<sup>21</sup> são entendidos como um misto de masculino com o feminino, enquanto o transexual limita-se apenas em uma delas, porém, do lado oposto ao que se apresenta fisicamente.

É certo que tanto os travestis fetichistas como os homossexuais, como também os transexuais, não possuem anormalidades anatomofisiológicas nas genitálias. Contudo, as duas primeiras maneiras de comportar-se sexualmente não desprezam ou desvalorizam as zonas erógenas de seus órgãos genitais, enquanto o transexual rejeita, por completo, a genitália existente fisicamente, desprezando-a, repelindo-a, razão de, para alguns, a cirurgia ser o único e indispensável percurso.

Assim, o transexual busca o reconhecimento, principalmente pelo parceiro, como possuidor do sexo que atribuiu a si mesmo, de nada valendo argumentar com a presença da genitália com a qual se apresenta fisicamente, caso não opte por extirpá-la. Ademais, “o transexual não se transveste para obter gratificação sexual ou com fins de fetichização”.<sup>22</sup>

Os travestis, não obstante assumindo o estereótipo feminino e alguns promovendo modificações em seu corpo, para assemelhar-se às mulheres, mantêm a genitália masculina, debelando o impulso, que em alguns surgem, causados pelas leis de mercado ou pela pressão do grupo, de mudança de sexo, “pela masculinidade preservada e pelo gozo que obtêm a partir do jogo erótico que promovem com seus órgãos genitais”.<sup>23</sup>

É com base na pretensão de os travestis extirparem a genitália masculina ao apresentarem, a partir de um determinado momento de suas vidas, desejos transexuais, que são eles considerados falsos

---

<sup>21</sup> FARAMERZ, Dabhoiwala. As origens do sexo: uma história da primeira revolução sexual. Trad. Rafael Mantovani. São Paulo: Biblioteca Azul, 2013, p. 564, deixe expresso o preconceito que ainda há com relação à homossexualidade, ressaltando que, no final da década de 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmava a imoralidade e a punição do sexo consensual entre homens, enquanto o Reino Unido tornava ilegal que qualquer autoridade local promovesse a homossexualidade, ou ensinasse nas escolas a aceitação da homossexualidade, como pretensão relacionamento familiar, leis discriminatórias estas que somente foram revogadas em 2003, razão de esta autora afirmar: “Acima de tudo, apesar da crescente aceitação intelectual de ideias de privacidade e igualdade, a extensão da liberdade homossexual mostrou-se uma questão que continua sendo disputada”, acrescentaríamos, principalmente em nosso país, em que se pretende limitar as entidades familiares e destacando a importância do casamento apenas entre homens e mulheres.

<sup>22</sup> RAMSEY, G. Transexuais – perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 176.

<sup>23</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 50.

transexuais. Portanto, a eles é negada a cirurgia de redesignação de sexo, de antemão. Entretanto, reafirmamos que esta questão deverá ser mais bem enfrentada e despida de falsos moralismos e não, como está correndo, simplesmente negada essa possibilidade, sob a justificativa de ser um ato meramente mercantil (prostituição) ou pressão do meio.

O travestismo fetichista, não obstante mantendo a identidade masculina, excita com o uso de roupas femininas, expondo-se, com exuberância e até mesmo com exagero, tem o gozo, muito particular, ao mostrar ao companheiro sexual o pênis camuflado por trás dos trajes, desvelando a “surpresa”. Vários sustentam, ao contrário do que acontece com o transexual, relacionamentos sexuais heterossexuais.

Com relação à homossexualidade, a identidade sexual da pessoa geralmente não está em questionamento. Portanto, não considera o homossexual como pertencente ao outro sexo. A aproximação, afetiva ou não, é com as pessoas do mesmo sexo.

Assim e num linguajar psicanalítico, pode-se afirmar que a sexualidade do homossexual e a do travesti fetichista é determinada por formações reativas, por *sinthomas*, isto é, por intermédio de impulsos inconscientes, advindos das diferentes instâncias psíquicas. Com relação ao transexual, não há desejos inconscientes, mas apenas secretos. Não há conflito interno, mas sim externo, eis que a luta, pelo reconhecimento, é com a sociedade, que tende a desconsiderá-lo na sua singularidade.

Com relação aos psicóticos, há uma aproximação com o transexual, quando se comportam como pessoas do sexo oposto, consequência de alucinações e delírios, apenas. Não há, neste caso, o sentimento de pertencimento ao outro sexo. Já o transexual reconhece a anatomofisiologia do seu corpo e não desvirtua mentalmente tal entendimento, rejeitando-o, eis que prevalente o sexo mentalmente eleito.

Levando em considerando que a atribuição do sexo é lastreada na aparência dos órgãos sexuais externos da criança, necessário, nas distinções aqui discutidas, examinar o intersexo, para que não parem dúvidas sobre as distinções necessárias a uma melhor compreensão do transexualismo, despido de preconceitos.

O intersexo ocorre quando, no desenvolvimento embrionário do feto, acontecem variações ou algum problema pertinente à indução de hormônios sexuais, acarretando má-formação do sexo anatomofisiológico, com a conseqüente ausência de representação sexual. Assim e por meio da aparência física não é possível saber qual o sexo da criança, eis que seus órgãos sexuais externos não coincidem com os órgãos universais anatômicos, impedindo, ocularmente, definir o sexo.

Portanto, intersexo ou distúrbio de desenvolvimento do sexo, antigo hermafroditismo, é o nome que se dá a este processo de diferenciação incompleto do sexo. Assim, atribui-se, aleatoriamente, o sexo à pessoa.

Na verdade, a substituição do rótulo hermafroditismo por intersexo não foi bem assimilada e a preferência ainda é pela utilização do termo hermafroditismo, que se caracteriza “pela coexistência de tecido ovariano (com folículos) e testicular (com túbulos seminíferos, com ou sem espermatozoides) no mesmo indivíduo, em geral associada à ambiguidade genital interna e externa em graus variáveis”.<sup>24</sup>

Também com relação ao hermafroditismo há o falso, chamado de pseudo-hermafrodita, por exibir distintas expressões de elementos biológicos masculinos e femininos e a presença de somente um tipo de tecido gonadal, ocorrendo a ambiguidade genital, por exemplo, com a presença de cromossomos XY e órgãos externos femininos. Portanto, falso ou verdadeiro, mais uma vez, demonstra apenas uma maneira especializada de ver a coisa.

Interessa ainda a distinção entre o intersexo e o transexual, quando se afirma que, no hermafroditismo, há a predominância do sexo de atribuição, que é o designado (o nomeado) pelos pais, sobrepondo ao sexo anatômico. Neste caso, prevalece, como em vários atos de nossa vivência, o simbólico sobre o orgânico, o que acaba por demonstrar, em socorro aos direitos dos transexuais, que a identidade sexual não advém da determinação biológica e, sim, de fatores psicossociais.

Portanto e no caso do intersexo, é a atribuição do sexo pelos pais que determinará, na criança, a identidade sexual, não obstante as irregularidades biológicas existentes. É a insegurança nesta atribuição identitária que poderá ser transmitida ao filho, “que poderá desenvolver ‘identidade hermafrodita’ (acredita ser tanto homem como mulher, ou mesmo não ser nenhum deles). No transexual, não há malformação anatomofisiológica dos órgãos genitais nem qualquer desequilíbrio hormonal”.<sup>25</sup> Conforme dito acima, o transexual não tem dúvida quanto ao sexo possuído, não obstante tenha desenvolvido uma identificação sexual em total descompasso com tal imputação.

Assim sendo, com relação ao trabalho com o intersexo, a partir John Money<sup>26</sup> e retomado por Stoller, pode-se afirmar que “não há determinismo biológico quanto à construção da identidade sexual;

---

<sup>24</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 52.

<sup>25</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 53.

<sup>26</sup> MONEY, John. *Pesquisa de gênero homossexual/heterossexual: do pecado à ciência e polícia secreta, sexus - Estudo multidisciplinar da sexualidade humana*, v.1, 1990.

sexo e gênero são distintos e este prevalece sobre aquele em tal formação identitária”.<sup>27</sup>

## 4 A TRANSEXUALIDADE

De entender-se a transexualidade como um fenômeno político-social, manifestado no âmbito da identidade sexual, que da clandestinidade dos anos 1950, quando se iniciaram as primeiras intervenções cirúrgicas, aos dias atuais, ocorreram muitos avanços, em razão de reformas legislativas e jurisprudencial, assegurando a realização desses procedimentos clínico-cirúrgicos e à mudança do estatuto civil.

No Brasil, conforme demonstraremos a seguir, a cirurgia de transgenitalização é hoje realizada, por resolução do Conselho Federal de Medicina, que também em outro capítulo deste trabalho será discutida. Entretanto, para que o Conselho Federal de Medicina pudesse permitir, por intermédio de resolução, esta intervenção cirúrgica, necessário foi que se considerassem os transexuais como portadores de um distúrbio psíquico.

Todavia, necessária é a antipsiquiatrização dessa abordagem ortodoxa do “transexualismo”,<sup>28</sup> advinda de parte dos teóricos da Psicanálise e que perdura até a presente data, não obstante a questão, no momento, esteja em discussão e, na França, tal entendimento já restou superado, também conforme será demonstrado a seguir.

Portanto, necessário é discutir melhor o pensamento psicanalítico ortodoxo,<sup>29</sup> ainda em uso, com reflexo na Medicina, a respeito dos

---

<sup>27</sup>COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 55.

<sup>28</sup>Como sabido, o sufixo “ismo” denota patologização. Por isso, escolhemos o termo “transexualismo”, reforçando que é nossa pretensão demonstrar que a qualificação correta é “transexualidade”, uma vez superada esta manifestação da sexualidade como doença.

<sup>29</sup>PORCHAT, Patrícia. Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014, p. 24, também esclarece que, “Até o século XVIII, o discurso dominante teria construído os corpos masculino e feminino como versões hierarquicamente ordenadas de um único sexo. Esse modelo hierárquico, mas de sexo único, interpretava o corpo feminino como uma versão inferior e invertida do masculino. No século XIX, esse modelo é substituído por um modelo reprodutivo que enfatiza a existência de dois corpos radicalmente diferentes, com uma oposição radical das sexualidades masculina e feminina. Isso repercutiu em termos de gênero. Passa a haver uma diferença absoluta entre homens e mulheres: não mais um corpo parcialmente diferente, mas dois corpos singulares, o masculino e o feminino. Podemos dizer que a psicanálise vai se inserir nesse contexto, ou pelo menos, é herdeira dessa ideia de que a percepção da diferença radical entre os corpos tem um papel de destaque na construção da subjetividade”. Porchat, no parágrafo seguinte, às colocações ora transcritas, conclui: “A percepção da distinção radical entre os sexos e os gêneros, estabelecidos a partir da ‘realidade’ biológica da reprodução, concede importância aos genitais como marcas da oposição sexual. Mas essa importância, segundo Laqueur, seria muito recente, considerando a história da medicina ocidental!”.

transexuais, para que os resquícios de preconceitos sejam superados e a questão possa ser mais bem dialogada e compreendida pela sociedade que, em tempos atuais, deve ser necessariamente inclusiva, para ser considerada plural e democrática.

Assim e doravante teremos que nos amparar neste primeiro capítulo, necessariamente dos ensinamentos da Lacan,<sup>30</sup> entendido, para fins de nosso estudo, como dividido em duas partes, que serão examinadas para enfrentarmos melhor a questão, envolvendo a designação sexual ou mudança de gênero e seus equívocos no curso da história. É o próprio Lacan a afirmar que a “antipsiquiatria é, principalmente, uma maneira de libertar os psiquiatras dos seus muros, atrás dos quais estavam presos juntos com seus pacientes”.<sup>31</sup> Libertação, evidentemente, dos muros físicos e também dos muros intelectuais, a impedir o processamento do novo, que poderá, tranquilamente, conviver com o velho, inclusive interagindo, para aperfeiçoamento e evolução, sem trauma, de ambos.

Na verdade, a antipsiquiatria é a derrubada de muros, tanto para os psiquiatras como para os “pacientes”, principalmente considerando que inúmeras são as pessoas que foram internadas, no hospital ou no presídio, que não tinham nenhuma anormalidade e foram vítimas do próprio Estado, que acabou por apartá-las do meio social, na maioria das vezes por ter uma posição ou uma atitude não compreendida.

É por tal razão que Foucault<sup>32</sup> criticou severamente o exame psiquiátrico que “possibilita a transferência do ponto de aplicação do castigo, da infração definida pela lei à criminalidade apreciada do ponto de vista psicológico-moral” e tem por escopo legitimar, “na forma de conhecimento científico, a extensão do poder de punir a outra coisa que não a infração”. Para tanto e em razão do fato perpetrado, para considerar se era imputável ou se, como louco, carecia de internação, reconstruía-se o passado da suposta vítima, analisando todo o comportamento desta pessoa, prevalecendo, para tanto, o aspecto moral.

Esta regressão para analisar a vida pretérita de alguém, reprovando-a para legitimar o encarceramento ou o tratamento da “vítima”, tinha por finalidade mostrar que a pessoa se assemelhava ao delito perpetrado, com a localização de possíveis desvios, e foi chamada por

---

<sup>30</sup> Evidentemente que nosso estudo, sobre a Psicanálise, é restrito ao que nos interessa para demonstrar que os especialistas são os primeiros a estigmatizar as pessoas, procurando desvios naqueles que têm uma proposta de viver fora do padrão considerado como normal.

<sup>31</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 12.

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 16.

Foucault<sup>33</sup> de “parapatológica”, eis que tais atitudes, analisadas pelo psiquiátrico, aproximavam-se da doença, não obstante fossem apenas “defeitos” morais.

Assim, também é chegado o momento de superarmos a abordagem clássica do transexualismo, que não pode, neste século XXI, ser considerado como algo patológico, entendimento ainda prevalente, não obstante sobre forte bombardeio, que encontrou apoio nas ideias dos psicanalistas, principalmente a Psicanálise lacaniana, da primeira fase, dos anos 1950, com reflexo na Medicina.<sup>34</sup> Essa técnica de normalização, por meio da correção, tão combatida por Foucault, continua presente a partir do momento em que o transexualismo é dito como doença e, por conseguinte, possível de correção.<sup>35</sup>

Com efeito, na visão médica, “prevalece o ponto de vista retrógrado, com reflexo, por sua vez, no jurássico direito, de que estes sujeitos são portadores de um transtorno de identidade sexual, já que apresentam o sexo biológico em total contradição com a identidade sexual”.<sup>36</sup> Assim, entende a Medicina, numa concepção normativa, que há necessidade de reparar tal “equivoco”, por meio do tratamento hormonal e cirúrgico, eis que o corpo biológico deve estar em consonância com o gênero sexual o qual a pessoa pertence. Necessário é, ainda, que prevaleça a identidade de corpo e gênero: o corpo de homem deve ser coeso à masculinidade e o da mulher à feminilidade.

---

<sup>33</sup> FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 18.

<sup>34</sup> Andreia e Gil Guerra, na obra Menino ou menina? Os distúrbios da diferenciação do sexo, citam o ilustre professor Armando Canger Rodrigues, que já exerceu a função de diretor do Instituto Oscar Freire, em São Paulo, e que, no artigo Aspectos Éticos do Transexualismo, assinala que o “transexualismo é uma entidade clínica autônoma, bem individualizada entre os desvios do comportamento sexual, que foi definitivamente separada do homossexualismo por Benjamin e Gutheil”. (GUERRA, Andréa Trevas Maciel; GUERRA JÚNIOR, Gil. Menino ou menina? Os distúrbios da diferenciação do sexo. São Paulo: Manole, 2002, p. 309). Portanto, a Medicina também considera, ainda, a transexualidade como doença e tal questão é confirmada logo à p. 3, da obra ora citada, com a seguinte colocação, de Roberta Pagon: “Menino ou menina? Quando não se pode responder a essa pergunta sem pensar duas vezes, trata-se de uma emergência médica”.

<sup>35</sup> No MANIFESTO dos participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009, na cidade do Rio de Janeiro, constou que “a prática de promover supostos ‘gêneros saudáveis’, mediante o uso de bisturi, da administração de hormônios ou por tratamentos psiquiátricos e psicológicos, é moeda corrente naqueles países, onde o establishment médico é particularmente poderoso em termos econômicos. Não obstante, a validade científica das premissas médicas nas quais esses procedimentos estão baseados foi fortemente questionada. O grau de arbitrariedade desse conhecimento fica evidenciado nas profundas mudanças conceituais que o próprio sistema de nomenclaturas psiquiátricas sofreu a cada nova edição do DSM, particularmente no que trata de ‘desordens sexuais e de identidade de gênero’”.

<sup>36</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 17, da introdução.

Destarte, “o transexualismo interroga de maneira radical as noções de identidade sexual, normalidade e patologia”,<sup>37</sup> remetendo-nos tanto a Canguilhem,<sup>38</sup> cuja doutrina acima foi sintetizada, bem como também a Foucault, como a Butler e a Lacan (estes três últimos autores serão constantemente citados e no momento próprio será feita referência à obra respectiva), este último principalmente na teoria da sexuação, quando expurga entendimento anterior, em prol da inclusão de outras formas de identidade sexual.

Imperativo será, por conseguinte, que apartemos a transexualidade de um diagnóstico que rotula o transexual como psicótico, neurótico ou perverso. Para tanto, será necessário desligá-lo, completamente, de condições anatômicas do intersexo, ou seja, não há como socorrer do hermafroditismo<sup>39</sup> para analisá-lo e muito menos do travestismo.

Deste modo, necessário é que a transexualidade seja tratada como uma demanda histórica que deverá ser decomposta para que a redesignação ocorra com sucesso e o redesignado possa viver despreocupado com relação à superação de mais um ritual de passagem, necessário para que pudesse participar ativamente da sociedade.

Assim sendo e para compreender o transexualismo, como expressão da diversidade da sexualidade, necessário é que tenhamos como referência inicial Stoller, eis que este autor, em 1964, introduziu na Psicanálise a noção de “gênero”, demonstrando que o sexo (no sentido corporal) diferencia-se da identidade, “no sentido social ou psíquico, e que gênero e sexo não necessariamente são correspondentes”.<sup>40</sup> Entretanto, para Stoller, com enorme adesão da classe médica, a dissociação entre gênero e sexo é entendida como patológica.

Por conseguinte, discute-se, na Medicina e na Psicanálise, como sair ou superar este pseudoestado patológico, de diagnóstico variado

---

<sup>37</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 17, da introdução.

<sup>38</sup> GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014..

<sup>39</sup> Ainda do MANIFESTO dos participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009, na cidade do Rio de Janeiro, também constou que “A subordinação das identidades de gênero às determinações da ciência produz danos irreversíveis em pessoas que têm sua autonomia violada aos serem objetos da intervenção médica muito cedo em suas vidas, por efeito de ansiedade normalizadora, cuja legitimidade deve ser questionada. Todos os dias, meninos e meninas que nascem com genitália de ‘aparência atípica’ – segundo as determinações da Medicina – são submetidos/as a procedimentos cirúrgicos que pretendem ‘corrigir’ sua aparência a partir do pressuposto de que uma genitália ‘mais normal’ promoveria e sustentaria a formação de uma identidade de gênero ‘mais saudável’.

<sup>40</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p.17, da introdução.

(disfunções neurológicas e endócrinas, psicose e distúrbio na constituição do ego corporal etc) e também sobre a necessidade ou não de intervenções hormonocirúrgicas, possível tratamento psicológico e qual será a contribuição da Psicanálise para a clínica deste quadro. Em outras palavras, assim como até hoje há os que pretendem curar os isoafetivos, também não faltam médicos, psicólogos e psiquiatras que pretendem tratar do transexual, como pessoa doente. Além da cura “gay”, necessário também curar os “transexuais”, numa visão míope e normativa da sociedade.

Seria mais interessante, em vez de repressão, de normatização, ouvir os transexuais, suas propostas de negação da diferença entre os sexos, com a pretensão de abertura do debate no sentido de demonstrar o que é, de fato, ser um homem ou ser uma mulher e se a pertença a um ou outro sexo é ditada realmente pelo corpo. Logo, necessário é aprender, antes de tudo, como escutar a demanda dessas pessoas, excluindo, da clínica do transexual, a ideia de que tal fenômeno é psicótico, neurótico ou perversão.

O próprio Cossideclara que, na clínica psicanalítica dele, situada em Jundiaí, São Paulo, deparou com casos “que podem ser classificados, segundo a teoria queer, como ‘gêneros ininteligíveis’, ou seja, ocorrências (tais como o travestismo e o transexualismo, por exemplo) que não se enquadram na denominada heteronormatividade vigente”.<sup>41</sup>

Interessa saber também se a transexualidade é um fenômeno atemporal, diante da manifestação deste modo de ser em diversas culturas, principalmente considerando que dados históricos demonstram que o trânsito entre os gêneros sempre existiu. A dúvida é relevante, considerando que o corpo foi objeto de manifestação em diferentes épocas históricas, nem sempre prevalecendo a concepção binária masculino/feminino, consequência de uma visão dimórfica.

A heteronormatividade, prevalente ainda no momento presente, exige a concordância entre anatomia, gênero, desejo e práticas sexuais. É um sistema suposto como perfeito, pela coerência e continuidade. Assim e conforme alerta Porchat,<sup>42</sup> em sintonia com os ensinamentos butlerianos, agir fora deste entendimento é ausência de correspondência aos gêneros inteligíveis, masculino e feminino. Portanto, estas pessoas, a exemplo dos transexuais, são tidas como seres “abjetos”, ou seja, não têm acesso à categoria humana, excluídas que são da normalidade. De tal modo, os “gêneros não inteligíveis” são seres abjetos.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011p.19.

<sup>42</sup> PORCHAT, Patrícia. Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>43</sup> MILLER, Jacques Alan. Perspectivas dos escritos de Lacan. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de

Butler, indo ao encontro das sérias colocações foucaultianas, acusa essa estrutura de poder existente, de manutenção da ordem vigente. O trabalho de Butler é o de demonstrar que o “transexualismo” não é uma patologia, o alçando, corretamente, a uma possibilidade de existência humana. Para tanto, Butler discorda da Psicanálise, de orientação estruturalista,<sup>44</sup> “que a partir de seus conceitos de ‘diferença sexual’ e ‘simbólico’, por exemplo, ratifica a visão patologizante dos gêneros ininteligíveis”.<sup>45</sup>

Tocantemente à cirurgia de redesignação sexual, autorizada apenas com relação aos candidatos diagnosticados como “transexuais verdadeiros”, ou seja, que podem ser beneficiados com o tratamento hormonocirúrgico, é outra ilusão, a exemplo da identidade masculina ou feminina, principalmente considerando que também não é correto falar em uma identidade transexual. Não se pode olvidar que não há uma transexualidade e a solução não é sempre unívoca, razão de não se poder desprezar a individualidade de cada pessoa. Assim, o tratamento hormonocirúrgico não é a única alternativa. Alguns transexuais não pretendem se submeter a tal cirurgia, mesmo porque, “afinal de contas, alterações anatômicas não transforma o sujeito em um ser do outro sexo”.<sup>46</sup>

Há que se questionar juridicamente, a exemplo de como o vem fazendo determinada vertente psicanalítica, o modelo de ciência positiva (dogmática), eis que, pela Psicanálise lacaniana, pós-década de 1950, “não são os traços físicos que definem o pertencimento do sujeito a este ou aquele sexo. Sua clínica opera a partir de outras vertentes, tais como o sujeito do inconsciente, o gozo, o semblante e o sintoma”.<sup>47-48</sup>

---

Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 214, fundamenta o aparecimento do termo abjeto, em Lacan: “O termo abjeção possuía um alcance polêmico. Lacan era sustentado pela ideia de que tinha de lidar com a abjeção de seus colegas psicanalistas”. E foi com essa visão que a palavra foi empregada, se minha lembrança não falha, três vezes nos Escritos. Contudo, a palavra ‘abjeção’ tem também um alcance teórico, uma vez que o psicanalista, a favor ou contra Lacan, é por ele nomeado à posição de objeto chamado a, com minúscula. E esse objeto, como lhe ocorreu dizer mais tarde, é também um abjeto.

<sup>44</sup> Por meio da corrente estruturalista procura explorar as interrelações, por intermédios das quais o significado é produzido dentro de uma cultura.

<sup>45</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p.19.

<sup>46</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 20.

<sup>47</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p.20. Na mesma obra, agora à p. 21, Cossi esclarece a noção de sintoma, advinda dos últimos anos de ensino de Lacan, ressaltando que, a partir daí, “a maneira de se enodar o real, o simbólico e o imaginário é cada vez mais tributária da singularidade de cada um. Singular também é a forma de gozo do sujeito, sendo o corpo seu espaço de direito”.

<sup>48</sup> MILLER, Jacques Alan. Perspectivas dos escritos de Lacan. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 11, esclarece também a diferença entre sintoma e sintoma “Em

De desprezar, como o faz Canguilham, os métodos quantitativos, que consideram as pessoas estatisticamente, em desprezo a singularidade de cada uma. Ainda são necessários, psicanaliticamente falando, mais esclarecimentos dos processos psíquicos submersos na dinâmica transexual e a relação destas pessoas com o corpo. É necessário questionar, sempre, o laudo psicológico,<sup>49</sup> o psiquiátrico, principalmente considerando que são peças realizadas unilateralmente e por meio do discurso da verdade dos especialistas, na busca da correção das pessoas, pela normatização.

Para tanto, de observar-se que a técnica psicanalítica lacaniana é no sentido de que não há uma resposta imediata à demanda do sujeito. Tenta-se, procura-se, por conseguinte, entender o que existe de oculto nesse pleito. Portanto, a Psicanálise lacaniana, dos anos 1960 para frente, não objetiva acabar com o *sinthoma*, mas busca "fazer com que venha a luz, para o sujeito, um saber sobre aquilo que inconscientemente preside à sua demanda e engendra seu sintoma".<sup>50</sup> A contribuição do psicanalista é, portanto, a de pretender fazer emergir a razão subjetiva do pedido interiorizado pelo transexual, colocando em debate, escutando-o como sujeito e não como mero pretendente a um procedimento médico, com o escopo principal de retificações de aparência estética.

Deste modo, é a partir de Lacan, dos anos 1960 para frente, "que se dirige ao real para além do simbólico, referido à heterossexualidade compulsória, que novas manifestações da sexualidade, dentre elas o transexualismo, podem ser contempladas e assim extraídas do campo da patologia".<sup>51</sup> Desse modo, a teoria lacaniana merece ser mais bem compreendida, na busca de superação de preconceitos e estigmas. Há

---

psicanálise, quando falamos de sintoma, entendemos com isso um elemento passível de dissolver-se ou, supostamente, desaparecer, suspender-se, ao passo que *sinthoma* designa o elemento que não pode desaparecer, que é constante. Em outras palavras, a chamada nova clínica psicanalítica é uma teoria do incurável. Então, que ironia fazer essa teoria do incurável sustentar uma prática toda orientada para a terapia e fazer dessa terapia um slogan!". E, logo no parágrafo seguinte a tal colocação, ainda é interessante ressaltar o que foi enfatizado por Lacan: "é impossível terapizar o psiquismo".

<sup>49</sup> Apenas a título de ilustração e demonstração do peso de um laudo psicológico na vida das pessoas e também diante das considerações foucaultianas aludidas neste trabalho, ressaltamos que, até o advento da Constituição de 1988, era de fundamental importância para o ingresso em cargos públicos, como, por exemplo, Magistratura e Ministério Público, entre outros, a palavra do psicológico. Antes da Constituição, o laudo era excludente e, mesmo depois, ainda é indispensável na avaliação do candidato, prevalecendo, para tanto, as realizações pretéritas do postulante e também o "perfil" do candidato, tudo com a finalidade de encaixar o aspirante a um modelo previamente pensado, que o leva a ser considerado como "apto" ou "não apto".

<sup>50</sup> FRIGNETE, H. O transexualismo. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p.19.

<sup>51</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 21.

um novo Lacan, não obstante muitos ainda socorrem apenas das colocações anteriores deste psicanalista.

Necessário, por conseguinte, que passamos a trabalhar com o fenômeno transexual, entendido como uma realidade, que busca constante reconhecimento, principalmente no mundo jurídico, que se curvou e se petrificou à dicotomia homem/mulher, como forma exclusiva de vivência em sociedade. É por essa razão que precisamos, necessariamente, na elaboração deste trabalho, de continuar adentrando nos ensinamentos psicanalíticos, na pretensão de demonstrar que o Direito granjeia, de outras áreas, discursos prontos e acata-os, integralmente, como se verdadeiros e, por conseguinte, ceifando, mais uma vez, a abertura de diálogo diretamente com as partes interessadas. É o que faremos no capítulo seguinte.

## **5 INTERLOCUÇÃO ENTRE PSICOLOGIA E PSIQUIATRIA E DIREITO**

Para rotular o transexualismo como doença, analisam-se os sinais comportamentais, os pensamentos e os sentimentos das pessoas, que insiste ser do sexo oposto, num desconforto persistente com o próprio sexo. Procuram-se evidências de sofrimentos clinicamente significativos ou inapetência social ou ocupacional desta pessoa.

Assim, as preocupantes teorias (nunca comprovadas) lastreadas em fundamentos biológicos (anomalia biológica ou alterações genéticas), como, por exemplo, de serem os fatores neuronais os causadores do transexualismo, não são aceitáveis, como também não há que se procurar uma etiologia para o transexual.

Todavia, urge encontrar uma patologia para o normal transexual. Do contrário, a Medicina não se contenta. A sociedade abruma, eis que, por rejeitar o próprio sexo, por não admitir uma dicotomia fechada entre homem/mulher, esta pessoa já é taxada, pelo consciente coletivo, de anormal. Resta apenas enquadrá-lo, encontrar CID para esta pessoa doente.

Chegou-se a pensar, absurdamente, que a ciência nos abasteceria de respostas genéticas e/ou desenvolvimentistas para essa patologia, corrigindo o “defeito”, “em outras palavras, prevenindo ou intervindo antes que o desenvolvimento defeituoso se dê no feto ou na criança”, conforme destaca Ramsey,<sup>52</sup> apontando que, entre estes pesquisadores, encontrava-se o próprio John Money, também um estudioso do transexualismo.

---

<sup>52</sup> RAMSEY, G. Transexuais – perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 154.

Também havia outra frente de pesquisa, na sempre insistência de comprovar que o transexual não poderia ficar sem o “ismo”. Tais estudos se pautam em alterações hormonais e no controle que os hormônios, masculino e feminino, desempenham sob a diferenciação cerebral entre os humanos.

Entretanto, as pesquisas, antes aludidas, nunca chegaram a resultados conclusivos, conforme apontou Saadeh<sup>53</sup> e também Kaplan,<sup>54</sup> este último afirmando: “embora os entendidos no assunto considerem o transexualismo resultado de fatores genéticos, hormonais ou de sistema nervoso central, nenhuma dessas evidências foi encontrada nos seres humanos”.

Também a Psicologia e a Psicanálise não chegaram ao consenso no tocante à definição diagnóstica e etiológica do transexualismo e sua terapêutica. Não se sabe, até o presente momento, se a cirurgia de redesignação sexual realmente é a mais adequada, diante da possibilidade de outros métodos, inclusive a de não submissão a tal cirurgia, como bem acontecendo no momento, o que não torna essa pessoa infeliz, em razão de tal opção. Parece-nos que a questão deve ser encarada como alternativas e que, prestados os devidos e isentos esclarecimentos, possa o transexual decidir o destino dele, no pleno exercício de sua autonomia privada.

Em se tratando de transexualidade, sequer há sintomas precisos. Portanto, não é correto pretender insistir em definir o transexualismo, por meio de semelhanças existentes entre eles, que são genética e anatomicamente normais, com as genitálias normais e também com os cromossomos correspondentes aos respectivos sexos, ou seja, XX para as transexuais femininas e XY para os masculinos.

A discordância é apenas no tocante à realidade anatômica. Discordam os transexuais com a identidade sexual física, ou seja, não aceitam o sexo anatômico. Nery<sup>55</sup> descreve bem a rejeição e a incompreensão para com os transexuais, que eram continuamente marginalizados. Assim, Nery sentia que “não pertencia nem ao grupo majoritário heterossexual e aceito, nem a qualquer grupo minoritário

---

<sup>53</sup> SAADEH, A. Transtorno da identidade sexual – um estudo psicopatológico de transexualismo e feminino. Tese de doutorado em Psiquiatria. São Paulo: Faculdade de Medicina de Universidade de São Paulo, 2006, p. 50-1, 55.

<sup>54</sup> KAPLAN, H. I.; SASOCH, B. J. *Compêndio de psiquiatria dinâmica*. 3. ed., Porto Alegre: Artes Médicas, 1984, p. 480.

<sup>55</sup> NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011, livro sobre “uma saga do sexo e da vida”. E, segundo o prefaciador desta indispensável obra, Antônio Houaiss, Nery conta a própria história dele, primeiro transexual masculino operado neste país e “anuncia, talvez, um mundo menos solitário para os ‘diferentes’, para aqueles que não se enquadram entre as maiorias...” (p. 17-18).

e discriminado. Não me sentia mulher nem homossexual. Ainda desconhecia todas as categorias ‘inventadas’ em meados do século XX”.<sup>56</sup>

Na verdade e para entender o transexual, necessário é admitir que essa pessoa já pertence ao outro sexo, não restando mais dúvida alguma a respeito deste pertencimento. Portanto, há o prevalescimento da identidade sexual, já definida, sobre o sexo apresentado. É por tal razão, ou seja, reconhecimento de sua realidade, independente do sexo apresentado, que vários transexuais se submetem às cirurgias para que o sexo anatomofisiológico seja adequado à identidade sexual. É, por conseguinte, a adequação da anatomia à identidade sexual, para que haja também o reconhecimento pelo outro, evitando discriminações e demais estigmas.

Assim, não é correto partimos de diagnósticos preestabelecidos, considerando a transexualidade como disforia de gênero, uma psicose ou uma desordem narcísica. “Tais rótulos, além de patologizar o quadro, empobrecem-no, impedindo que nos voltemos à singularidade de cada sujeito transexual”.<sup>57</sup>

Portanto, incorreto é designar como transexuais apenas as pessoas que pretendem ou se submetem aos tratamentos hormonais e à cirurgia de transgenitalização. Tal opção é muito pessoal. Vários transexuais apenas buscam a alteração do prenome. A ajuda psicológica ou psicanalítica seria exclusivamente quanto aos que estão em dúvida tocantemente à necessidade de alteração anatômica do corpo, eis que a questão, envolvendo a rejeição do sexo apresentado, já está superada e seria interdição pretender possível reversão deste quadro.

O teratológico, na área médica e psicológica, chega ao ponto de se estabelecer uma distinção diagnóstica entre transexuais verdadeiros ou primários e transexuais secundários (ou mentirosos, para contrapor aos verdadeiros). Assim, Ceccarelli<sup>58</sup> afirma que somente os transexuais verdadeiros<sup>59</sup> poderiam se submeter à cirurgia de redesignação

---

<sup>56</sup> NERY, João W. Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011, P. 45, ainda esclareceu que: “Sabia que não era aprovado pela maioria. Em que grupo existente me enquadrava? Algo errado havia. Se fosse uma doença, onde e como? Não inspirava pena ou compaixão. E como explicar minha refinada sensibilidade, que me fazia ter uma dóida lucidez, a ponto de viver minhas fantasias tão intensamente sem perder o senso de realidade? Por esta incompatibilidade de minha mente com as partes do meu corpo, numa inversão total de imagem, tornei-me, cada vez mais, um ser angustiado. Além de tudo, cômico de que argumento algum poderia me justificar”.

<sup>57</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 43.

<sup>58</sup> CECCARELLI, P. R. Transexualismo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, CECCARELLI, p. 22.

<sup>59</sup> Transexual verdadeiro ou primário, psicologicamente falando, é o que sempre teve aversão ao sexo biológico dele, não exercendo funções sociais atribuídas ao sexo possuído e desejante de um corpo sexualmente oposto ao do nascimento dele. Nos transexuais secundários, o desejo ao sexo oposto ao possuído é oscilante ou tardio. Nota-se que a opção do transexual

sexual, já que não apresentam distúrbios psíquicos e também não pretendem a transformação corporal, com fins mercadológicos, como a prostituição, por exemplo. Nota-se que o paternalismo e a inversão do princípio da boa-fé não se fazem presentes apenas no mundo jurídico. Também em outras áreas do conhecimento duvidam sempre da proposta do outro e pretendem impor um modo de vida, diferente do perseguido pela parte diretamente interessada.

É assim que Ceccarelli continua afirmando, na mesma obra e página anteriormente citadas, que a cirurgia de mudança de sexo poderia também ser pretendida por psicóticos, perversos, travestis e alguns homossexuais, o que deverá ser recusada, eis que pleiteada para o exercício da sexualidade.

Desse modo, os transexuais ficam na dependência de um prévio diagnóstico psicológico, se falsos ou verdadeiros, caso pretendam se submeter à cirurgia de redesignação sexual, o mesmo acontecendo se a pretensão for apenas de mudança de registro, ou seja, o parecer do psicólogo será no sentido de que não seja realizada a modificação no assento do registro civil do pretendente, diante da dúvida se a pessoa é um transexual falso ou verdadeiro, considerando que os estudos realizados no “paciente” não foram conclusivos. Haja paciência! Haja vigilância!

Cossi, encampando as paternalistas colocações de Ceccarelli, acaba entendendo que a subordinação a tais processos médicos, por pessoas equivocadamente diagnosticados como tal, “pode fazer com que futuramente eles venham a se arrepender, desenvolver problemas psíquicos, envolver-se com drogas, álcool ou outras substâncias psicoativas podendo chegar ao suicídio”.<sup>60</sup> Desprezou, esse ilustre psicólogo, com formação em Psicanálise, que o inverso também poderá levar a tais episódios, ou seja, a não realização da cirurgia e, outrossim, que pessoas se envolvem com drogas, álcool etc., por inúmeros outros problemas.

Portanto, e em hipótese alguma, podemos aderir às colocações de Cossi, quando lança a seguinte assertiva: “concordamos com a postura de que se deve realizar um rigoroso diagnóstico para que assim sejam selecionados para se submeter a tais drásticas e irreversíveis intervenções médicas somente aqueles candidatos que possam ser

---

secundário, pela cirurgia de mudança de sexo, é previamente negada. Portanto, há uma prévia exclusão diagnóstica de pertencimento e o transexual somente o é, se nasceu primariamente assim.

<sup>60</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

considerados como ‘transexuais verdadeiros’;<sup>61</sup> para, logo em seguida sentenciar, esse ilustre autor, como se o assunto não carecesse de mais debates: “Quanto menos primário for o transexualismo, menos satisfatórios serão os resultados”.<sup>62</sup>

Com a finalidade de reconhecer apenas o transexual verdadeiro, Stoller<sup>63</sup> exclui o menino da passagem pelo complexo de Édipo. Segundo este doutrinador, não há o desejo do menino pela mãe, que sequer é disputada com o pai. Há total desinteresse do menino pela trama edípica, considerando que foi ele capturado pelos aspectos exteriores da feminilidade. Com relação às meninas, o pai não é um objeto sexual e sim um parceiro, diante da manifestação da masculinidade.

Assim e segundo Stoller,<sup>64</sup> a ausência da passagem edípica dos transexuais tem por consequência “que tais sujeitos parecem ter desenvolvido certa irresponsabilidade frente à Lei e certa aptidão a mentir infantilmente”. Não há, porém, que se falar em psicopatia, logo concerta o autor ora citado, na ausência de gozo na transgressão. Também, continua Stoller, sem convicção: “parecem não desenvolver relacionamentos mais profundos com o outro, mas sim ‘pseudorrelacionamentos’”.<sup>65</sup>

Nota-se que o socorro ao complexo de Édipo, com excludente do transexualismo (ou a confirmação do transexual verdadeiro) não é suficiente para desconsideração do transexual secundário. Ao contrário, seria até mesmo afirmação, eis que não teriam eles a tendência à “mentira ou à transgressão” e, assim, se optassem pela cirurgia, tal escolha seria irreversível.

Seja como for, cada ciência defende seu ponto de vista. Tem o seu discurso, a sua verdade, conforme afirmou Foucault. Geralmente, não há interlocução entre as ciências. Cada corrente tem a sua ideia, na pretensão de que seja a melhor. Entretanto, no momento em que se discute a prevalência da autonomia privada, a intervenção mínima na vida das pessoas, esses juízos de valores são sempre excludentes, por desprezarem, completamente, a ideia de um grupo dissonante dessa normalidade imposta. E, para a feitura deste trabalho, tivemos que adentrar em outros saberes e, decepcionantemente, concluir que não divergem em nada do mundo jurídico, considerando que também

---

<sup>61</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

<sup>62</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

<sup>63</sup> STOLLER, R. J. *A experiência sexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1982, p. 37.

<sup>64</sup> STOLLER, R. J. *A experiência sexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1982, p. 110-113.

<sup>65</sup> STOLLER, R. J. *A experiência sexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1982p. 110-113.

nestes saberes o pensamento majoritário não consegue dialogar com o minoritário e entender a especificidade de cada um.

## **6 REDESIGNAÇÃO SEXUAL POR MEIO DO TRATAMENTO HORMONOCIRÚRGICO, UMA OPÇÃO**

Necessário, primeiro, discutir a pertinência do tratamento hormonocirúrgico, o que será aqui realizado com base na teoria stolleriana e da Psicanálise, bem como também considerando as colocações de Cossi, várias vezes citado neste trabalho, a exemplo também de Stoller.

A administração de hormônios nos transexuais tem por finalidade reduzir os caracteres sexuais. Há a feminilização dos homens, com o desenvolvimento dos seios e com a diminuição da musculatura e involução dos testículos e do pênis. Com a eletrólise os pelos são retirados. As mulheres, lado outro, são masculinizadas com acréscimo de massas, gorduras, de musculatura e redução dos seios. O tom de voz se torna grave, a pilosidade típica masculina surge.

Com a cirurgia, nos homens, há a supressão do pênis e dos testículos e a feitura da neovagina, com a preservação das peles do escroto e do pênis, que serão utilizadas na construção do novo órgão. Nas mulheres, há a remoção dos seios, a realização da hysterectomia, bem como a feitura de um pênis, mediante enxertos de pele, inapto à condução de urina e de produzir estímulos sexuais.<sup>66</sup>

No Brasil, e considerando que vários transexuais se submetem à intervenção cirúrgica principalmente na Europa, bem como neste país, por conta e risco de alguns médicos, que foram até mesmo a ser processo, criminalmente, a então Resolução n. 1.482/1997, expedida pelo Conselho Federal de Medicina (CRM), acabou permitindo a cirurgia de redesignação sexual e os procedimentos acessórios.

---

<sup>66</sup> Aproximadamente 1 em cada 30.000 homens adultos e 1 em cada 100.000 mulheres adultas buscam a cirurgia de redesignação de sexo, conforme estatística de pequenos países da Europa (Cfr. RAMSEY, G. Transexuais - perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 47). Na verdade, tal estatística demonstra, como acontece no Brasil, que os homens se submetem mais a tal cirurgia. E o próprio Ramsey aponta esta discrepância estatística entre o número de transexuais masculinos diante do grau de dificuldade do processo cirúrgico em homens e mulheres e na qualidade do resultado final, fato este também confirmado por um médico, em Belo Horizonte, que já fez inúmeras destas cirurgias em mulheres, inclusive pelo SUS, e uma apenas no homem, que não restou perfeita, segundo afirmativa do próprio médico, levando-o a afirmar que nunca mais realizaria este tipo de intervenção em homens, o que também é confirmado por Cossi (p. 55): "Do ponto de vista técnico, a cirurgia de redesignação sexual no homem e a criação de uma neovagina é menos complexa do que a cirurgia correspondente em uma mulher e do que a criação de um neofalo, além do fato de tal procedimento médico no homem apresentar melhores resultados estética e funcionalmente".

Inicialmente, aludida resolução previa que estas cirurgias somente poderiam ser perpetradas em hospitais universitários ou públicos.

A primeira cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi realizada em janeiro de 1999, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Hoje, esta cirurgia é realizada em vários Estados deste país, democratizando o acesso dos que pretendem a ela se submeter, além de também ser realizada pelo SUS, por meio de portaria baixada pelo Ministério de Saúde, em junho de 2008, tanto para transexuais masculinos como femininos.

A Resolução n. 1.482/1997 foi revogada pela de n. 1.652/2002 e esta, por sua vez, pela Resolução n. 1.955/2010, esta última ainda em vigor, permitindo, de maneira correta, que as cirurgias de redesignação sexual, do masculino para o feminino, fossem perpetradas. Entretanto, tratando-se de fenótipo feminino para o masculino e comprovando a maior dificuldade na satisfação de tal intervenção, a realização continuou condicionada à prática de pesquisa em hospitais universitários ou públicos. Entretanto, tal exigência, corretamente, acabou superada pela portaria baixada pelo Ministério de Saúde, ao determinar que as cirurgias, independentemente do fenótipo, fosse realizadas pelo SUS.

Não obstante a ausência de critérios universalmente aceitos para a autorização da cirurgia de redesignação sexual noticia Cossi<sup>67</sup> que é a World Professional Association for Transgender Health – WPATH, antes chamada de Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, é uma instituição referência e que recomenda quais os procedimentos a serem adotados quanto à terapêutica anunciada aos transexuais.

Assim, tanto a redesignação hormonal ou a cirúrgica não podem acontecer por escolha do próprio hospital ou médico, mas a pedido do interessado. Contudo, após tal requerimento, o interessado está nas mãos do médico, psicólogo ou psiquiatra, considerando que a pessoa passa, necessariamente, por um alongado e burocrático ritual, muito além das determinações constantes da resolução do Conselho Federal de Medicina.

Assim é que, apontado por Cossi,<sup>68</sup> no ambulatório de Endocrinologia do Hospital das Clínicas da FUMUSP, o pretendente à cirurgia de redesignação de sexo tem que ser persistente, eis que, primeiramente, terá que passar por uma triagem, diante de um médico especialista. Após, é encaminhado ao psicólogo, que apresentará avaliação

---

<sup>67</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 57.

<sup>68</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 57.

lastreada em entrevistas livres e em uma bateria de testes, de um subjetivismo escancarado (HTP, Szond, Rorschach, desenhos livres, desenho da família etc.).

Confirmado pelo psicólogo o diagnóstico de transexualismo, o pretendente à cirurgia de redesignação sexual é agora encaminhado à Psiquiatria, com a feitura de um novo diagnóstico, por dois especialistas. Depois, a pessoa passa por um acompanhamento psicológico obrigatório (individualmente e em grupo), por no mínimo dois anos e, ao final, a equipe multiprofissional indicará, se for o caso, a conduta hormonal ou cirúrgica.

Diante de todo o estafante percurso acima, há a pretensão de avaliar os níveis de masculinidade e de feminilidade dos candidatos para posterior tratamento hormonocirúrgico. Também há o “teste de vida real”, pelo qual o pretendente à redesignação sexual viverá como se já fosse o sexo pretendido, em tempo integral, pelo período de observação, que é de 2 (dois) anos.

O tratamento hormonal poderá ter implicações imprevisíveis, diante da transformação em um outro corpo, que carecerá constantemente de hormônios do sexo querido e de presumíveis novas cirurgias corretivas. A cirurgia é considerada drástica, com intervenções definitivas no organismo. Assim, compete ao médico esclarecer o cliente, corretamente, sobre os efeitos desta cirurgia, posto que, não obstante querida pelo candidato, não tem o mesmo ciência de todas as consequências dessa cirurgia.

Assim, em vez de se preocupar com um diagnóstico preciso, que já vimos nem sempre é possível, o melhor será explicar o que acontece com o cliente, bem como demonstrar como é realizada a cirurgia, suas consequências. Para tanto, estão à disposição do profissional, responsável pelos esclarecimentos, os recursos visuais, até mesmo a gravação de cirurgias anteriores. Esse especialista também poderá colher testemunhos dos que passaram por tal cirurgia, um, três, quatro e mais anos depois, na ausência de pesquisas relacionadas às convivências dos transexuais que fizeram a cirurgia de redesignação sexual. Ouvi-los é, por conseguinte, ajudar no debate sobre a questão; é permitir correções de rumos, além de auxiliar no consentimento esclarecido dos candidatos a tal procedimento.

A respeito dessa colocação, ou seja, da oitiva dos transexuais que se submeteram à cirurgia, ilustrativo é o depoimento de Nery,<sup>69</sup> já citado acima como o primeiro transexual masculino a se submeter à cirurgia de redesignação sexual:

---

<sup>69</sup> NERY, João W. Erro de pessoa: Joana ou João? Rio de Janeiro: Record, 1984, p 234-238.

Um ano havia transcorrido após o término das cirurgias. Finalmente eu era um homem! Um homem de carne e osso, e não somente na imaginação [...]. Agora meu corpo se moldava expressivamente à minha essência. Deixa-a transparecer numa expansividade natural e vigorosa, até mesmo nos gestos mais tímidos de outrora [...]. O tão esperado bigode resplandecia no rosto, conferindo maturidade à aparência [...]. Às vezes, eu parava de capinar e ficava me maravilhando com o fato de estar sem camisa ao sol; poder chegar até o portão ou falar com os vizinhos por cima do muro, sem ter nada para esconder. As cicatrizes se tornaram insignificantes como motivo de constrangimento. Além do mais, os cabelos do peito começavam a cobrir parte delas. Eu largava o cabo da enxada, abria os braços, respirava fundo e alisava o peito, tão reto e lisinho... Incredível!!! [...]. O espelho voltava a ser o meu grande companheiro. Mas, agora, ao me deslumbar, sentia-me mais forte e íntegro. Não procurava propriamente a beleza, mas a coerência, e isso eu encontrava cada vez mais.

Portanto, compete é à pessoa, após os devidos esclarecimentos, recusar a submeter-se à cirurgia e não ao médico, como é a intenção da resolução do Conselho Federal de Medicina, ao proibir a realização de tal intervenção, sob o argumento de que o cliente não está hábito para tanto e, ainda, socorrendo-se, para assim proceder, de pré-testes de psicológicos e psiquiátricos, que geralmente desprezam a singularidade de cada pretendente.

Aliás, considerando a preocupação com o acompanhamento psicológico prévio, este deveria também ter continuidade, para os que quisessem, após o tratamento, pelo tempo que fosse necessário, principalmente considerando que, após a cirurgia de redesignação sexual, há a construção de uma nova imagem, dia após dia.

Assim, e em face da importância da Resolução n. 1.955/2010, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, em nosso ordenamento jurídico, bem como diante da omissão legislativa a respeito da “cirurgia de transgenitalização” e em face do disposto no art. 13, do Código Civil, necessário será esclarecer, no tópico adiante, sobre a natureza jurídica desta aludida resolução e também adentrar, logo em seguida, no necessário consentimento consentido.

## **7 A RESOLUÇÃO N. 1.955/2010,<sup>70</sup> EXPEDIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

Nos tópicos seguintes deste trabalho pretendemos demonstrar a desnecessidade de requerimento judicial, realizado por meio de jurisdição voluntária, para modificação do sexo e do nome no Cartório respectivo, após realização de cirurgia de redesignação sexual. Entendemos que, a partir da Resolução n. 1.482/1997, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, desnecessária é a judicialização dessa questão.

Em socorro a essa nossa pretensão, esclarecemos que há uma tendência, exigência da sociedade atual, de não se exigir a judicialização de questões atinentes aos procedimentos de jurisdição voluntária, como aconteceu com a separação e divórcio consensuais e também no que tange ao inventário e partilha, desde que não existam menores ou incapazes,<sup>71</sup> que podem ser realizados diretamente no cartório extrajudicial, quebrando o rígido monopólio judicial acerca das soluções das questões envolvendo essas temáticas.

Nossa proposta é a seguinte: se a cirurgia é realizada após o acompanhamento do paciente por uma equipe multidisciplinar,<sup>72</sup> opinando, os componentes dessa equipe, no final de dois anos, pela feitura ou não da cirurgia, basta, para tanto, após realizada esta intervenção corporal, na expedição de um documento médico, para que o redesignado, sexualmente falando, dirija-se ao cartório e modifique o nome e o estado civil, a exemplo do que acontece quando nasce uma criança.

Deixamos ressaltado que essa nossa proposta sequer há necessidade de cirurgia, que seria opcional. Caso não realizada a cirurgia, é o psicólogo, em um primeiro momento, a pessoa que fornecerá o documento necessário à modificação do sexo e nome no cartório, em que lavrado o registro da pessoa que almeja tal modificação. Evidentemente que temos a pretensão de que a atuação do psicólogo, com relação à

---

<sup>70</sup> A Resolução n. 1.652/02 foi revogada pela 1955/2010 e, na verdade, veio apenas aperfeiçoar aquele anterior instrumento normativo, encampando vários artigos da revolução revogada.

<sup>71</sup> Tal proposta foi viabilizada pela Lei n.11.441/2007 modificadora dos arts. 982, caput, e respectivo parágrafo único, 983 e 1.031 e 1.124-A, todos do Código de Processo Civil, que permite a prática de tais atos por escritura pública. Posteriormente, a Resolução n.º. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou a Lei n. 11.441/2007, que trouxe as inovações antes citadas, a fim de adotar medidas uniformes e tornar os atos mais ágeis e com menor custo, descongestionando o Poder Judiciário. Estabeleceu, entre outras situações, a liberdade de escolha do tabelião de notas; a faculdade de opção pela via judicial ou extrajudicial.

<sup>72</sup> Art. 4º, da Resolução n. 1.955/2010: “Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia”.

pessoa trans, não é a de tratá-la como doente, mas, sim, auxiliá-la e esclarecê-la acerca da decisão a ser tomada. Num segundo momento, e rompido mais um lançaço cultural paternalista, que a própria pessoa se dirija ao cartório e faça a mudança necessária, ficando a presença do psicólogo como mera opção da parte interessada.

É que, após se submeter à cirurgia de mudança de sexo, a pessoa, em juízo, volta a rediscutir a questão e, pior, poderá encontrar um juiz conservador, que não permitirá as mudanças necessárias, que devem ser entendidas como meras consequências da cirurgia a que já foi submetido o requerente.

Evitando este duplo e moroso ritual de passagem, principalmente considerando que o último, no Judiciário, é excesso de burocracia, é que pretendemos demonstrar que não há necessidade dessa segunda etapa. A proposta parece fácil. Contudo, várias questões, nos tópicos adiante, serão suscitadas. A primeira é a busca da natureza jurídica desta resolução, a permitir, para os que querem fazer a cirurgia, a mudança de sexo.

Assim, passamos a enfrentar a questão aqui proposta, que também parece simplista, mas não o é. A doutrina enfrenta, levemente, tal problema. Aliás, a discussão começa com relação à própria natureza jurídica do Conselho Federal de Medicina, se autarquia ou não.

## **8 NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS**

Os conselhos profissionais são considerados como autarquias neste país. Portanto, são órgãos da Administração Indireta, possuindo competência normativa para editar resolução atinente às respectivas profissões. Os limites desta produção legislativa é que devem ser considerados, para certificar se está havendo invasão de competência e, por conseguinte, declarada inválida determinada resolução, por ir além do permitido.

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia que, constantemente, tem apresentado resoluções administrativas, com a finalidade de efetivar o direito constitucional à saúde. Algumas dessas resoluções foram ou estão em discussão no Poder Judiciário.

Certo é que as autarquias não são autônomas. Entretanto, como entidades da Administração têm o exercício do poder normativo, desde que não confrontantes com a lei e não imponham obrigações, proibições ou sanções que devem ser previstas exclusivamente em legislação advinda do Congresso Nacional.

Esse poder normativo das autarquias, especificamente no que tange ao Conselho Federal de Medicina, vem regulamentar, por conseguinte, diversas temáticas da área médica, não acobertadas por legislação própria e tem por escopo encampar postulado constitucional, que considera a saúde como direito fundamental, conforme constam dos arts. 196 a 200 da Constituição Republicana de 1988.

Para adentrar mais no tema, registre-se que o Conselho Federal de Medicina compõe a Administração Pública Indireta e, por conseguinte, está submetido aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, e também pode expedir atos normativos, válidos e vinculantes, a todo e qualquer médico, no exercício de sua profissão, bem como aos usuários deste serviço público.

Demonstrando que o Conselho Federal de Medicina pratica atos da Administração Pública, por ser autarquia federal, esclarece Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>73</sup> que:

As atividades do CFM são típicas da Administração Pública. Os conselhos são órgãos delegados do Estado para o exercício da regulamentação e fiscalização das profissões liberais. A delegação é federal tendo em vista que, segundo a Constituição da República, a teor do art. 21, XXIV, compete à União Federal organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, atividade típica de Estado que foi objeto de descentralização administrativa, colocando-a no âmbito da Administração Indireta, a ser executada por autarquia, pessoa jurídica de direito público criada para esse fim.

Portanto, é o Conselho Federal de Medicina uma autarquia federal, criada a partir do Decreto-Lei n. 7.955/1945, revogado pela Lei n. 3.268/1957 e regulamentado pelo Decreto n. 4.045/1958, com a finalidade, em consonância com o art. 2º da Lei n. 3.268, "de supervisionar o exercício da profissão médica em todo o país, bem como julgar faltas no decorrer da atividade profissional e pelo seu bom conceito, atinentes à ética médica".

Confirma ser o Conselho Federal de Medicina uma autarquia, Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>74</sup> ao doutrinar que "o Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim de interesse público".

É adepto desse entendimento, Queiroz,<sup>75</sup> ao afirmar que,

---

<sup>73</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 433

<sup>75</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões

Os conselhos fiscais de profissões regulamentadas são criados por meio de lei federal, em que geralmente se prevê autonomia administrativa e financeira, e se destinam a zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais afetas a sua existência. Não raro, na própria lei de constituição dos conselhos vem expresso que os mesmos são dotados de personalidade jurídica de direito público, sendo que outras leis preferem apontá-los, desde logo, como autarquias federais. Todos os conselhos profissionais são criados por lei, dotando-os de personalidade jurídica. Citem-se, a título de exemplo, os conselhos federais de farmácia e de medicina, criados respectivamente pelas Leis 3.820/60 e 3.268/57.

Justifica ainda Queiroz, antes citado, a natureza jurídica de direito público do Conselho Federal de Medicina, em razão da arrecadação tributária própria:

Além disso, os conselhos de fiscalização são detentores de autonomia administrativa e financeira, característica essencial de uma autarquia, cujo patrimônio, próprio deles, é constituído pela arrecadação de contribuições sociais de interesse das categorias sociais, também chamadas de contribuições parafiscais, tendo nítido caráter tributário. Nesse ensejo, cabe enfatizar que, já que as contribuições possuem natureza tributária, segundo o art. 119 do Código Tributário Nacional, “sujeito ativo titular da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.”<sup>76</sup>

Por meio de resoluções e diante da inércia do legislador, o Conselho Federal de Medicina acaba por diminuir a mora do Estado, com relação aos direitos garantidos constitucionalmente e ainda não efetivados. Ressalta-se que a primeira resolução, expedida por esse Conselho, sobre a permissão para realização da cirurgia de transgenitalização, a de n. 1.482, é de 1997. Depois, duas outras foram expedidas, a intermediária, em 2002, e a última, a de n. 1.959, em 2010, a demonstrar o desinteresse total do Congresso Nacional acerca do assunto.

Ademais, o médico não pode se omitir, diante de um problema que lhe é apresentado. Deve agir, o mais rapidamente possível. O Congresso não é tão ágil ou não interessa por alguns temas, de imediato. Entretanto, o problema existe. Assim, não fosse o poder normativo do Conselho Federal de Medicina, cada médico passaria a atuar, diante

---

regulamentadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

<sup>76</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

do caso concreto, à sua maneira e, por conseguinte, diversos procedimentos surgiriam, encarecendo os custos, ensejando diversidades de tratamento e podendo até mesmo colocar em risco a saúde da pessoa interessada em se submeter à cirurgia de redesignação de sexo, além do risco de serem processados, médico e cliente, criminalmente.

É nesse momento, ou seja, da necessidade de uniformização de procedimentos que, se continuassem diversificados, poderiam até mesmo causar inúmeros prejuízos, além de interferir na própria ética médica, que surge o poder normativo do Conselho Federal de Medicina, numa atitude, primeiro, em prol da sociedade e, depois, da própria classe médica, que trabalhará com mais segurança, com um atendimento melhor, eis que, para a expedição de uma resolução, o Conselho Federal de Medicina analisa, com vários médicos, os procedimentos até então realizados, confirmando-os ou não e, a partir de então, exigindo que a classe médica labore de uma determinada maneira, com o sepultamento de possíveis procedimentos equivocados.

A Resolução n. 1.482/1997 e suas sucessoras, expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, evitaram que vários médicos fossem processados pelo crime de lesão corporal, caso realizassem a cirurgia de redesignação sexual, como chegou a acontecer neste país, o que demonstra a correção de sua edição, posto que veio ao encontro das propostas dos transexuais que pretendiam fazer a cirurgia e os médicos acabavam não realizando-a, para evitar contragostos e de serem taxados de criminosos em face da possível denúncia pelo Ministério Público e o acatamento de tal peça pelo formal e legalista Judiciário.

Portanto, as resoluções em análise, expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, com a ressalva da desnecessidade de patologização do transexual, vieram em boa hora, considerando que tais instrumentos normativos não ferem o princípio da liberdade, já que trabalham sobre o vazio legislativo, não extrapolando ou indo além das determinações legais existentes em prol da população. E a cirurgia de mudança de sexo depende, antes de tudo, da vontade esclarecida do transexual. Não é uma imposição.

Sobre o consentimento nessas cirurgias de redesignação de sexo, exigência das resoluções permissivas da cirurgia de transgenitalização, esclarecemos que tal proposta ética é exigência do atual direito e, a respeito, doutrina Konder<sup>77</sup> que, “A começar pela forma, o consentimento no biodireito reveste-se de uma quantidade de peculiaridades de tal monta que é denominado distintamente “consentimento livre e esclarecido”. Também chamado de: “consentimento

---

<sup>77</sup> KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos de transexuais e dos wambes. Revista Trimestral de Jurisprudência, Rio de Janeiro: Padma, v. 15, p. 62, jul./set. 2003.

informado” ou “consentimento pós-informação”, é um instrumento do biodireito que teve grande evolução em sua trajetória. Nasceu do Código de Nuremberg como a afirmação da necessidade de consentimento para pesquisa com seres humanos, em reação às experiências nazistas, generalizando-se por toda a prática médico-científica, sendo requisitado hoje para qualquer intervenção médica invasiva ou extraordinária”.

Assim, essas normas, emanadas do Conselho Federal de Medicina, vêm ao encontro dos anseios e das necessidades da própria sociedade civil, mais rapidamente do que se fosse editada pelo próprio legislativo que, por outro lado, a qualquer momento poderá rediscutir o assunto, editando leis próprias. Podem ser consideradas até mesmo como uma provocação salutar do Congresso Nacional, que até então não atinou para um específico problema. O debate, a partir das resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, foi apenas iniciado. Não está pronto e acabado.

É certo que essas normas não têm caráter meramente administrativo, ou seja, não são destinadas apenas aos aspectos de organização e do funcionamento daquela Autarquia. Na verdade, são prescrições de natureza diversas, que devem ser seguidas por pessoas fora do Conselho também. São normas de proposições prescritivas, direcionadas também aos usuários do serviço público de saúde. Por isso, reafirmamos: são leis, no sentido material.

## **9 A FINALIDADE E A MATÉRIA ENFOCADA NA RESOLUÇÃO N. 1.955/2010**

A Resolução n. 1.955/2010, veio em melhoramento à anteriormente editada, para regulamentar a “cirurgia de transgenitalização”, autorizando os hospitais públicos e privados, independentemente da atividade de pesquisa, a procederem à cirurgia de transgenitalização e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, como tratamento dos casos de transexualismo.

Necessárias foram as edições de tais resoluções,<sup>78</sup> não obstante a ausência de patologia no caso transexual, conforme restou demonstrado acima, considerando que a conduta do médico podia ser considerada como crime de lesão corporal, apesar de visar, este profissional de saúde, tão somente o bem-estar do paciente que o procurou. Demonstrando o equívoco das denúncias contra médicos que

---

<sup>78</sup> Constou de um dos CONSIDERANDOS da Resolução n. 1.955/2010, “que a cirurgia de transgenitalização plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico”.

realizavam cirurgias de mudança de sexo nos pacientes necessitados, esclarece Elimar Szaniawski:<sup>79</sup>

A atividade médica tem sempre por escopo a conservação da vida e da saúde do indivíduo mediante a cura das moléstias. Por isso, nas atividades médicas curativas, está ausente o dolo na prática de lesões corporais. Outrossim, a terapia cirúrgica, que visa à cura do doente, mesmo que ocorram mutilações, não se enquadra no tipo lesão corporal, descrito nos Códigos Penais.

Contudo, há entendimento no sentido de que, no Estado Democrático de Direito, as normas devem advir das casas legislativas, como legítimas representantes do povo. Assim, surge a preocupação de definir qual a natureza jurídica das resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, principalmente da Resolução n. 1.955/2010, sucessora da Resolução n. 1.652/2002.

Na verdade, entendemos que não é correto rotular, de chofre, um documento normativo como inconstitucional, apenas considerando a origem deste material jurídico. Vários outros aspectos deverão ser avaliados, principalmente a inércia do próprio Congresso Nacional em legislar sobre assuntos já tratados na Constituição, ainda carentes de regulamentação.

Depois, não consegue o Congresso Nacional legislar, de pronto, sobre todas as questões. Há casos que sequer necessitam de legislação, como ato específico do Poder Legislativo. Contudo, no âmbito dos respectivos conselhos de profissionais liberais carecem de normatização, com a finalidade de simplificar procedimentos, estancar dúvidas e de servir de modelos aos que ainda não estão familiarizados com determinadas questões, simplificando a vida da população.

Não há contradição nessa nossa proposta, com o que acima restou dito, no que tange à insistência equivocada de normatizar tudo em nossas vidas. A normatização aqui pretendida é, na verdade, para melhorar a vida das pessoas e vem ao encontro de um comportamento já existente, até então marginalizado. É uma opção e não uma obrigação. Por meio desta normatização, houve a inclusão dos transexuais no Sistema Único de Saúde.

Assim, havendo mora na implementação de direitos fundamentais ou se houver negativas desses direitos, bem como surgindo algo específico, no âmbito de cada profissão e na ausência de legislação

---

<sup>79</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual – Estudo sobre o transexualismo – Aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 276.

regulamentadora própria, os Conselhos Federais podem e devem emitir resoluções, que são consideradas como leis, materialmente falando. Não precisa, nestes casos, de leis *em sentido estrito*.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina, ao editar resoluções, age por delegação, eis que o art. 2º, da Lei n. 3.268, criador do Conselho Federal de Medicina, determina que,

Art. 2º. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Assim, é comum o Conselho Federal de Medicina editar resoluções, na ausência de lei, no sentido estrito, sobre determinado assunto, como aconteceu com a edição da Resolução n. 1.652/2002 e sua sucessora, a Resolução n. 1.955/2010, que, com lastro na ética profissional, acabou por esclarecer que a cirurgia de mudança de sexo tem caráter terapêutico, eis que tem por finalidade tratar uma patologia, adequando o sexo psíquico e colocando fim a um sério conflito individual.

O equívoco, voltamos a insistir, desta resolução em análise, é tratar o transexual como patológico. “Sério conflito individual” não torna, necessariamente, a pessoa em doente. É por tal razão que o assunto deverá ser discutido, caso queira o transexual, com o psicólogo e não com o médico. Evidente que o trabalho do psicólogo é apenas o de esclarecimentos sobre o assunto. No final, caso queira o consulente, a cirurgia poderá ser realizada, sem necessidade de rotular como doente tal pessoa. Não é correto entender que os conflitos deságuam sempre em doença. Ao contrário, devem ser solucionados, da melhor maneira possível. Assim é que o transexual poderá ter o apoio do psicólogo, para que possa decidir, com esclarecimento, qual rumo tomar.

Para compreensão da competência do Conselho Federal de Medicina na edição de resoluções, não se pode desprezar a natureza jurídica deste órgão composto por profissionais liberais. São, o Conselho Federal e respectivos Conselhos Regionais de Medicina, conforme demonstrado acima, autarquias criadas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, com a função, conforme consta do art. 2º desta lei, de supervisionar a ética profissional e fiscalizar o exercício da profissão.

Nota-se que a Lei n. 3.268/1957 não limita a função do Conselho Federal de Medicina apenas à fiscalização das atividades dos médicos, como também se preocupa com o desempenho ético desta profissão. Assim, não se trata de invasão de competência de legislar, reservada

constitucionalmente à União, Estado, Distrito Federal e Município (art. 23, II, da CF), eis que o Conselho Federal de Medicina tem a função de regular as matérias relacionadas com o exercício da profissão, no que tange aos critérios técnicos e éticos (morais)<sup>80</sup> desta profissão.

Ressalta-se que, com o advento da Resolução n. 1.955/2010 e suas antecessoras, não houve restrição ao exercício de profissão, a exigir, aí sim, edição de lei formal, em face do disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, a permitir o livre exercício profissional e a determinar que somente a União legisle sobre as condições e requisitos das atividades de profissionais liberais.

A Resolução n. 1.955/2010 e suas antecessoras, em análise, limitaram-se a cuidar, especificamente, do exercício da prática terapêutica, sem criar limitações administrativas e sem afrontar a Constituição ou lei infraconstitucional.

Na verdade, acabaram por regulamentar uma prática que já não era incomum, apesar de inexistir instrumento normativo a respeito do assunto, até a edição dessas aludidas e indispensáveis resoluções, que também contribuíram, sobremaneira, para superação de preconceitos, no tocante aos transexuais, cooperando, por conseguinte, para trazer à baila o debate desse tema que estava adormecido no seio de pessoas que insistiam em desconsiderar a Constituição Federal como norma de inclusão.

Portanto, respeitado foi, pelas resoluções em análise, o princípio da legalidade, ditado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, bem como o próprio art. 5º, da Lei n. 3.268/1957, instituidora do próprio Conselho Federal de Medicina. Ditas resoluções são direcionadas à atuação dos médicos, que deverão agir em consonância com a ética e visando o bem-estar de todos, a partir dos ditames constitucionais de uma saúde universal e abrangente.

## **10 INTERVENÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PARA DES-CRIMINALIZAÇÃO**

Ressaltamos que a norma é ruim quando interdita, castra ou desconsidera as pessoas, em sua individualidade. Ao contrário, quanto liberta, quando vem ao encontro dos anseios dos necessitados, de práticas já em andamento, é sempre bem-vinda e mesmo indispensável, conforme são as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam da cirurgia de redesignação sexual. As normas assim editadas

---

<sup>80</sup> Destacamos outro CONSIDERANDO, da Resolução n. 1.955/2010: “que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção”.

incorporam aspectos éticos na legislação, nessa nossa proposta de o Direito não desprezar a pessoa, em sua individualidade. E, se vários estão compartilhando o mesmo modo de vida, houve um alargamento do aspecto ético, que agora já é moral e que não pode ser desprezado pelo Direito.

Foi a Resolução n. 1.652/2002, bem como a sua antecessora, e agora a Resolução n. 1.955/2010, todas expedidas pela autarquia Conselho Federal de Medicina, atos administrativos com caráter de imperatividade, vinculando a todos os afiliados. Esse ato administrativo normativo é definido por Hely Lopes Meirelles,<sup>81</sup> nos seguintes termos, “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo, nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Aludidas resoluções são perfeitamente constitucionais, na ausência de lei tratando especificamente do tema, além de aventar assunto relacionado com a ética médica e de encontrar fundamento no art. 2<sup>o</sup><sup>82</sup> da Lei n. 3.268 de 30 de setembro de 1957.

Note-se que a Resolução n. 1.955/2010, a exemplo das anteriormente expedidas, cuidou de assunto relacionado à terapêutica, devolvendo a tranquilidade a quem se encontrava em atrito consigo mesmo.<sup>83</sup> e que, persistisse a inércia dos legisladores, poderia levar à automutilação ou ao autoextermínio.

Assim e apesar de várias das resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina serem questionadas no Judiciário, essas aludidas resoluções nunca o foram. Essa última, de n. 1.955/2010, também provavelmente não o será, eis que também veio ao encontro das pessoas que eram excluídas ou, quando achavam médicos, dispostos a fazer a necessária cirurgia de mudança de sexo, acabavam processados, criminalmente, pelo Ministério Público.

Ora, o vazio legislativo existente antes da edição das resoluções aqui comentadas, não permitia que fosse dada efetividade às normas constitucionais e ressaltava o preconceito de o legislador discutir tema

---

<sup>81</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 152.

<sup>82</sup>Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

<sup>83</sup> Vejamos outro CONSIDERANDO da Resolução n. 1.955/2010: “CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

referente à mudança de sexo, desprezando o fato de que tal cirurgia, para alguns dos transexuais, ser uma necessidade.

Não se pode olvidar que as resoluções citadas estão afinadas com o Estado Democrático de Direito, eis que não restringem projetos individuais de vida daqueles que necessitam da mudança de sexo, na busca de superação e sepultamento de transtornos que poderia carregar por toda uma vida de infelicidade.

A respeito do tema, porém com relação à resolução que regulamenta a ortotanásia, por meio da morte digna, esclarece Maria de Fátima Freire de Sá:<sup>84</sup>

Levantar bandeiras de um Estado Democrático de Direito e desconsiderar a participação daquele que busca a materialização de seu direito nada mais é que bradar por algo oco em sentido, desprovido, exatamente, das características que lhe conferem rótulo e sustentam seus contornos lexicais. Não há como se falar em democracia, desconsiderando a pluralidade e esta não existe se excluídos os rasgos da diferença.

Portanto, as resoluções aludidas, regulamentadoras da cirurgia de mudança de sexo dos transexuais, são marcos importantes para a efetivação da dignidade da pessoa humana, pela inclusão destas pessoas que, consequência das cirurgias, podem ter uma vida melhor. Viver com dignidade é antes de tudo respeitar a individualidade do outro, bem como aceitá-lo ou estancar, o mais rapidamente possível, o seus sofrimentos.

Sobre a normatividade infraconstitucional, doutrina Konder<sup>85</sup> que:

Em especial, a normativa infraconstitucional civilística – no mais das vezes petrificada em um tempo pré-industrial e patrimonialista e examinada por uma doutrina reacionária através de olhos envelhecidos – deve ser revista à luz da tábua principiológica consagrada na Constituição de 1988. Ignorar isto e, ao contrário, interpretar os princípios constitucionais à luz da legislação codificada significa violar o princípio da democracia, porque enquanto o Código Civil foi redigido por uma elite de jurista à luz dos valores da classe dirigente, o texto constitucional é de autoria da soberana assembleia constituinte.

---

<sup>84</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. Aspectos jurídicos da eutanásia. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. Bioética: vida e morte. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008, p. 149.

<sup>85</sup> KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos de transexuais e dos wagnabes. Revista Trimestral de Jurisprudência, Rio de Janeiro: Padma, v. 15, p. 52, jul./set. 2003.

Com certeza, as resoluções em comento souberam abarcar as lições acima, ao considerar, em seus bojos, os princípios constitucionais e normatizando fato que carecia de urgente regulamentação, com desprezo a velhos e surrados conceitos, como o de ser crime de lesão corporal e o de que era, a cirurgia de mudança de sexo, mutilação.

Antes destas resoluções comentadas, fácil era notar as angústias de um médico, que estava, diante da necessidade do consulente, pronto para submetê-lo à cirurgia. Contudo, não poderia fazê-lo, eis que poderia ser processado por crime de lesão corporal.

Portanto, é a atual Resolução n. 1.955/2010, norma que prevalecerá, enquanto o assunto não for devidamente analisado no Congresso Nacional e, se o for, também não poderá ser desconsiderada, como ponto de partida, aludida resolução, sob pena de escancarado retrocesso e aí, sim, há possibilidade de a legislação ser declarada inconstitucional, com o preavalecimento, mais uma vez, da resolução vigente, que veio dar efetividade ao texto constitucional, com a prevalência de diversos princípios, até então desprezados.

A constitucionalidade e a legalidade da Resolução n. 1.652/2002, de sua antecessora, e da atual, de n. 1.955/2010, como norma (como lei no sentido material), advém do fato de ser o Conselho Federal de Medicina uma autarquia federal e que, por conseguinte, tem por escopo a regulamentação de atos e procedimentos médicos, atribuindo-lhe legitimidade, na ausência de lei a respeito do assunto.

Portanto, essas resoluções, que permitem, sem intervenção do Judiciário,<sup>86</sup> a cirurgia de transgenitalização são válidas, como normas jurídicas permissivas, eis que são congruentes com os dispositivos da Constituição, “tanto no que se refere o seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo”.<sup>87</sup>

Assim, não é o Legislativo o único órgão produtor de lei, o único a determinar o direito, diante das inúmeras solicitações de vivência social. Ademais, as resoluções em comento não se tratam de normatização pela coação, mas, sim, de encampar fatos sociais que se encontravam desguarnecidos juridicamente falando.

---

<sup>86</sup> Antes da Resolução n. 1.652/02 entendia-se que até mesmo para se submeter à cirurgia de redesignação do sexo, necessário era a autorização judicial, para tanto tal fato foi superado. Entretanto, feita a cirurgia, a pessoa deverá socorrer-se do Judiciário, para mudança de nome e sexo, o que parece ser até mesmo contraditório.

<sup>87</sup> SIMONE, Goyard-Fabre. Os fundamentos da ordem jurídica. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

Lado outro e como esclarece Nino,<sup>88</sup> forte nas lições de John Austin,<sup>89</sup> “algumas vezes, o soberano legisla de forma direta e outras, por intermédio de um legislador delegado, ou seja, de um indivíduo a quem o soberano confere competência para legislar”.

Assim, age o Conselho Federal de Medicina, ao editar resoluções, por delegação do próprio Congresso Nacional. Contudo, tal cirurgia deverá ser realizada com o consentimento esclarecido do paciente, sendo necessário que, durante o período de 2 (dois) anos, exigido pela resolução, que também não deverá ser rígido, que seja um período de esclarecimento, inclusive com relação às consequências deste ato cirúrgico, sua irreversibilidade, enfim, que a cirurgia seja realizada por meio da livre escolha do transexual e com consciência do ato a ser realizado.

## 11 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO TRANSEXUAL

Ressalte-se que no século XIX já se observava a necessidade de não se desprezar as singularidades e os particularismos provocados pelos movimentos sociais e econômicos. A crença da razão universal<sup>90</sup> demonstrou-se contraditória, diante da impossibilidade de superação da liberdade ética, então encarcerada principalmente nos ordenamentos jurídicos. O agir ético era o agir em consonância com a norma. Fora dela, tudo era marginalizado.

Assim, necessário era reformular a tradicional e fechada concepção da razão e, por conseguinte, também repensar o conceito de

---

<sup>88</sup> NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 139.

<sup>89</sup> Segundo Nino, na mesma página da obra antes citada, “O critério de pertinência a um sistema, na teoria de Austin, pode, portanto, ser formulado assim: ‘uma norma pertence ao sistema originado em um soberano quando foi estabelecida diretamente por ele ou por um legislador cuja competência deriva de outras normas estabelecidas pelo soberano’”.

<sup>90</sup> FEYERABEND, Paul. Adeus à razão. Tradução Vera Joscelyne. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 7, afirma que a obra dele pretende mostrar que, “enquanto a diversidade é benéfica, a uniformidade diminui nossas alegrias e nossos recursos (intelectuais, emocionais e materiais) e ainda esclarece, na mesma página, que “Existem tradições poderosas contrárias a esse ponto de vista. Essas tradições podem até admitir a possibilidade de as pessoas organizarem suas vidas de várias maneiras; acrescentam, porém, que a variedade precisa ter limites. Esses limites, dizem elas, são constituídos pelas leis morais, que regulam as ações humanas, e pelas leis físicas, que definem nossa posição na natureza. E, à página 9, Feyerabend acrescenta que “O que está sendo imposto, exportado e uma vez mais imposto é uma coleção de ideias e práticas uniformes que têm o apoio intelectual e político de grupos e instituições poderosas. [...] As diferenças culturais desaparecem e artesanatos, costumes e instituições nativas vão sendo substituídos por objetos, costumes e formas organizacionais ocidentais. Na página 19, também da mesma obra, acrescenta Feyerabend: “Os cidadãos seguem as sugestões de especialistas, não do pensamento independente. Isso é o que ‘ser racional’. Partes cada vez maiores das vidas dos indivíduos, das famílias, das aldeias e das cidades são dominadas por especialistas”.

sujeito, conforme bem colocou Rouanet,<sup>91</sup> considerando que “a identificação entre sujeito autônomo e racional passa, portanto, a ser negada, gradativamente, colocando-se em causa a noção de que o sujeito é fundante do conhecimento e da história”.<sup>92</sup>

A partir de Foucault, não há que se falar em sujeito fundante de sua própria razão, eis que é ele “constituído na história por determinadas práticas discursivas e não discursivas em determinadas relações de poder”,<sup>93</sup> em conluio com as ciências humanas, aliadas que se encontram ao poder disciplinar, para normatizá-lo e subjetivá-lo pela sexualidade anatômica, já de antemão exigida pela sociedade que a estipulou dicotomicamente entre masculino e feminino.

Portanto, em Foucault a razão está atrelada à vontade de saber e poder e, por conseguinte, é resultante destes jogos de verdade e poder, não prevalecendo a crença iluminista neste poder libertador da verdade e da razão e também o sujeito do tipo cartesiano, antecipadamente pensado e querido.

Foucault repele esse sujeito normalizado e disciplinado, subjetivado pela sexualidade e, como menciona Araújo,<sup>94</sup> este filósofo “pretendeu dar uma contribuição para o pensamento da modernidade, para a construção do sujeito numa ética feita de atos de liberdade”. E, não obstante a impossibilidade de uma emancipação completa, diante da presença constante dos jogos de poder e verdade, aceitável é entender e encampar novas maneiras de subjetividade, a enfraquecer esta técnica de dominação existente.

Destarte, trabalha Foucault “na perspectiva do sujeito autoconsciente, a do sujeito que se constitui pelas práticas de si, com o que inclui o elemento liberdade. Ao lado das práticas de sujeição, o sujeito se constitui, também, por práticas de libertação”.<sup>95</sup> Essas colocações têm reflexos sobre o sujeito de direito, modelado a partir dessas

---

<sup>91</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 12: “Depois de Marx e Freud, não podemos mais aceitar a ideia de uma razão soberana, livre de condicionamentos materiais e psíquicos. Depois de Weber, não há como ignorar a diferença entre uma razão substantiva, capaz de pensar fins e valores, e uma razão instrumental, cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins. Depois de Adorno, não é possível escamotear o lado repressivo da razão, a serviço de uma astúcia imemorial, de um projeto imemorial de dominação da natureza e sobre os homens. Depois de Foucault, não é lícito fechar os olhos ao entrelaçamento do saber e do poder. Precisamos de um racionalismo novo, fundado numa nova razão”.

<sup>92</sup> CORREA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 31.

<sup>93</sup> CORREA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 31.

<sup>94</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica ao sujeito*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000, p. 211.

<sup>95</sup> CORREA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 32.

práticas discursivas e normalizado pelas disciplinas e pelo biopoder, e que, por conseguinte, tem reduzida, enormemente, sua autonomia, eis que disciplinado e controlado estrategicamente, inclusive pelo saber clínico.

Portanto, no Direito ainda há o prevailecimento dos atributos que se pretendem ultrapassados na caracterização do conceito de sujeito, com destaque para a abstração e o universalismo, o que impede uma melhor compressão das pessoas, em suas particularidades. De tal modo e dogmaticamente falando, todos nós somos titulares de direitos e deveres. Não se consideram, nesta abstração cômoda, as diferenças culturais e sociais existentes. O sujeito, no Direito, é mais do que nunca uma categoria universal, arquetetado em comparação às coisas do mundo, que pretende apropriar-se.

A autonomia da vontade é reduzida, pelo direito, enormemente, pela prevalência de inúmeras leis e se manifesta basicamente no tráfego entre o chamado direito subjetivo e a liberdade negocial. E, com relação à dimensão corporal do sujeito, a manifestação da vontade é restringida mais ainda, principalmente considerando que “o conceito de direito subjetivo resta marcado pela ideia de autorregulamentação nos limites da ordem jurídica, voltada ao exercício da liberdade na defesa dos interesses privados”,<sup>96</sup> prevalecendo aspecto morais, que são incluídos no ordenamento jurídico ou, se não legislado, sobrepõem como maneira de se comportar socialmente.

Na verdade, a resistência na aceitação do próprio corpo como objeto de relação jurídica atravancou o entendimento sobre a possibilidade de o ser humano exercer o domínio e de dispor de parte deste próprio corpo (*ius in se ipsum*). Este domínio da pessoa sobre si mesma adveio, por conseguinte, dessa dissociação entre corpo e sujeito. E para tanto, de esclarecer-se que “na metade do século XIX a discussão foi marcada pela polêmica entre Savigny e Puchta, em torno da existência ou não de um direito subjetivo sobre o corpo”.<sup>97</sup>

Puchta considerava o corpo como coisa e, por conseguinte, possível de ser objeto de relação jurídica. Savigny refutava a existência desse direito, ainda atrelado ao entendimento que a pessoa tem direito sobre algo posto externamente no mundo, ou seja, o direito sobre uma coisa externa e advinda de uma obrigação assumida por outra pessoa, principalmente considerando o direito subjetivo, com o prevailecimento de nossa vontade sobre uma porção do mundo exterior. “Portanto, não era possível, para ele, admitir a existência de um direito sobre a própria

---

<sup>96</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 21.

<sup>97</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 58.

pessoa, porque implicaria a disponibilidade de si próprio, o que, no limite, legitimaria o suicídio”.<sup>98</sup>

Essa controvérsia, iniciada entre os juristas do século XIX, demonstrava o quanto era difícil solucionar questões atinentes ao corpo, consequência de uma visão integral e indissociável com relação ao sujeito e também em razão da ausência de caráter patrimonial desta questão. Para superar tal entrave, necessário foi, mais tarde, desenvolver-se o conceito de direitos da personalidade, incluídos em uma categoria especial de direitos subjetivos.

Para a superação dessa incapacidade de admissão dos direitos que extrapolam o âmbito patrimonial, contribuiu sobremaneira os direitos autorais que, em razão de abranger direitos patrimoniais e morais, concomitantemente, ampliaram o entendimento sobre os bens jurídicos, não mais reduzidos ao conceito de coisa material e patrimonial.

Assim, e consequência dessa discussão iniciada no século anterior, no início do século XX já eram admitidos como direitos subjetivos “os prolongamentos da personalidade, corpóreos ou incorpóreos, positivados e regulados pelo ordenamento jurídico. No aspecto do corpo humano, destacam-se o direito à vida, à integridade física e o direito à disposição corporal”.<sup>99</sup>

Entretanto, e diante da ameaça advinda das novas tecnologias de intervenção do corpo, na segunda metade do século XX, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a patamar constitucional, torna-se indispensável na orientação do estatuto jurídico do corpo humano, principalmente ao pretender reconciliar o Direito com a Ética neste campo geral de personalidade, após a Segunda Guerra Mundial.

Assim, de entender-se que faz parte da dignidade da pessoa pretender esclarecer o que está acontecendo também com o próprio corpo e de poder opinar sobre qual o melhor tratamento que considera para si e até mesmo se realmente o deseja fazê-lo. Não é mais correto falar em “paciente”, no sentido de apto a receber, calado, o tratamento, sem questionar, o próprio médico, a respeito desse tratamento. Necessária é a participação ativa do cliente na busca do tratamento adequado.

E nesse aspecto que a concordância informada e esclarecida é exigida como condição antecedente para qualquer intervenção no corpo humano, com a finalidade de proporcionar o bem-estar às pessoas, terapêutica ou científica, decorrente do princípio jurídico da

---

<sup>98</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 59.

<sup>99</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 60.

autonomia privada, isto é, de a pessoa poder decidir sobre os contextos atinentes a sua vida e seu corpo.<sup>100</sup>

Entretanto, este consentimento sobre a intervenção no próprio corpo é limitado, isto é, contido e regulado pelo Direito, que nem sempre acompanha os avanços científicos, além de influenciar, nesta limitação genérica, o silêncio legislativo, bem como os equívocos teóricos e a carência de debate público sobre o assunto. Há, por conseguinte, na prática, uma constante tensão entre a autonomia do paciente, que pretende vê-la ampliada, a cada dia, e a autonomia do médico, limitada pelo próprio conservadorismo e por intermédio de inúmeras leis e por diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Portanto, o profissional médico acaba por não realizar a pretensão do cliente, por prévia vedação ou por ausência de permissão legal.

Ademais, a visão paternalista do médico, que carece ser superada, advinda da tradição hipocrática da Medicina,<sup>101</sup> acaba prevalecendo principalmente diante da ausência de conhecimento técnico do paciente e da confiança irrestrita que o mesmo tem com relação a este profissional da Medicina. Assim sendo, a exigência do prévio consentimento há que ser compreendida, levando-se em perspectiva possível discordância do cliente, em relação ao procedimento indicado pelo médico, interferindo, por conseguinte, o consulente, sobre as ponderações médicas, o que ainda não é admitido por várias destes profissionais.<sup>102</sup>

Todavia, a tensão existente nessa relação médico/cliente há que ser superada, diante das indispensáveis informações que deverão ser repassadas ao consulente, com isenção, para que a tomada de decisão dele seja consciente, não valendo, após essa atitude assumida, do juízo

---

<sup>100</sup> RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: Difel, 1988, p.10, afirma que "o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas que pretende fundá-las, ele próprio a partir de sua razão e de sua vontade".

<sup>101</sup> O médico, ao prestar juramento, assume o compromisso de prestar seus serviços promovendo o bem-estar do paciente, não podendo omitir-se no exercício da profissão, tendo a obrigação de evitar causar mal ao paciente. Portanto, tem o médico, pelo juramento hipocrático, o poder sobre a saúde e a vida do paciente.

<sup>102</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. Mal estar na modernidade. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 9, apontada, sem desprezar os diversos percursos seguidos na construção da modernidade, as suas principais características, hoje muito contestadas, em razão da radical abstração das diferenças existentes entre os homens, se analisadas concretamente: "O projeto civilizatório da modernidade tem como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade significa que ele visa todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas e culturais. A individualidade significa que esses seres humanos são considerados como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade e que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização. A autonomia significa que esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia, a agirem no espaço público e a adquirirem pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material".

médico a respeito dela. “Nessa perspectiva, o dever de informar, pautado pelo princípio da boa-fé objetiva, constitui uma forma de reconhecer e compensar o desequilíbrio intrínseco a essas relações”.<sup>103</sup>

Portanto, superada restou a ausência de espaço para o reconhecimento da decisão do cliente, diante da valorização da subjetividade, a atribuir efeitos à vontade individual. Para tanto, necessário é que ao consulente sejam prestadas as necessárias informações, a respeito do quadro clínico dele, do tratamento e intervenção propostos e consequentes benefícios e riscos possíveis. Com tais informações, a liberdade da pessoa, para tomada de decisão, estará garantida. O dever de informação sobre o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento está previsto no art. 46, do Código de Ética Médica brasileiro.

Contudo, e novamente há de se socorrer a Foucault, para que não aceitemos, ingenuamente, o reconhecimento da autonomia do cliente integralmente, com relação ao poder médico. Na verdade, tal libertação é incompleta, em razão dos constantes jogos de poder inseparáveis desta relação, “que são exercidos pelos profissionais e sustentadas pelas instituições políticas, públicas e pelo saber médico”.<sup>104</sup>

Por tal razão, necessário é que não nos prendamos apenas ao poder que o médico possui sobre o cliente, individualmente falando, mas que também e principalmente nos preocupemos com o poder camuflado que ainda persiste nessa relação, em face da vinculação com o discurso científico repressor. Para tanto e conforme anota Correa,<sup>105</sup> escorada em Foucault, “é necessário procurar identificar os efeitos de poder do discurso científico, desvinculando o poder de uma noção exclusivamente repressora, para pensar suas potencialidades produtivas, ou seja, sua capacidade de produzir e fazer circular a verdade, que por sua vez sustenta e torna eficaz o poder”.

Com efeito, combatendo essa produção artificial e estratégica da verdade, esse “discurso” válido na Medicina, a prescrever, diariamente, como viver, como alimentar-se, como comportar-se, como morrer, enfim, presente na constituição da pessoa pelo padrão da normalidade, Foucault<sup>106</sup> deixa à reflexão as seguintes colocações:

---

<sup>103</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 17.

<sup>104</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 135.

<sup>105</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010p. 135.

<sup>106</sup> FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 299.

Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas, e temos de produzir a verdade para poder produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro, que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder.

É essa verdade posta, adrede, pelo discurso científico da Medicina, como padrão de normalidade, como norma, que motiva a classificação entre normal e anormal. Assim, essas práticas subjetivas normalizadoras do sujeito influenciam na relação médico/cliente, não o deixando totalmente isento ao consentir.<sup>107</sup> Na decisão do cliente, após os esclarecimentos médicos, está subjacente esse “discurso da verdade”.

Portanto, ainda há cerceamento de liberdade de agir de maneira autônoma nessa relação médico/cliente, razão de se afirmar, cada vez mais, que a pessoa não é “fundante, mas fundada no interior da história por discursos de verdade, práticas de sujeição e normalização”.<sup>108</sup> Esse poder médico a desqualificar e desprezar a decisão do cliente não é uma única realidade, eis que ainda se faz presente após a autorização para a realização da cirurgia clinicamente indicada, que somente é realizada baseada nos exames antes concretizados, sem desprezar o diagnóstico, prognósticos e probabilidades clínicas disponíveis, buscando atingir a norma.

Não obstante esta relativa autonomia do cliente, que precisa se libertar cada vez mais na produção de decisão isenta de interferências do discurso clínico, necessário é, além de afastar-se do paternalismo médico, a evidenciar a face indigesta dos jogos de poder, reconhecer o espaço limitado desta autonomia não com o intuito de aceitá-lo passivamente, mas, sim, de expandi-lo, por meio de estudos, de consulta a outros profissionais, inclusive fora da área da Medicina, e também por

---

<sup>107</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 137, esclarece que “o critério de racionalidade é claramente a verdade produzida pelo discurso médico e sustentada pelas práticas institucionais, tanto no exercício da profissão como no sistema de ensino. As justificações que extrapolam os limites do discurso científico são rejeitadas e classificadas de ‘irracionais’, legitimando-se, por conseguinte, o desrespeito pelas decisões delas resultantes.”

<sup>108</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 137.

meio de permuta de informações com as outras pessoas que passaram pelo mesmo problema, antes e após o tratamento.

Desta forma, necessário é desvincular a obtenção do consentimento informado, direito do cliente, por meio do dever de informar do médico, da razão instrumental,<sup>109</sup> que se faz presente no discurso da produção da verdade, nos jogos de poder, dos quais a Medicina nunca se olvidou, o que levou Araújo<sup>110</sup> a afirmar:

Pode-se estranhar que psicologizar o sujeito e cuidar da saúde das populações não seja em si sempre benéfico. É que nossa sociedade confia no saber como libertador e desconfia que o poder é sempre e unicamente opressor. Mas o saber/poder cria relações, induz à verdade, produz a subjetividade. Nos habituamos a pensar dentro da ótica iluminista, que libertar o sujeito e seus desejos, livrá-lo das repressões, instauraria uma política e uma ética de liberdade. Foucault vê nesses discursos a produção de uma subjetividade que favorece a subjugação ou sujeição a uma única forma de verdade, a científica.

Assim e na pretensão de desvincular o médico dessa verdade científica, surge no Direito o princípio da boa-fé objetiva, como proposta de reequilibrar a relação médico/cliente, na busca dessa afirmação da decisão consciente do cliente, com o estabelecimento da confiança entre estas partes e “de uma diminuição das desigualdades materiais da relação médico-paciente, na medida em que condiciona o dever de informar aos parâmetros de conduta de boa-fé”.<sup>111</sup>

Destarte, o princípio da boa-fé objetiva busca a reinclusão da ética no direito, em uma expectativa de valoração do comportamento regulado pela consideração e pela fidelidade exigíveis de todos os participantes das relações intersubjetivas. Por ser uma cláusula aberta é possível, na análise do caso concreto, despir-se de recursos e de decisões formalistas e genéricas, previstas nas legislações próprias. Por intermédio desse princípio é possível aplicar-se a equidade, no caso em particular, bem como possibilita a imediata observação e inclusão de

---

<sup>109</sup> Max Horkheimer utilizou-se deste termo para demonstrar que a ciência afastou da busca do conhecimento verdadeiro para se tornar instrumento de dominação, de poder e exploração. Portanto, a razão não é mais autônoma. Na verdade, a razão instrumental é a própria ação racional de Max Weber, eis que as ações das pessoas são orientadas pelos fins. A razão instrumental ou ação racional também recebe a crítica de Habermas, que pretende, afastando o pessimismo de Weber quanto ao futuro da humanidade, substituir esse racionalismo instrumental pelo comunicativo, expressado por meio do discurso.

<sup>110</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica ao sujeito. Curitiba: Editora da UFPR, 2000, p. 120.

<sup>111</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, , p. 141.

possíveis mudanças sociais. O Direito, não é mais tão estático, a partir de então.

Nota-se que, no Brasil, esse princípio foi positivado pelo Código Civil atual, como critério de interpretação dos negócios jurídicos, conforme previsão do art. 113 e, como princípio geral contratual, segundo o disposto no art. 422. No Código anterior, era considerado princípio implícito e, por conseguinte, acanhadamente observado. O Código de Defesa do Consumidor o prevê, em seu art. 4º, III, reforçando, a partir de então, a aplicação deste princípio também na jurisprudência dos tribunais. Para fins de compreensão, basta entender-se que tal princípio veio contrapor ao outro, o da boa-fé subjetiva, que se refere ao estado psicológico das pessoas, como, por exemplo, a ignorância ou o erro, no momento da celebração do negócio jurídico, a correção de conduta, ignorando, esse princípio, os aspectos exteriores que podem macular esse negócio.

Assim e pelo princípio da boa-fé subjetiva, para não ser considerado como contratante de má-fé, necessário era observar o que foi combinado entre as partes, o que levou à aplicação do cômodo e hoje combalido princípio do *pacta sunt servanda*, causador de inúmeras injustiças, eis que o critério de decisão era sempre em prol de prevalecer o que foi ajustado, mesmo diante da desgraça da parte econômica e até mesmo intelectualmente mais fraca, então igualada formalmente ao mais forte.

No nosso caso específico, “a boa-fé objetiva constitui um padrão de conduta legal, que deve ser observado por ambas as partes”,<sup>112</sup> ou seja, tanto pelo médico como pelo cliente, podendo este, parte mais fraca nessa relação, se necessário, socorrer-se do Código de Defesa do Consumidor. Para concretização desse princípio da boa-fé objetiva, de observarem-se os valores ditados pela Constituição atual, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, além dos objetivos proclamados pelo art. 3º, daquela Carta, incluindo também os direitos fundamentais.

É por tal razão que se afirma que o comportamento das partes, na relação jurídica, há que ser considerado não apenas juridicamente como também eticamente. O Direito deverá ler os contratos ou negócios jurídicos, observando o critério hermenêutico integrativo, não se atendo mais apenas no pacto celebrado, podendo, inclusive, limitar ou ampliar certos direitos subjetivos, considerando o desequilíbrio que poderá existir nas relações, principalmente quando há carência de conhecimento específico.

---

<sup>112</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 143.

Assim, novamente surge, na relação médico/cliente, o dever de informar, como obrigação anexa a qualquer relação celebrada entre essas pessoas. Esse dever de informar aparece antes mesmo da existência da relação, que poderá não advir justamente em razão dos esclarecimentos prestados, como também se prorroga para depois da extinção da obrigação, considerando que o médico não deverá abandonar o cliente, enquanto houver necessidade e mesmo após o tratamento, em razão da desigualdade fática e da maior concentração de informações em um dos lados da relação, advindas do saber/poder médico, que deverá ser reduzido ao mínimo possível, através das informações prestadas e a prestar, enquanto o cliente carecer de esclarecimentos.

Nota-se que o princípio da boa-fé objetiva não contenta mais apenas com a igualdade formal, então ditada pelo princípio da boa-fé subjetiva. Assim, o dever de informar é hoje regra e não exceção ou mero dever acessório. E, principalmente nas relações relativas a direitos fundamentais e ao corpo humano, “avoluma-se a relevância da ampla informação, que tutela a confiança do paciente e restabelece de forma mínima o equilíbrio entre as partes, visto que os efeitos do consentimento, baseado em tais informações, refletem-se sobre o próprio sujeito”.<sup>113</sup>

De tal modo, ao se submeter-se à cirurgia de transgenitalização, a pessoa, mesmo que já tenha ciência de que pretende fazê-la, deverá ser esclarecida sobre este ato e suas consequências. Poderá, após os esclarecimentos, até mudar de ideia. Contudo, tal juízo deverá ser exclusivo dela, devendo o médico e a equipe multidisciplinar não emitir sugestão sobre tal questão, numa indevida intromissão na esfera privada da pessoa. Prestar esclarecimentos não é impor opinião. Portanto, o consentimento deverá ser livre, ou seja, sem intervenções na esfera privada de quem o prolatar, e esclarecido, ou seja, com conhecimento de causa. Aliás, sem esclarecimento o consentimento já não é livre. A obtenção deste esclarecimento é, por conseguinte, um processo dinâmico de permuta de informações entre médico e cliente.

## **12 CONTRIBUIÇÃO DA PSICANÁLISE PARA A IDENTIFICAÇÃO SEXUAL E DISCUSSÃO SOBRE O GÊNERO, COM REPERCUSSÃO NO CAMPO JURÍDICO**

A noção de gênero foi introduzida por Stoller, na Psicanálise, quando do estudo da transexualidade, na busca da diferenciação entre sexo e identidade. “Nesse contexto, pode-se dizer que o conceito de

---

<sup>113</sup> CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 147.

“gênero” reúne aspectos psicológicos, sociais e históricos, associados à feminilidade, por um lado, e à masculinidade por outro”.<sup>114</sup> Entretanto, não se pode desprezar que o masculino e o feminino é questão cultural, logo, cambiante. Depois, identidade sexual não é o mesmo que sexo, entendido este como elemento biológico do corpo.

Entretanto, antes mesmo da formalização da existência da noção de “gênero”, as pesquisas atinentes ao desenvolvimento da masculinidade e da feminilidade e à identificação sexual e suas diferenças já eram discutidas pela teoria freudiana. Portanto, urge buscar o elo entre esta aludida teoria e a visão stolleriana sobre a aquisição do gênero, para, em seguida, adentrarmos em Judith Butler e a crítica dela à psicanálise modelada no figurino estrutural.

Também há que analisar a teoria realista da sexuação de Lacan, a romper com o entendimento dele também, até certo momento, no sentido de que a transexualidade era um fenômeno patológico, para concluirmos se realmente existe uma identidade transexual.

Partindo de premissas universais, Freud buscava uma teoria unificada da sexualidade e em diversas obras<sup>115</sup> ocupava ele com a masculinização dos meninos e a feminilização das meninas, não obstante tais diferenciações não fossem para ele de fácil definição. Assim, inicialmente Freud associou o conceito de atividade ao masculino e de passividade à feminilidade. Tais colocações não foram sustentadas ao longo da obra freudiana. Em Freud, a formação de um gênero não estava condicionada pelo sexo.

Todavia, “em 1905, Freud, em seus Três ensaios sobre a teoria da sexualidade declara que a bissexualidade é uma condição originária de todo sujeito. Todo ser humano apresenta um misto de traços de caráter masculinos e feminino”.<sup>116</sup> Assim, a preferência sexual pela homossexualidade é abonada pela condição originária da bissexualidade psíquica, existindo a probabilidade de o menino ostentar ambos os arranjos sexuais no Édipo: a masculina, diante da mãe, e a feminina, ante o pai.<sup>117</sup>

No desenvolvimento da libido, em suas primeiras fases, a catexia libidinal do menino, o “perverso polimorfo” como distingue Freud,

---

<sup>114</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 69.

<sup>115</sup> A dissolução do complexo de Édipo (1924). Algumas consequências psíquicas das distinções anatômicas entre os sexos (1925). A sexualidade feminina (1931) e a conferência 23, intitulada A feminilidade (1933).

<sup>116</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 70.

<sup>117</sup> FREUD, Sigmund. O Eu e o Id. Escritos sobre a psicologia do inconsciente. Rio de Janeiro, c2007 [1923], v. III, p. 43.

é governada por pulsões parciais e não está integrada ao órgão genital. Nesta fase, o falo existe em ambos os sexos e a libido pertence exclusivamente ao sexo masculino e o pênis é elevado à condição de zona erógena principal somente na fase fálica.

Dissolvido o complexo de Édipo.<sup>118</sup> sob a ameaça de castração, há o abandono de desejo incestuoso pelo menino, que não mais interessa pela mãe, abrindo mão dela, como objeto de investimento libidinal dele, voltando-se, a partir de então, a outras mulheres. É nesta fase que o menino identifica com o pai e assume a própria masculinidade.

Entretanto, Freud, sempre com dificuldade para teorizar sobre o feminino, lamentando-se da obscuridade que abarcava a vida sexual e o desenvolvimento psicológico das mulheres, não disse como elas encaram o complexo de Édipo. Assim, em trabalho realizado em 1925 e ao contrário do que vinha tentando provar, pode este psicólogo afirmar que não há uma identidade adequada entre os sexos, diante das especificidades inerentes ao desenvolvimento sexual das meninas. De tal modo, as diferenças do desenvolvimento sexual entre as meninas e os meninos foram divididas em três contextos: zona genital (zona erógena principal); encontro do objeto e o complexo de Édipo.

O pênis, durante toda a vida, é a única zona sexual principal no homem. Entretanto, as mulheres além do clitóris, de caráter viril, tem a vagina, como órgão feminino propriamente dito. O desenvolvimento sexual da mulher consiste no deslocamento libidinal de uma zona à outra. Contudo, o clitóris continua a funcionar na posterior vida sexual feminina.

Além dessa importante diferença, a outra se refere ao encontro do objeto. A mãe é o primeiro objeto amoroso do homem. E o sexo, como objeto de amor do homem, continuará sempre o mesmo. Na menina, a mãe continua sempre o primeiro objeto. Entretanto, ao final do desenvolvimento feminino, haveria necessidade de outro objeto amoroso, advindo da figura paterna. Assim, nos meninos, “é a defrontação com a castração que ocasiona a transformação e a dissolução do complexo de Édipo. Inteiramente diferentes são os efeitos do complexo de castração na mulher”.<sup>119</sup>

Portanto e para Freud, o complexo de Édipo, nas mulheres, resulta de um desenvolvimento muito delongado e não é extinto, como acontece no menino, pela castração. Contudo, este complexo advém

---

<sup>118</sup> O Complexo de Édipo, teorizado por Freud, é um procedimento por meio do qual a pessoa se coloca sexualmente do lado masculino ou feminino, numa identificação com os próprios membros e considerando o membro do outro sexo como seu objeto sexual.

<sup>119</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 72.

da influência desta própria castração. Assim e neste procedimento das mulheres em direção ao Édipo, de se considerar outra transformação caracterizada por uma aguçada redução dos impulsos instituais ativos, que são atrelados à masculinidade, e uma elevação dos passivos, atinentes ao feminino.

Assim sendo, a necessidade de se passar pelo complexo de Édipo, tanto pelo menino como pela menina, é no tocante à identificação. O menino, reconhecendo no pai a potência fálica, identifica-se com ele na construção de sua própria identidade varonil. Já com relação às meninas, a identificação com mãe não é simples, considerando que a castração materna é fator de desvalorização da mãe perante a filha, eis que a mãe, objeto de amor inicial, era a mãe fálica, sem privação de atributos de potência, daí concluindo Freud pela dificuldade na menina da constituição, para si, de uma identidade positiva.

Esta síntese da teoria freudiana do Édipo é necessária para entendermos o “transexualismo” que, segundo Stoller, é vinculado ao “mais primitivo estágio do desenvolvimento da masculinidade e da feminilidade, o núcleo da identidade genérica: o senso de pertencer ao sexo masculino ou feminino”.<sup>120</sup>

Para Stoller, em *A experiência transexual*, o estudo do “transexualismo” permite uma revisão das teorias freudianas sobre o desenvolvimento sexual. Assim, Stoller desenvolveu teoria própria sobre a dinâmica e a etiologia do “transexualismo”, com preponderância para o masculino, após ouvir os transexuais, aos quais prestou atendimento clínico, bem como às respectivas famílias.

Na teoria stolleriana, o transexualismo pode ser estudado a partir da mais tenra infância, como um problema de identidade sexual, indo de encontro às clássicas posições da Psicanálise, inclusive no que tange ao papel da castração e do complexo de Édipo, no desenvolvimento da feminilidade e da masculinidade. Pelo tratamento psicanalítico e para os que, equivocadamente, procuram patologia ao transexual, transformando-o em “transexualismo”, esta questão seria incurável, diante da irreversibilidade do quadro com relação ao adulto. Contudo, o tratamento para as crianças existe, mormente se considerado o “transexualismo” como distúrbio da masculinidade e da feminilidade.

Assim e como ressalta Cossi, para entendermos as hipóteses suscitadas por Stoller, necessária é a compreensão da distinção por ele feita entre sexo e gênero. “Sexo diz respeito à anatomia, ao corpo biológico, e gênero designa o sentimento social ou psíquico de identidade

---

<sup>120</sup> STOLLER, R. J. *A experiência sexual*. Rio de Janeiro: Imago: 1982, p. 292.

sexual”.<sup>121</sup> De tal modo, apesar de “ser masculino” implicar em ser homem e “ser mulher” em ser feminina, tais características não estão obrigatoriamente incluídas. Há uma perseverança cultural de que sexo e gênero coincidem: corpo de homem com gênero masculino e corpo de mulher com gênero feminino. Todavia, nem sempre isto acontece, a exemplo do transexual, a demonstrar a ausência de coerência entre sexo anatômico e gênero o que, para Stoller, traduz em uma anormalidade, em uma patologia.

Na discordância entre a teoria stolleriana e a freudiana, podemos destacar dois pressupostos teóricos fundamentais. O primeiro: pela tese da masculinidade primária, entende Freud que a masculinidade (dado biológico), é o estado primeiro e a libido é única e masculina. Para Stoller, primária é a feminilidade e todos necessariamente passam por esta fase, “em função da qualidade simbiótica do vínculo inicial estabelecido entre mãe e filho”.<sup>122</sup> Para Stoller não há primazia quanto à determinação da masculinidade ou da feminilidade: a inscrição de uma ou de outra no núcleo da identidade de gênero seria igualmente arbitrária.<sup>123</sup>

O segundo ponto de discordância, em discussão, é que, para Freud, o relacionamento do menino com a mãe é, desde o início, heterossexual, por ser ela, como objeto de amor do filho, sexo oposto ao dele. Assim e segundo Stoller, a teoria freudiana surge da formação do núcleo da identidade genérica na masculinidade, se menino. Antes disso, ou seja, antes do Édipo, não há distinção entre mãe e filho e Freud ignora o que ocorre antes do Édipo, não obstante de importância fundamental na formação da identidade de gênero.

Destarte, Stoller se insurge contra o pressuposto do fundamento biológico de que a bissexualidade constitucional e universal influenciaria na preferência do objeto e no grau de masculinidade e feminilidade. Há influência dos sistemas biológicos, porém muitos reduzidos, quando confrontados ao papel do ambiente. Conseqüentemente, a masculinidade e a feminilidade são situadas no começo da vida, advindas de forças psicológicas, que podem se manifestar em oposição ao estado biológico. Para Stoller há um estágio de feminilidade primária contra o qual o menino deverá se insurgir para buscar a via da masculinidade:

---

<sup>121</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 73.

<sup>122</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 74.

<sup>123</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 74.

Se meninos, no interior da normal simbiose criança-mãe, identificam-se com suas mães, e se a excessiva, prolongada e feliz proximidade produz neles uma extrema feminilidade, o menino que se deve tornar masculino terá de repudiar aquela feminilidade. Mas então a feminilidade (identificação feminina) estará presente não por ser parte da herança biológica da humanidade, mas, antes, porque todos os meninos têm mulheres como mães.<sup>124</sup>

Para Stoller, há diferença conceitual entre identidade e identificação. Identidade diz respeito à formação do gênero. A identificação sexual relaciona-se a uma atividade inconsciente na qual o sujeito apropria-se de aspectos masculinos ou femininos dos pais, durante o procedimento edípico. A constituição da identidade de gênero tem como principal pilar a formação do núcleo de identidade de gênero, constituído antes da fase fálica. A identificação é um processo posterior.

Assim, para Stoller, o desenvolvimento da feminilidade no menino não estaria na fase de identificação, que ocorre durante a realização do complexo de Édipo. Para que se realizasse nesta fase o desenvolvimento da feminilidade no homem, precisaria, no menino, de satisfatório desenvolvimento da memória e da fantasia, para absorção e incorporação dos aspectos maternos, para interiorizá-los como dele. Stoller entende que a feminilidade é comunicada ao filho pela mãe em um estágio antecedente. Portanto e nos primeiros meses de vida haveria uma fase primordial, independentemente do sexo, de unidade entre mãe e filho(a). Este efeito feminino deve ser vencido, em se tratando de menino. Para as meninas, evidentemente, não haveria necessidade de superação tal etapa. Assim, no acesso ao conflito edipiano e no estado heterossexual, necessário é a superação deste primeiro elo simbiótico e feminilizante do filho com a mãe.

Stoller entende, ao contrário de Freud, que incumbe ao menino percorrer a passagem, mais tortuosa, na busca da identidade sexual, correndo o risco de não desenvolver a masculinidade, nesta experimentação inicial achegada e fecunda com a mãe. Deste modo e no confronto direto com a teoria freudiana, Stoller<sup>125</sup> entende que a parte basilar da identidade sexual, masculina e feminina, é independente tanto das imposições biológicas como do complexo de Édipo.

Na teoria stolleriana, a aproximação inicial entre mãe e filho não é heterossexual, na ausência do início do conflito edipiano. Apenas a partir da separação entre eles, com a intervenção de um terceiro, o pai, é que o menino poderá almejar a mãe, como objeto de amor. Com o ingresso paterno e a manifestação da mãe, no sentido de que é o pai do

---

<sup>124</sup> STOLLER, R. J. A experiência sexual. Rio de Janeiro: Imago: 1982, p. 13.

<sup>125</sup> STOLLER, R. J. A experiência sexual. Rio de Janeiro: Imago: 1982, p. 36-37.

menino o seu objeto sexual (e não o filho), desenvolve-se as oposições do filho contra os pais. É a fase da castração, pela qual o menino abre mão da mãe, preferindo resguardar o pênis (símbolo de sua virilidade) e nomeadamente sua identidade como homem.

Assim e diante deste crescido senso de masculinidade e diante do temor de perdê-lo é que a castração tem uma expectativa atemorizante. O menino volve-se, por conseguinte, para outras mulheres e enraíza sua identificação com o pai, concretizando sua masculinidade. Assim sendo, resolve-se o clássico conflito edipiano. Entretanto, Sotller sublinha que o conflito edipiano não se faz presente no sujeito transexual.

Para Stoller, são essenciais à produção da masculinidade o trauma psíquico, o conflito edípico e sua resolução, bem como a formação de identidade. Não aparece, no menino transexual, o conflito edípico e, como consequência, não há o desenvolvimento da masculinidade. A mãe não é desejada como objeto heterossexual, como também inexistira a disputa contra um rival masculino (o pai) pela posse dela. O pai, que não interfere nesta relação, não é considerado como objeto de identificação.

Eis a descrição, no parágrafo anterior, do menino transexual, que, mesmo já podendo se expressar, não dá indícios, por intermédio de atos, comportamentos, sonhos, fantasias, brincadeiras etc., de desenvolvimento da masculinidade, demonstrando e delatando querer se transformar em menina. Não se sente ameaçado pela perda do pênis, ao contrário, deseja a remoção deste órgão, que sequer precisava existir.

Stoller continuou insistindo na possibilidade de cura do transexual, entendendo que, após anos de tratamento, a masculinidade desses meninos poderia vir à tona, ingressando no Édipo e esclarecendo que, nesses casos, o labor do terapeuta seria o de induzir o complexo de Édipo a florando a masculinidade “normal” nos meninos e a feminilidade “normal” nas meninas.

### **13 IDENTIFICANDO OS GÊNEROS**

Pelo conceito stolleriano de identidade de gênero e sua inclusão no campo psicanalítico, questionada foi a teoria freudiana, com a diferenciação entre sexo anatômico e identidade sexual, não obstante tal distinção tenha ocorrido por intermédio dos chamados distúrbios, principalmente em se tratando do “transexualismo”, com os estudos de quadros clínicos.

Após analisar os casos de três meninos considerados como transexuais, Stoller observou a ausência neles de alteração genética e também havia correspondência do fenótipo com o sexo masculino. Entretanto, o comportamento deles era de meninas, que assim se identificavam e acreditavam ser, não obstante a ausência de negativa de pertencimento biologicamente ao sexo masculino, demarcando, esta análise, os conceitos de gênero e de sexo.

Portanto, a partir desses estudos, aparece a concepção identidade de gênero (ou genérica), que “se expressa no indivíduo a partir da convicção que este tem quanto ao pertencimento a este ou aquele sexo. Tal convicção não é inata, mas adquirida – e precocemente: por volta dos dois ou três anos, o sentido de homem ou mulher já está estabelecido”.<sup>126</sup>

Ressalta Stoller que essa identidade de gênero é um processo iniciado na primeira e fundamental percepção de pertencimento ao sexo: é o “ser menino” ou o “ser menina”, que ocorre sem conflitos e, por consequência, o torna menos passível de alteração, principalmente considerando que foi determinado em tenra idade e diante da inexistência de conflitos ou traumas. Assim, este núcleo é inalterado. Para Stoller, essa primeira parte do desenvolvimento da identidade sexual acontece antes da entrada do drama edípico. A identificação é que acontece durante o processo edípico, incidindo sobre o desejo. O gênero não.

Na teoria stolleriana, “os fatores biológicos, psicológicos e biopsíquicos (aqui representados pelo condicionamento e imprinting) contribuem para a formação da identidade genérica”.<sup>127</sup> Por conseguinte, modificações inerentes a esses três fatores podem implicar no desenvolvimento da identidade, em desacordo com o sexo anatômico. Evidentemente que forças biológicas interferem fundamentalmente na identidade de gênero. Entretanto, a preocupação de Stoller é com relação aos aspectos psicológicos na formação desta identidade, razão da escolha dele pelo “transexualismo masculino”.

A etiologia desse pseudoquadro clínico, rotulado de “transexualismo”, se atém aos aspectos psicológicos e não a fatores biológicos ou genéticos, já que a força ambiental reprimiria os efeitos biológicos. Na identidade genérica do transexual, segundo a teoria stolleriana, é este aspecto psicológico que prevalece, no início da infância, principalmente no tocante às relações intrafamiliares, que ocupam

---

<sup>126</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 78.

<sup>127</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 79.

papel decisivo na formação deste sujeito. Portanto, aí está a gênese do “transexualismo”.

Stoller explica a ocorrência desse desenvolvimento genérico e sem conflitos, na ausência do complexo de Édipo, trazendo para a Psicanálise a teoria behaviorista,<sup>128</sup> tal qual se apropriou da noção de imprinting, como um processo psicobiológico, e também de aprendizagem, agindo silenciosamente e sem conflito na indicação do gênero que a criança possuirá.

A noção de *imprinting*, de ocorrência não conflitual, é para demonstrar que em alguns animais ou aves a escolha de objeto pode acontecer em total desarmonia com o esperado àquela espécie, como, por exemplo, se houver limitação, durante um período inicial da vida de determinada espécie de aves, que passam a ter contado exclusivamente com seres humanos, haverá a tentativa, por partes dessas aves, de acasalamento somente com os humanos.

Stoller, preso à noção de imprinting, afirma que tal fenômeno também influencia na eleição de objeto ou do comportamento da identidade genérica sexual dos seres humanos,<sup>129</sup> não sendo, entretanto, o processo mais importante na construção dessa identidade. “O imprinting agiria direto sobre o cérebro e em outras partes do sistema nervoso antes que existisse qualquer sistema mental mais elaborado e a despeito do ego nascente, fixando nos primeiros meses de vida uma percepção de caráter inalterável”.<sup>130</sup>

As influências da aprendizagem, que podem ser entendidas também como condicionamento, iniciam-se com o nascimento, no estabelecimento da identidade genérica, sem conflito, advindo da assunção, pelos filhos, das expectativas dos pais, do reforço de determinados comportamento e desprezo por outros. Portanto, o meio social determina como comportar-se em consonância com o sexo anatómico, constituindo-se, por conseguinte, os primeiros núcleos da

---

<sup>128</sup> Conhecido também como comportamentalismo, por ser uma área da psicologia que tem como objeto de estudo o comportamento. O behaviorismo advém do termo behavior, que em inglês significa comportamento ou conduta e apareceu em oposição ao funcionalismo e estruturalismo. O behaviorismo considera o comportamento como uma forma funcional e reacional de organismos vivos. Repele qualquer afinidade com o transcendental, com a introspecção e aspectos filosóficos, com a pretensão de estudar comportamentos que podem objetivamente ser observados.

<sup>129</sup> PORCHAT, Patrícia. *Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 20, esclarece: “O que Stoller chamou de imprinting vem sendo recuperado nos últimos anos em sua relação com a imitação e a identidade de gênero. [...] De um modelo biológico em que ‘imitar’ implicaria em ‘perceber’, desenvolve-se um modelo psíquico em que aquele mecanismo se torna um ‘imitar para ser’, estabelecendo um elo entre imitação e identificação”.

<sup>130</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 80.

identidade sexual que, somados a outros fatores culturais de aprendizagem, no primeiro ano de vida restará configurada a masculinidade. Cada cultura, por conseguinte, modela o estereótipo feminino e o masculino.

Assim, Stoller afirma, coerente com o entendimento errôneo dele, de que o “transexualismo” é uma doença, que “a partir do nascimento, então, as experiências não traumáticas e não conflituais começam a criar a masculinidade em meninos... e, infelizmente, a feminilidade também, como acontece com os transexuais”.<sup>131</sup>

Desse modo e na teoria stolleriana, a constituição do transexual advém da persistente conexão entre mãe e filho, surgindo daí a chamada feminilidade primária. Para acontecer a masculinidade há necessidade do afastamento desta dependência maternal do filho e a consequente passagem do menor pelo conflito edípico. Não havendo esta superação e esta necessária passagem pelo complexo de Édipo, “o menino pode sofrer um dano em seu ego corporal com relação ao senso de feminilidade, correndo o risco de desenvolver a identidade sexual feminina, como se dá no transexual”.<sup>132</sup>

## 14 DESENCONTRO E ENCONTRO DA TEORIA BUTLERIANA COM A PSICANÁLISE

A partir de Freud e com a teoria da bissexualidade não há mais necessariamente uma continuidade entre os fatores sexo, gênero, desejo e práticas sexuais, não obstante este descompasso é visto, na visão freudiana e stolleriana, como patológico. Entretanto, esta descontinuidade necessária entre sexo e gênero será ressaltada na teoria de Butler<sup>133</sup> que, debatendo com a Psicanálise, discorda de Freud e também de Stoller, ao demonstrar que a coerência exigida entre sexo e gênero não passa de uma arbitrariedade da sociedade, idealizadora dos gêneros inteligíveis, masculino e feminino.

Para Freud, é a partir do Édipo que surge o posicionamento masculino e feminino. Butler refuta tal colocação ao repelir o

---

<sup>131</sup> STOLLER, R. J. A experiência sexual. Rio de Janeiro: Imago: 1982, p. 35.

<sup>132</sup> STOLLER, R. J. A experiência sexual. Rio de Janeiro: Imago: 1982, p. 54.

<sup>133</sup> Judith Butler é filósofa, feminista e labora com o conceito de gênero e suas relações com o poder e a transformação social. Ao dialogar com a Psicanálise, problematiza conceitos e crítica, severamente, a epistemologia psicanalítica, notadamente no que tange aos pressupostos estruturalistas.

Por meio da teoria queer, insurge contra a instabilidade das identidades, desconstitui a binariedade dos gêneros masculino e feminino, bem como busca legitimar as manifestações da sexualidade divergentes, despontando a estrutura de poder a exigir a aceitação ou não de identidades e práticas sexuais.

binarismo do gênero e também o dimorfismo sexual. Portanto, a teoria butleriana repele, em boa hora, o termo “transexualismo”, como indicador patológico, preferindo, esta filósofa, a palavra “transexualidade” modificando-se, por conseguinte, o entendimento da visão do “transexualismo” como doença para o de transexualidade, como possibilidade.

Portanto, a teoria butleriana, estribada na teoria da construção social foucaultiana e na obra de Laqueur, pretende demonstrar que “a produção dos conflitos não está no sujeito, mas nas normas de gênero, nos mecanismos históricos e sociais que produzem identidades patologizadas”.<sup>134</sup> Assim, o questionamento das normas regulativas da produção humana, provocadoras de transformações sociais, ocorrerá pela voz do abjeto (do excluído).

Na constituição da identidade, há que se considerar a independência entre anatomia, gênero e sexualidade, principalmente diante de novas possibilidades de convivências, a exemplo dos *drag queens*, *drag kings*, *butchs* etc. Assim, a excludente noção de gênero, como até então entendida, não pode mais prevalecer. Há que se repensar o conceito de gênero, sugere Butler, admitindo como ato performativo. Para tanto, o ponto de partida são os gêneros não inteligíveis, ou seja, os que vão de encontro a esta relação de descontinuidade e de incoerência existente entre sexo anatômico, gênero, desejo e prática sexual.

Laqueur<sup>135</sup> afirma, com relação ao corpo, que o entendimento sobre o dimorfismo sexual e também sobre sexo oposto tem data certa, considerando que, até o século XVIII, o discurso preponderante era o do isomorfismo, isto é, os corpos masculinos e femininos eram variantes, não se reduzindo, a diferença sexual, à oposição binária.

Todavia, a partir do século XIX, com base no modelo reprodutivo, os corpos masculinos e femininos são entendidos como radicalmente diferentes e a marca desta diferença sexual são os genitais. Esta simplificação da leitura de oposição exclusivamente binária dos corpos evitou outros entendimentos sobre corpo e gênero. Tudo que não conformar à normatividade binária de gênero é considerado como patológico. O trabalho de Butler foi desconstruir este equívoco e focalizar a entendimento de gênero em sua vertente política.

Assegura Foucault<sup>136</sup> que, a partir do século XIX, discursos proliferaram afirmando que a sexualidade em geral está relacionada à biologia dos corpos. Coerente com estes discursos inventou-se os dois

<sup>134</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 83.

<sup>135</sup> LAQUER, Thomas. Inventando o sexo – corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

<sup>136</sup> FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I – a vontade de saber. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003c.

sexos, masculino e feminino. “Os corpos justificariam as desigualdades e diferenças irrelativizáveis e hierarquizadas entre o masculino e o feminino. Com o tempo, tal diferenciação passou a ter estatuto de fato originário e foi encarada como determinada pela natureza”.<sup>137</sup> Assim, o gênero foi edificado comodamente, considerando apenas a diferença sexual que, por sua vez, limitou-se à anatomia masculina e feminina do corpo.

Admitindo a heterossexualidade e a reprodução da espécie como referencial natural, surge, por consequência, no final do século XIX e começo do século XX, o normal e o anormal. E a sexologia tomou o cuidado de inventariar as práticas sexuais: fora da norma heterossexual, tudo era patologizado. Não mais bastava o mundo doente, pelo preconceito, era necessário também criar doenças, enxergar o outro como doente, se porventura não enquadrado na normatização.

Assim, observou Butler que sexo e gênero, em nossa sociedade, advêm de uma unidade, substancializada, traduzida na “matriz de inteligibilidade”, a heterossexualidade. Daí este modelo hegemônico, com a naturalização de corpos, gêneros e desejos. O corpo será coerente e terá sentido se atrelado a um sexo estável, que se manifesta diante do gênero estável. O homem necessariamente é o masculino e mulher a feminina. Com efeito, destaca Butler<sup>138</sup> que,

A instituição de uma heterossexualidade compulsória e naturalizada exige e regula o gênero como uma relação binária em que o termo masculino diferencia-se do termo feminino, realizando-se essa diferenciação por meio das práticas do desejo heterossexual. O ato de diferenciar os dois momentos oposicionais da estrutura binária resulta numa consolidação de cada um de seus termos, da coerência interna respectiva do sexo, do gênero e do desejo.

Para Butler, a afinidade instituída entre sexo, gênero e sexualidade é contingente, e não conforme equivocado entendimento prevalente, natural. Destarte, depende de contextos histórico e cultural, tendo seu marco criador numa formação específica de poder, eis que essas aludidas noções heteronormativas (sexo, gênero e sexualidade) são produzidas pelas instituições políticas e pelas práticas sociais. Foucault acrescenta que esta construção de gênero deve surgir de práticas discursivas, principalmente considerando que gênero não necessariamente tem elo com sexo.

---

<sup>137</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 84.

<sup>138</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 45-46.

Cossi afirma, criticamente, que gênero, na teoria da construção social,<sup>139</sup> é entendido como fruto de um processo histórico e enfatiza, sobretudo, a relação de desigualdades e hierarquias travada entre os homens e as mulheres,<sup>140</sup> sustentando-se na noção binária de gênero. Contudo, esta almejada coerência não prevalece, considerando que a identidade pessoal e coletiva é maleável e é invariavelmente reconstruída. A mutabilidade, a incoerência são inerentes aos desejos. Assim, as práticas sexuais e o sentimento sobre gênero não podem ser estáveis. Nestas querências não há um figurino, um modelo único. Pensar o contrário é perpetuar a castração. Necessário entender que gênero não pode ser uma norma.<sup>141</sup>

Para a teoria butleriana, a demarcação das identidades de gênero, a partir da heterossexualidade obrigatória, é uma manobra de poder medico-jurídica, introduzida como maneira de perpetuar o cenário social e não passando de mais uma prática reguladora dos indivíduos. Portanto, prática de castração.

O que eleva o corpo à condição humana, neste mundo heterossexual, é a inscrição das pessoas no gênero masculino ou no feminino. As pessoas abjetas<sup>142</sup> são as que não se moldam neste gênero inteli-

---

<sup>139</sup> PORCHAT, Patrícia. *Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23, afirma que, “A partir da teoria da construção social, desenvolvida por Foucault e outros autores na década de 70, o olhar para as questões relativas à sexualidade incluiu uma forte crítica à biologia, uma distinção entre sexo e gênero e uma oposição às teorias essencialistas”. Assim, toda forma de comportamento é construído social e historicamente. Porchat, à p. 30, ainda acrescenta que “Foucault é o principal referencial quando se fala de construção social, embora não se dizer que ele tenha criado esta teoria, que passou a influenciar grande parte dos estudos sobre a sexualidade e a homossexualidade.” Mary MacIntosh, Kenneth Plummer e Jeffrey Weeks – que citei acima – são igualmente considerados nomes importantes nessa área, contemporâneos a Foucault e não apenas inspirados por ele. Contudo, com certeza, a influência de Foucault foi grande. Sua aceitação na academia norte-americana se deveu principalmente à possibilidade de historicizar categorias antes aceitas como naturais”.

<sup>140</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 85.

<sup>141</sup> Norma é o que estabelece inteligibilidade. Portanto, e a exemplo do que ocorre no mundo jurídico, não é entendida esta palavra como sinônimo de regra ou lei. É produção de realidade, a partir da decisão do que é incluído ou excluído do cenário social. Em se tratando de sexualidade, este poder regulador persiste na manutenção do binário sexual e de gênero. Assim, persiste a marginalização, a partir do momento em que se expulsa algo, para que se possa construir o lado de dentro. O que não está dentro permanece do lado de fora e, como excluído, é abjeto.

<sup>142</sup> MISKOLCI, Richard. *Crítica à hegemonia heterossexual*. Revista Cult. São Paulo, n. 193, ano 17, p. 35, ago. 2014, esclarece, que “os estudos queer têm-se caracterizado por criarem conhecimento a partir do abjeto, por meio do que a sociedade considera como ameaçando sua visão idealizada sobre si própria. Nesse sentido, o abjeto vai além da sua definição psicanalítica como a esfera do que causa náusea e nojo e alcança a de um espaço-condição que problematiza versões idealizadas que se instituíram como o que a maior parte da teoria social ainda compreende como sociedade. Em suma, a Teoria queer provê ferramentas conceituais e teóricas para desconstruir ontologias do social e da cultura construídas em uma perspectiva masculinista e heterossexual”.

gível, não mantendo relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Butler “quer justamente dar conta do abjeto, que não tem direito à cidadania, que não tem lugar no Outro, que não tem acesso à categoria de sujeito e que não são reconhecidos como humanos”.<sup>143</sup>

Esse sujeito abjeto, excluído e sem reconhecimento na categoria humana, ainda existe no século XXI e, pelo visto, ainda e infelizmente vai demorar sua inclusão, conforme demonstrou, de maneira cabal, o sempre lúcido transexual masculino<sup>144</sup> Nery,<sup>145</sup> quando afirma:

Considero que somos rebentos espúrios de uma sociedade inóspita, que se recusa segurar a nos aceitar em sua jurisprudência médica e legal. Somos rejeitados porque não correspondemos às suas aspirações preestabelecidas, e transformam-nos em minorias asfixiadas. Ela tenta, em função do sexo genital de cada um, moldar seus filhos num só sentido, seja para o ‘instrumental masculino’, ou para o ‘expressivo feminino’, e por nós não nos sujeitarmos aos seus antolhos sociais, tornamo-nos ‘objetos folclóricos’.

A noção de gênero, em Butler, é estudada a partir do paradigma “gêneros não inteligíveis”, tidos como patológicos. Portanto, Butler não aceita as colocações de Stoller, intransigente defensor do dimorfismo, e que entende os núcleos de identidade de gênero como algo natural e imutável. Na teoria butleriana, esses núcleos, de uma coerência culturalmente estabelecida, advêm da produção ficcional. Portanto, são alteráveis.

Buscando integrar na sociedade os gêneros não inteligíveis, incluindo neles a experiência transexual, despatologizando-os, Butler, por meio do questionamento dos fundamentos da própria noção de gênero, não detém, a exemplo de Stoller, apenas no indivíduo que, por ser transexual, apresentava, para este psicólogo, distúrbio e, por conseguinte, até um determinado momento da vida, poderia ser curado. É assim que a teoria butleriana entende e critica o gênero como ato performativo, ou seja, respeitante à criação de uma ilusão de substância, por meio de significações já estabelecidas e consolidadas socialmente, com o escopo, político e estratégico, de manutenção, pela repetição, de sua estrutura binária. Necessário é o questionamento acerca dessa

<sup>143</sup> COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011, p. 86.

<sup>144</sup> Transexual feminino e transexual masculino também são excludentes. Neste trabalho, foram mantidos apenas para fins pedagógicos e para uma melhor compreensão do tema.

<sup>145</sup> NERY, João W. *Erro de pessoa: Joana ou João?* Rio de Janeiro: Record, 1984, p. 172.

naturalização dos gêneros cominada, a partir da experiência de uma determinada genitália.

Assim, gênero, como conjunto de atos encenados e repetidos, não é possuidor de essência e também não pode se impor por si só, eis que contingente e, não obstante sem origem, copiado. A chamada paródia de gênero persiste justamente nesta insistência de se encontrar um gênero original mítico.

O gênero, portanto, é constituído de atos performativos, ou seja, de “sinais exteriores que, postos em ação, estabilizam e dão visibilidade ao corpo, criando um estilo corporal que tanto é intencional como performativo, ou seja, o gênero tornaria real e produziria aquilo que nomeasse ou atuasse sobre”<sup>146</sup>

Esses atos performativos são produções escoradas em signos corpóreos e por meio de distintos meios discursivos. São pretensa ou ilusoriamente naturais ou a-históricos, por se repetirem, como referência de um ato original. Entretanto, não passam de citações montadas, a partir de convenções. Ademais, a necessidade de tais reiterações para produção da ilusão da estabilidade do gênero demonstra a fraqueza deste ato, que será ainda mais escancarada, considerando que as normas do gênero têm por conteúdo o corpo, que é extremamente maleável e que também não possui *status* ontológico.

A heteronormatividade, como produtora de gênero, unifica corpo e gênero, que passam a ser conceitos complementares e dependentes. Surge o corpo sexuado que, por conseguinte, não é dado natural, mas consequência de um discurso elaborado sobre normas preexistentes, de maneira que será sempre excludente, eis que avesso ao novo e também à singularidade, entendida sempre como revolucionária, isto é, fora dos padrões aceitáveis de convivência na sociedade, por meio de um estatuto que admite poucas mudanças.

Assim, o caráter performativo do gênero é limitado pelo poder existente nas normas atinentes a este assunto, impedindo novas possibilidades sexuais e também dificultando estrategicamente o entendimento de que não existe gênero original. Desse modo, esse poder mantém a ilusão de que os gêneros, masculino e feminino, são a-históricos e pré-discursivos e, por conseguinte, não são categorias construídas, a exemplo do transexual ou o transgênero. De tal modo, permanece inalterado, ao longo do tempo, o entendimento da binariedade de gênero que, por conseguinte, é considerada, por muitos e mantida pelo poder, como *numerus clausus*.

---

<sup>146</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 88.

Também esse poder, presente nessas normas de gênero, tem por escopo manter a coerência da incoerência interna das identidades sexuais, no tocante ao corpo, gênero e sexualidade. Pelo poder e por meio da normatização constrói-se a coerência, ocultando, por conseguinte, a descontinuidade desses conceitos. Assim, a estabilidade do gênero é artificialmente mantida, necessitando, para não ser desmascarada, de repetição dos atos que o compõem. É nesse eterno fazer e constante repetibilidade que o novo ou o subversivo, como desafiador do poder, acontece.

Assim a Psicanálise acaba por encampar a heteronormatividade dos gêneros, por meio dos conceitos de “diferença sexual” e do “simbólico”, conforme afirma Butler e com a qual concordamos plenamente. Aliás, assim também já entendia Foucault, em várias de suas obras, com destaque para *A história da sexualidade*, *Os normais*, e também em diversas passagens de *Vigiar e Punir*.

O sexo, masculino e feminino, na perspectiva lacaniana estruturalista, é regulado pelo simbólico, entendido esse como estrutura de representações alicerçadas na linguagem. Assim e seguindo, neste entendimento Freud, também em Lacan a constituição da identidade sexual necessariamente carece da fase edípica e da consequente castração simbólica, como fechamento dessa etapa. É diante do posicionamento em relação ao falo e sob a incidência do Nome-do-Pai, que a criança assume a identidade sexual, homem ou mulher. Segundo Lacan,<sup>147</sup>

O complexo de Édipo tem uma função normativa, não simplesmente na estrutura moral do sujeito, nem em suas relações com a realidade, mas quanto à assunção do seu sexo [...] há no Édipo a assunção do próprio sexo pelo sujeito, isto é, para darmos os nomes às coisas, aquilo que faz com que o homem assuma o tipo viril e com que a mulher assuma um certo tipo feminino, se reconheça como mulher, identifique-se com suas funções de mulher. A virilidade e a feminilização são os dois termos que traduzem o que é, essencialmente, a função do Édipo.

Também em outra manifestação, Lacan reafirma a função normativa do complexo de Édipo, ao ressaltar que a castração inconsciente tem uma “função de nó [...] uma regulação do desenvolvimento que se dá a esse primeiro papel sua ratio, ou seja, a instalação, no sujeito, de

---

<sup>147</sup> LACAN, J. O seminário. As informações do inconsciente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, c1999 [1957-1958].

uma posição inconsciente sem a qual ele não poderia identificar-se com o tipo ideal de seu sexo”.<sup>148</sup>

Destarte, em Lacan, o sujeito psicanalítico estrutura-se na matriz das relações normativas da heterossexualidade. Para a normalização do sujeito, indispensável a passagem edípica, sem a qual não haveria correspondência entre sexo e gênero. Essa incoerência é demonstração de que o sujeito não adentrou no Édipo e, por conseguinte, é patológico.

Alerta Cossi<sup>149</sup> que, por meio de Lacan “outra leitura possível é que a constituição do sujeito só dê à medida que este se posiciona de um lado ou de outro. A diferença sexual seria premissa, condição do sujeito”. Para ingressar no simbólico necessário é a subordinação à diferença sexual. Fora deste quadro heterossexual o sujeito, por não estar também incluído na linguagem, tornar-se-ia um psicótico. Assim, na obra lacaniana a necessária e única diferenciação sexual (homem/mulher), para não ser rotulado de patológico, ocorre a partir da instituição do significante<sup>150</sup> falo.

O entendimento de Lacan não se sustenta, considerando que sua teoria pressupunha uma substância intrínseca aos gêneros, que não tem status ontológico. “É impossível assumir e realizar as identidades sexuais, cujas naturezas são fantasísticas. Além do mais, o falo é concebido como uma referência universal a partir da qual as posições masculinas e femininas seriam dedutíveis”.<sup>151</sup> Deste modo, haveria apenas duas maneiras de se relacionar com este falo simbólico, encarado como substância única: o masculino e o feminino.<sup>152</sup>

Em Butler não há que se falar em “diferença sexual” e “simbólico”, conceitos encampados, em determinados momentos, pela teoria lacaniana, eis que tais noções reforçam o entendimento de que a promoção da inteligibilidade é o atrelamento às normas da heterossexualidade imposta e centradas no falocentrismo. Assim, condicionada restou a existência do sujeito ao ingresso no simbólico e consequente posicionamento a um dos lados da binaridade sexual.

---

<sup>148</sup> LACAN, J. O seminário. A significação do falo. Escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar c1998 [1958]], p. 692.

<sup>149</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 90.

<sup>150</sup> No final dos anos 1950, o falo é descrito como um significante, representando a falta que a castração produziu. Assim, para as mulheres, a questão era “ser ou não ser falo”. No homem, a dialética era do ter: “ter ou não ter o falo”.

<sup>151</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 91.

<sup>152</sup> Como esclarecido em várias passagens deste trabalho, Lacan, a partir dos anos 1960, modifica tal entendimento, assunto que voltaremos a falar, também logo abaixo.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo na Psicanálise há possibilidade de incluir os gêneros não inteligíveis, sem considerá-lo como patológicos, bem como se pode afirmar, também, que a Psicanálise não se reduz ao referencial heteronormativo, não obstante a dificuldade dos psicanalistas atuais de se desvincularem, por completo, dos ensinamentos, primeiro, de Freud, e, depois, de Lacan, antes da década de 1960.

Assim, o discurso atual materializa o corpo na produção binária. Entretanto, aludida materialização é incompleta, segundo a teoria butleriana, carecendo de frequente empenho de repetição e de reiteração das normas. Conseqüentemente, a construção do corpo é parcial, levando-se em consideração que, na relação dele com a linguagem discursiva, esta não consegue traduzi-lo por completo. Isso ocorre, em razão de não se poder abandonar integralmente o pré-discurso, impossibilitando o corpo de não encampar totalmente as normas, o que pode ser denominado de pulsão, na teoria butleriana, demonstrando a impossibilidade de modelação da heteronormatividade.

Portanto, possível coerência de qualquer identidade é rompida pelas pulsões, razão de poder entender que a Psicanálise pode, sim, contemplar os gêneros não inteligíveis, partindo-se das pulsões.

Nota-se que a teoria butleriana não se manteve atrelada à concepção lacaniana, disseminada antes da década de 1960, da diferença sexual ajustada no apontamento do simbólico. Contudo, o próprio Lacan não manteve tal entendimento. Assim, este reposicionamento lacaniano considerou que, na verdade, a diferença sexual, por ser da ordem do real, não pode ser simbolizada, permitindo a existência dos gêneros não inteligíveis, já que a diferença sexual não se atém em nenhuma identidade. A partir desta fase, com Lacan preocupado mais com o real, as novas sexualidades adquirem possibilidades de serem consideradas como legítimas e desatreladas da patologia.

A partir de então, mudam-se os efeitos terapêuticos da Psicanálise, que são, doravante, “de tampão, de adaptação, de alívio, na medida exata em que reconhece a singularidade do desejo. Ela opera não quando reconduz à norma e, sim, quando autoriza o desejo no seu desvio constitucional”.<sup>153</sup> Desse modo, não há pretensão de recondução desse desvio à norma, mas, sim, de permiti-lo, se fundamentado no autêntico.

---

<sup>153</sup> MILLER, Jacques Alan. Perspectivas dos escritos de Lacan. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p.32.

## 15 A TEORIA LACANIANA DA SEXUAÇÃO

O termo sexuação, em Lacan, assinala a maneira como o inconsciente reconhece e distingue os dois sexos, com a pretensão de esvaziar a universalidade do falo, trazendo, em modificação ao entendimento próprio anterior, a sexualidade à dimensão de contingência. Portanto, “o corpo seria um terreno aberto à imprevisibilidade, não mais limitado à matriz da heterossexualidade compulsória”.<sup>154</sup>

Até o fim da década de 1950, Lacan, preso em conceitos padrões (desejo, alienação e significante), entendia que o sujeito, por meio da ordem simbólica (e não real) seria constituído, nascendo daí o desejo. Contudo, posteriormente Lacan admite, em contraponto ao desejo, também o gozo.

Foi no *Seminário XX* que Lacan esmiúça a diferença entre o gozo masculino e feminino, que não é mais relacionado às diferenciações biológicas existentes entre homens e mulheres. Apesar do papel decisivo da função fálica na estrutura masculina e feminina não é ela suficiente, principalmente considerando a ausência de relação e a desproporcionalidade entre ambos o gozo, a demonstrar que a diferença sexual é da ordem do real e as modalidades do gozo são determinantes para a tomada de posição sexuada do sujeito.

Na até então concepção universalista da sexualidade, o falo era o único organizador das práticas de gozo. Entretanto, tal concepção foi desconsiderada pelo Lacan. Cai o falocentrismo, como núcleo operador de toda a sexualidade. Existem sexualidades em contraponto com a sexualidade. Nessa nova compreensão, Lacan aproxima-se de Butler, ao considerar que nem toda sexualidade é fálica ou deduzida do simbólico. A partir de então, a sexualidade é plural.

Portanto, mesmo nesse momento mais adiantado da teoria lacaniana, é possível continuar entendendo que a sexualidade ainda tem como referência a binaridade homem/mulher ou ao gozo masculino ou feminino, não obstante não mais complementares ou determinados anatomofisiologicamente.

Todavia, encampamos o entendimento de que, mesmo prevalecendo a binariedade homem/mulher, nesta nova postura teórica lacaniana, há fissura com inclusão de outras formas de sexualidade, a partir do momento em que se afirma que existe algo para além do fálico. E é com este novo posicionamento que aparece o objeto a, incompatível à binariedade de gênero e ao estatuto fálico.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> COSSI, Rafael Kalaf. Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 92.

<sup>155</sup> MILLER, Jacques Alan. Perspectivas dos escritos de Lacan. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de

Assim, esta nova teoria lacaniana demonstra que a sexualidade humana é marcada pelo gozo. Contudo, tal constatação não é determinante para o gênero. Assim sendo, a teoria da sexuação, aqui resumida, tem por escopo demonstrar que a Psicanálise lacaniana tem duas etapas, a primeira ortodoxa e por meio dela que inúmeros profissionais ainda se encontram atrelados; a segunda, inovadora, subversiva, inclusiva. Em Lacan, da primeira vertente, o real é dependente do simbólico. Na segunda fase lacaniana, o real adquire autonomia.

É essa segunda etapa que vai ao encontro da teoria butleriana, a partir do momento em que Lacan olvida, em grande parte, o simbólico que, numa comparação com o direito, seria a preocupação exclusivamente com o abstrato, mesmo que em desacordo com o concreto. Nessa etapa, Lacan se tornou mais real e, por conseguinte, mais humano, ao perceber que, além do feminino e masculino, existem outras maneiras de viver, sexualmente falando, e que estas pessoas, ao contrário da primeira concepção lacaniana, são normais, perfeitas.

Portanto, a partir do *Seminário XX*, com “a teoria da sexuação”, a sexualidade em Lacan não é mais pensada como atributo substantivo e, sim, concebida como contingência, como *sexuação*. A partir de então, o modelo de heterossexualidade compulsória não é considerado como normalizador e natural e as variadas relações que podem ser estabelecidas entre sexo, gênero e sexualidade são construções legítimas.

Em conclusão, Butler diverge do posicionamento inicial de Lacan, a respeito de sexo, gênero e sexualidade. Contudo, tal ensinamento restou superado pelo próprio Lacan e, com tal superação, não existe nenhuma divergência entre estes dois mestres. Por outro lado, Stoller, infelizmente, não conseguiu avançar em sua teoria, insistindo na patologização dos não enquadrados no binário masculino/feminino, teimando em transformar a transexualidade, como modo de viver, em transexualidade, em doença.

Embora equivocada a posição de Stoller, era a que estava prevalecendo mundo afora, considerando que a ausência de coincidência entre o sexo e gênero foi considerada como anormalidade, como

---

Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p.31, demonstra que a partir da década de 1960 há um Lacan preocupado avesso ao universalismo, eis que, “a verdadeira psicanálise, no sentido de Lacan, é aquela que se põe no rastro do desejo e visa isolar, para cada um, sua diferença absoluta, a causa de seu desejo na sua singularidade, eventualmente a mais contingente. Disse eventualmente! A causa do desejo para cada um é sempre contingente. E uma propriedade fundamental do ser falante, a causa de seu desejo sempre tem a ver com um encontro, o seu gozo não é genérico, não tem a ver com a espécie. A modalidade própria do gozo tem a ver, em cada caso, com uma contingência, com um encontro. O gozo não é programado na espécie humana. Temos aí uma ausência do vazio. O que dá ao gozo, para cada um, uma figura singular é uma experiência vivida, um encontro. Aí está o escândalo. Gostariam que o gozo fosse genérico, que fosse normatizado para a espécie. Pois bem, ele não é. Aí se destroçam todos os discursos universalistas”.

patologia, denominada de transtorno da sexualidade e de gênero e classificada pela Organização Mundial da Saúde e pela Associação Psiquiátrica Americana. A discussão entre os transexuais e as demais pessoas contrárias a essa patologização é por não ser correto definir e diagnosticar um gênero.

## 16 CONCLUSÃO

Consequência do movimento de despatologização<sup>156</sup> da transexualidade foi que na França, desde 2010, tal maneira de comportar-se não é mais considerada uma “patologia psiquiátrica de longa duração”, classificação ditada pela Organização Mundial de Saúde. Antes desta atitude, a ministra da Saúde daquele país, Roselyne Bachelot, anunciou tal proposta, no dia 16 de maio de 2009, antecipando às comemorações do mundial da luta contra a homofobia. A partir desta despatologização, inúmeras personalidades do mundo político e científico pleitearam, por escrito, que a OMS “não mais considerasse os transexuais como pessoas afetadas por transtornos mentais” e, por conseguinte, em breve, tal proposta poderá sair também vitoriosa, o que refletirá na legitimação dos transexuais em diversos países.

Até então, a Organização Mundial de Saúde justificava a manutenção da classificação afirmando que o transexualismo está na lista de patologias constantes do manual médico DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), realizada por médicos americanos. Entretanto, poderia a própria OMS se antecipar (e emancipar-se) à tomada de decisão dos médicos americanos, que não têm o monopólio do saber, contribuindo para apagar mais este estigma e até mesmo para que o DSM desconsidere tal questão como patologia mental.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Os participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009 no Rio de Janeiro, aderiram à campanha internacional Stop Pathologization 2012 e publicaram MANIFESTO com o seguinte título: “Transexualidade não é doença! Pela retirada da transexualidade do DSM e do CID!”. Tal movimento aflorou em razão de, naquele ano de 2012, a conservadora Associação Psiquiátrica Norte-Americana (APA) estava por publicar, o que acabou acontecendo, a quinta versão do Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (DSM, sigla em inglês), mantendo a transexualidade como um “transtorno de identidade de gênero”. Aquele MANIFESTO alertava, a p.265: “A patologização da intersexualidade e da transexualidade está baseada no pressuposto de que os gêneros são determinados pelo dimorfismo dos corpos. A ausência de um pênis e um orifício vaginal seriam condições necessárias para determinar a identidade de gênero feminino, e a coerência do gênero masculino estaria dada pela presença do pênis. Esse determinismo, apoiado no saber/poder médico, como instância hegemônica de produção de discursos sobre sexo e gênero, fundamenta políticas estatais de saúde pública e direitos, estipulando o acesso das pessoas à categoria de humano. Tal noção de humanidade, mediada pelo arbítrio médico, violenta o direito à identidade e ao reconhecimento da diversidade”.

<sup>157</sup> A Folha de S. Paulo, na edição 1º/12, noticiou que a Organização Mundial de Saúde, na próxima edição da CID-11 (Classificação Internacional de Doenças) deixará de considerar como transtornos vários comportamentos relacionados à identidade de gênero, já partir de 2015.

Esse fato esperado por todos, de desassociar uma condição de vida à doença, é motivo de preocupação dos brasileiros no tocante aos transexuais, principalmente os carentes, que necessitam da utilização do Sistema Único de Saúde e que não mais poderão se submeter à cirurgia e a outras terapias gratuitamente, entendendo que, a partir de então, não mais prevalecerá a Resolução n. 1.955/2010, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, que ainda não foi questionada justamente por considerar a transexualidade uma patologia.

Todavia, tal preocupação não prevalecerá, considerando que “a despatologização da transexualidade não significa estar de acordo com a ideia de que os estados sejam excluídos do financiamento integral de todo o processo transexualizador”.<sup>158</sup> O Estado tem o dever de garantir assistência universal, integral e igualitária de saúde à população, na busca de padrões máximos de bem-estar. Portanto, se pessoas pretendem fazer a cirurgia de transgenitalização, para adequação do corpo à identidade de gênero, continua sendo obrigação do Estado garanti-la. Pensar o contrário é não preocupar-se com o bem-estar de cada pessoa, condição indispensável para atingir o bem-estar de todos. O Estado tem o dever de garantir a saúde e não a doença. Deve agir preventivamente, para evitá-la, o que poderá acontecer, com relação ao transexual que, resoluto, não quer manter sua genitália que se encontra em descompasso com a escolha de vida dele.

Portanto, e diante da necessidade de cirurgia para alguns transexuais, basta a publicação de nova resolução, deixando de considerar apenas o aspecto patológico neste novo texto normativo. Proibir a cirurgia é retroceder. É desconsiderar a vontade, irreversível, daqueles transexuais que necessitam desse ato para se considerarem integrados à sociedade.

Assim, não é mais correto entender a transexualidade como doença. É que o imperativo heterossexual sempre foi excludente, surgindo daí os seres abjetos. Não é apropriado, por conseguinte, rotular as pessoas, se não molduradas no binário masculino/feminino. Existem muitas expressões de gênero e estar fora da binariedade, imposta historicamente, não é nenhuma anormalidade. A homossexualidade, reconhecida pelo

---

A modificação incluirá os transexuais em um capítulo próprio, pertinente às outras “condições relativas à sexualidade”, não mais relacionados com doenças. Pretende-se também eliminar o sadomasoquismo e o travestismo como patologias. Interessante e correta é a colocação do diretor de saúde mental da OMS, Geoffrey Reed, à reportagem da folha, ao afirmar que se trata de “despatologizar” o sexo e que “comportamentos sexuais inteiramente privados ou consensuais e que não resultem em danos às outras pessoas não devem ser considerados uma condição de saúde”.

<sup>158</sup>Ainda citação constante do Manifesto apresentado pelos participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009 no Rio de Janeiro, p. 267.

Direito, por meio de histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, é um exemplo de inclusão. A experiência identitária dos transexuais também demonstra o caráter plural do gênero, ratificando a importância do respeito à individualidade.

Entretanto, a dificuldade do transexual em modificar o nome e até o gênero encontra ainda resistência no Direito, ao exigir que tal questão seja discutida, se o transexual não pretende fazer a cirurgia, ou rediscutida, se já realizada a cirurgia, no Judiciário, em total descompasso com o princípio da autonomia privada e com o preva- lecimento de um absurdo paternalismo ou de uma pseudossegu- rança jurídica por parte de terceiros.

Contudo, desnecessária esta passagem pelo Judiciário, na ausên- cia de conflito de interesses e também considerando que não mais compete a esta outra instância ir contra ao que já está solucionado, para aqueles transexuais que já se submeteram à cirurgia de redesi- gnação de sexo.

Pensar o contrário, ou seja, que a questão ainda carece de judi- cialização, é motivar o retrocesso. Com efeito, antes, até para realizar- -se a cirurgia havia necessidade de autorização judicial. Depois e em bom momento, entendeu-se desnecessária essa prévia autorização, em face da publicação da primeira resolução, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, a de n. 1.482/1997. Ora, a partir do momento em que se entendeu, corretamente, que não precisava mais de a pessoa socorrer-se do Judiciário para submeter-se a tal cirurgia, parece-nos que a consequência natural desta desjudicialização seria também não necessitar, posteriormente, de vir ao Judiciário para mudar o nome e o sexo.

Entretanto, considerando a ortodoxia no Direito, necessário ainda será, neste País, a publicação de lei, autorizando que o transexual modifique diretamente no cartório o nome e que também não mais conste o sexo da pessoa, independentemente da feita da cirurgia.

## 17 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro, Relator Min. Ayres Brito, de 5 maio 2011.

AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Distrito Federal, Relator Min. Ayres Britto, de 5 maio 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica ao sujeito*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. Quer o quê? Ativismo e estudos transviados. *Revista Cult*, São Paulo, n. 193, ano 17, agosto 2014.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRANDÃO, J. S. *Mitologia grega*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, v. II.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 10272*. Relator: Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08.05.1963. Data da publicação: 11.07.1963.

BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BÜLLOW, Oscar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v.1.

CANDIOTTO, Cesar. *Foucault e a crítica da verdade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999, v.1.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do fenômeno transexual (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 21, n. 41, p. 25, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.1, n 2, p. 106-112, 2º sem. 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CECCARELLI, P. R. *Transexualismo*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

CÉSAR, Maria Rita de Assis. Gênero, sexualidade e educação: notas para uma epistemologia. *Educar em Revista*, Curitiba: Editora UFPR, n. 35, p. 37-52, 2009a.

CÉSAR, Maria Rita de Assis. Um nome próprio: travestis e transexuais nas escolas brasileiras. In: XAVIER FILHA, Constantina (Org.). *Educação para a sexualidade, para a equidade de gênero e para a diversidade sexual*. Campo Grande: Editora UFMS, 20-09b, p. 143-55.

CHAVES, Antônio. Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo. *Revista Forense*, v. 276, p. 13.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- CHILAND, C. *O transexualismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CITTADINO, Gisele. Igualdade e “indivisibilidade”. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 28-33, 2005.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo judicial e democracia. *Alceu*, Rio de Janeiro: PUC, v. 5, n. 9, p.105 a 113, jul./dez. 2004.
- CORREA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- COSSI, Rafael Kalaf. *Corpo em obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo*. São Paulo: nVersos, 2011.
- COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (Coord). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 37-52.
- COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade – O corpo em mutação*. Salvador: GGB, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRENSHAW, Kimber. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. Disponível em: <<http://static.tumblr.com/7symefv/V6vmj45f5/Kimberle-crenshaw.pdf>> Acesso em: 2 set. 2015.

CUNHA, Rosa M. C. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2000.

DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 2, set./out. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dois Tribunais, 1986.

DÒRO, Tereza. *O direito processual brasileiro e as leis de Platão*. Campinas: Edicamp, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes 2005.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelho, 1976.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARALLI, CARLA. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARAMERZ, Dabhoiwala. *As origens do sexo: uma história da primeira revolução sexual*. Trad. Rafael Mantovani. São Paulo: Biblioteca Azul, 2013.

FARREL M. *Discussión entre el derecho naural y el positivismo jurídico*. *Doxa*, v. 22. n. 2, p. 121-128, 1988.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2009.

FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Tradução Vera Joscelyne. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

FONSECA, Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3 ed. São Paulo: EDUC, 2011.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. 9. ed., São Paulo: Perspectiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20. ed., São Paulo: Loyola, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel; CASTELO BRANCO, Guilherme; VEIGA NETO Alfredo (Org.). *Filosofia & política*. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 5. ed. São Paulo: Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003c.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II – o cuidado de si*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II – o uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Trad. Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2008.

FOUCAULT, Michel. O verdadeiro sexo. In: MOTTA, M. B. (Org.). *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária/ NAU Editora, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, 70:101-138, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/In/n70/a06n70.pdf>> Acesso em: 2 set. 2015.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 2009.

FREUD, Sigmund. *O Eu e o Id. Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Rio de Janeiro, c2007 [1923], v. III.

FRIGNETE, H. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143.

GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOLDSCHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003, t. I.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transsexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Andréa Trevas Maciel; GUERRA JÚNIOR, Gil. *Menino ou menina? Os distúrbios da diferenciação do sexo*. São Paulo: Manole, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEILBOM, Maria Luiza. *Gênero e sexo dos travestis, sexualidade, gênero e sociedade*. Rio de Janeiro: IMS – VERJ, n. 7-8.

HESSE, Konrad. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KALBERG, Stephen. *Max Weber: uma introdução*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: 2010.

KAPLAN, H. I; SASOCH, B. J. *Compêndio de psiquiatria dinâmica*. 3. ed., Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos de transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Padma, v. 15, jul./set. 2003.

LACAN, J. *O seminário. A significação do falo*. Escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar c1998 [1958].

LACAN, J. *O seminário. As informações do inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, c1999 [1957-1958].

LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo – corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (Coord). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 335-343.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEIBLUM, Sandra R. (Org.). *Princípios e práticas da terapia sexual*. Trad. Henriette Scholtze. São Paulo: Rocas, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Relações de família e direitos fundamentais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 2, mar./abr. 2014

MARÇAL, Antônio Cota. Metaprincípios do Estado Democrático de Direito: uma abordagem pragmatista. In: MARÇAL, Antônio Cota et al. (Org.). *Os princípios na construção do direito*. São Paulo: Lumen Juris. [No prelo].

MASCARO, Alysso Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MILLER, Jacques Alan. *Perspectivas dos escritos de Lacan*. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

MILLOT, C. *Extra-sexo - ensaio sobre transexualismo*. São Paulo: Escuta, 1992.

MIRCEA, Eliade. *Mito e realidade*. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2007.

MISKOLCI, Richard. Crítica à hegemonia heterossexual. *Revista Cult*. São Paulo, n. 193, ano 17, ago. 2014.

MONEY, John. *Pesquisa de gênero homossexual/heterossexual: do pecado à ciência e polícia secreta, sexus - Estudo multidisciplinar da sexualidade humana*, v.1, 1990.

MORAES, Renato. Teoria do Reconhecimento e Movimentos Sociais: o potencial de transformação de ações coletivas moralmente motivadas. *InterAÇÕES - Cultura e Comunidade*, v. 1, n. 1, 2006.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NERY, João W. *Erro de pessoa: Joana ou João?* Rio de Janeiro: Record, 1984.

NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil – Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

PORCHAT, Patrícia. *Psicanálise e transexualismo: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler*. Curitiba: Juruá, 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

RAMSEY, G. *Transexuais – perguntas e respostas*. São Paulo: Summus, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè. 1995, v.1.

RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Rio de Janeiro: Difel, 1988.

STJ. REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009.

RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria *queer*. *Revista Cult*. São Paulo, n. 193, ano 17, ago. 2014.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal estar na modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

ROUDINESCO, Elisabeth. Plon. M. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978.

SÁ, Maria de Fatia Freire de. Aspectos jurídicos da eutanásia. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. *Bioética: vida e morte*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008.

SAADEH, A. *Transtorno da identidade sexual – um estudo psicopatológico de transexualismo e feminino*. Tese de doutorado em Psiquiatria. São Paulo: Faculdade de Medicina de Universidade de São Paulo, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (Coord.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 195-211.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003.

SCHAFRANSKI, Marcelo. *Medicina da felicidade*. São Paulo: Matriz Editora, 2012.

SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na Justiça: Eros x Themis*. Porto Alegre: Síntese, 1995.

SIMONE, Goyard-Fabre. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STOLLER, R. J. *A experiência sexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1982.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual – Estudo sobre o transexualismo – Aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v 1.

TJMG. Apelação Cível n.1.0024.10.167425-7/001. 7ª Câmara Cível, 17 maio 2011.

TREVISAN, J. S. *Devassos no paraíso – a homossexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WATANABE, Kasuo. *Da cognição do processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça o pluralismo no direito. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (Coord). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 416-425.

ZAMBRANO, Elizaberth. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Org.). *Antropologia e direito: bases para um diálogo interdisciplinar*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2007.

ZAMBRANO, Elizaberth. *Transexualismo e cirurgia de troca de sexo no Brasil: diálogo entre a medicina e o direito*. 2005. Disponível em: <<http://www.ciudadaniasexual.org>>. Acesso em: 2 mar. 2015.



## DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Zeno Veloso

Professor de Direito Civil e de Direito Constitucional Aplicado.  
“Notório Saber” reconhecido pela Universidade Federal do Pará.  
Doutor Honoris Causa da Universidade da Amazônia.  
Escritor. Diretor do IBDFAM.  
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Permitam-me saudá-los de maneira bem simples, afetiva, afirmando: meus queridos IBDermanos, que todos integramos este Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), organismo pujante, vitorioso, que tantos e tão relevantes serviços tem prestado e, se Deus quiser, vai continuar prestando à cultura jurídica de nosso país. Vejo uma plateia numerosíssima, e vislumbro dezenas de mestres renomados e consagrados do Direito Civil, e é visível a minha emoção, minha apreensão, falando para gente tão douta e qualificada, entretanto, são amigos, e amigos tão queridos que haverão de relevar minhas limitações.

Vou abordar o tema “Das disposições testamentárias”, que se acha regulado nos arts. 1.897 a 1.911 do Código Civil. Já falei deste importante assunto em vários livros e escritos, antigos e mais novos, como no Código Civil Comentado,<sup>1</sup> obra coletiva, que teve como primeiro coordenador o saudoso deputado Ricardo Fiuza, no Manual de Direito das Famílias e das Sucessões,<sup>2</sup> obra coletiva, coordenada pelos professores Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, e no Comentários ao Código Civil,<sup>3</sup> coordenador Antônio Junqueira de Azevedo.

Obviamente, a exposição que farei, aqui e agora, neste memorável X Congresso Nacional do IBDFAM, na cidade de Belo Horizonte, onde o instituto nasceu, segue o roteiro e, de modo geral, o que já disse antes nos mencionados livros.

---

<sup>1</sup> FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Código Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>2</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey : Mandamentos, 2008.

<sup>3</sup> VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

O capítulo denominado “Das disposições testamentárias” de nosso Código Civil inaugura-se com o art. 1.897 que dispõe: “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo”.

O testamento é negócio jurídico típico, que contém as últimas vontades do autor da sucessão. As disposições testamentárias fazem parte de um todo – o ato testamentário –, e se há vários testamentos, que não se repelem, dos vários testamentos compossíveis. Todavia, embora participando de um conjunto, cada disposição testamentária, em princípio, vale por si, é bastante por si mesma, deve ser recebida e cumprida como negócio jurídico independente, dentro, é claro, da visão global da manifestação *mortis causa*.

Nosso Código Civil tratou, antes, das formas dos testamentos, com as respectivas formalidades e solenidades, assunto que se enquadra na forma extrínseca, no conteúdo externo dos atos de disposição de última vontade. Este capítulo inaugura a disciplina do objeto, do conteúdo interno ou intrínseco dos testamentos, que, na maioria dos casos, é representado pela instituição de herdeiros, nomeação de legatários, distribuição dos bens do testador, embora o testamento possa conter disposições não patrimoniais (cf. art. 1.857, §2º, do Código Civil).

Este artigo, iniciando o regramento (até excessivo) que faz o legislador a respeito das disposições testamentárias, afirma que a nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se, pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

Note-se bem: não é o testamento, como negócio jurídico, ou o ato testamentário, como um todo, que pode ser submetido a condições, a alguma causa ou a certo motivo. O testamento, no seu conjunto, não é vinculável a condições ou motivos de testar, e se aparecerem alguns, não têm efeito jurídico.

Se, por exemplo, o testador enuncia que o seu testamento é outorgado porque vai submeter-se a delicada cirurgia, e que será cumprido se morrer da operação; ou se expõe que seu testamento é feito porque está muito apreensivo, prevendo que vai ocorrer, brevemente, um ato terrorista em sua cidade; ou se afirma que seu testamento só terá efeito se ele morrer no mesmo ano em que testou, nada disso terá valor algum. O testamento válido terá eficácia, ainda que o testador sobreviva à operação e morra por outra razão, mesmo que não ocorra qualquer ato terrorista na sua cidade, e, igualmente, se falecer muito depois do ano em que fez o testamento.

Já as disposições testamentárias são suscetíveis de condições, causas, modos.

O presente dispositivo inicia mencionando a nomeação de herdeiro, ou legatário. E convém distinguir.

As disposições patrimoniais do testador podem ordenar que o sucessor receba a universalidade da herança ou quota-parte (ideal, abstrata) dela, ou estabelecer que o sucessor ficará com um bem individualizado, definido, destacado do acervo, ou quantia determinada.

No primeiro caso, a disposição é a título universal, e o nomeado é herdeiro; no segundo caso, a disposição é a título singular ou particular, e o beneficiado é legatário. Os sucessores, então, são herdeiros ou legatários.<sup>4</sup>

Ainda em nosso tempo, pode ser aproveitada a antiquíssima definição de Modestino: *legatum est donatio testamento relicta* = legado é a doação deixada em testamento.<sup>5</sup>

A qualidade de herdeiro pode decorrer da lei e do testamento; só o testamento faz legatário. O legado, assim, é figura exclusiva da sucessão testamentária.

O legado se distingue da herança, como vimos, pelo objeto da vocação sucessória. O legatário tem de ser explicitamente indicado pelo testador. Contudo, não é a qualificação dada pelo disponente que decide. Se o testador diz que certa pessoa é “herdeira” de determinado imóvel, e que outra é “legatária” de um terço da herança, na verdade, apesar da denominação equivocada, temos, no primeiro caso, a instituição de legatário, e, no segundo, a nomeação de herdeiro.

Para que o legatário possa assumir essa qualidade e exercer o respectivo direito, é necessário que *aceite* o legado. E a aceitação tem de ser total. Contudo, se o herdeiro for também legatário, pode aceitar o legado renunciando a herança, ou aceitar a herança e repudiar o legado (art. 1.808, § 1º).

Se o testador destinou a alguém coisa ou coisas determinadas, individualizadas, destacadas, trata-se de legado, independentemente do valor da deixa. Pode ocorrer de o legatário receber mais do que o herdeiro.

A nomeação do herdeiro, ou legatário, pode ser pura e simples, bem como sob condição (suspensiva ou dilatatória e resolutiva ou extintiva), para certo fim ou modo, ou por certo motivo, diz este art. 1.897. Os elementos acidentais do negócio jurídico, regulados na Parte Geral

---

<sup>4</sup> Cf. art. 2.030 do Código Civil português; art. 588 do Código Civil italiano.

<sup>5</sup> Digesto, 30, II, fr. 36.

do Código Civil – arts. 121 a 137 – foram abordados em meu livro *Condição, Termo e Encargo*.<sup>6</sup>

A nomeação pura e simples é a que não impõe qualquer ônus, encargo ou obrigação ao herdeiro ou legatário, tornando-se eficaz desde a morte do testador. Havendo pureza e simplicidade, a disposição testamentária opera sem mais nada, com a abertura da sucessão.

Para a nomeação condicional, devem ser observados os arts. 121 a 130, que regulam a condição, ou seja, a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Esses preceitos são aplicáveis às disposições testamentárias, especialmente quanto à liceidade e possibilidade das condições.

Intervém aqui, igualmente, o que estatui o art. 121: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. A *contrario sensu*, se um evento é componente da figura jurídica, é efeito necessário de determinado negócio, se decorre dele, inevitavelmente, ainda que as partes o prevejam e o mencionem no contexto negocial, tratar-se-á de uma abundância, de uma disposição ociosa e desnecessária, pois o referido efeito é inexorável. Não estaremos diante de uma condição, no sentido técnico-jurídico do instituto, mas daquilo que os romanos chamavam *conditio juris*. Em sede de disposições testamentárias, se o disponente prevê: “este ato terá efeito quando eu morrer”; “deixo minha casa a José, se ele tiver legitimação para suceder”; “Francisca será minha herdeira, se aceitar a herança”; “Antônio só herdará se me sobreviver”, nada disso é condição, pois nada disso deriva, exclusivamente, da vontade do testador, são enunciados que expressam requisitos de eficácia impostos pela própria lei. São *conditiones juris*. A disposição, nos casos exemplificados, é pura e simples.

O art. 123, I a III, enuncia que invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas, as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita, e as condições incompreensíveis e contraditórias. Como o art. 116 do Código Civil de 1916, adota este um regime uniforme para os negócios jurídicos, sejam *inter vivos*, sejam de última vontade.

Os Códigos Cíveis da Espanha (art. 792), da Itália (art. 634) e de Portugal (art. 2.230) resolvem que as condições impossíveis ou ilícitas, nas disposições testamentárias, consideram-se não escritas, não apostas, ou seja, a condição é desprezada e vale a disposição testamentária, ao passo que nos negócios *inter vivos* estabelecem a invalidade destes

---

<sup>6</sup> VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

quando subordinados a tais condições. Seguem, pois, o regime dualista, adotando a solução sabiniana.

Embora não exista em nossa legislação texto expresso sufragando a distinção, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira acolhem a antiga distinção romana – seguida, igualmente, por Savigny –, e lecionam que a impossibilidade e a iliceidade da condição não contaminam o ato *mortis causa*, como sucede nos negócios *inter vivos*, tendo-se, ao contrário, como não escrita, valendo a disposição testamentária como pura e simples.

Estando vinculada a disposição testamentária à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ela visa (art. 125). A liberalidade só ganha eficácia, e será executada, se ocorrer o evento futuro e incerto mencionado pelo testador. Com o implemento da condição, o direito que o favorecido adquire retroage à data da abertura da sucessão.

Se a condição é resolutiva, o beneficiado adquire o direito desde a data da abertura da sucessão, mas, verificada a condição, para todos os efeitos o direito se extingue (arts. 128, primeira parte, e 1.359 do Código Civil).

Nesse passo, o Direito brasileiro abandona as fontes romanas, admitindo, francamente, tanto na instituição de herdeiro como de legatário, a aposição de condição resolutiva.

Sobrevindo a condição resolutiva, diz o art. 128, primeira parte, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe. A condição resolutiva, então, opera *ex tunc*. Edita, por sinal, o art. 1.359 que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entende-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Esse preceito se estende ao direito sucessório.

Todavia, a retroação dos efeitos da condição não pode ser absoluta, pois isso causaria injustiças notáveis. A equidade e o respeito à boa-fé têm de ser, aqui, especialmente considerados. O sucessor, que teve o seu direito fulminado pelo advento da condição, não precisa restituir os frutos e rendimentos que percebeu desde a morte do testador até a data em que foi verificada a condição resolutiva.

No que se refere à condição suspensiva há uma diferença importante, conforme esteja aposta a negócio *inter vivos* ou a disposição testamentária: se o negócio é *inter vivos* (uma doação, por exemplo), e o adquirente falece antes do implemento da condição, transmite ao seu herdeiro o negócio condicional; na sucessão *mortis causa*, se o

instituído (herdeiro ou legatário) morrer antes do implemento da condição, a instituição caduca, extingue-se, não terá efeito, e o herdeiro ou legatário condicional não transmite a sua qualidade aos próprios herdeiros.<sup>7</sup>

Contudo, além de subordinar a disposição a uma condição, o testador pode especificar que a nomeação do herdeiro ou do legatário é feita para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

Por certo motivo é a disposição em que o *de cujus* explica a razão da liberalidade, identifica o que impulsionou a sua vontade, o que originou, influenciou ou estimulou a sua deliberação, como, por exemplo, se o testador afirma que nomeou o herdeiro por ser este um cientista notável, ou porque o socorreu em momento de dificuldade.

No caso de o testador incorrer em erro, não sendo verdadeiro o motivo apontado, a disposição é ineficaz se se depreender do testamento que sem a causa, a razão apresentada, o benefício *mortis causa* não teria sido feito. Quando o motivo é determinante da declaração de vontade, o erro quanto ao motivo anula a atribuição testamentária (art. 1.909, *caput*, de nosso Código Civil, matéria também tratada no art. 2.202 do Código Civil português e no art. 624, al. 2, do Código Civil italiano).

Para certo fim ou modo é a disposição submetida a encargo, ou seja, ao beneficiado é imposta uma obrigação. O encargo tem de ser lícito e possível. Na condição, a liberalidade tem o efeito subordinado a evento futuro e incerto; o encargo é ônus, uma restrição à liberalidade, não é um correspectivo da atribuição feita no testamento, mas moderação, limitação dela, e, no geral dos casos, não suspende a eficácia da disposição (art. 136). Conforme a lição repetidíssima do venerando Savigny, a condição (suspensiva) suspende e não obriga e o encargo ou modo obriga e não suspende.<sup>8</sup> O art. 136 de nosso Código Civil em vigor corresponde ao art. 128 do Código Civil de 1916, e a fonte de ambos é o art. 655 do Esboço, de Teixeira de Freitas.

O modo, assim, não suspende a aquisição nem o exercício do direito do herdeiro ou legatário. A inexecução do encargo não tem a consequência de, ipso jure, tornar ineficaz a disposição. Os herdeiros do testador, ou quem apresente legítimo interesse, podem requerer em juízo a ineficácia da liberalidade, e a sentença opera ex nunc, e assim

---

<sup>7</sup> Cf. art. 1.809, especialmente a segunda parte do mesmo.

<sup>8</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del Derecho Romano Actual. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Pamplona: Analecta, 2004, t. II, p. 284.

lecionam Pontes de Miranda,<sup>9</sup> Carlos Maximiliano,<sup>10</sup> Orosimbo Nonato,<sup>11</sup> Silvio Rodrigues,<sup>12</sup> obra que a pedido do Autor teve a honra de atualizar. Registre-se, no entanto, a opinião contrária de Orlando Gomes<sup>13</sup> e de Caio Mário da Silva Pereira,<sup>14</sup> no sentido de que o inadimplemento da disposição testamentária modal não acarreta a resolução do direito do herdeiro, ou legatário, não podendo nenhum interessado pedir a caducidade da mesma, a não ser que essa caducidade esteja prevista na própria disposição testamentária. O tema, como se vê, é controvertido. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, jovens e vitoriosos juristas brasileiros, amigos queridíssimos e que aqui estão presentes, no livro Direito Civil, v. 6, Direito das Sucessões, que tive o prazer de prefaciar,<sup>15</sup> discordam da opinião doutrinária majoritária e acham que a inexecução do encargo não permite a revogação da disposição testamentária, pois não há previsão expressa com relação à herança e por ser norma restritiva de direito não comporta interpretação analógica.

Penso que o encargo não é mero conselho, simples recomendação (*nuda praecepta*), mas, ao contrário, funciona a vontade do testador de forma imperativa, é uma ordem, como *lex privata*, nas palavras do egrégio Pontes de Miranda, que não canso de citar, de homenagear, de enaltecer. Não cumprido o encargo, desrespeitada e prescrição do falecido, não seria justo que “ficasse por isso mesmo”. Acompanho a doutrina que admite a revogação judicial da liberalidade pelo inadimplemento do *modus*, embora com efeitos *ex nunc* (prospectivos e não retroativos – *ex tunc*), salvo se outra coisa foi determinada pelo testador, como, por exemplo, se estabeleceu o encargo e dispensou sanção pelo descumprimento.

O Código Civil alemão, art. 2.194, afirma que a execução de um encargo pode ser exigida pelo herdeiro, pelo co-herdeiro, ou por aquele a quem aproveitaria, de forma imediata, o afastamento do gravado em primeiro lugar com o encargo. Se a execução do encargo estiver ligada a um interesse público, também pode exigir essa execução a autoridade competente. Adotam a mesma solução o Código Civil italiano, art.

---

9 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. LVI, § 5.708, p. 275.

10 MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II, n. 843, p. 274.

11 NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, n. 597, p. 287.

12 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 26. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, n. 113, p. 215.

13 GOMES, Orlando. 16. ed. Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.124, p.146.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, n. 465, 1991, p. 176.

15 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 6 – Direito das Sucessões (Prefácio Zeno Veloso), p. 354.

648, al. 1, e o Código Civil português, art. 2.247, que diz: “No caso de o herdeiro ou legatário não satisfazer os encargos, a qualquer interessado é lícito exigir o seu cumprimento”.<sup>16</sup>

Não obstante, se não for possível alcançar a execução, e ocorrer o inadimplemento do encargo, admitem a revogação ou resolução da respectiva disposição testamentária o Código Civil francês, art. 1.046, o alemão, art. 2.196, o italiano, art. 648, II. O Código Civil português, art. 2.248, 1, enuncia:

Art. 2.248, 1. Qualquer interessado pode também pedir a resolução da disposição testamentária pelo não cumprimento do encargo, se o testador assim houver determinado, ou se for lícito concluir do testamento que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento do encargo.<sup>17</sup>

Não é válido o encargo que for aposto às legítimas dos herdeiros necessários, que são intangíveis (arts. 1.846 e 1.857, § 1º).

Em seguida, nosso Código prevê: “Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita”.

Termo é o prazo, o espaço de tempo a que se subordina a eficácia do negócio jurídico. O termo pode ser inicial ou suspensivo e final ou resolutivo, aplicando-se, respectivamente, no que couber, as disposições relativas às condições suspensivas e resolutivas (arts. 131 e 135).

A não ser que se trate de substituição fideicomissária (arts. 1.951 e ss.), a nomeação de herdeiro não pode estar vinculada a termo. Não se pode nomear herdeiro *ex die*, isto é, a partir de certo tempo, nem *ad diem*, ou seja, até certo tempo. Já entre os romanos, o herdeiro não podia ser nomeado *ex certo tempore* ou *ad certum tempus*, vigorando o brocardo *semel heres semper heres*. O Direito alemão, todavia, admite que a instituição de herdeiro fique sujeita a termo (BGB, art. 2.104). Entre nós, o egrégio Clóvis Beviláqua critica a disposição do art. 1.665 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.898 do novo Código Civil, apontando:

Para sermos lógicos, deveríamos considerar também como não escrita a condição resolutiva, que torna função temporária a instituição do herdeiro, que interrompe a

---

<sup>16</sup> Cf. Código Civil de Macau, art. 2.077.

<sup>17</sup> Cf. Código Civil de Macau, art. 2.078, 1.

representação do herdeiro na qualidade de continuador da pessoa do *de cuius*.<sup>18</sup>

Se, apesar da proibição, o testador designa o tempo em que deve começar ou cessar o direito do herdeiro, a cláusula tem-se por não escrita. A instituição não fica prejudicada, e o direito do herdeiro é adquirido desde a data da abertura da sucessão. Cai o termo – que era inadmissível –, tem-se a designação temporal como não escrita; mas a instituição fica, e será cumprida.

É admitida, porém, a aposição de termo ou prazo nos legados. Se o testador nomeou legatário, fixando termo inicial, o direito respectivo já se considera adquirido, e, se o legatário falece antes do decurso do prazo, transmite o seu direito a seus sucessores, que têm, no entanto, de aguardar o termo para pedir a posse do legado. Como se vê, é diferente a solução, comparando com o caso de condição suspensiva.<sup>19</sup>

Leiamos o art. 1.899: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor asse-gure a observância da vontade do testador”.

Qualquer ato destinado à produção de efeitos jurídicos precisa ser interpretado. Interpretar é fixar o alcance, determinar o sentido de uma proposição. Seja legislativo, seja negocial (bilateral ou unilateral), o ato carece de interpretação, para ser compreendido e aplicado.

Antes de cumprir e executar, é necessário interpretar, na medida em que interpretar é conhecer, descobrir o conteúdo, desvendar o espírito, estabelecer a ideia, fixar o objetivo, revelar a intenção.

Às vezes, a expressão verbal, o enunciado gramatical, o conteúdo literal se apresenta singelo, escorreito, inconfundível, havendo perfeita sintonia, imediata consonância, integral harmonia entre o pensamento e a palavra, entre a enunciação e o conteúdo, entre o posto e o disposto, entre a vontade e a declaração.

Alerte-se, desde já, com a melhor doutrina, que os procedimentos de interpretação (gramatical – lógico) não representam compartimentos estanques, não são antagônicos, e, na verdade, complementam-se, reciprocamente, aparecendo como fases integrativas, métodos de um processo interpretativo, que é *unitário*. Não obstante, é forçoso reconhecer que a utilização do método gramatical tem uma importância muito maior na interpretação do testamento do que na interpretação da lei ou do contrato.

---

<sup>18</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. VI, p.135.

<sup>19</sup> Cf. art. 2.243, 1, do Código Civil português.

Não se julgue que a clareza do texto nulifica a atividade interpretativa. Nem se imagine possa prosperar a velha sentença *in claris cessat interpretatio* = nas coisas claras não se admite interpretação. Até porque o conceito de clareza ou de obscuridade não é absoluto, mas relativo: o que é retilíneo e translúcido para um, pode ser confuso e dúbio para outro.

Tem-se, sempre, de interpretar. Para aplicar, interpretar é indispensável. Concluir que o texto é claro, aliás, já representa uma ação interpretativa. O que proclama que o céu é azul tem, na mente, a percepção do vermelho, do branco, do negro, e fez, previamente, a comparação, ainda que essa avaliação, no caso, seja rápida, espontânea, automática.

O escorrito ou o ambíguo da expressão verbal depende da análise prévia de quem a recebe; de quem tem de interpretá-la, para bem compreendê-la, entendê-la sem rebuscos, e aplicá-la, com certeza e segurança. O *in claris cessat interpretatio* é inacolhível, representando tal adágio, inclusive, uma contradição. Como excluir a interpretação, se o texto é claro, quando, para saber que é claro, já se teve de interpretá-lo? Desenvolvi o tema interpretação da lei e dos negócios jurídicos no livro *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil - arts. 1º ao 6º*.<sup>20</sup>

A lei, o contrato e o testamento têm notáveis semelhanças.

Como afirmou Teixeira de Freitas – nosso genial e imortal Jurisconsulto do Império, conforme o chamou Sílvio Meira – “os testadores são legisladores”, o que, de resto, já proclamava a Lei das XII Tábuas, ancianíssima, do século V antes do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo: *dicat testator et erit lex* = diga o testador, e o que disser é lei.

A disposição testamentária é uma regra equiparável à norma jurídica; o negócio jurídico produz, também, normas de direito, sem que, com isso, estejamos afirmando que a norma individual, que decorre do contrato, ou é fixada em um testamento, seja da mesma natureza, extensão, grau e amplitude da norma geral e abstrata, editada pelo Estado.

Certo é que a lei, o contrato e o testamento concretizam manifestação de vontade (do povo – por meio de seus representantes – das partes e do disponente, conforme o caso), que necessita de interpretação para ser cumprida e executada.

Aplicam-se, então, aos testamentos as regras de interpretação das leis e dos contratos?

---

<sup>20</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil - arts. 1º ao 6º*. 2. ed. Belém: Editora Unama, 2006, n. 34, p. 52.

A resposta é afirmativa, com as ressalvas e ponderações que farei, adiante. Pela aproximação entre as figuras, a analogia é possível. Em princípio, as regras interpretativas da lei são extensíveis aos contratos e aos testamentos, espécies que são de negócios jurídicos, bilaterais os primeiros, unilaterais os segundos.

A lei, nos sistemas de direito escrito, é a principal fonte do Direito, ou, como querem outros, a forma mais importante de revelação do Direito. Em sentido estrito, lei é norma jurídica, permanente e de ordem geral, emanada do poder estatal. Na interpretação da lei, busca-se revelar não a *mens legislatoris*, mas a *mens legis*, vale dizer, não a vontade do legislador, mas a própria vontade da lei, a vontade imanente da norma legal, que tem existência independente e vive por si mesma. No testamento, procura-se definir a vontade do testador, investigando-se o alcance e significado de uma ordem privada e individual. Já se vê que a extensão e o conteúdo do processo variam consideravelmente. Inclusive quanto aos possíveis autores da interpretação: a legal pode ser feita pelo próprio legislador (interpretação autêntica), pela doutrina e pelo Poder Judiciário. A interpretação do testamento é pensão exclusiva do juiz.

Quanto ao contrato e ao testamento, ambos contêm declaração de vontade, que precisa ser interpretada, para que se alcance seu verdadeiro sentido, o real querer dos declarantes. Contudo, o contrato é consentimento, acordo mútuo, gerando uma *vontade contratual*, que é a interação ou a integração dos propósitos das partes. No contrato, as vontades são receptícias, os conflitos de interesses são compostos, o acordo vai circular no comércio jurídico, projetando-se a sua eficácia perante terceiros, levando-se em conta, precipuamente, a boa-fé dos convenientes. No testamento, a vontade é unilateral, personalíssima, não receptícia, só produzindo efeitos após a morte do testador.

Observadas essas peculiaridades, pode-se dizer, também, que as regras de interpretação dos contratos se aplicam aos testamentos. Na Alemanha, é a lição de muitos autores, no sentido de que a interpretação das disposições de última vontade está submetida aos preceitos gerais sobre a interpretação dos negócios jurídicos, aplicando-se o art. 133 do BGB: “Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften” = “Na interpretação de uma declaração de vontade, deve-se investigar a vontade real, e não ficar preso ao sentido literal da expressão”. No testamento, porém, não se pode cogitar de “conflito de interesses”, não há “partes”, sua eficácia é diferida para o tempo em que o declarante não vive mais, e o que se tem de investigar, fundamentalmente, é o real querer do *de cuius*.

Com as limitações que tais diferenças ensejam, as necessárias adaptações e naturais restrições, é que admito que as regras de interpretação dos contratos sejam aplicáveis aos testamentos, alertando, ainda, que o testamento é submetido a um formalismo rigoroso, sendo de sua natureza e essência a solenidade, o que repercute na sua interpretação, cingindo-se a atividade do intérprete, pela via ordinária, ao instrumento, ao teor do documento, balizando-se no próprio texto deixado pelo testador a pesquisa de sua vontade, de sua verdadeira intenção, o que se exprime pelo brocardo *Quod non est in testamento, non est in mundo*, o que aceito com ressalvas, pois admito, excepcionalmente, que se verifique o alcance, o sentido de uma disposição *mortis causa* com o auxílio de elementos extratestamentários.

O intérprete do testamento deve estar atento para isso: considerar o tempo e o lugar em que o testamento foi outorgado; o nível cultural do testador; o estado em que se encontrava; o ambiente em que vivia; as circunstâncias que o envolviam; as tipicidades do vocabulário etc.

Alerte-se, ainda, que na interpretação dos negócios *inter vivos*, as partes – em regra – estão vivas e presentes. Prestam depoimento, argumentam, explicam. São chamadas e podem esclarecer seu pensamento, seus objetivos. Praticaram atos decorrentes dos contratos que celebraram, e sua atitude pode ser elemento de prova e de convicção. Pode, também, o contrato ser alterado, retificado, ratificado, produzindo-se um novo instrumento, expurgado das dúvidas do anterior, redigindo-se novas cláusulas, disposições mais claras e seguras. Nada disso se pode fazer quando se interpreta o testamento, porque, quando se o analisa, o disponente já não pode ser chamado, já não pode depor, já não pode defender a sua vontade, explicar-se, aclarar seu pensamento. Pelo menos, nos gabinetes dos juízes, no ambiente forense, nas audiências, os mortos não aparecem nem falam. Então, quando o testamento recobre-se de eficácia, quando vai ser executado e cumprido, e surgem dúvidas ou questões sobre as suas disposições, o seu autor não está presente. Deixou ali, naquele papel, solenizada, a sua derradeira vontade, perenizando-a, na expectativa de que seja fielmente cumprida. Não se trata, é claro, de obedecer à vontade de um defunto, mas de observar a vontade de um homem que morreu, e que não pode depor sobre o real significado de suas determinações, o sentido de suas disposições, sua vera vontade, sua real intenção.

Avulta, então, a responsabilidade do juiz que, com inteligência, paciência e acuidade, numa operação retrospectiva, investigatória, tomando por base, principalmente, os termos do testamento, terá de desobscurecer as expressões, aclarar as ideias, dar sentido às determinações, expungir o escrito de dúvidas, libertando a vontade que,

eventualmente, está cativa nas palavras, descobrindo o conteúdo que o continente gráfico, muita vez, aprisiona ou amesquinha.

Este art. 1.899 contém uma regra direta sobre a interpretação dos testamentos, e copia o art. 1.666 do Código Civil de 1916.

O princípio cabedal, a noção capital, o critério rigorosíssimo, nesse tema, é o de que a interpretação do testamento representa uma atividade subjetiva submetida à pesquisa da real vontade do testador, à busca do efetivo querer do disponente, com base, é claro, no texto que ele deixou para a posteridade.

O testamento tem de ser interpretado sempre – é a posição que assumo. Quando se conclui que suas disposições são escorreitas, as determinações manifestas, as designações claras, as verbas evidentes, já se fez interpretação, já se deduziu que a declaração corresponde à vontade, já se está seguro de que a expressão literal foi fiel à ideia e ao espírito.

Pelo que diz o art. 1.899, entretanto – a considerá-lo na sua literalidade –, teríamos de concluir que a interpretação só é cabível havendo dúvida, ocorrendo ambiguidade, abrindo-se ao intérprete caminhos ou soluções diferentes. Aí, sim, ele interpretará o testamento – ou a verba testamentária equívoca, vacilante –, fazendo com que prevaleça o sentido “que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

O art. 1.899, porém, até por ser uma regra de interpretação, precisa, por sua vez, ser interpretado. Não o recebemos na sua expressão literal, somente. Busquemos o seu espírito, revelemos a *ratio* contida nas suas palavras, fixemos a sua extensão e verdadeiro sentido. Inclusive, trazendo para a análise – e isso é exigência do sistema – o disposto no art. 112, que se aplica aos negócios jurídicos em geral: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Fixe-se bem isso: o art. 1.899 é mera especialização, simples particularização do disposto no art. 112. Um desenvolvimento dele, para os atos *mortis causa*.

Assim, dando-se a devida interpretação ao art. 1.899, utilizando-se os elementos filológico, lógico, sistemático e teleológico, entendo que o referido preceito ordena que o testamento deve ser interpretado com rigorosa observância da vontade do testador, alcançando-se a real intenção do disponente, com vistas a dar os efeitos *queridos* pelo declarante.

A meu ver, dos Códigos estrangeiros, o que melhor se expressou sobre o tema foi o lusitano, cujo art. 2.187, 1, edita: “Na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento”.

Corretamente, a lei portuguesa se refere à “interpretação das disposições testamentárias”, não limitando o trabalho do intérprete ao caso de serem dúbias ou equívocas as cláusulas, e mandando que ele observe o que lhe pareça mais ajustado com a vontade do testador, alertando que essa pesquisa deve incidir no contexto do testamento. Consagra o Código Civil português, portanto, a tese da interpretação subjetivista dos testamentos, limitada, porém, ao contexto do testamento, dado o caráter formal e solene desse negócio jurídico.

É importante registrar que, na interpretação do testamento, na fixação da real vontade do testador, deve o intérprete circunscrever sua atividade ao texto, ao contexto do instrumento testamentário, ao conteúdo do documento. Em suma: o verdadeiro querer, a real vontade que se deve perquirir e revelar, não é aquela que o intérprete conclui que poderia ter sido a do testador, mas a vontade que deve ter sido, conforme a declaração constante no próprio testamento, e foi para isso mesmo, presume-se, que o testador outorgou, em vida, um instrumento formal e solene com as suas disposições mortuárias. No testamento, em regra, tem de achar-se toda a vontade do testador.

Há limites, todavia, para a atividade interpretativa. Se a disposição do testador é manifestada de modo que existe sinonímia, paridade, igualdade entre declaração e vontade; se a intenção é perceptível, ou fácil; se o significado da verba é escorreito e unívoco, não pode o intérprete ir além, imaginando outros efeitos, dando outras consequências, impondo outro conteúdo à clara e incontestada declaração do testador. Em sendo equívoca a disposição, ambígua a declaração, podendo dar-se mais de um sentido à cláusula testamentária, a ação do intérprete é menos restrita, devendo ele pesquisar a real vontade do testador, para dar um efeito à cláusula, cuidando que esse efeito corresponda, com toda fidelidade, ao querer do defunto, deduzido do testamento. Embora, em ambos os casos, tenha havido interpretação, sem dúvida, no primeiro, a atuação do intérprete é mais fácil, mais simples, e, no segundo, bem mais complexa e penosa.

Estabeleça-se, inflexivelmente, que cabe ao intérprete analisar, investigar, pesquisar, mas com o intuito e o objetivo de descobrir e revelar a real vontade, a vera intenção do testador. Sob pretexto de apurar qual é essa intenção, não tem direito o intérprete de criar, inventar, estabelecer o que ele acha coerente, razoável e justo, impondo, afinal, a sua vontade, substituindo-a pela do defunto, traindo a memória do *de cujus* e o que este deixou perenizado no seu testamento. Enfim, não pode o intérprete, interpretando, travestir-se de testador do testamento alheio. O que ele tem de buscar é a vontade, o desejo, a intenção do falecido, e não a dele. A lealdade e a imparcialidade são requisitos essenciais a que o intérprete deve submissão.

Há uma lição de Pontes de Miranda<sup>21</sup> que bem se aplica a tudo o que foi dito acima. O jurista alagoano, brasileiro do mundo, conterrâneo de nosso mestre, aqui presente, Paulo Lôbo, menciona que, certa vez, Andreas Von Tuhr definiu testador como a pessoa que “os juristas ordinariamente contrariam”. E não só o jurista, acrescenta Pontes de Miranda, mas as gentes do foro, os práticos, os interessados, todo o mundo.

Ao interpretar, procura-se a real vontade do testador, busca-se o verdadeiro querer do *de cuius*. Não uma vontade qualquer, mas a vontade que está manifestada no instrumento; nem algum querer, mas o que o falecido deixou consignado no ato testamentário. E isso em razão de a última vontade só ser valedia, só produzir efeito, se expressada no ato formal e solene, que é o testamento.

Diante do testamento, entretanto, e na pesquisa do verdadeiro significado das disposições, no exame do que seja a real intenção do disponente, deve o intérprete levar em conta a pessoa do testador, sua idade, caráter, estado de saúde, nível cultural e intelectual, modo como se expressava, o ambiente em que vivia, suas relações familiares e afetivas; enfim, tem o intérprete – se é bom intérprete – de se colocar no lugar do testador, levando em conta as circunstâncias que o envolviam, quanto testou. A apuração da vontade, com tais providências, será mais segura, fidedigna. Mais humana, com certeza.

Nessa matéria, sempre foi objeto de muita discussão permitir, ou não, que o intérprete vá buscar indícios externos, apanhar elementos estranhos, aproveitar, em suma, a prova extrínseca, para efeito de chegar à verdade e alcançar o pensamento do testador, o perfeito sentido, o real significado de suas disposições.

Em princípio, como regra geral, o intérprete não pode recorrer a elementos extratestamentários. O labor do intérprete começa e acaba no testamento, embora possa e deva ele ter presente aquelas circunstâncias a que acima aludi. A vontade que se apura, a intenção que se investiga, a disposição que se quer esclarecer e revelar é a que está no documento, a que foi manifestada pelo testador, embora, às vezes, com erronias, falhas, dubiedades, obscuridades. Os equívocos devem ser superados, as dúvidas, suplantadas, as ambiguidades, resolvidas com a prova que se conseguir no próprio instrumento, diante dos termos do testamento mesmo, com seus elementos e dados intrínsecos, até porque a última vontade só por essa forma solene pode ser exteriorizada. Só vale, como tal, o que consta naquele escrito.

---

<sup>21</sup>PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. LVI, § 5.725, p. 334.

Nosso Código Civil não tem qualquer disposição direta, nesse sentido, ou seja, não estatui uma regra geral sobre a admissibilidade da prova extrínseca, na interpretação dos testamentos. Não obstante, o art. 1.903 declara:

Art. 1.903. O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa, a que o testador queria referir-se.

Vê-se, pois, que não se anula a disposição, apesar do erro na designação, se a identificação da pessoa ou da coisa puder ser alcançada pelo contexto do testamento (elemento intrínseco), por outros documentos, ou por fatos inequívocos, representando estes dois últimos, sem dúvida, casos de prova extrínseca. Embora o art. 1.903 mencione uma hipótese particular – de erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada –, a admissibilidade que ele confere à prova extratestamentária pode ser generalizada a todos os casos de interpretação dos testamentos, com as restrições e ressalvas que fiz acima, e, é claro, com muita cautela.

A admissão, para efeito interpretativo – e com muita cautela –, desses elementos externos, como acima explicado, não leva a que se aceite ou reconheça o testamento *per relationem*, em que o testador menciona que a sua última vontade foi confiada a outrem, ou está contida em outros papéis e documentos.

O Código Civil adotou uma só regra de interpretação dos testamentos, a deste art. 1.899, e tem o legislador de ser elogiado por isso. Realmente, não são as leis lugar apropriado para acolher preceitos de hermenêutica. Expor regras de interpretação, observadas as circunstâncias sociais, é tarefa eminentemente científica, cabendo, portanto, à doutrina. Parcimoniosos foram os Códigos mais importantes do mundo, na enunciação de regras interpretativas, e o brasileiro inseriu-se nesse grupo. Referindo-se, direta e explicitamente, à questão da interpretação, temos os arts. 112, 113, 114, 423 e 1.899.

É verdade que o art. 1.899 é a única regra geral de interpretação dos testamentos. Contudo, dedicou o nosso Código alguns artigos visando solucionar casos especiais, situações particulares, que são, também, normas de interpretação, embora de caráter subsidiário, supletivo, funcionando como a vontade presumida do testador, e valendo na medida em que o próprio disponente não tenha regulado a situação, de outro modo.

Vou indicar algumas dessas normas interpretativas, do Código Civil, aplicáveis aos casos determinados a que estão direcionadas: os arts. 1.902; 1.904; 1.905; 1.906; 1.907; 1.920; 1.921; 1.922; 1.932; 1.934; 1.966. Para encerrar, sem que se considerem esgotados os casos, o art. 1.947, que admite possa o testador substituir outra pessoa ao herdeiro, ou legatário, nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança, ou o legado, presumindo que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

Por sua vez, diz o art. 1.900:

Art. 1.900. É nula a disposição:

I – que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II – que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III – que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV – que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V – que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Os casos enumerados nos cinco incisos deste artigo são de *nulidade* da disposição testamentária. A invalidade, aqui, é de grau máximo. Tratando-se de disposição nula – e não apenas anulável –, deve ser pronunciada pelo juiz – *ex officio* –, quando conhecer do testamento que a contém e a encontrar provada (art. 168, parágrafo único).

Observe-se que a lei determina a nulidade da disposição testamentária, dela só, e não de todo o testamento, ocorrendo caso de redução legal. Contudo, há o art. 1.910 – se a disposição testamentária é nula, por incidir nas hipóteses do art. 1.900, a ineficácia da disposição importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.

No inciso I, o art. 1.900 fulmina de nulidade a disposição que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também, por testamento, em benefício do testador ou de terceiro. Na prática, uma pessoa testa em favor de outra, sob a condição de esta, por sua vez, outorgar testamento em benefício do testador ou de terceiro.

A condição captatória já era reprovada no direito romano.<sup>22</sup> Atualmente, vários Códigos Civis repelem tal condição, editando normas equivalentes ao nosso art. 1.900, I: Códigos Civis espanhol, art. 794; italiano, art. 635; chileno, art. 1.059; mexicano, art. 1.349; português, art. 2.231; macauense, art. 2.061.

Para que se tenha como captatória a condição, é necessário que o arranjo tenha sido doloso. Mediante artifícios e manobras fraudulentas consegue-se seduzir, captar a vontade de outrem, com o fito de obter contrapartida do benefício testamentário.

A captação proibida é a que decorreu de expedientes reprováveis, de meios ilícitos. O agente consegue exercer influência na vontade de alguém, combinando instituí-lo herdeiro ou legatário, na condição de que ele disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro.

Não é toda disposição testamentária recíproca que recebe essa repulsa do legislador, não é toda captação que o direito reprovava. O amor, a simpatia, a amizade, podem inspirar disposições testamentárias de uma pessoa em favor de outra, e vice-versa. Como alerta Pontes de Miranda, a reciprocidade das disposições é fato que ordinariamente acontece, pela qualidade do caráter recíproco das afeições. Por isso mesmo, não se há de presumir a reciprocidade intencional.

Num célebre parecer, Francisco Campos, citado por Veloso, explica:

O que o direito condena não é a captação; o que torna a captação sujeita à censura do direito e, assim, exposta à incidência da sanção de nulidade, é o dolo. A captação em si mesma, ou a captação simples, ou a captação que se exerce sem recurso a manobras ou artifícios fraudulentos, ou pela influência direta dos dons pessoais, de natureza física, intelectual ou moral, é um fenômeno geral, ordinário e comum, e se exerce diariamente entre os homens, nos mais variados domínios das relações humanas, só incorrendo na censura da lei quando aquela influência, só por si, não se tornou suficiente, tornando-se necessário, para reforçá-la, o recurso à fraude, ao dolo ou à prática de atos ilícitos.<sup>23</sup>

A captação nulifica a disposição quando a reciprocidade de benefícios a causa de morte foi resultado de arranjo malicioso. É preciso que exista o *animus captandi*, a blandícia, a velhacaria, a intenção de obter a anuência da vítima para angariar vantagens, para si, ou para

<sup>22</sup> Digesto, 28, 5, fr. 29 e 71, § 1º.

<sup>23</sup> CAMPOS, Francisco apud VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 222.

outrem. Nesse caso, sem dúvida, ao dispor por testamento em benefício do outro testador, ou de terceiro, o que foi induzido, envolvido, enganado, teve cerceada e comprometida a sua vontade, violando-se o princípio da autonomia e da liberdade de quem faz disposições *mortis causa*.

Além desse aspecto, o arranjo se assemelha ao pacto sucessório, que, igualmente, é vedado pela lei (art. 426). Na disposição captatória há uma dependência entre as disposições. Contudo, não é a reciprocidade intencional a marca principal que fere de morte a cláusula. O que a compromete e invalida, fundamentalmente, é que a sua causa não é a gratidão, o afeto, a decisão espontânea de gratificar, porém o fato de a vontade do disponente ter sido obtida pela captação.

Não é disposição captatória vedada pelo art. 1.900, I, por exemplo, a determinação seguinte: “Celso testou em meu favor e eu quero que ele seja meu herdeiro”. O testamento é posterior ao de Celso, não há o vínculo proibido entre as disposições. É até natural que ocorra essa reciprocidade pelo sentimento de gratidão. Como diz o vulgo, “uma mão lava a outra”.

O inciso II diz que é nula a disposição que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar.<sup>24</sup> A incerteza, no caso, é absoluta, insuperável, não há maneira de que a pessoa se torne certa. A incerteza relativa da pessoa beneficiada não é proibida, como na hipótese de o testador fazer um legado para quem tirar o primeiro lugar no concurso para juiz que ocorrer após o seu falecimento. Porém, se a determinação da pessoa beneficiada, apesar de todos os esforços interpretativos, é impossível, se não há meio de superar a ambiguidade ou o laconismo em que o testador incorreu, a disposição é inválida.

No caso, por exemplo, de o testador nomear herdeira sua prima Sílvia, verificando-se, com a abertura da sucessão, que o *de cujus* tinha duas primas com esse mesmo nome, não sendo possível determinar, com segurança e certeza, a qual delas ele queria se referir, a disposição testamentária é nula, sendo chamados os herdeiros legítimos.

É nula, também (inciso III), a disposição que favoreça pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro.<sup>25</sup> Seria o mesmo que delegar a faculdade de testar, ferindo o princípio de que o testamento é ato personalíssimo. A manifestação de vontade do testador, em aspecto substancial, dependeria do arbítrio de terceiro. Ver, todavia, o art. 1.901, I, de que falarei, adiante.

---

<sup>24</sup> Cf. art. 750 do Código Civil espanhol; art. 628 do Código Civil italiano; art. 2.185 do Código Civil português.

<sup>25</sup> BGB, art. 2.065; Código Civil argentino, arts. 3.619 e 3.711.

Por motivos idênticos, não pode o testador deixar ao arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado (inciso IV). Não obstante, ver o art. 1.901, II. O dispositivo só se refere ao valor do legado, mas a herança deve estar incluída no preceito, pois isso decorre do princípio de que ninguém pode, pelo testador, fixar o valor ou a extensão da quota do herdeiro instituído. Nula, por exemplo, é a disposição: “Andréa será minha herdeira, ficando com a fração que minha irmã fixar”.

O inciso V é desnecessário; afirma que são nulas as disposições em favor das pessoas mencionadas no art. 1.801 (não legitimadas a suceder), o que o art. 1.802 já resolveu.

O art. 1.901 prevê:

Art. 1.901. Valerá a disposição:

I - em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II - em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

Moderando ou atenuando o estatuído no art. 1.900, III, o inciso I deste artigo diz que vale a disposição se a incerteza com relação à pessoa beneficiada pelo testador for relativa (superável, vencível), e não absoluta. O próprio testador indica, menciona duas ou mais pessoas, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado.

Por força do art. 1.900, III, é nula a disposição seguinte: “deixo a casa da rua 7 de Setembro à pessoa que mamãe indicar”; mas, diante do art. 1.901, I, é válida a cláusula que estabelece: “deixo a casa da rua 7 de Setembro para uma de minhas irmãs, que será escolhida por minha mãe”.

O terceiro, que, obviamente, é pessoa de confiança do testador, vai fazer a determinação do favorecido num grupo restrito, limitado, dentre pessoas mencionadas, já indicadas pelo testador. O terceiro, afinal, faz a opção, mas quem escolheu as pessoas foi o *de cujus*.

E se o terceiro, que deveria determinar a pessoa, morre logo depois do testador, sem ter podido cumprir a delegação? E se o terceiro se recusa, simplesmente, a fazer a escolha? E se foi acometido de doença mental, e tornou-se incapaz?

Nem o Código Civil anterior nem este Código dão a solução para o problema.

O Código Civil alemão, art. 2.151, al. 3, prevendo o caso, decide que, se o terceiro não levar a cabo a indicação, os designados são credores solidários.<sup>26</sup>

Por falta de norma expressa, entre nós, não é razoável propor que, diante do impasse, a disposição testamentária perde a eficácia, solução que se apresenta com extremo radicalismo e desconsidera, completamente, a vontade do testador.

Penso que se pode invocar o art. 1.930, que regula o legado de coisa determinada pelo gênero, quando a escolha for deixada ao arbítrio de terceiro, e este não aceitar tal encargo ou não puder exercê-lo, decidindo-se que a escolha será feita pelo juiz. Se não for a melhor solução, para o caso enunciado no art. 1.901, I, dado que as situações ao mesmo tempo se assemelham e se distinguem, pelo menos é a saída que pode resolver a questão, na falta de normatividade expressa. O que se não pode admitir é que, pela impossibilidade de o terceiro escolher, fique no vazio a disposição testamentária. A vontade manifestada pelo que morreu precisa ser cumprida, tem de ser cumprida, a todo poder que se possa.

Da mesma forma, no inciso II, o herdeiro ou outra pessoa, que vai determinar o valor do legado, terá atuação balizada, limitada, pois o próprio testador decidiu remunerar os serviços (de médicos, enfermeiros etc.) que lhe foram prestados por ocasião da moléstia de que faleceu. A quantia será estabelecida considerando a remuneração que é paga normalmente, usualmente, para os respectivos serviços, e as circunstâncias do caso. Note-se que não se trata de pagamento dos serviços, no sentido estrito, mas de ato de liberalidade, reconhecimento, gratidão, e esse elemento de generosidade deve, também, influir na fixação do valor do legado.

Analisemos o art. 1.902, que enuncia:

Art. 1.902. A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicílio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos aí sitos, salvo se manifestamente constar que tinha em mente beneficiar os de outra localidade.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, as instituições particulares preferirão sempre às públicas.

---

<sup>26</sup> Cf. art. 2.182, al. 3, do Código Civil português.

Trata este artigo da disposição *ad pias causas*.

Se o testador não especificar de onde são os pobres, ou onde estão os estabelecimentos particulares, ou os de assistência pública, é que vigorará a presunção deste artigo, de que são os do lugar do domicílio do testador, ao tempo de sua morte.<sup>27</sup> O art. 1.902 só incide quando o testador fez disposição geral, sem mencionar, diretamente, a quem quis gratificar. Trata-se, pois, de regra jurídica interpretativa da vontade do de cujus.

A norma correspondente, no Código Civil português, art. 2.225, é melhor, tem um campo de aplicação mais largo, e diz: “A disposição em favor de uma generalidade de pessoas, sem qualquer outra indicação, considera-se feita a favor das existentes no lugar em que o testador tinha o seu domicílio à data da morte”. A regra portuguesa, então, aplica-se aos pobres, mas vale para outros grupos de pessoas, como a deixa testamentária feita em favor dos anciãos, das crianças abandonadas, dos cancerosos etc.

Na dúvida quanto às instituições de caridade ou de assistência que serão beneficiadas, dar-se-á, sempre, preferência às particulares, que, segundo o legislador, precisam de mais apoio e recursos do que as entidades públicas.

O art. 1.903 determina: “O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se”.

A determinação do sujeito e do objeto é fundamental nas disposições testamentárias (art. 1.900, II, III e IV), com as exceções do art. 1.901. O erro, tanto na designação da pessoa do herdeiro ou do legatário (*error in personam*) como em relação à coisa legada, anula a disposição. Esse é um caso particular de anulabilidade, pois o erro essencial ou substancial, além desse caso, determina a anulabilidade do testamento (art. 1.859) ou da disposição testamentária (art. 1.909).

Contudo, a disposição testamentária pode salvar-se se, apesar do erro, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder fazer a retificação e identificar a pessoa ou a coisa a que o testador queria referir-se (art. 142).

Se o erro é superável, vencível, não há por que deixar de obedecer à vontade do testador. Interpreta-se o testamento, utiliza-se,

---

<sup>27</sup> Cf. BGB, art. 2.072; Código Civil italiano, art. 630; Código Civil português, art. 2.225; Código Civil espanhol, art. 749; Código Civil argentino, art. 3.722; Código Civil chileno, art. 1.056, als. 3 e 5.

inclusive, prova exterior ou complementar, e a disposição será cumprida.<sup>28</sup> É um caso, excepcional, em que se pode buscar a real vontade do de cujus fora do contexto do testamento, buscando-se, com a devida precaução, a prova aliunde = em outro lugar.

O art. 1.904, resolve: “Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador”.

O testador nomeia dois ou mais herdeiros, ordenando que eles fiquem com a sua parte disponível (art. 1.789), e essa parte disponível deverá ser dividida, por igual, entre os instituídos, salvo, é claro, se o testador discriminar a quota-parte de cada herdeiro, quando a divisão obedecerá ao que foi determinado pelo *de cujus*. A regra do art. 1.904 (presunção de igualdade) só incide quando o testador não estabeleceu o que caberia a cada um deles, individualmente.

Se o testador não tem herdeiros necessários, e nomear herdeiros para toda a herança, a solução é a mesma.

Outra norma importante traz o art. 1.905: “Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos designados”.

Como tantas outras, deste Capítulo, esta é mais uma disposição legal supletiva, e a solução se apoia no direito romano.

A instituição é mista: certos herdeiros são nomeados individualmente: Lygia, Odette; e outros são nomeados coletivamente: os filhos de Elias. Para cumprir o disposto neste artigo, a herança, no exemplo dado, é dividida em três partes iguais: uma para Lygia, outra para Odette, e a terceira parte para os filhos de Elias, herdando estes por stirpe. Aos herdeiros nomeados coletivamente cabe uma parte igual à que recebe cada herdeiro designado individualmente.

Acompanha este artigo o Direito romano<sup>29</sup> e se trata, porém – como disse –, de regra supletiva: se o testador, embora fazendo a designação individual e coletiva dos herdeiros, determina que todos herdarão por igual (*per capita*), assim será.

O Código Civil espanhol, art. 769, dá solução diferente da seguida neste artigo. O vigésimo Código Civil português, adotando preceito do art. 1.797 do Código Civil de 1867, como no direito espanhol, enuncia, no art. 2.227, que se o testador designar certos sucessores

---

<sup>28</sup> Cf. art. 773 do Código Civil espanhol; art. 625 do Código Civil italiano; art. 2.203 do Código Civil português; art. 1.057 do Código Civil chileno.

<sup>29</sup> Digesto, 25, 5, fr. 11 e 13.

individualmente e outros coletivamente, são estes havidos por individualmente designados.

Por força do nosso art. 1.905, se o testador diz que sua herança caberá à Lygia, Odette, e aos filhos de Elias, falecendo o disponente, os herdeiros são chamados simultaneamente e não sucessivamente. Se o valor da herança for de trezentos mil, e tendo Elias dois filhos, cem mil serão de Lygia, cem mil serão de Odette, e cem mil caberão aos filhos de Elias – por estirpe –, ficando cada um deles com cinquenta mil. Em Portugal, conforme o art. 2.227 do Código Civil, a solução é diferente: os trezentos mil seriam divididos em quatro partes iguais, entre Lygia, Odette, e os dois filhos de Elias.

O art. 1.906 afirma: “Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária”.

Se as quotas dos herdeiros nomeados pelo testador não absorverem toda a herança, o que sobrar pertencerá aos herdeiros legítimos, obedecida a ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 e ss.). Este preceito é aplicação do que estatui o art. 1.788, e a sucessão será testamentária e legítima, como no caso do art. 1.966.

O art. 1.907 leciona: “Se forem determinados os quinhões de uns e não os de outros herdeiros, distribuir-se-á por igual a estes últimos o que restar, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros”.

O testador, neste caso, dispôs de toda a herança, mas determinou os quinhões de uns herdeiros e não designou os de outros. Os primeiros receberão as suas quotas, que foram especificadas. Depois de completas essas porções, o que sobrar será repartido, igualmente, entre os herdeiros cujos quinhões não foram determinados (art. 1.904). Se nada sobrar, nada herdarão os que foram instituídos sem designação do quinhão.

Vejam, agora, o art. 1.908: “Dispondo o testador que não caiba ao herdeiro instituído certo e determinado objeto, dentre os da herança, tocará ele aos herdeiros legítimos”.

Este artigo prevê a instituição *excepta res certa*, de origem romana.

Se o testador nomeia o herdeiro, mas estabelece que, dentre os da herança, certo e determinado objeto não deve caber a ele, o objeto tocará aos herdeiros legítimos, solução que segue a que foi dada no art. 1.906.

O art. 1.909 determina:

Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

O testamento tem de obedecer aos requisitos dos negócios jurídicos, e pode ser válido e inválido. A invalidade tem dois graus: nulidade e anulabilidade. O testamento inteiro ou alguma de suas cláusulas pode ser nulo ou anulável.

Este artigo especifica que as disposições testamentárias podem ser anuladas por vícios de vontade: erro, dolo ou coação (arts. 138, 145 e 151).

A anulação da disposição testamentária, em consequência desses vícios, está sujeita a prazo de caducidade, de quatro anos, “contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício”. A meu ver, o prazo de decadência devia ser contado da abertura da sucessão, o que daria mais certeza e segurança jurídica.

O art. 1.910 prevê: “A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador”.

Inspirado no brocardo *utile per inutile non vitiatur*, o art. 184, primeira parte, prevê que, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. Esse princípio se aplica às invalidades testamentárias.

O caso previsto no art. 1.910 é precisamente o inverso: a invalidade, ou ineficácia (em sentido amplo) de uma disposição testamentária importa a das outras, que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador. É uma regra que obedece aos ditames da lógica, e sua aplicação vai depender da interpretação da vontade do testador. Basicamente, este artigo pressupõe a *interdependência* das disposições testamentárias: se uma é ineficaz, e cai, as outras caem também.

Já vimos que as disposições testamentárias, embora contidas no ato testamentário, que se caracteriza pela unidade e completude, gozam de autonomia, valendo cada uma delas por si, o que não impede que, para efeito de interpretação e busca da real vontade do *de cujus*, tenhamos de recorrer ao contexto testamentário (e até, excepcionalmente, a elementos extratestamentários).

Em sede de testamento, o preceito é que a ineficácia de uma disposição não se irradia nem se estende à outra ou às outras. A regra é a *separabilidade*, se for possível a partição ou o isolamento. Será o caso, por exemplo, de o testamento conter várias disposições e, numa delas, o testador ter feito legado à pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, sendo tal determinação nula, por força do art. 1.801, I, combinado com o art. 1.802. Em princípio, é só esta disposição que fica prejudicada, não a outra ou as outras que o testamento apresenta.

Contudo, a ineficácia (*lato sensu*, incluindo a invalidade e outras causas) de uma disposição vai contagiar as demais, se ficar provado que, sem a disposição ineficaz, não teriam as outras sido determinadas pelo testador.

Por último o art. 1.911:

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

O estabelecimento da cláusula de inalienabilidade, quanto aos bens que integram a legítima, deve observar o que dispõe o art. 1.848. Este Código limitou bastante a aposição de cláusulas restritivas, que eram admitidas, francamente, pelo art. 1.723 do Código Civil de 1916. Agora, nos termos do art. 1.848, salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

No que se refere à quota disponível, o art. 1.848 não incide, ficando livre o testador para dispor de sua metade, impondo as cláusulas restritivas que achar convenientes.

Estabelecida a inalienabilidade, este artigo, para qualquer dos casos, resolve que a cláusula de inalienabilidade importa impenhorabilidade e incomunicabilidade, assunto que foi objeto de acesa contenda na doutrina brasileira, e que a jurisprudência assentou na forma regulada neste artigo.<sup>30</sup>

O parágrafo único, prevendo o caso de desapropriação de bens clausulados, ou a alienação destes, por conveniência econômica do

---

<sup>30</sup> V. Súmula 49 do STF.

donatário ou do herdeiro (o que só pode ocorrer mediante autorização judicial), estabelece que o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros. Há, portanto, sub-rogação do gravame.

Era o que tinha a expor e agradeço a atenção que me dispensaram.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. VI.

FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. 16. ed. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.124.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II, n. 843.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, n. 597.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, n. 465, 1991.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. LVI, § 5.708.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, n. 113.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Pamplona: Analecta, 2004, t. II.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 6 – Direito das Sucessões (Prefácio Zeno Veloso).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey : Mandamentos, 2008.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º ao 6º*. 2. ed. Belém: Editora Unama, 2006, n. 34.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

# A TOMADA DE DECISÃO APOIADA - PRIMEIRAS LINHAS SOBRE UM NOVO MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Nelson Rosenvald

Procurador de Justiça do Ministério Público/MG.  
Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre.  
Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP.

**Sumário:** 1. Noções gerais. 2. Regulamentação legal. 3. Conclusão.

## 1 NOÇÕES GERAIS

O art. 116 da Lei n. 13.146/15 cria um *tertium genus* em matéria de modelos protetivos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Além dos tradicionais institutos da *tutela* e *curatela* surge a *Tomada de Decisão Apoiada*. O Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil passa a vigorar acrescido do art. 1.783-A, consubstanciando 11 parágrafos.

Essa interessante figura já era aguardada. Ela concretizará o art. 12.3 do Decreto n. 6.949/09, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos seguintes termos: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”. O novo modelo jurídico também se inspira no legislador italiano que, por meio da Lei n. 6/2004, introduziu no Código Civil (arts. 404 a 413) a figura do *amministratore di sostegno*, ou seja, o administrador de apoio, e ingressa no Brasil por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quase que simultaneamente com a sua introdução no art. 43 do Código Civil da Argentina, com vigência programada para 2016.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> De acordo com o art. 43 do novo CC da Argentina, “Entende-se por apoio qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite a pessoa a tomada de decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função a de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio. O juiz deve avaliar os alcances da designação e procurar proteger a pessoa diante de eventuais

Tutela e curatela são instituições protetivas da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir – seja pela idade ou pela submissão a prévio processo de incapacitação –, evitando os riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador paulatinamente procure reformar esses tradicionais mecanismos de substituição – de forma a adequá-los ao modelo personalista do direito civil constitucional –, pela própria estrutura, tutela e curatela são medidas prioritariamente funcionalizadas ao campo estritamente patrimonial.

A tomada de decisão apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos na estrutura e na função. Ela é contemplada pelo art. 116 da Lei n. 13.146/15 para ingressar no Título IV, do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a vigorar acrescido do Capítulo III (após o estudo da tutela e curatela). O novo art. 1.783-A veicula a sua essência: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Assim, esse modelo poderá beneficiar pessoas deficientes com capacidade psíquica plena, porém com impossibilidade física ou sensorial (*v.g.* tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico).

Pensemos em uma pessoa com mais de 18 anos ou emancipada (pois para os menores o sistema dispõe da autoridade parental e tutela), que em razão de uma dificuldade qualquer ou um déficit funcional (físico, sensorial ou psíquico), permanente ou temporário, sintasse impedida de gerir os seus próprios interesses e até mesmo de se conduzir pelo cotidiano da vida. Ela necessita de auxílio e, para tanto, o Direito Civil lhe defere a tomada de decisão apoiada. Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do

---

conflitos de interesses ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade de Pessoas”.

apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.

Na iminência da vigência da Lei n. 13.146/15, vaticinamos que a tomada de decisão apoiada terá amplo espaço na *zona gris* que separa as pessoas com total autodeterminação e aquelas que não conseguem se fazer compreender. Por inúmeras razões, um contingente enorme de seres humanos possuem limitações no exercício do autogoverno, não obstante preservem de forma precária a aptidão de se expressar e de se conectar com o mundo. Em prol dessas pessoas, caminho não será o binômio incapacidade relativa/curatela. A *tomada de decisão apoiada* (art. 1.783-A, CC) se coloca de forma intermediária entre os extremos das pessoas ditas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela curatela. A partir de janeiro de 2016, haverá uma gradação tripartite de intervenção na autonomia: a) pessoas sem deficiência terão capacidade plena; b) pessoas com deficiência se servirão da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais; c) pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno serão interditas.

## 2 REGULAMENTAÇÃO LEGAL

De acordo com o § 1º do art. 1.783-A, “Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”. O preceito revela que o núcleo do apoio é fornecer qualidade de vida à pessoa com deficiência, cabendo aos dois apoiadores seguir fielmente o termo levado a juízo, tendo em consideração as concretas e efetivas necessidades e aspirações do beneficiário. O beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo. Assim, para a satisfação

dos atos ordinários da vida cotidiana, não necessitará de auxílio dos apoiadores. Mais uma vez, constatamos que o apoio é uma medida de natureza ortopédica, jamais amputativa de direitos.

Malgrado a lacuna legislativa, o termo a ser apresentado ao juiz pelo candidato ao apoio pode ser instrumentalizado por escritura pública constituída no Cartório de Notas ou simples documento particular. Outrossim, caso a iniciativa não parta da própria pessoa com deficiência, nada impede que o requerimento de tomada de apoio seja apresentado por um familiar, pelo Ministério Público ou pelo curador, caso a pessoa a ser beneficiada esteja interditada. Aliás, como veremos, até a própria pessoa interessada será legitimada a pleitear o apoio, em substituição ao regime da curatela, na busca por um regime protetivo em que recupere a capacidade fática, com menor limitação ao seu autogoverno.

A normativa italiana é mais detalhada quanto ao conteúdo do termo de apoio submetido à apreciação judicial. O documento trará indicações sobre as características da pessoa beneficiária, a duração e objeto do encargo, com especificação dos atos que poderão ser cumpridos apenas com a assistência dos apoiadores, dos limites das despesas que os apoiadores são autorizados a realizar, bem como da periodicidade na qual se reportarão ao juiz para relatar as atividades desenvolvidas e o progresso das condições de vida pessoal e social do beneficiário.

A nova lei brasileira deixa em aberto um palpitante pormenor: será que os apoiadores podem realizar atos existenciais privativos da pessoa beneficiária? Os apoiadores poderiam, ilustrativamente, reconhecer um filho ou consentir na prática de tratamentos médicos? A resposta será negativa se entendermos que até mesmo a tradicional curatela “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (art. 85, Lei n. 13.146/15). Todavia, com uma reflexão mais apurada, podemos legitimar uma excepcional forma de restrição de direitos da personalidade, pela transferência de poder decisório aos apoiadores sobre aspectos da intimidade da pessoa apoiada, sendo o ato decisório digno de proteção pelo ordenamento quando promova a dignidade do beneficiário, não se convertendo em uma renúncia a direitos fundamentais, pela faculdade da pessoa apoiada revogar os poderes dos apoiadores a qualquer tempo.

Outra indagação que resulta da omissão legislativa: sendo a escolha dos apoiadores uma deliberação que objetiva resguardar os interesses da pessoa apoiada, inclusive com a designação partindo do próprio beneficiário da medida, poderá o magistrado – de ofício ou por iniciativa do Ministério Público –, justificadamente, designar um ou ambos os apoiadores em substituição àqueles indicados pela

pessoa com deficiência? Tendemos a responder afirmativamente, principalmente à luz do princípio da cooperação, que ilumina o art. 6º do CPC/15. A Lei n. 13.146/15 não concebeu um papel meramente homologatório ao juiz, deve haver uma colaboração de sua parte para com os requerentes da medida, na busca da organização de um processo justo. Se motivos graves desaconselham a indicação de A ou B como apoiadores – tais como a existência das causas que impedem o exercício da tutela (art. 1.735, CC) – será de bom alvitre substituí-los por pessoas idôneas, cujo vínculo seja mais sólido, notadamente os parentes mais próximos. Alternativamente, sendo desaconselhável *prima facie* a substituição da(s) pessoa(s) designada(s) como apoiador(es), poderá o magistrado cercar o termo de apoio de maiores garantias, determinando a limitação de seus efeitos, ou estendendo aos apoiadores as restrições legais aplicáveis a tutores e curadores, com o fito de proteger mais adequadamente os interesses da pessoa deficiente.

Sendo certo que o beneficiário do apoio preserva a sua capacidade de fato, se não houver restrição no termo de apoio, poderá testar livremente, mesmo que indique como herdeiro ou legatário um familiar (cônjuge, companheiro ou colateral), que eventualmente ocupe a posição de apoiador. Não se pode impugnar um testamento com base em uma presunção de incapacidade legal de seu autor, tão somente em virtude de uma vulnerabilidade manifesta, sem que existam vícios do consentimento. É oportuno rememorar que todo deficiente é uma pessoa vulnerável, mas, extraordinariamente, só se converterá em relativamente incapaz após a formalização da curatela.

Ao contrário do art. 410 do CC da Itália – que estipula um prazo máximo de 10 anos de duração da administração de apoio (com exceção dos familiares mais próximos), o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispensou a fixação de um “mandato” para os apoiadores, deixando a vigência da medida para a livre eleição do beneficiário do apoio, incluindo-se a possibilidade de prorrogação. Independentemente do prazo estipulado, o § 9º do art. 1.783-A faculta uma espécie de resilição unilateral submetida ao magistrado, no qual “A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada”. Apesar do emprego do termo solicitar, cremos que o beneficiário exercerá verdadeiro direito potestativo, cabendo ao magistrado apenas respeitar a sua deliberação unilateral. Todavia, se a opção pelo desligamento for de iniciativa de um dos apoiadores, enuncia o § 10, do art. 1.783-A, que “O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria”.

Em complemento, preceitua o § 2º que “O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* deste artigo”. Aqui é possível perceber o protagonismo do beneficiário do apoio, ele mesmo com legitimidade para iniciar o processo, o que reforça a posição do novo modelo em base axiológica preferencial à curatela e à incapacitação. Com efeito, a tomada de decisão apoiada apresenta filosofia bem distinta da curatela, pois respeita ao máximo a capacidade de agir da pessoa vulnerável juridicamente que requer proteção, sem, contudo, anular ou restringir os seus direitos básicos, que restam salvaguardados.

A tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo. Em razão dessa forçosa convivência, paulatinamente a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para apartar a sutil delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas. Desde já podemos cogitar das zonas cinzentas em que concorrem todos os pressupostos legais para a incapacitação judicial, porém, antes que se inicie o processo de curatela, o vulnerável delibera por requerer a tomada de decisão apoiada. Estender-se-ia ela à pessoa com deficiência psíquica permanente, ainda não curatelada, que almeja ser beneficiária do apoio?

Creemos, inclusive, que a tomada de decisão de apoio poderá contribuir decisivamente para uma “avalanche” de levantamento de interdições. Em vez de restringirmos a possibilidade de a pessoa curatelada acessar o regime de tomada de decisão apoiada enquanto não ocorre o levantamento da curatela, podemos tranquilamente admitir que, com base no tradicional, “quem pode o mais, pode o menos”, defira-se à pessoa curatelada – ou o curador, ou o Ministério Público – a legitimidade de, alternativamente ao requerimento de levantamento de curatela (que se acolhido lhe restituirá capacidade plena), pleitear ao juiz competente a substituição da curatela pelo modelo de tomada de decisão apoiada, no qual se libertará das amarras da incapacidade relativa, com preservação do importante auxílio de dois apoiadores.

Em sentido inverso, após certo tempo de sua constituição, juiz e Ministério Público poderão constatar que a tomada de decisão apoiada já não mais se revela uma medida adequada para realizar a plena tutela de certo beneficiário, em razão do agravamento das condições psíquicas da pessoa apoiada, que a impeça de compreender o sentido de seus atos (art. 1.767, com a redação conferida pela Lei n. 13.146/15). Entendo que, conferindo-se à pessoa deficiente todas as garantias substanciais e processuais, poderá a medida de apoio cessar em razão da decretação da curatela, com a substituição dos apoiadores pelo curador

designado pelo magistrado, cabendo mesmo a nomeação de um curador provisório na constância do processo. Realmente, a incapacitação é uma resposta excepcional e residual do sistema, que somente procederá quando a alternativa menos gravosa da “restrição à capacidade” resultar inadequada perante a impossibilidade absoluta da pessoa interagir com o seu entorno e expressar a sua vontade, revelando-se insuficiente o sistema da tomada de decisão apoiada.

Também é viável cogitar de um planejamento pessoal que envolva sucessivamente a tomada de decisão apoiada e a curatela. Imagine-mos uma pessoa portadora de doença degenerativa como o diagnóstico de Alzheimer. Nas primeiras fases da enfermidade, o requerimento de apoio será importante instrumento de preservação da dignidade e autonomia da pessoa vulnerável. Contudo, com a progressiva evolução da doença, a pessoa poderá programar a *autocuratela*, consistente em uma espécie de Diretiva Antecipada da Vontade, na qual designará um representante duradouro de sua confiança que a substituirá praticamente em todas as decisões da vida cotidiana.

O êxito desse novo instrumento requer um processo judicial dinâmico, restrito à designação dos apoiadores, a título gratuito, sem a necessidade de representação, demandando apenas os cuidados do § 3º, do art. 1.783-A: “Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio”. Essa entrevista servirá como aproximação com a pessoa a qual o processo se refere. O juiz e o promotor de justiça devem ouvir a narrativa do candidato ao apoio e perceber se o termo de decisão apoiada refletirá os seus interesses, exigências e reais necessidades. A equipe multidisciplinar subsidiará as autoridades na verificação dos aspectos técnicos do apoio.

A participação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica (art. 179, CPC/15) também será decisiva se houver conflito de interesses entre o beneficiário e os apoiadores. Como se extrai do § 6º, do art. 1.783-A, “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”. Na vertente da boa-fé objetiva, os apoiadores exercerão os deveres de proteção, cooperação e informação perante a pessoa com deficiência e, em caso de dissenso, advertir o magistrado sobre o conflito de interesses. Atos danosos ao interesse do beneficiário poderão motivar a incidência do § 7º, do art. 1.783-A: “Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz”. Se

procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (§ 8º, art. 1.783-A).

Acresça-se a isso, a possibilidade de invalidação de todos os atos praticados em conflito de interesses, seja por iniciativa do Ministério Público, do próprio beneficiário, ou mesmo de seus sucessores. Em simetria, tal poder desconstitutivo se estende em favor dos apoiadores, em todos as hipóteses em que o beneficiário tenha sido prejudicado em sua atuação pessoal, violando as disposições contidas no termo que instituiu as medidas de apoio. Nesse sentido, disciplina o § 4º, do art. 1.783-A, que “a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”.

Retornando ao § 6º, do art. 1.783-A, ao prever possibilidade de “divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores”, infere-se que, eventualmente, os apoiadores terão percepções distintas sobre decisões que refletirão na vida da pessoa apoiada. Por tal razão, não obstante o silêncio da norma, será recomendável que o termo de apoio estabeleça uma ordem de prioridade, ou um critério de resolução de conflitos. Essa hierarquia será necessária também para acautelar a pessoa apoiada nos casos de ocasional indisponibilidade do apoiador principal para a tomada de decisões, transferindo a responsabilidade da escolha para o apoiador subsidiário.

Adiante, apesar da omissão da lei, entendemos que a constituição da tomada de decisão apoiada será remetida ao Registro Civil de Pessoas Naturais, com averbação na margem da certidão de nascimento. O desiderato óbvio da publicidade é o de proporcionar segurança jurídica a terceiros que desejam estabelecer ou prosseguir em relações jurídicas com a pessoa apoiada. Somente com a prévia ciência sobre a medida protetiva poderá a contraparte se desincumbir do exposto no § 5º do art. 1.783-A: “Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contrassinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”.

A tomada de decisão apoiada pode beneficiar qualquer pessoa privada total ou parcialmente da autonomia, mesmo por efeito de uma deficiência puramente física ou sensorial – e sem qualquer déficit psíquico –, que a impossibilite de prover os próprios interesses. Por tal razão, o inciso VII do art. 123 da Lei n. 13.146/15 revogou o art. 1.780 do Código Civil, com o seguinte conteúdo: “A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”. (Lembramos

que o art. 1.072, I, do CPC/15 já havia revogado o art. 1.768 do CC/02, substituído pelo rol do art. 747 do CPC/15).

O modelo jurídico criado pelo Código Civil de 2002 era valioso, pois supria um vácuo jurídico. Ou seja, em uma ponderação prévia e abstrata entre os valores da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, o legislador considerou que hírido o consentimento – quando inexistente ausência ou redução do discernimento –, a interdição seria uma sanção desproporcional a ser aplicada nos casos em que a pessoa necessitasse de um representante judicial apenas por uma impossibilidade física (definitiva ou transitória) de gerir o seu patrimônio.

Assim, pessoas com capacidade psíquica plena, porém vulneráveis, tais como deficientes físicos (v.g. tetraplégicos), obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privassem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico, com base no art. 1.780 do CC/2002, poderiam se servir de sua autonomia para indicar um curador que se responsabilizaria por tais atribuições, sem que o representante judicial interferisse nas deliberações existenciais da pessoa curatelada, pois esta não sofreria nenhuma mitigação em sua autodeterminação.

Todavia, a tomada de decisão apoiada elimina a função exercida pelo art. 1.780, justificando a sua revogação. Quando a deficiência se restringe ao aspecto físico ou sensorial, sem impactos no funcionamento da *psique*, a instituição de um termo de apoio equivale à designação de um procurador para cuidados com a saúde, potencializando-se a autonomia do sujeito, agora coadjuvado pelos apoiadores. Aliás, a tomada de decisão apoiada ultrapassa amplamente o âmbito do revogado art. 1.780 do Código Civil, pois atrai para o seu centro gravitacional não apenas as pessoas com deficiência física ou sensorial, porém, preferencialmente aquelas com deficiência psíquica ou intelectual que tenham limitações na sua aptidão de se expressar e fazer-se compreender. Ao contrário das pessoas objetivamente impossibilitadas de se autogovernar – que serão interditadas e se converterão em relativamente incapazes –, os sujeitos que sofram restrições no autogoverno preservarão a capacidade plena e terão nos apoiadores a garantia da promoção de sua autonomia.

Poder-se-ia indagar sobre a necessidade de previsão legal de uma *Tomada de Decisão Apoiada*, quando nada impediria que o indivíduo autonomamente se servisse da técnica de manifestação da vontade da *representação voluntária*, para alcançar idênticos fins. Consiste essa em substituição na exteriorização da vontade pela realização de um negócio em nome de outra pessoa, sobre quem devam recair os efeitos negociais. Assim, há uma dissociação entre quem age (representante)

e aquele em cuja esfera jurídica se produz a eficácia jurídica da ação (representado).

Ocorre, que quando a transferência dos poderes de representação é instrumentalizada pela via do negócio unilateral de procuração, o outorgante estará naturalmente sujeito ao risco do mal cumprimento de suas determinações pelo procurador. A quebra da confiança se acentua pela assimetria das partes, facilitando a ocorrência de abusos ou desvios de finalidade. Ademais, é próprio da representação que o procurador ostente discricionariedade para deliberar e decidir, havendo espaço de liberdade para rejeitar os poderes representativos (art. 116, CC). Todavia, tal como desenhada no Código Civil, a responsabilidade dos apoiadores é rigorosa e fiscalização judicial e do Ministério Público tendem a direcionar os atos dos apoiadores às finalidades eleitas pela pessoa com deficiência.

### **3 CONCLUSÃO**

Dos 11 anos de experiência italiana, extrai-se que, mais do que uma reforma, a introdução da administração apoiada se tornou uma verdadeira revolução institucional – reconhecida, inclusive, pela Corte Constitucional (9/12/2005, n. 440), culminando por confinar a curatela em um espaço residual. Realmente, a experiência demonstra que a curatela desempenha uma função patrimonial básica: a de solucionar problemas concretos como comprar, vender, alugar um imóvel e investir uma soma em dinheiro. À medida que o Estatuto da Pessoa Deficiente supre essa finalidade, por meio de auxiliares tidos como apoiadores, sem que a pessoa apoiada seja privada de sua capacidade de fato, a tendência inexorável é que no Brasil se reproduza o êxito do Código Civil da Itália. Afinal, modelos jurídicos como esse materializam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na dupla acepção: protetiva e promocional das situações existenciais.

# OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

Paulo Lins e Silva

Presidente de Honra da Union Internationale des Avocats (UIA) (2006-2007). Presidente de Honra da Federação Interamericana de Advogados (FIA/IABA) (1998-1999). Diretor Internacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 3. Tratados internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes. 3.1. Declaração de Genebra. 3.2 Instituto Interamericano da Criança. 3.3. UNICEF. 3.4. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 3.5. Declaração dos Direitos da Criança. 3.6. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. 3.7. Convenção Americana de Direitos Humanos. 4. Indevido abandono à PEC 512/10.

## 1 INTRODUÇÃO

Recebe a denominação de “Tratado Internacional” o acordo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito internacional público, por meio de instrumento escrito, visando à produção de efeitos jurídicos em âmbito internacional.

No mesmo sentido é a definição apresentada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 em seu artigo 2º, ponto 1, alínea a, *in verbis*:

a) tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Importante não perder de vista que somente poderá haver aplicabilidade dos tratados internacionais entre Estados que, de forma livre e em pleno exercício de sua soberania, consentirem expressamente com seus termos. Isto significa dizer que os tratados não impõem nenhuma

espécie de obrigação àqueles Estados que não manifestarem seu livre consentimento.

## **2 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS**

A Convenção Internacional sobre o Direito dos Tratados foi celebrada no ano de 1969 na cidade de Viena, com o intuito de promover a solução das controvérsias e divergências sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais, bem como estabelecer regras e parâmetros para a assinatura, adesão, formulação e outras obrigações em âmbito internacional.

Sob essa ótica, são considerados como princípios norteadores da Convenção: a boa-fé, o livre consentimento, bem como o princípio básico do Direito Internacional *pacta sunt servanda* (art. 26). Na mesma linha de raciocínio, o artigo 27 traz expressa proibição de invocar-se direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Cumprе esclarecer que a Convenção de Viena de 1969 possui condão de disciplinar tratados internacionais vinculados tão somente à partição de Estados, deixando de apreciar a aplicabilidade daqueles celebrados entre organizações internacionais, sendo certo que a regulamentação destes últimos ocorreu somente em 1986, quando da realização da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

Não obstante a notória importância da referida Convenção, o Brasil somente a ratificou em julho de 2009 por meio do Decreto Legislativo n. 496/2009 e posterior promulgação por meio do Decreto n. 7.030/2009.

## **3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES**

### **3.1 Declaração de Genebra**

Em 1924, a extinta Liga das Nações adotou a Declaração dos Direitos da Criança formulada no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância (Save the Children International Union) – organização de caráter não governamental –, para criar o primeiro instrumento normativo de âmbito internacional a tratar direta e especificamente de questões relacionadas às crianças e adolescentes, conhecido como “Declaração de Genebra”.

Entretanto, cumpre esclarecer que 1 ano antes, em 1923, a Liga das Nações criou o “Comitê de Proteção da Infância”, motivo pelo qual os Estados deixaram de ser considerados como os únicos soberanos em matérias relacionadas aos direitos das crianças.

Pois bem. Ainda que como primeiro registro internacional acerca do tema, a Declaração de Genebra já continha determinação no sentido de proteção a toda e qualquer criança, sem qualquer tipo de discriminação, prevendo, ainda, que todas elas devem ser auxiliadas e colocadas em plenas condições de possuir um regular desenvolvimento.

Além disso, entre outros pontos, estipula que os órfãos e abandonados devem ser recolhidos, a fim de que, como toda criança, possam ser alimentados, auxiliados, tratados e reeducados.

### **3.2 Instituto Interamericano da Criança**

Criado em 1927 durante o IV Congresso Panamericano da Criança e posteriormente vinculado à Organização dos Estados Americanos em 1949.

Foi fundado por 10 (dez) países, entre eles o Brasil, Estados Unidos, Cuba, Argentina e Uruguai.

Possui como principal objetivo o zelo pelos direitos das crianças, mas também presta assessoramento legislativo e político-social aos Estados-Membros.

### **3.3 UNICEF**

O Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) foi criado em 1946, após o término da Segunda Guerra Mundial e consequente devastação em escala global, por decisão unânime da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Justamente em razão do período de sua criação, os primeiros programas da UNICEF foram direcionados à prestação de assistência em caráter emergencial a crianças no período pós-guerra no continente Europeu, no Oriente Médio e na China.

A princípio, o UNICEF foi constituído tão somente para auxiliar na reconstrução dos países europeus e, quando isso ocorreu, alguns entenderam que a missão estava completa. Entretanto, nações menos favorecidas se manifestaram pela sua manutenção, alegando que as Nações Unidas não poderiam ignorar as crianças ameaçadas pela fome, doenças e miséria em outros países.

Nesse sentido, em 1953 a UNICEF tornou-se órgão de caráter permanente na ONU e teve sua “competência” ampliada para atender as crianças ao redor do globo terrestre.

Não obstante o fato da competência do UNICEF ter sido ampliada tão somente em 1953, seu primeiro escritório em solo brasileiro foi instalado em 1950, na cidade de João Pessoa/PB, sendo o primeiro acordo assinado com o governo brasileiro destinado à proteção da saúde da criança e da gestante nos estados do Ceará, Paraíba, Piauí e Rio Grande do Norte.

### **3.4 Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Em 1948, apenas 2 dois anos após a criação da UNICEF, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, representando significativo avanço nos direitos e liberdades individuais do ser humano, bem como no reconhecimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Apesar do instrumento não tratar de forma exclusiva e expressa sobre os direitos da criança e do adolescente, mas tão somente de forma implícita, prevê em seu artigo 25, ponto 2:

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Entretanto, e por óbvio, como esta Declaração enuncia direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os seres humanos, as crianças e adolescentes também estão incluídos.

### **3.5 Declaração dos Direitos da Criança**

Proclamada em 20 de novembro de 1959 e preconizada por meio de 10 (dez) princípios – listados a seguir –, possui como fundamentação os direitos básicos de toda criança, entre eles: liberdade, estudo, alimentação, educação e convívio social.

*Princípio I* – Direito à igualdade, sem distinção de raça religião ou nacionalidade.

A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça,

cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

*Princípio II* – Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

*Princípio III* – Direito a um nome e a uma nacionalidade.

A criança tem direito, desde o seu nascimento, a um nome e a uma nacionalidade.

*Princípio IV* – Direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe.

A criança deve gozar dos benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e desenvolver-se em boa saúde; para essa finalidade deverão ser proporcionados, tanto a ela, quanto à sua mãe, cuidados especiais, incluindo-se a alimentação pré e pós-natal. A criança terá direito a desfrutar de alimentação, moradia, lazer e serviços médicos adequados.

*Princípio V* – Direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente.

A criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre da algum impedimento social deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular.

*Princípio VI* – Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança

moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

### *Princípio VII – Direito à educação gratuita e ao lazer infantil.*

A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita – em condições de igualdade de oportunidades – desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. Chegando a ser um membro útil à sociedade.

O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.

A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito.

### *Princípio VIII – Direito a ser socorrida em primeiro lugar, em caso de catástrofes.*

A criança deve – em todas as circunstâncias – figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.

### *Princípio IX – Direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho.*

A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico.

Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

*Princípio X* – Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

A criança deve ser protegida contra as práticas que possam fomentar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer outra índole. Deve ser educada dentro de um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universais e com plena consciência de que deve consagrar suas energias e aptidões ao serviço de seus semelhantes.

Ainda que indubitavelmente importantes os princípios estipulados pela referida Declaração, esta não possui qualquer caráter obrigacional jurídico, não sendo, portanto, de cumprimento obrigatório para os Estados-Membros.

A Declaração dos Direitos da Criança ainda sofreu acréscimos oriundos das *Regras de Beijing*, de 1985; *Regras de Tóquio*, de 1990 e, enfim, *Diretrizes de Raid*, também de 1990.

### **3.6 Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**

Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em novembro de 1989, tornou-se o instrumento legal em âmbito internacional mais representativo dos direitos e conquistas instituídos em favor da infância e adolescência.

A proposta original para que a ONU adotasse um instrumento em favor dos direitos da criança foi formalmente apresentada pelo governo polonês em 1978, com o objetivo de que a Convenção fosse adotada já em 1979, o Ano Internacional da Criança.

Em razão do intento de obter celeridade na “tramitação” do documento apresentado para que pudesse ser adotado já no ano festivo supramencionado, este se aproximava em muito da Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

Entretanto, quando a proposta de Convenção foi apresentada a outros países pelo Secretário Geral da ONU com o objetivo de obter sugestões e observações, muitos asseveraram que o texto era em grande parte omissivo, eis que não se referia a uma série de direitos das crianças.

Nesse após, após longos 10 anos de intenso trabalho e modificações, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi finalmente adotada em 20 de novembro de 1989, exatamente 30 anos depois da promulgação da Declaração dos Direitos da Criança.

O exato decurso de 30 anos entre a Declaração e a Convenção não por acaso, a data do dia 20 de novembro foi decretada pela ONU como Dia Universal da Criança.

Por fim, a Convenção foi aberta à assinatura e ratificação em 26 de janeiro de 1990 na cidade de Nova Iorque, EUA, sendo certo que o Brasil assim o fez por meio do Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Composta por 54 artigos e ainda, por extenso preâmbulo, é executada e cumprida inteiramente em solo brasileiro.

### **3.7 Convenção Americana de Direitos Humanos**

Também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, é um tratado internacional celebrado entre os Países-Membros da Organização dos Estados Americanos. Foi subscrita ao longo da realização da *Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos* em 1969.

Além de outros assuntos de notória importância abrangidos pela referida Convenção, dispõe no artigo 19 que, *in verbis*:

Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado.

## **4 INDEVIDO ABANDONO À PEC 512/10**

A Proposta de Emenda à Constituição n. 512/10 pretendia garantir à Justiça Estadual competência para julgar causas internacionais ambientadas no Brasil que envolvam o interesse de crianças, ao passo que, atualmente, cabe a Justiça Federal processar e julgar casos desse teor.

É de se concordar que o Juízo Federal não está familiarizado com situações que envolvem fortes aspectos psicológicos e sentimentos, enquanto o Juízo de Família lida com tais situações rotineiramente.

Além do mais, os Juízos de Família possuem extenso apoio técnico, promovido por psicólogos e assistentes sociais capacitados e ambientados aos acontecimentos diários de uma Vara de Família, enquanto, por outro lado, a Justiça Federal carece de tais profissionais em sua composição.

Entretanto, apesar de ter recebido parecer favorável do relator na Comissão de Constituição e Justiça em setembro de 2011, a Proposta

de Emenda à Constituição n. 512, de 2010, foi completamente abandonada e, por conseguinte, arquivada em 31 de janeiro de 2015.

Nesse passo, e infelizmente, as causas internacionais ambientadas em solo brasileiro que envolvem o interesse de crianças e adolescentes, ainda tramitam na Justiça Federal, permanecendo sob julgamentos extremamente técnicos, afastados dos sentimentos que são intrínsecos a essas situações.

Imperioso destacar que, ainda que carente de melhores informações, a PEC foi devolvida à Coordenação de Comissões Permanentes em 15 de setembro de 2015.



# MUDANÇA DE DOMICÍLIO E FORO DE DISCUSSÃO DA GUARDA: SEQUESTRO INTERPARENTAL?

Ana Carla Harmatiuk Matos

Doutora pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e Mestra em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía (1997). Tutora Diritto na Universidade di Pisa- Itália (2002). Professora na Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil, de Direitos Humanos e de Novos Direitos. Advogada. Diretora da Região Sul do IBDFAM. Vice-Presidente do IBDCivil. Autora de artigos e livros jurídicos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Aspectos do chamado sequestro interpARENTAL. 3. Interpretação sistemática, segundo os novos valores do direito de família contemporâneo brasileiro. 4. Alterações legítimas da residência habitual. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema de reflexão desse artigo, espelhado no título, como se nota, sugere uma provocativa inter-relação de saberes de inspiração proposadamente crítica. Procura-se tratar a temática numa abordagem que não aquela puramente processual. Desse modo, diferentemente do que se pode num primeiro momento imaginar, não se pretende restringir a análise à influência da mudança de domicílio da criança ou adolescente no curso da ação que versa sobre o estabelecimento da guarda.

Busca-se, assim, neste trabalho, trazer outros argumentos com o escopo de contribuir para uma melhor proteção da criança e do adolescente, abordando uma possível analogia com o Direito Internacional Privado. Para tanto, indica-se que a retirada ilegítima de um infante de sua residência habitual, mesmo que dentro do território nacional, pode ser considerada uma modalidade de “sequestro interpARENTAL”, para finalidades relacionadas ao restabelecimento do domicílio originário e fixação do foro.

Isto porque se percebe uma aproximação de argumentos de fundo do Direito Internacional Privado com os fundamentos valorativos do Direito de Família contemporâneo brasileiro, que busca nas noções de guarda compartilhada e alienação parental, entre outras, evitar condutas abusivas e ilegítimas de um dos genitores.

Ao mesmo tempo, procura-se afastar de uma concepção simplista da convivência paterna e materno-filial a partir do apontamento de circunstâncias que justificam a mudança do contexto espacial infante-juvenil, especialmente quando se busca, com isso, romper com ciclos de violência intrafamiliar.

## **2 ASPECTOS DO CHAMADO SEQUESTRO INTERPARENTAL**

As situações personalíssimas e familiares que podem estar relacionadas a mais de um país são habituais no mundo contemporâneo. E estas comumente podem ser afetadas pelas diferenças que existem entre os sistemas jurídicos vigentes de determinadas nações. Para resolver essas questões, como é sabido, os Estados adotam regras especiais do Direito Internacional Privado.

Além do mais, essas diferenças entre os diversos ordenamentos jurídicos envolvidos podem gerar migrações propositais de pessoas ou serem utilizadas, ainda que inconscientemente, pelas partes envolvidas, como modo de descumprirem determinados direitos e deveres.

Daí a necessidade de cooperação jurídica internacional e administrativa na área de direito privado, principalmente nas áreas da proteção à criança e à família. Relevante, também, ter-se estabilizado o direito aplicável para determinada hipótese fática.

Destarte, a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de menores trata de combater o sequestro parental de crianças e objetiva um sistema de cooperação entre os Estados, bem como um procedimento rápido para restituição do infante ao país de residência habitual.

As autoridades centrais em cada país, assim, devem proporcionar assistência para a localização da criança e para alcançar, onde seja possível, a restituição voluntária da criança ou uma solução consensual para as questões de guarda. Igualmente, devem cooperar para prevenir maiores prejuízos à criança, iniciando ou apoiando o procedimento para a restituição, e atendendo os assuntos administrativos necessários para garantir à criança o menor impacto negativo possível.

Compreende-se a noção de sequestro interp parental (ou sequestro internacional de crianças ou adolescentes) como aquele que se

verifica quando há o deslocamento ilegal de infantes e jovens de seu país ou sua retenção indevida em outro local que não seja o de sua residência habitual.

Assim, numa situação de disputa de guarda, o princípio da residência habitual, próprio do Direito Internacional Privado, merece destaque. Entende-se este princípio como “prevenção de uma situação em que a criança é retirada do ambiente familiar e social em que sua vida se desenvolveu e sobre como obter retorno imediato dela ao ambiente ao qual foi removida”.<sup>1</sup>

No que se refere ao uso do vocábulo “sequestro” para o deslocamento ou manutenção ilegítima de genitor com seu próprio filho cabe uma explicitação. Segundo Carolina Helena Lucas Mérida:

[...] por dificuldade técnica, o termo ‘abduction’, do título em inglês, foi traduzido como sequestro, na versão oficial brasileira. Dessa forma, há que se compreender que a convenção, apesar de usar o termo sequestro, pretende regular a transferência ou retenção irregular de crianças, tratando da questão da guarda de menores.<sup>2</sup>

Destarte, observa-se que a Convenção de Haia de 1980, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.413/2000, prevê medidas para evitar e solucionar situações nas quais crianças ou adolescentes têm seu direito de convivência com um dos pais (ou até mesmo de ambos) subtraído.

Neste sentido, as observações de Mônica Sifuentes são esclarecedoras, a saber:

Ficou estabelecido pelos estados-membros, após longas discussões, que a melhor solução para o conflito seria o retorno da criança ao local de sua última residência, para que o juiz daquele país decida sobre quem deverá ser atribuída a guarda. Não se trata, como erroneamente se supõe, de devolvê-la ao outro genitor; mas de encaminhá-la à autoridade competente, pois é ali que a criança tinha sua vida, seu círculo de amizades, a escola, a vizinhança. O juiz ou a autoridade local dispõe, sem dúvida, de melhores meios para colher provas e avaliar qual dos pais deve ficar com o menor.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

<sup>2</sup> MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro interparental: o novo direito das crianças. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 9, p. 7-16, fev. 2011.

<sup>3</sup> SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1989. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009.

Contudo, nem sempre a essência do instituto se evidencia nas decisões. Vejamos:

Ação cautelar de busca e apreensão [...] Procedência do pedido de restituição. Se a legislação do local de residência habitual prevê a guarda compartilhada, o deslocamento dos filhos do casal, com a fixação de nova residência no Brasil, sem a autorização do pai, caracteriza a violação do direito de guarda, a justificar o deferimento do pedido de regresso [...] (TRF 1 – São Paulo – Ação Cautelar 2007.61.00.018633 – data de julgamento: 10 de setembro de 2007).

Outrossim, é importante observar, para uma melhor elucidação da temática, os casos aos quais se aplica a Convenção da Haia: o país de residência habitual da criança e o país em que a criança foi levada devem ter aderido à convenção; a criança em questão deve ser menor de 16 anos de idade; e a criança deve ter sido “ilicitamente transferida ou retida”, em violação do direito de guarda nos termos da lei do estado de sua residência habitual.

Caso notório foi o do menino Sean Goldman, amplamente divulgado e explorado pela mídia de maneira exaustiva no Brasil, sem espezinhar suficientemente os objetivos dos valores que a convenção procura tutelar. Além das dificuldades próprias da especificidade do caso, destaca-se o agravamento dos dramas humanos envolvidos em razão das dificuldades de compreensão e aplicação da convenção. Aliado a estes fatores, com o passar do tempo e com o falecimento da mãe, estabeleceu-se uma família recomposta, com o padrasto de Sean, segundo marido da mãe, e nova irmã. Além disso, a família materna brasileira muito convivia e participava dos cuidados com as crianças.

Em 2004, iniciou-se o conflito pela obtenção da guarda do menino, nascido em 2000, em Nova Jersey, nos Estados Unidos, filho de mãe brasileira e pai estadunidense. Naquele ano (2004), houve, conforme noticiado, a retirada da criança do convívio paterno, na época com sua autorização. Já no Brasil, a mãe de Sean divorciou-se do americano e, em 2008, faleceu em razão de complicações no parto de sua segunda filha. A justiça brasileira concedeu ao padrasto a guarda provisória do Sean e houve sucessiva manutenção da criança, no Brasil, com seu novo núcleo familiar e com seus avós maternos. Apenas em 2009, a justiça brasileira determinou que a criança fosse entregue ao seu pai biológico para que a decisão acerca da guarda fosse realizada nos Estados Unidos.

Em contrapartida, a família brasileira recorreu dessa determinação e obteve, junto ao Supremo Tribunal Federal, uma liminar estabelecendo que o menino permanecesse no país, até ser ouvido,

iniciando-se uma questão complexa entre os países envolvidos (Brasil e Estados Unidos).

O ápice do conflito ocorreu no mesmo ano, quando o STF determinou que Sean retornasse ao local de sua última residência para que o juízo daquele país decidisse sobre a quem atribuir a sua guarda. Desde então, o garoto vive nos Estados Unidos.<sup>4</sup>

Esse emblemático caso que tanta comoção gerou, ao menos, chamou a atenção da sociedade e dos juristas para a aplicação da referida convenção no Brasil.

Assim, várias medidas foram tomadas para superar as dificuldades inicialmente enfrentadas. Entre outras iniciativas, destaca-se o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, instituído em agosto de 2006, pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministra Ellen Gracie Northfleet. Esse coletivo, composto por representantes dos órgãos públicos envolvidos no tratamento do tema, tem o objetivo de divulgar este importante documento entre os operadores jurídicos, fomentar estudos e pesquisas, participar no âmbito interno e internacional de discussões a respeito, fornecendo elementos para auxiliar sua interpretação e aplicação.<sup>5</sup>

Isto porque há alguns problemas a serem observados, segundo Mônica Sifuentes, principalmente decorrentes do lapso temporal entre a aprovação da convenção no plano internacional e a sua ratificação pelo país, quais sejam: conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum e a Justiça Federal;<sup>6</sup> falta de domínio, por parte dos juízes e dos operadores do Direito, em geral, sobre a Convenção de 1980; e lacunas normativas internas para a efetivação da celeridade prevista na Convenção.<sup>7</sup>

Superadas as dificuldades de compreensão e aplicação, destacam-se algumas decisões sobre a Convenção de Haia que ilustram os valores essenciais da temática, como a que segue:

Internacional. Remoção ilícita de menor. Convenção da Haia. Mérito da guarda. Impertinência. Interesse da criança. Busca e apreensão. Canadá. Deferimento. Guarda compartilhada. A violação da guarda compartilhada, com a retirada da criança, sem a

---

<sup>4</sup> Resumo do caso por Yves Zamataro. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215815,81042-Sequestro+Interparental+Aplicacao+da+Convencao+de+Haia+no+Direito>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

<sup>5</sup> A propósito: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

<sup>6</sup> Por aquela ser a competente para julgar as ações que envolvem conflitos relacionados ao direito das famílias e, no caso, para decidir sobre a guarda do menor, e esta ter reconhecida a competência para julgar os pedidos de restituição do infante, com base na Convenção.

<sup>7</sup> SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1989. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 138, 2009.

concordância do pai, do país de sua residência habitual, autoriza o pedido de regresso. Não comprovada nenhuma das situações previstas no art. 13 da Convenção da Haia, é de ser deferido o pedido de regresso. Procedência da ação [...] 4. *A ratio essendi da convenção sobre sequestro é coibir o deslocamento ilegal de crianças e permitir a rápida devolução ao país de sua residência habitual anterior ao sequestro, onde deverá ser apreciado o mérito do direito de guarda (arts. 16 e 17). A ideia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo que estes estejam vivendo em países diferentes [...].* (TRF-2 - AC: 200551010097929 RJ 2005.51.01.009792-9, Relator: Desembargador Federal Luiz Paulo Araujo, data de julgamento: 17/10/2007, Sétima Turma Especializada). (Grifos nossos)

Observe-se que, ao lado do aspecto procedimental, qual seja, devolver ao local de residência habitual para somente então se ter propriamente uma análise do mérito da questão, há como fundamento de base a percepção de que o juiz da localidade onde morava a criança é o mais habilitado para verificar as condições fáticas do seu melhor interesse e primar pela sua proteção integral.

Do mesmo modo, destaca-se que o tempo é fundamental para guardar o objetivo proposto pela convenção. Se se tarda na prestação jurisdicional de devolução da criança ou adolescente, sua convivência familiar e comunitária já terá sido em muito alterada, prejudicando enormemente o contexto daquele que se deve prioritariamente tutelar. Segundo dispõe seu artigo 12:

Quando uma criança tiver sido ilícitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. [...]

Não se desconhece, na hipótese, que podem ocorrer em determinadas situações (graves e excepcionais) deslocamentos e retenções que são considerados legítimos, dado a necessidade de se afastar de outro dano maior. Há, inclusive, previsão expressa nesse sentido. Observe-se a previsão do artigo 13:

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar: [...]

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Do mesmo modo, regulamenta o artigo 20: “O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

Trata-se, pois, de relevante hipótese na qual se presta a devida atenção à análise dos contextos específicos, mesmo que excepcionais. Assim já se decidiu:

[...] Como ensina Jacob Dolinger, as exceções devem ser entendidas em caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão [...] 7. A Convenção da Haia atende perfeitamente não apenas aos direitos à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor - que não se reduzem, por óbvio, à família e comunidade do sequestrador -, assegurados na Constituição da República (art. 227), como também ao direito de ser a criança cuidada pelos pais e de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas, como asseguram os artigos 7º e 8º da convenção da ONU sobre os direitos da criança. 8. Apelação improvida. (TRF-2 - AC: 200551010097929 RJ 2005.51.01.009792-9, Relator: Desembargador Federal Luiz Paulo Araujo. Data de julgamento: 17/10/2007, Sétima Turma Especializada).

Destaque-se que a Convenção de Haia de 1980 encontra-se atualmente vigente em 78 países e já contribuiu para a resolução com sucesso em vários casos de subtração ou retenção indevida de crianças. Portanto, o emblemático e mais conhecido caso brasileiro, bem

como as dificuldades apontadas, devem ser tomados como motivação para se seguir na trilha do aprimoramento do Direito Internacional Privado e da proteção superior das crianças.

Além do mais, cumpre esclarecer que por recomendação expressa da conferência de Haia, sempre deve ser tentada uma solução acordada para o retorno das crianças, observando-se que efetivamente um grande número de casos é resolvido por via da mediação ou da conciliação, com retorno voluntário e menos traumático da criança ao país de residência habitual.

Além do pragmatismo da convenção e a simplicidade de seu instrumento fundamental, que é a ordem de restituição ao país de residência habitual da criança, efetuada da forma mais rápida possível; tem-se presente igualmente uma função que poderia se dizer pedagógica, porque se busca servir como desestímulo à conduta da subtração de crianças de seus lares. Almeja-se, assim, o caráter preventivo, na clareza de sua mensagem de que o sequestro interpaparental é prejudicial à criança, que tem direito a manter contato com ambos os pais e a convivência comunitária a que está habituada.

### **3 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA, SEGUNDO OS NOVOS VALORES DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO**

Se tomado análogo assunto, contudo circunscrito dentro do território brasileiro, quanto àquele genitor que se desloca ou retém filho em lugar fora da residência habitual deste, predominam soluções sob uma perspectiva preponderantemente processual.

No que se refere especificamente à mudança de domicílio no curso da lide, podemos observar o seguinte entendimento dos tribunais nacionais:

Processual civil. Conflito positivo de competência. Menor [...] Guarda exercida pela mãe. Mudança de domicílio no curso da lide. Irrelevância. CPC, art. 87. Jurisprudência do STJ. I. Prevalece o art. 87 do CPC sobre a norma do art. 147, i, do ECA, que tem natureza absoluta quando, em curso a ação originária, proposta regularmente no foro de residência do menor, o detentor da guarda altera seu domicílio. II. Precedentes do STJ. III. Inexistência de circunstância excepcional a indicar solução diversa. IV. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo de direito da 3ª vara de família, sucessões e cível de Goiânia, GO, o suscitado. (STJ - CC: 94723 RJ 2008/0060262-5, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Data de julgamento: 24/09/2008. Segunda Seção).

Direito constitucional - direito de família - direito processual civil - agravo de instrumento - ação cautelar de distribuição do poder familiar - modificação de competência - código de processo civil, artigo 87 - momento de fixação da competência - mudança de domicílio - irrelevância - recurso provido. - a mudança de domicílio da detentora da guarda dos menores, ou de qualquer das partes, após a distribuição da ação, não implica em alteração da competência, nos termos do artigo 87 do código de processo civil. (TJ-MG, Relator: Moreira Diniz, data de julgamento: 11/06/2015, 4ª Câmara Cível).

Mesmo que a alteração for para o exterior, a fixação da competência impera, vejamos:

1. A mudança de domicílio da menor e de seu representante legal depois de configurada a relação processual não modifica a competência firmada no momento em que a ação é proposta, depois de fixada aquela, as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas são irrelevantes, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. Prevalência do art. 87 do CPC sobre a norma do art. 147, i, do ECA. Precedentes. 2. Na hipótese, o fato da genitora das menores - detentora da guarda e domiciliadas em Brasília/DF - ter-se mudado durante o curso da ação para o exterior, levando consigo suas filhas, ainda assim o art. 87 do CPC prevalece sobre a norma inscrita no art. 147, i, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que a competência das ações que envolvem menores é o do foro do domicílio dos pais ou responsáveis. 3. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJ-DF - AI: 70701920118070000 0007070-19.2011.807.0000, Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, data de julgamento: 08/06/2011. 3ª Turma Cível)<sup>8</sup>

De qualquer modo, acredita-se que restringir o manto da discussão à competência técnica não desvela a essência dos valores fundamentais que estão em jogo, em descompasso com as transformações atuais no Direito de Família.

Parece-nos que o tema de deslocamento ou retenção de criança e adolescente fora de sua residência habitual, especialmente em momento de disputa de guarda, é central e diz respeito à essencialidade da proteção das pessoas em desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>8</sup> Assim ementado: PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - FAMÍLIA - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE VISITA INTENTADA PELAS MENORES CONTRA SEU GENITOR - GUARDA EXERCIDA PELA MÃE - MUDANÇA DE DOMICÍLIO DAS MENORES E DE SUA GENITORA NO CURSO DA LIIDE - IRRELEVÂNCIA - FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO - CPC, ART. 87 - DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA EM FAVOR DO DOMICÍLIO DO GENITOR - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO REFORMADA.

Por este motivo, tal qual nos fundamentos que aparecem na base da noção de sequestro interpaparental, de índole internacional, necessita-se compreender melhor a gravidade que o assunto engloba, mesmo que dentro das fronteiras nacionais. Para tanto, acredita-se que os contornos processuais não são suficientes, em busca da unidade do sistema brasileiro numa interpretação que leve em consideração as demais fontes legislativas, indicativas dos princípios e valores atuais para o tema.

Nesse sentido, é relevante trazer para o debate a noção de alienação paparental. A propósito de uma compreensão adequada do instituto, Darnall o caracteriza como campanha intencional de um dos genitores para denegrir ou difamar o outro, interferindo sistematicamente na relação paparental do filho(a) com o outro genitor, e resistência ou desobediência constante das determinações da justiça.<sup>9</sup>

É descrito por Richard Gardner,<sup>10</sup> por outro lado, e conhecido por Síndrome de Alienação Paparental (SAP), o comportamento que a criança desenvolve quando manipulada pelo genitor alienador para se afastar voluntariamente do genitor-alvo.

Consideradas as nuances entre os campos da Psicologia e do Direito de Família, a Lei n. 12.318/2010, de sua banda, conceitua alienação paparental,<sup>11</sup> exemplifica formas de se caracterizá-la<sup>12</sup> e prevê uma série de punições em relação ao alienador.<sup>13</sup> A mais leve se refere à

---

<sup>9</sup> DARNALL, C. *Divorce causalities: Understanding paparental alienation*. Dallas, Texas: Taylor Publishing, 2008.

<sup>10</sup> GARDNER, Richard. Recent trends in divorce and custody litigation. *The Academy Forum*, n. 29, p. 3-7, 1985.

<sup>11</sup> De acordo com o art. 2º, constitui “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

<sup>12</sup> De acordo com os incisos do parágrafo único do mesmo dispositivo acima referido, exemplificam a alienação paparental: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade paparental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obter ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (Grifos nossos).

<sup>13</sup> Segundo dispõe o art. 6º caracterizados atos típicos de alienação paparental 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: “[...] VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; (...) Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a

advertência e a mais grave à suspensão da autoridade parental. Perpassa, ainda, este rol, com vínculo ao tema tratado nesta ocasião, pelas possibilidades de fixação cautelar de domicílio da criança ou do adolescente.

Apesar de compreendida a problemática que envolve a reconfiguração da dinâmica familiar pelas mãos de um magistrado, fato é que as normas em Direito de Família se apresentam, com frequência, como necessária interdição a quem abusa de um determinado poder. O objetivo reside em racionalizar tensões cujo pano de fundo, muitas vezes, acompanha-se de um plexo de angústias, ressentimentos e desejos de vingança refletidos na figura da criança e do adolescente.

Aqui se apresentam, portanto, relevantes pontos de contato entre as temáticas. Se iniciada uma disputa de guarda de filhos dentro do território nacional, não se trata, por óbvio, de sequestro segundo o Direito Internacional Privado, nem também, a nosso ver, de mera questão processual.

Há, ademais, elementos indicativos de possível alienação parental ou abusividade de um dos genitores nas alterações de residência injustificadas em momento de disputa de guarda bem como que tal postura é grave e deve ser prontamente combatida.

Vejamos julgados interessantes nesse sentido:

Agravo de instrumento - direito de família - ação de modificação de guarda - [...] - alteração de guarda da filha do casal- indeferimento- revogação- mudança de domicílio sem qualquer comunicação do novo endereço- ato que dificulta o exercício do direito regulamentado de convivência familiar- lei 12.318, de 2010 - recurso a que se dá provimento. Em face dos indícios de prática de alienação parental por parte da mãe da criança, bem como em razão do pai apresentar condições para ser o guardião, deve ser deferido o pedido. (des. Marcelo Rodrigues) (TJ-MG - AI: 10521130019016001 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, data de julgamento: 14/01/2014. 2ª Câmara Cível).

Embargos de declaração [...] Ação de modificação de guarda. Ação proposta onde o detentor da guarda não mais tem domicílio. Envio dos autos para o juízo competente. Inexistência de conflito. 1.

---

obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar”. Percebe-se pela citação direta aos fundamentos legais como a noção de lar diz respeito a medidas que buscam evitar a Alienação Parental. Do mesmo modo, por força da nova lei da guarda compartilhada obrigatória (Lei nº 13.058, de 2014), também assim regulamentou-se: “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município”. (Grifos nossos).

Consoante se verifica das informações prestadas pelos juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do CPC. 2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, i, do estatuto da criança e do adolescente. 3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos. 4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão. 5. Embargos de declaração rejeitados. (STJ Relator: Ministro Raul Araújo. Data de julgamento: 30/01/2010. Segunda Seção).

Trata-se, portanto, de viés complementar de enfrentamento da temática, pautada na interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, numa percepção de que o contexto onde a criança ou adolescente vive, seu meio social, sua ambiência escolar, sua noção de lar, devem ser, em princípio, preservados, a não ser que outra situação existencial fundamental afaste esta hipótese – o que se imagina excepcional.

Na sequência, aventam-se, portanto, as possibilidades legítimas de rupturas mais significativas no cotidiano infantojuvenil, em observância ao exercício, quando responsável, de autonomia dos indivíduos que visam a construir novos rumos pessoais e aos filhos após a dissolução de seus vínculos conjugais.

#### **4 ALTERAÇÕES LEGÍTIMAS DA RESIDÊNCIA HABITUAL**

Em função do que dispõe a lei sobre a alienação parental no país, passada a fase de seu reconhecimento, urge o desenvolvimento de pesquisas interdisciplinares capazes de diferenciar, de modo seguro, quando a limitação estabelecida no convívio entre um dos genitores e os filhos se caracteriza como violência e quando se caracteriza como proteção adequada da criança.

Ou seja, por vezes, excepcionalmente, a própria alteração da residência habitual pode se dar num contexto de proteção dos membros familiares quando, inseridos os mais vulneráveis em relações disfuncionais, tentam se aproximar de outros parentes ou pessoas que lhes ofereçam solidariedade.

Neste sentido, é relevante associar à compreensão de alienação parental a ausência de legítima justificativa para a resistência da criança em se relacionar com um dos genitores. Se há abusos, como sexual, físico, psicológico ou práticas educativas parentais precárias por parte de um dos pais, não há alienação parental por definição.

Trata-se de aspecto de relevante destaque, pois não basta enunciar a mera convivência como suficiente ao cumprimento dos papéis parentais. Ilustrativamente, pesquisas evidenciam que em 35% dos casos o motivo da recusa da criança em conviver com o genitor conectou-se à inabilidade ou limitação do outro pai, falta de calor, interesse, sensibilidade pelas necessidades da criança ou rejeição por uso de alcoolismo ou drogadição ou temperamento violento do genitor ou padastro/madrasta.<sup>14</sup>

Em hipóteses como as exemplificadas acima, evidentemente, a mudança de domicílio não significa exercício abusivo da autonomia de um dos ex-cônjuges. Pelo contrário, trata-se de alternativa capaz de salvaguardar a criança de contextos nos quais a convivência se apresenta, em certa medida, corrosiva ao seu melhor interesse.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cotejo do tema do sequestro internacional, alienação parental e guarda compartilhada de filhos, portanto, é adequado.

Para além da aplicação das penalidades acima referidas, evidenciam-se relações de poder marcadas pelas construções socioculturais sobre o feminino, o masculino e os infantes, possibilitando-se, ainda, a um dos genitores exceder os limites de responsabilização pela prole, inclusive durante o casamento ou a união estável, o que contribui com a indesejada hierarquização da relevância da participação de cada um dos pais (ou outros familiares) no cotidiano da criança.

O presente momento é oportuno para se utilizar a Convenção de Haia como um relevante fundamento epistemológico para a temática e se preencher, com qualidade, o direito à convivência familiar e comunitária, inclusive nesse aspecto de se evitar a mudança abrupta

<sup>14</sup> BALA, N.; HUNT, S.; MCCARNEY, C. Parental alienation: Canadian court cases 1989–2008. *Family Court Review*, v. 48, n. 1, p. 164–167, January 2010.

e ilegítima de residência justamente quando do início da disputa pela guarda.

Com efeito, as demais alterações legislativas no tema da guarda – como a Lei n. 13.058 de 2014 –, só não impõe o compartilhamento quando há graves óbices ao exercício do poder parental ou quando um dos pais manifesta que não deseja exercer a guarda. Compreende-se que igualmente o mesmo objetivo deve-se atender ao fixar o foro segundo aquele de residência habitual dos filhos.

Com isso, o desafio passa a ser a pulverização dos focos de abuso de poder afetivo – que, se por um lado, costuma se exercer pela mãe em contextos de alienação parental, pode, com facilidade, exercer-se pelo pai em contextos de guarda compartilhada que não refletem um real comprometimento conjunto na rotina de cuidados dos infantes. Portanto, o foco deve se centrar na corresponsabilização e na busca adequada de informação que um juízo da localidade melhor poderá averiguar.

Assim, não contribui, necessariamente, para a melhor readequação das personagens da família no panorama posterior ao divórcio tão somente uma abordagem processual. Ao revés, devem-se promover mediações, soluções consensuais bem como, se necessária, a atuação de uma pluralidade de profissionais que podem contribuir não apenas em futuro processo de identificação da alienação parental, inclusive quando da mudança da residência habitual, mesmo que anterior ao início do processo, como também em corrente processo de prevenção de sua incidência, planejando, em contato com os pais, o adequado perfil da responsabilidade parental que se espera experimentar após a dissolução do vínculo entre os adultos.

Assim, diante dos tópicos abordados, e para se tratar dos assuntos a eles relacionados, há uma aproximação possível entre a noção de sequestro interparental – este, atinente ao Direito Internacional – e a questão processual acerca da mudança de domicílio dos pais (ou partes) no curso da lide a influenciar o foro de discussão da guarda, à luz dos relevantes fundamentos valorativos do Direito de Família contemporâneo. Estas matérias, se tratadas com a devida atenção, aproximar-se-ão pelo “pano de fundo” da proteção integral da criança – afastando-se eventuais confusões de teor teórico e prático, uma vez que, a rigor, não necessariamente estão inter-relacionadas.

## 6 REFERÊNCIAS

BALA, N.; HUNT, S.; MCCARNEY, C. Parental alienation: Canadian court cases 1989–2008. *Family Court Review*, v. 48, n. 1, p. 164–167, January 2010.

DARNALL, C. *Divorce causalities: Understanding parental alienation*. Dallas, Texas: Taylor Publishing, 2008.

GARDNER, Richard. Recent trends in divorce and custody litigation. *The Academy Forum*, n. 29, p. 3-7, 1985.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro interparental: o novo direito das crianças. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 9, p. 7-16, fev. 2011.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1989. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009.



# A FUNÇÃO SOCIAL DO PROFISSIONAL DE FAMÍLIA: DESAFIOS, RESPONSABILIDADES E NOVAS PERSPECTIVAS

Diana Poppe

Advogada de Família.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Mudança dos tempos. 3. História. 4. Surgimento do profissional de família. 5. A construção do novo profissional de família. 6. Pilares que precisam emergir. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho realizado pretende um reconhecimento da nossa história recente, que nos leva às novas possibilidades do contexto atual, para entendermos qual é a função social do operador do Direito de Família nos dias atuais. Minha primeira experiência como advogada de Família, há quinze anos, deu-me a certeza de que, com raras exceções, não há vencedores em disputas judiciais travadas em Varas de Família, mas a lei à época (ano 2000) permitia e incentivava a busca pelo certo e pelo errado. Hoje, não é mais assim.

A primeira parte do trabalho está destinada a contextualizar historicamente o Direito de Família no Brasil e a segunda parte convida a uma reflexão sobre quem é o novo profissional de Família e o que se espera da construção desse novo profissional.

## 2 MUDANÇA DOS TEMPOS

Para contextualizar esta proposta basta a observação da nossa própria história familiar. As possibilidades ofertadas e vividas por nossos pais são completamente distintas das possibilidades ofertadas e vividas por nossos avós, que são completamente diferentes das nossas possibilidades de escolhas neste momento da história do país e que será absolutamente diversa das possibilidades dos nossos filhos.

E em um plano de quatro gerações, portanto, temos um cenário muito real e fácil de ser acessado, para termos noção da velocidade da mudança dos tempos e como ela afeta diretamente nossas vidas, *porque nossas escolhas dependem de nossas possibilidades.*

Nesse turbilhão incessante de mudanças, ser um operador do Direito de Família nos dias atuais é *um ato de coragem*.

Tudo muda o tempo todo, como já dizia Nelson Motta. E precisamos estar preparados. Como? Tendo consciência de qual é a nossa função social agora e de que modo delinearíamos essa função.

### 3 HISTÓRIA

O casamento, hoje, não guarda qualquer semelhança com sua origem. Antes era – principalmente – um *negócio* que já serviu ao Estado, à Igreja em épocas em que vivíamos em uma sociedade *patriarcal, hierárquica, agrária, machista, escravocrata*.

Não havia interesse social, nem econômico no divórcio e, portanto, essa solução foi preterida, combatida, renegada e malvista pela sociedade.

Dos 515 anos do Brasil, durante 477 anos o divórcio não foi possível. O divórcio passou a ser possível no dia 26 de dezembro de 1977, com a promulgação da Lei n. 6.515, elaborada pelo senador Nelson Carneiro, que precisou aguardar 26 anos para conseguir a promulgação da lei, em plena ditadura militar.

A lei dizia em seu artigo 2º, inciso IV, que a sociedade conjugal terminaria pelo divórcio e, na seção I, que os juízes deveriam “promover todos os meios para que as partes reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.

Já, o artigo 5º da mesma lei facultava aos cônjuges imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e tornassem insuportável a vida em comum.

Essa lei representou à época um enorme avanço social, na medida em que viabilizou, embora com inúmeras condições, a liberdade que representa o divórcio em si.

Fazendo, porém, uma análise histórica do que culturalmente representou a Lei do Divórcio pode-se dizer que ela foi *um remédio que curou, mas que deixou um efeito colateral que sofremos até os dias de hoje*.

Isso porque as várias condições exigidas pela lei, para que a decretação do divórcio fosse possível, num Estado paternalista, criaram um terreno fértil para a atribuição de culpas e responsabilidades

ao outro, no momento em que o estado exigia uma prestação de contas do casal que se divorciava, para decretar, ou não o pedido de divórcio.

E atribuição de culpa ao outro produz automaticamente o discurso da vitimização. A vitimização impossibilita uma postura de autoimplicação, *mea culpa*, assunção de responsabilidades.

No Brasil, a Lei do Divórcio dá força ao movimento feminista que atinge seu auge na década de 1980. A luta da mulher para ocupar outros e novos espaços dentro da sociedade começa a provocar um equilíbrio entre homens e mulheres dentro da família, fazendo cair por terra a estrutura patriarcal e hierárquica, que era uma realidade até então.

A Constituição Federal de 1988 assegurou a igualdade de gêneros, na teoria.

Acontece que olhando para trás, agora, fica fácil entender o movimento, mas é preciso ter consciência de que foi um movimento de lutas. A mulher teve de brigar por seus espaços, e o homem, consequentemente, moldar-se e reinventar seu papel social. Contudo, tudo isso num cenário de conflitos, litígios, disputas de poder.

Os anos 1970 e 1980 foram também um momento histórico de revolução sexual, que proporcionou novas experimentações e desejos, surgindo a Psicanálise como forma de dar conforto e vazão a esses novos acontecimentos, mas tudo em meio a um turbilhão de preconceitos, já que a sociedade ainda era essencialmente machista e patriarcal.

Nesse cenário, como dito, *a Lei n. 6.515/77 revelou seus efeitos colaterais: ao abrir caminho para a liberdade individual, impôs desvios que significaram a atribuição de culpas, pois exigia uma justificativa ao Estado e à sociedade as razões do divórcio. E, consequentemente, a vitimização e não a auto implicação, o que representou um desperdício evolutivo social enorme.*

Valendo-se desta mesma lei, surgiram os profissionais especializados em Direito de Família.

## **4 SURGIMENTO DO PROFISSIONAL DE FAMÍLIA**

Vale aqui uma ressalva rápida sobre o pensamento cartesiano que deu lugar ao pensamento sistêmico atual, antes de entrarmos no surgimento do profissional de família. Voltarei a este tema mais adiante.

O pensamento sistêmico é uma abordagem atual que amplia nossa visão sobre o mundo, na medida em que analisa os acontecimentos, sejam eles em plano micro ou macro, de forma a contextualizá-los

dentro de um tempo, uma cultura, visão de mundo, enfim paradigmas – padrões de comportamento.

Até bem pouco tempo, justamente no momento dos conflitos em Varas de Famílias para disputas de espaços e poder, tínhamos o pensamento cartesiano como padrão, dava-se valor às Ciências Exatas, à Engenharia, à Matemática. Os valores eram moldados de forma taxativa: O certo e o errado. O bom e o mau.

Os profissionais de Família surgiram nesse cenário e, portanto, renegados. Era considerado um direito menor, menos importante, de quem preteria a ciência para se entreter com frivolidades. É importante falar sobre isso porque este senso comum implica diretamente nossa autoestima. Dessa forma, primeiro o grande advogado pedia para o estagiário cuidar do caso de um amigo, cunhado ou vizinho, sem qualquer especialização na área.

Depois, começaram a surgir as grandes disputas judiciais e a especialização tornou-se necessária, mas voltada para esse cenário de lutas por direitos negados pela sociedade até então, pois ainda havia, na família, todo um preconceito contra a mulher e um privilégio ao homem. Falava-se em crime de adultério, mulheres perdiam o direito de criarem seus filhos, os homens feridos em sua honra não tinham noção de como criar os filhos, mas eram bem vistos aos olhos da sociedade essencialmente preconceituosa. O bom e o mal eram muito claros no momento do julgamento.

Então, inúmeras batalhas judiciais foram travadas. E o litígio era uma máxima nas Varas de Família. Aprendia-se nas faculdades: primeiro entra com a ação, depois, se for o caso, pensa-se em um acordo. E o bom advogado era o que mais batalhas judiciais travava nos fóruns.

Esse foi um *cenário cultural, paradigmático, absolutamente necessário nesse momento em que se lutava contra os preconceitos e privilégios de uma sociedade machista, patriarcal e excludente. O cenário onde se criou a cultura do litígio*, um era o culpado, o outro era a vítima: vamos ver quem ganha essa batalha. Famílias inteiras foram destruídas na busca do certo e do errado, dentro da cultura do pensamento cartesiano de causa e efeito.

Devemos a essas famílias e a esses advogados a grande revolução que experimentamos nos dias de hoje.

Há cinco anos, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010, a possibilidade de atribuição de culpa pelo divórcio acabou. Essa emenda, como se sabe, foi iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que, por meio do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, foi outro “Carneiro” baiano que revolucionou

nosso Direito de Família. De um dia para outro tudo mudou. O advogado, acostumado a promover ações judiciais, não tinha mais argumentos para propô-las. Cada cônjuge que desejasse se divorciar tinha de se responsabilizar por essa decisão, sem precisar mais se justificar, nem poder culpar ninguém, ou mesmo, vitimizar-se. São cinco anos em um país com 515 anos de idade. É muito pouco. Profissionais do Direito de Família, a sociedade e as instituições, tanto de ensino quanto do Poder Judiciário, ainda vivem sob a lógica e dinâmica do conflito, mas, *com raras exceções, não há mais pelo que brigar.*

Vivemos um momento em que após tantas lutas e graças a elas não precisamos mais nos enfrentar. Os direitos foram conquistados. Já se sabe o papel da mulher dentro da sociedade e da família. Já se sabe o papel do homem dentro da sociedade e da família. Já se sabe que a família é uma entidade que deve promover o livre desenvolvimento da personalidade e da felicidade de todos os seus membros, sem distinções.

Vivemos tempos de total liberdade de escolha no âmbito privado. O Estado deixou de ser paternalista. A família deixou de ser patriarcal. As famílias estão se formando cada uma a sua maneira e ser preconceituoso, hoje, é politicamente incorreto. O jogo mudou. E quem é o profissional de Família agora? Quem são os clientes agora? Quem são os juízes e promotores de Família agora? O que faremos a partir de agora?

## **5 A CONSTRUÇÃO DO NOVO PROFISSIONAL DE FAMÍLIA**

Voltando ao pensamento sistêmico, descreve Tânia Almeida em seu livro *Caixa de Ferramentas*:

As mudanças paradigmáticas se dão a partir do consenso sobre a insuficiência e a ineficácia do paradigma vigente. Por isso mudamos ao longo do tempo as leis, os comportamentos, a maneira de vestir etc. Essas mudanças consistem em processos e, por vezes, se dão a partir de um movimento que inclui experimentação do novo e visitas ao antigo jeito de ser ou proceder. Um ir e vir denominado por Dora Schnitman estado oscilatório - um movimento pendular entre o novo e o antigo paradigmas até que o mais recente possa se instalar na cultura.<sup>1</sup>

Importante frisar esse pensamento porque é exatamente o que os profissionais de Família vivenciam na sua atuação prática. A

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, T. Caixa de ferramentas. São Paulo: Dash, 2014, p. 136.

dinâmica do conflito vem dando lugar, pouco a pouco e cada vez mais, às formas não adversariais de resolução desses mesmos conflitos.

Vale aqui destacar a primeira definição do Aurélio sobre conflito: “1. Embate de pessoas que lutam”.

Há um entendimento geral negativo, pejorativo para a palavra conflito que, ao final, acaba no entendimento de que para um ganhar o outro tem de perder.

Instaurado o conflito costumamos agir/reagir e, não, refletir. A vaidade exaspera-se, porque para a lógica de agredir o outro pressupõe a iniciativa de falar bem de si. Inicia-se a batalha pela vitória.

Se falássemos em desacordo, em divergência de opinião, em diferentes pontos de vista... impasses...

Qualquer uma dessas expressões nos remete à curiosidade, não à vitória. E, sem a gana de vencer, mas com vontade de entender, somos capazes de olhar para o outro, de ouvir o outro, de entender o outro.

O movimento pendular dos novos tempos, portanto, balança exatamente sobre a noção do que representa o conflito. Algo negativo, mas necessário – no passado e ainda agora – e algo positivo, no futuro e já agora, uma vez que estamos indo e voltando...

Negativo no passado, porque ele pressupunha os conceitos de derrota e vitória. Positivo no futuro, porque passa a ressaltar o lado bom de divergir, que pressupõe ouvir, entender, aceitar, adequar, adaptar enfim, tantas atitudes que nos tiram de um lugar e, apenas, nos colocam em outro, mas *sempre tomando os interesses do outro em consideração e gerando resoluções de benefício mútuo*. Gerenciar conflitos.

É nesse momento histórico que podemos estabelecer a função social do profissional de Família como *agente de pacificação social e – não mais – agente instaurador dos conflitos em âmbito familiar*.

Repito que foi importante desempenhar o papel de instaurar conflitos para que tenhamos disponíveis os direitos que de fato já temos conquistados na sociedade moderna.

E, voltando à pergunta: Quem é o profissional de Família agora? Quem são os clientes agora? Quem são os juízes e promotores de Família agora? O que faremos a partir de agora?

O pensamento sistêmico foge da lógica cartesiana, integra conceitos, disciplinas e fontes de saber e ciência e veio ampliar nossa lógica adversarial, introduzindo conhecimentos da Psicanálise na nossa prática. A doutrina e jurisprudência produzidas recentemente já são claras, ao introduzirem a necessidade de se focar na subjetividade das demandas pessoais, muito mais do que na objetividade dessas mesmas

demandas. Entender o que está por trás da fala de um cliente, ou de uma parte em processo instaurado, é um atributo fundamental para a realização de um bom trabalho em direito de família. A lógica das Leis e do certo e errado, deixou de fazer sentido e o profissional que estava acostumado com ela precisa se reinventar urgentemente, sob pena de “perder o bonde da história.

É importante citar, neste momento, um pequeno trecho do livro *Princípios Fundamentais e Norteadores do Direito de Família*, escrito por Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma das grandes contribuições da psicanálise à prática jurídica é que, ao revelar uma outra realidade que é psíquica, desvenda uma subjetividade e razões inconscientes (se é que o inconsciente tem alguma razão) que faz quebrar a máxima jurídica: “o que não está nos autos não está no mundo”. Embora não esteja ali no mundo objetivo dos autos, as razões subjetivas e o gozo estão presentes, perpassando a cena objetiva do processo e dando ao mundo dos autos um destino muito diferente daquele que teria se estivesse presentes, apenas, os aspectos objetivos.<sup>2</sup>

Nesse momento, vivemos, portanto, uma grande reinvenção porque advogado, juiz, promotor não são psicólogos, nem terapeutas. Esse pensamento rápido porque reativo produz resultados adversariais que já não são – em muitos casos – necessários.

Acontece que a postura que se espera do profissional, hoje, não é nem de terapeuta, nem de psicólogo, mas de *responsabilidade!* Dentro do Direito de Família, fala-se muito em compartilhamento de responsabilidades e em dever de cuidado. É comum falar-se em uma ética de responsabilidade, pois essa lógica também deve permear a relação cliente-advogado, parte-Estado.

Da mesma forma que a mudança da lei provocou a autoimplicação da sociedade, provocou a *responsabilização do profissional no exercício do seu dever*: Não tem paciência? Acha bobagem? Considera tudo uma grande besteira? Vamos instaurar/seguir com o processo? Então essa carreira talvez não seja mais para você.

O profissional de Família não pode mais se eximir de sua responsabilidade social de “aconselhador”, *com base nas leis, na jurisprudência e na sua experiência. Precisa saber que sua conduta faz toda a diferença na resolução de um conflito no âmbito familiar.*

---

<sup>2</sup> PEREIRA, R. C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

Por conta do pêndulo que vai e volta e por termos vivido tantos anos sob a lógica adversarial, é natural que os clientes e partes nos procurem para repetir o modelo vivido por seus pais, amigos e outros parentes. Até porque, lidamos com um dos momentos mais difíceis da vida das pessoas. O divórcio é devastador. Entramos em cena no momento em que o mundo desabou, as referências e projetos deixaram de existir, estamos diante de pessoas fragilizadas, assustadas e amedrontadas.

O aconselhamento de um advogado de Família é muito pouco questionado diante da insegurança do momento de vida das pessoas que nos procuram. E, se orientamos para a reconstrução, para o amadurecimento, para a assunção de responsabilidades, para o entendimento de que não se chegou até ali sozinho, todos erram e todos acertam e não é o momento de culpar ninguém, mas momento de reconstruir dentro das possibilidades limitadas do momento, mas que tendem a se fortalecer no tempo, dando uma visão de futuro e convidando a uma reflexão mais abrangente da situação, raramente não conseguimos encontrar um olhar muito mais aliviado e feliz de quem nos procura.

É importante salientar que o profissional de Família pode e deve contar com profissionais de outras áreas, sempre que necessário, para aplicar seu olhar e entendimento sobre determinadas situações. É nesse momento que fica claro que ele não precisa ser terapeuta, mas ter escuta, sensibilidade e interesse, para entender do que se está realmente falando e apontar os melhores e possíveis caminhos. Essa conduta serve para juízes e promotores também.

Essa nova prática, porém, ainda é sofrida porque o profissional consciente de sua responsabilidade encontra no cliente certa expectativa de conflito *que ele precisa habilmente desconstruir (com técnicas – ferramentas – conhecimento teórico e prático)*, algumas vezes frustrando, inicialmente, as expectativas do seu cliente que estava com “sangue nos olhos”. É preciso ter *segurança* para não suprir essas expectativas e apresentar novas abordagens, com opções de caminhos menos beligerantes e desgastantes!

Além disso, ultrapassado o estranhamento inicial do cliente que – na grande maioria das vezes – facilmente compra a ideia da reconstrução, o advogado de Família, que exerce essa nova prática e abordagem, ainda encontra no colega, advogado da outra parte, uma nova barreira, caso ele ainda esteja trabalhando pela simples lógica adversarial. Depois, novamente no cliente, que vai precisar de recursos emocionais para ceder, adequar, repensar, aceitar.

Não é fácil, não é para qualquer um e, como já dito, é um ato de coragem.

Os conflitos são necessários – às vezes, *mas cada vez menos* e em pleno momento de mudanças paradigmáticas, a prática anda muito sofrida para quem já quer fazer diferente.

É importante repetir que essa nova prática *não é para qualquer um*. Para quem é, é importante que tenha *conhecimento das qualidades necessárias inerentes ao novo profissional de família e, também, das novas formas não adversariais de resolução dos conflitos: mediação, práticas colaborativas, inclusão de equipes interdisciplinares etc.*

O profissional qualificado, hoje, tem de estar dotado desses saberes; não que vá ser um mediador, *o que também não é para qualquer um* – mas para mapear aquele caso, oferecendo caminhos que melhor se encaixem para cada caso.

Essa nova forma de atuar traz o protagonismo para o cliente: *ele passa a ser autor do seu destino, ele passa a ter, não só, consciência de seus interesses, de suas limitações, mas também dos interesses do outro e suas limitações, entendendo a importância de soluções que encontrem o benefício mútuo, reestruturações que se mostrem duradouras no tempo e reflitam “um exercício ético da nossa profissão”.*

Como diz Rodrigo da Cunha Pereira,

Ao trazer para a consciência do operador do Direito esta outra cena, tem-se a possibilidade de uma conduta mais ética com o simples fato de não nos permitirmos ser instrumentos do litígio e não contribuirmos para o assujeitamento das partes àquele gozo.<sup>3</sup>

## 6 PILARES QUE PRECISAM EMERGIR

Como já mencionado, estamos em pleno movimento de mudança, uma mudança que não tem previsão de findar já que a experimentação das liberdades individuais é nova, recente, e muitas formas de família ainda irão surgir.

O movimento que provocará ao final a mudança de cultura que se espera não tem de vir só dos advogados.

São três pilares que precisam emergir conjuntamente: profissionais do Direito de Família; sociedade; instituições, sejam de ensino, seja o Poder Judiciário.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, R. C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

Nesse contexto atual, cabe ao profissional, que vinha trabalhado exclusivamente sob a ótica adversarial se reinventar. Tomar conhecimentos das novas formas possíveis de resolução dos conflitos de família, além de refletir se se considera apto a encarar a nova conduta exigida pelos novos tempos, assumindo as responsabilidades inerentes ao fato de ser um profissional de Família, no Brasil, nos dias de hoje.

Cabe às universidades já formarem os novos profissionais sob essa nova ótica, para que eles não tenham de, como nós, se reinventar ao longo da lida.

Até porque, de lá sairão os novos advogados, juízes, promotores e desembargadores. E se eles já saírem preparados, saberão da responsabilidade que terão de enfrentar caso escolham, ou se vejam, dentro de uma Vara de Família. É preciso enxergar o novo Direito de Família com as singularidades que lhes são inerentes e começar a implantar a ideia de ética da responsabilidade no tratamento de questões tão melindrosas, desde os primeiros passos do aprendizado.

É necessário que o Estado, por meio de seus concursos públicos, direcione a vocação dos concursados, para que assumam Varas de Família, apenas os que realmente quiserem estar ali, porque repito: não é para qualquer um. É claro que esse ponto é mais utópico numa realidade de Brasil, onde, em muitas regiões, as Varas são únicas. Contudo, esse é um sonho a ser perseguido e, se um dia for feita uma pesquisa sobre o impacto de se direcionarem profissionais vocacionados e bem preparados para seus campos de competência, otimizando suas atuações, certamente ficará evidenciado o ganho econômico deste tipo de abordagem, sem falar na contribuição para a paz social.

E, por fim, essa conscientização tem de vir da sociedade. Nós que atuamos como profissionais do Direito de Família somos também mães e pais e tios e avós e maridos e cada um de nós certamente tem uma experiência pessoal ou próxima para contar.

É preciso que haja um amadurecimento da sociedade acerca de suas responsabilidades e expectativas para que nossa abordagem de comprometimento deixe de causar choque e passe a ser uma expectativa natural, a ponto de se um advogado sugerir a briga gratuita o próprio cliente possa procurar por outro.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vou citar neste momento final uma fala do professor Paulo Lôbo, em seu livro *Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade*:

A família, mais do que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.<sup>4</sup>

Uma família que a gente ajuda a se estruturar, ou se reestruturar, terá uma experiência vivida por seus descendentes que irá se repetir num futuro próximo. Da mesma forma que nossos clientes, hoje, ainda tentam repetir o modelo adversarial enfrentado por seus pais, porque há uma tendência a seguir exemplos, sejam eles bons ou maus.

Depois de tantos anos de história, apesar de estarmos vivendo momentos de redefinições, quebras de paradigmas e muito trabalho, a verdade é que nunca o cenário foi tão positivo em termos de conquistas. As liberdades individuais experimentadas, hoje, transformam nosso trabalho em um não cessar de novos acontecimentos, em que, certamente, monotonia não existe.

Temos de estar preparados para desempenharmos bons trabalhos, com a certeza de que as consequências de nossa atuação no universo micro de cada família, que atendemos, têm uma repercussão, a longo prazo, que representará uma mudança de cultura primordial aos novos tempos.

O pêndulo da mudança vai parar de oscilar quando fincarmos os dois pés nesse novo mundo que já é real, já mudou. Quem não mudar também, vai ficar para trás.

Precisamos fortalecer nossa autoestima e importância, deixarmos de ser vistos pelo senso comum como ameaças de guerra e passarmos a assumir nosso novo papel de agentes de pacificação social, na missão de promover a paz, a compreensão e o respeito pelas diferenças, conscientes de que não há mais certo errado, justo ou injusto. O que há na vida são circunstâncias e como iremos lidar com elas é que fará a diferença.

## 8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. *Caixa de ferramentas*. São Paulo: Dash, 2014.

FONSECA, E. G. da. *Auto-engano*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

---

<sup>4</sup> LÔBO, P. L. N. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade: teoria e prática*. Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFAM, 2012.

LÔBO, P. L. N. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade: teoria e prática*. Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFAM, 2012.

PEREIRA, R. C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, R. C. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REIS, E. F. *Varas de família: um encontro entre psicologia e direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHNITMAN, D. *Constructivismo, evolución familiar y proceso terapeutico*. *Sistemas Familiares*, 1986.

# ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: COMPENSAÇÃO ECONÔMICA E EQUILÍBRIO PATRIMONIAL

Luciano L. Figueiredo

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito (FBD); Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB) e Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Professor Visitante de Especializações *Lato Sensu* de Direito Civil. Palestrante. Autor de artigos científicos e livros jurídicos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Alimentos familiares. 3. Alimentos compensatórios. 3.1. Inexistência de partilha de bens. 3.2. Desequilíbrio econômico na eação. 3.3. Fruição exclusiva de patrimônio comum. 4. Conclusões. 5. Referências.

*Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.*  
Antoine de Saint- Exupéry  
*Le Petit Prince (O Pequeno Príncipe)*

## 1 INTRODUÇÃO

Há muito é premissa em direito que o ser, para ser humano, há de gozar de um mínimo existencial; do chamado patrimônio mínimo. Mister que o sujeito digno tenha acesso ao mínimo de habitação, vestuário, educação, lazer, cultura... O homem, sem seus elementos mínimos de sobrevivência, deixa de ser humano; coisificando-se.

Doutrinariamente, Luiz Edson Fachin<sup>1</sup> aborda, em monografia específica, a necessidade de tutela jurídica do patrimônio mínimo, o qual é de titularidade de todo e qualquer sujeito e contempla bens materiais e imateriais mínimos necessários à vida digna. Caminhando

---

<sup>1</sup>FACHIN, Luiz Edson. *O estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro, Renovar: 2001.

na mesma linha de pensamento e sob a vestimenta de mínimo existencial, Ana Paula Barcelos<sup>2</sup> entende ser necessário, para conferência de dignidade, que toda pessoa tenha acesso à saúde básica, ensino fundamental, justiça... O Direito há de proteger este arcabouço de bens.

Em verdade, as luzes de um mínimo existencial foram lançadas tempos antes, pelo próprio constituinte, ao garantir o salário mínimo. Como legado do Presidente Getúlio Vargas,<sup>3</sup> o art. 7º, IV, da Constituição Cidadã aborda o tema, instituindo um salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, devendo ser capaz de atender às necessidades básicas vitais do sujeito e de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Ainda em um olhar constitucional, desde 2010 – em virtude da Emenda Constitucional n. 64 – a alimentação restou inclusa entre os direitos sociais, ao lado da moradia, da proteção à maternidade, à infância, ao lazer e à assistência aos desamparados.<sup>4</sup>

Infere-se, portanto, que como centro de um ordenamento unificado, a Constituição Cidadã é clara em sinalizar ser a manutenção de recursos dignos uma preocupação da ordem do dia. Tal sinalização contamina todo o ordenamento jurídico nacional e, inclusive, o tema alimentos. Alimentos traduzem um direito social, integrante dos direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, da personalidade de cada indivíduo. Trata-se, nesse pensamento, de uma cláusula pétreia.

Alimentos devem ser estudados, significados e compreendidos como um conjunto de recursos e bens capazes de assegurar a integridade biopsíquica dos indivíduos. Contudo, estes alimentos apenas seriam devidos na hipótese de necessidade para manutenção da vida, segundo um padrão social; ou também seriam devidos com o escopo de manutenção de um equilíbrio patrimonial após o desfazimento do enlace afetivo?

Este é, justamente, o tema problema central deste *paper*. Para responder a problemática posta, este artigo perpassará pelos seguintes assuntos: Alimentos familiares; Alimentos compensatórios – Inexistência de Partilha de Bens; Meação desequilibrada e Fruição exclusiva de patrimônio comum e Conclusões.

---

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.

<sup>3</sup> Atribui-se a Getúlio Vargas a instituição do salário mínimo, por meio da Lei n. 185/1936 e do Decreto-Lei n. 399/1938. O salário mínimo, todavia, apenas ganhou vigência no país em maio de 1940, quando o Decreto-Lei n.2.162 fixou os valores.

<sup>4</sup> Conferir o art. 6º da CF/88.

## 2 ALIMENTOS FAMILIARES

Alimentos, em uma concepção lata, é um instituto da teoria geral do direito, capaz de transitar pelos diversos braços do Direito Civil. Fala-se em alimentos nas obrigações, nos contratos, na responsabilidade civil e nas famílias. Relaciona-se ao essencial para a manutenção da integridade físico-psíquica de cada indivíduo, dizendo respeito à sua personalidade e ligando-se aos direitos e garantias fundamentais.

Da significação do aludido conceito, já é possível afastar algumas falsas premissas. Alimentos não traduzem um tema afeto apenas ao Direito das Famílias, sendo possível falar-se em alimentos voluntários ou, até mesmo, alimentos decorrentes da reparação civil, como ensina Carlos Roberto Gonçalves.<sup>5</sup>

Atento ao caráter amplo dos alimentos, firma a doutrina<sup>6</sup> que, no que tange à origem, os alimentos podem advir de relações familiares (alimentos legítimos ou civis); de doação (alimentos convencionais ou voluntários) e da prática de um ato ilícito (alimentos indenizatórios, compensatórios ou ressarcitórios). Entre estes, em vista do recorte deste artigo científico – (im)possibilidade de alimentos compensatórios por términos afetivos –, avança este artigo na verticalização dos alimentos familiares, com especial enfoque aos alimentos decorrentes de términos de casamentos e uniões estáveis.

Alimentos familiares, legítimos ou civis, como já visto, são aqueles decorrentes de relação de parentesco, casamento e união estável. Ligam-se à obrigação alimentar – quando decorrerá do parentesco entre pais e filhos, sendo recíprocos – ou ao dever assistencial alimentar – quando fruto de casamento, união estável ou ligados aos demais parentes, conforme colocam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal.<sup>7</sup>

Os alimentos familiares, hoje, são enxergados de maneira *intuitio personae* – ou, ainda, *necessarium personae*<sup>8</sup> –, pois devidos em razão de qualidades específicas das pessoas que integram uma relação de conjugalidade, convivência ou parentalidade. E não poderia ser diferente, afinal de contas os alimentos se justificam por força de aspectos fáticos inerentes à figura do credor, tais como idade avançada, doença,

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. *Direito de família*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 502-503.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. *Direito de família*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 502.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 784.

<sup>8</sup> Malgrado o caráter personalíssimo, o Código Civil vigente, inovando a legislação pretérita, firma a possibilidade de transmissão dos alimentos, como bem posto no art. 1.700. Nessa linha posicionam-se, por exemplo, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 680.

falta de emprego, incapacidade etc... Tanto é assim que o Código Civil é claro ao prescrever que o casamento, a união estável, o concubinato ou a indignidade do credor, em relação ao devedor, acarretarão na extinção do crédito alimentar.<sup>9</sup>

Os alimentos legítimos podem ser avaliados de acordo com a sua extensão, dividindo-se em civis ou cômputos e, finalmente, indispensáveis, naturais ou necessários.

Nas lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,<sup>10</sup> o codificador nacional teve inspiração em direito comparado, afinal, o Código Civil chileno, no seu art. 323, disciplina os chamados alimentos cômputos, destinados “à manutenção do credor em todos os seus aspectos vitais e sociais”. Na mesma linha coloca-se o Código Civil argentino, quando no art. 372 inclui dentro dos alimentos as despesas ordinárias e extraordinárias. No Brasil, os alimentos cômputos estão previstos como regra, no art. 1.694 do Código Civil. Prestam-se à manutenção do *status quo*, de modo a assegurar a manutenção do padrão de vida (condição social) até então existente. Justo por isso, verbera Orlando Gomes<sup>11</sup> envolver a prestação alimentar um rol exemplificativo, variável em cada situação.

Aqui passa a ser entendida a possibilidade jurídica de amplas notícias veiculadas na mídia em torno de pensões alimentícias em valores astronômicos para os padrões nacionais. Exemplifica-se com a devida

---

<sup>9</sup> Vide o art. 1.708 do CC/02.

Ressalta-se, porém, que, em regra, pouco importa o casamento, a união estável ou o concubinato do devedor, ao passo que não é capaz de alterar a obrigação alimentar. Ademais, o credor poderá constituir namoro, não sendo este fato capaz, igualmente, de extinguir o seu crédito alimentar. Neste sentido, um precedente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DE FAMÍLIA. CIVIL. ALIMENTOS. EX-CÔNJUGE. EXONERAÇÃO. NAMORO APÓS A SEPARAÇÃO CONSENSUAL. DEVER DE FIDELIDADE. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. I – Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato desta namorar terceiro após a separação. II – A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz. III – Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar, estipulada quando da separação consensual, somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convalidação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado, não se caracterizando como tal o simples envolvimento afetivo, mesmo abrangendo relações sexuais; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal (STJ – REsp: 111476-MG, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data de Julgamento: 25.03.1999, T4 – Quarta Turma).

<sup>10</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 831.

<sup>11</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 427.

por Alexandre Pato à Sthefany Brito,<sup>12</sup> no valor de cerca de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais, por determinado período; ou por Fernando Collor à Roseane Collor, em trinta salários mínimos mensais;<sup>13</sup> ou, ainda, naquela que a mídia adjetiva como a maior pensão alimentícia existente no Brasil: a devida por Flávio Maluf à Jaqueline Coutinho Torres Maluf,<sup>14</sup> no valor de R\$ 217.000,00 (duzentos e dezessete mil reais) mensais.

Já os alimentos ditos necessários visam apenas a sobrevivência do credor, sem nenhuma atenção à manutenção de seu padrão social. São excepcionais e estão previstos no § 2º do art. 1.694 e no parágrafo único do art. 1.704, ambos do Código Civil. Trata-se de modalidade diretamente relacionada à situação jurídica da culpa pelo término do relacionamento. Explica-se. Na literalidade do Código Civil, o culpado pelo término do relacionamento estará, em regra, alijado de eventual pleito alimentar. Caso, porém, o culpado venha a necessitar de alimentos, não tenha aptidão para o trabalho e nem parentes em condições de prestá-los, o inocente pelo término do relacionamento será obrigado adimplir com esta verba, em valor mínimo necessário à sobrevivência (alimentos necessários).<sup>15</sup>

Entende-se por culpado pelo término do relacionamento aquele que infringiu gravemente um dos deveres relacionais e tornou impossível à continuidade da vida em comum. Reflexão interessante, porém, gira em torno da suposta abolição do instituto jurídico da culpa, em decorrência da Emenda Constitucional n. 66/2010, e de seus efeitos em relação aos dois supracitados preceitos normativos do Código Civil. Entendendo-se que o instituto da culpa nas dissoluções afetivas, definitivamente, foi retirado do mundo jurídico pela Emenda do Divórcio, a consequência seria o reconhecimento da não recepção superveniente dos artigos supracitados, de modo a não mais se aceitar a aludida classificação de alimentos necessários e sua extirpação do ordenamento jurídico nacional. Trata-se, aqui, do posicionamento francamente majoritário, defendido, por exemplo, por Maria Berenice Dias.<sup>16</sup>

Registra-se que hodiernamente há interessante construção doutrinária e jurisprudencial em oposição ao caráter temporal indeterminado dos alimentos entre cônjuges e companheiros. Há um comprovado

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2282771/juiza-fixa-pensao-sthefany-brito-em-20-dos-ganhos-de-alexandre-pato>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/stj-fixa-pensao-de-r-20-mil-para-ex-mulher-de-collor-por-mais-3-anos.html>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://areadetrabalho.wordpress.com/2008/01/22/filho-de-paulo-maluf-paga-pensao-alimenticia-milionaria/>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>15</sup> Vide art. 1.694 e 1.704, ambos do CC/02.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 575.

receio de que, em determinadas situações, a estipulação de pensão alimentar por prazo indeterminado ocasione ao credor acomodação, sem nenhum tipo de incentivo na busca de meios próprios à subsistência e crescimento financeiro. Pior. Alimentos definitivos podem gerar um enriquecimento sem causa, no momento em que aquele credor passa a ter novas fontes de renda e, ainda assim, mantém-se recebendo créditos alimentares.

Nascem, então, os alimentos transitórios ou resolúveis, os quais têm por escopo evitar o enriquecimento sem causa e o abuso; ou, ainda, a desproporcionalidade que em certos casos pode advir da fixação alimentar por prazo indeterminado. Servem a viabilizar o retorno do credor de alimentos, dentro de um determinado espaço prefixado de tempo, ao mercado de trabalho. A verba será ajustada segundo um termo *ad quem*, após o qual tais alimentos serão automaticamente cancelados. Evita-se o ócio do credor que, em conduta abusiva, poderia beneficiar-se eternamente da cláusula *rebus sic stantibus* e jamais retirar-se da situação fática de necessidade. Traduzem a certeza de que os alimentos não se prestam a uma prévia aposentadoria ou a um sucedâneo previdenciário.

A linha do pagamento dos alimentos transitórios aqui explicitada já fora acolhida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, quando no REsp. n.1.025.769/MG firmou serem tais alimentos cabíveis *“quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar – que será então liberado da obrigação a qual se extinguirá automaticamente”*.

Tendo em vista o recorte eleito para este *paper*, entre os alimentos familiares, àqueles que ganham maior importância é o entre cônjuges e companheiros, decorrentes de um dever assistencial alimentar e intimamente ligados à mútua assistência.

Em tais alimentos não há grandes discussões quanto ao obrigado. Obviamente, será o ex-cônjuge ou ex-companheiro. O seu fato gerador será, justamente, um dos importantes deveres pessoais do casamento e da união estável: a mútua assistência.<sup>17</sup> Tal assistência é tanto moral como material. Assim, devem os cônjuges e companheiros prover-se reciprocamente, objetivando alicerçar a vida a dois. Enquanto existir união estável ou casamento, com a presença de fato da entidade familiar, é possível afirmar a mútua assistência e, por via de consequência, a desnecessidade do pleito alimentar apartado, porquanto sua subsistência

---

<sup>17</sup> Na forma dos arts. 1.566 e 1.723, ambos do Código Civil.

dentro do próprio liame obrigacional. Logo, não há lógica nem motivo de ser ajuizada ação de alimentos no curso de um casamento ou união estável. Contudo, é possível que haja uma ruptura da vida em comum – seja na união estável, seja no casamento – percebendo-se uma separação de fato, divórcio ou dissolução da união estável. Aqui, a mútua assistência relacional projeta-se, sob seu prisma material, colocando-se a possibilidade de eventual pleito alimentar. Afinal, como posto por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,<sup>18</sup> “o simples fato de ter sido dissolvida a relação jurídica matrimonial não pode implicar na cessação dos efeitos que dela decorrem. São coisas distintas”.

Pois bem. Os alimentos entre cônjuges e companheiros, até então tratados, são os comezinhos, pagos mês a mês e com o escopo de manutenção de um padrão social (côngruos), além de adimplemento das necessidades básicas vitais, segundo os balizamentos gerais já mencionados. Contudo, será que para além desses alimentos, seria possível enxergar, no ordenamento jurídico nacional, outros que visem uma espécie de compensação financeira pelo deslinde afetivo?

Sobre isto que se passará a abordar.

### 3 ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

A primeira notícia sobre o tema é a percepção de que, no Brasil, não há norma expressa e sistemática, dentro do Código Civil, que regule sobre os alimentos compensatórios entre cônjuges e companheiros, tendo como fato gerador o desequilíbrio econômico-financeiro advindo do término afetivo.

Malgrado este aparente obstáculo, o dito não vem sendo motivo para a ausência de análise do tema, o qual tem penetrado o Direito brasileiro por meio da doutrina, do Direito estrangeiro e da jurisprudência.

Olhando para o Direito alienígena, vê-se que o artigo 270 do Código Civil francês prevê a possibilidade de prestação de alimentos compensatórios, entre os cônjuges, quando a ruptura do casamento ocasionar desequilíbrio econômico e o cônjuge mais abalado financeiramente não mais possa ostentar o *status* social vivenciado ao longo da vida a dois.<sup>19</sup> Ainda segundo a normatização francesa, um dos consortes pode ser obrigado a dar ao outro prestação destinada a

---

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 796.

<sup>19</sup> Tradução livre do art. 270 do Código Civil francês: “Um dos esposos pode ser obrigado a prestar ao outro prestação destinada a compensar, dentro da sua possibilidade, a disparidade que a ruptura do casamento cria nas respectivas condições de vida. Essa prestação possui um caráter forfetário. A prestação toma forma de capital, cujo montante é fixado pelo juiz”.

compensar, dentro de suas possibilidades, a disparidade que a ruptura do casamento ocasionou nas condições de vida. Esta prestação tem um caráter de crédito, tomando forma de capital, cujo valor é fixado pelo juiz, na forma do art. 271do *Code de France*.<sup>20</sup>

Em outra importante construção legislativa estrangeira, infere-se a redação do artigo 97 do Código Civil espanhol, para o qual o cônjuge, a quem a separação ou o divórcio produza um desequilíbrio econômico em relação à posição do outro, implicando um agravamento de sua situação em relação ao seu casamento anterior, terá direito a uma indenização, a qual poderá consistir em uma pensão temporária ou por tempo indeterminado, ou em uma prestação única, segundo o que se determine no acordo de regulamentação ou no julgamento.

Tais influências internacionais, sem dúvidas, vêm chegando ao Brasil, por meio de avalizada doutrina, como informa Rolf Madaleno,<sup>21</sup> em alusão ao trabalho de Jorge O. Azpiri. Em *terras brasilis*, o fundamento da aludida compensação alimentar é a mútua assistência – seja na união estável, seja no casamento –, como defende Maria Berenice Dias.<sup>22</sup>

O fato gerador da compensação será a dissolução do casamento ou da união estável, tendo como fito reestabelecer o equilíbrio econômico entre os consortes, em atenção ao disparate no *status* econômico e social causado pela dissolução afetiva. Se o desequilíbrio não foi ocasionado pelo término afetivo, não há que se falar em alimentos compensatórios. Logo, não é hipótese de compensação alimentar “diminuição de padrão social gerada em ambos os cônjuges por conta da necessidade de se manter com novas despesas dali por diante”, como bem posto por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.<sup>23</sup>

Segundo Maria Berenice Dias,<sup>24</sup> alimentos compensatórios não se confundem com os usualmente decorrentes das relações familiares, os quais devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para a sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho. Arremata a autora que tais alimentos compensatórios “não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, mas corrigir ou atenuar grave desequilíbrio

<sup>20</sup> Tradução livre do art. 271 do Código Civil francês: “A prestação compensatória será fixada segundo as necessidades do cônjuge a quem se deve pagar e os recursos do outro, levando em conta a situação no momento do divórcio e a evolução desta no futuro possível”.

<sup>21</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 728.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2015, p. 595.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 814-816.

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2015, p. 595.

econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação”.

Para Rolf Madaleno,<sup>25</sup> tem “os alimentos compensatórios o propósito específico de evitar o estabelecimento de um desequilíbrio econômico entre os consortes”. Arremata o autor: “Os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material”.

Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira,<sup>26</sup> prestam-se os alimentos compensatórios à manutenção do padrão social ou econômico de alguém em situações nas quais a relação matrimonial é longa e o histórico de cooperação conjugal resta comprovado. Justifica-se quando um dos cônjuges sofre queda brusca no padrão social e econômico que mantinha até então, de modo a necessitar de pensão alimentícia reparatória.

O pensamento doutrinário vem sendo incorporado pelas casas judiciais nacionais. Há um bom número de julgados defendendo a tese da compensação alimentar no Brasil e sua diferenciação dos alimentos regulares. Cita-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:<sup>27</sup>

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. TERMO FINAL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS (PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA). POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CÔNJUGES. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA.

[...]. 4. Em tais circunstâncias, a suposta contrariedade ao princípio da congruência não se revelou configurada, pois a condenação ao pagamento de alimentos e da prestação compensatória baseou-se nos pedidos também formulados na ação de separação judicial, nos limites delineados pelas partes no curso do processo judicial, conforme se infere da sentença. 5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir

---

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. Disponível em: <[www.rolfmadaleno.com.br](http://www.rolfmadaleno.com.br)>. Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.134.

<sup>27</sup> Registra-se que há julgados de outros Pretórios Nacionais, a exemplo do Distrito Federal: ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. Alimentos compensatórios são pagos por um cônjuge ao outro, por ocasião da ruptura do vínculo conjugal. Servem para amenizar o desequilíbrio econômico, no padrão de vida de um dos cônjuges, por ocasião do fim do casamento. Agravo não provido. (TJ/DF. 6ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 20090020030046AGI, Rel. Des. Jair Soares, j. 10.06.2009). (Grifos nossos).

ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. 6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento. 7. O Tribunal estadual, com fundamento em ampla cognição fático-probatória, assentou que a recorrida, nada obstante ser pessoa jovem e com instrução de nível superior, não possui plenas condições de imediata inserção no mercado de trabalho, além de o rompimento do vínculo conjugal ter-lhe ocasionado nítido desequilíbrio econômico-financeiro. [...]

(STJ - REsp: 1290313 AL 2011/0236970-2, Relator: Ministro Antonio Carlos 3, Data de Julgamento: 12.11.2013, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 07.11.2014). (Grifos nossos).

O desejo, na aludida compensação alimentar, como advogam Flávio Tartuce e José Simão, é a vedação à onerosidade excessiva ou ao desequilíbrio negocial quando do término do casamento ou da união estável. Há nítido diálogo do instituto da compensação alimentar com os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.<sup>28</sup>

Visando, portanto, compensação e equilíbrio financeiro, nada obsta que a verba dos alimentos compensatórios seja quitada em uma única parcela, valendo-se, por analogia, da regra dos alimentos reparatórios – esculpida no parágrafo único do artigo 950 do Código Civil. Ainda na analogia, haverá ao lesado direito potestativo, a este pagamento, em uma única parcela (Enunciado n. 48 do CJP), desde que haja possibilidade financeira e razoabilidade em relação ao lesante condenado (Enunciado n. 381 do CJP), em um juízo de ponderação de interesses.

Destarte, nada impede que os alimentos compensatórios sejam pagos de forma fracionada no tempo. Não poderá, porém, ser a verba fixada por prazo indeterminado. O descompasso financeiro a ser reparado não há de perdurar por toda à vida, sob pena de confundir-se alimentos compensatórios com alimentos para a subsistência. De ordinária, então, a pensão alimentícia compensatória não será vitalícia.

Fato, que, tendo em vista o caráter neófito da temática no país, persiste certo nível de desencontro entre doutrina e jurisprudência nacionais, mormente no que concerne aos fatos geradores da aludida compensação alimentar. Em interessante estudo sobre o assunto,

---

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 5, p. 425.

Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira S. Trancoso<sup>29</sup> percebem três das principais causas de deferimento de alimentos compensatórios: a) o desequilíbrio econômico ocasionado pela ausência de partilha ou bens a serem partilhados; b) o desequilíbrio econômico ainda que existente partilha de bens e c) a compensação pela utilização, por somente um dos cônjuges, do patrimônio comum.

Sobre estas causas e sua (in)admissibilidade no cenário nacional que se passará a abordar.

### 3.1 Inexistência de partilha de bens

A casuística demonstra que, por vezes, seja por conta da escolha do regime de bens, seja em razão da ausência de aquisição patrimonial nos moldes da comunicabilidade do respectivo regime, a dissolução afetiva não vem acompanhada de partilha patrimonial. Exemplificase com casais que optaram pelo regime de separação convencional de bens ou, ainda, pela comunhão parcial sem aquisições onerosas durante o casamento.

Em contextos tais é possível verificar uma clara desigualdade patrimonial quando da ruptura do relacionamento, sendo viável, segundo Flávio Tartuce<sup>30</sup> “que um dos consortes pleiteie ao outro uma verba extra, a título de alimentos compensatórios, visando a manter um mínimo de equilíbrio na dissolução da união”.

A base de cálculo dos alimentos compensatórios, para casos como este, poderá ser, segundo Rolf Madaleno, “uma pensão proporcional aos bens e às rendas que conformaram o patrimônio particular e incomunicável construído durante a relação afetiva do casal”.<sup>31</sup> Visará esta pensão, segue o autor, “reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indignância 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>32</sup>

Apesar de sedutor, o instituto na casuística em questão tem importantes obstáculos jurídicos à sua implementação; afinal: a) a escolha do regime de bens é feita com autonomia, sem vícios de consentimento, devendo ser respeitada; b) caso desejassem, os consortes

---

<sup>29</sup> LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S. Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p. 84, maio/jun. 2015.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. Alimentos compensatórios: possibilidade. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/alimentos-compensatorios-possibilidade/10796>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>31</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 727.

<sup>32</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 726-728.

poderiam ter alterado o regime de bens no curso do relacionamento, não havendo *prisão obrigacional* em um determinado modelo de regime de bens e c) a aquisição patrimonial fora das hipóteses de comunicabilidade, ou em regime restritivo, é ato lícito, o qual não deve ser mitigado pelo direito por via transversa.

A questão, como dito, não é das mais simples.

Na jurisprudência nacional, há decisões de diversas casas judiciais abraçando a tese e deferindo tais alimentos. Exemplifica-se com arrestos dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e São Paulo:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. ALIMENTOS. EX-CÔNJUGES. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. QUANTUM. RAZOABILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. MATUNEÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

[...] 2. *Em observância ao princípio da solidariedade, que norteia a obrigação alimentar, é possível que, no caso de desemprego e de inexistência de bens, o cônjuge varão garanta ao ex-consorte, alimentos compensatórios, que, em caráter transitório, visam a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais.* 3. Não sendo o agravo de instrumento a via própria para a discussão aprofundada de circunstâncias fáticas que demandam dilação probatória, impõe-se a confirmação da decisão que arbitrou os alimentos compensatórios em patamar aparentemente razoável ante os critérios que devem pautar a sua fixação. 4. Recurso não provido.

(TJ-DF - AGI: 20140020066405 DF 0006678-74.2014.8.07.0000, Relator: Cruz Macedo, Data de Julgamento: 09.07.2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJe: 08.08.2014. p. 139). (Grifos nossos).

Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Alimentos compensatórios (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 5.478/68) pactuados como contrapartida pela renúncia da agravada a parte de sua meação. Verba ressarcitória que não está dotada de caráter provisional. Peculiaridade que obsta a imposição da pena de prisão, providência excepcional, somente aplicável como medida assecuratória da subsistência do alimentando. Recurso provido.

(TJ-SP, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 04.09.2015, 7ª Câmara de Direito Privado).

Malgrado sedutor, em atenção ao pilar da autonomia privada e exercício regular de direito, com todas as vênias e pelos argumentos contrários delineados, não há de ser acolhida a tese da compensação, na hipótese.

### 3.2 Desequilíbrio econômico na meação

Outra casuística de deferimento dos alimentos compensatórios dar-se-á quando no término do casamento ou da união estável o casal tiver patrimônio a ser partilhado; porém, a simples partilha for incapaz de gerar equilíbrio econômico razoável. Assim, far-se-á necessário o arbitramento de alimentos compensatórios, em favor do cônjuge ou companheiro que sofrerá queda no padrão de vida desfrutado na constância da união.

Equilíbrio econômico-financeiro não diz respeito apenas aos valores de venda dos bens, mas também se relaciona aos possíveis frutos gerados pelos mesmos. Veja-se que bens com valores próximos podem ocasionar rendimentos diversos, seja a título de aluguel, seja por conta de distribuições de lucros empresariais. Ilustram a situação Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira S. Trancoso, com a seguinte casuística:

Vê-se, portanto, que haver ou não partilha de bens pode ser critério indiferente para a fixação dos alimentos compensatórios, já que, por exemplo, pode um dos cônjuges ter em sua propriedade uma rentável empresa enquanto que ao outro reste apenas bens que não tenham retorno financeiro imediato, por exemplo, a casa onde habita o redor de alimentos compensatórios.<sup>33</sup>

O fato de existir a meação não é óbice objetivo ao indeferimento dos alimentos compensatórios, pois mesmo diante de uma partilha, como no exemplo posto, vê-se desequilíbrio socioeconômico entre os ex-cônjuges ou conviventes merecedor de reparo, sendo devida pensão compensatória. Aqui a noção de igualdade substancial impõe o acolhimento da tese de alimentos compensatórios.

### 3.3 Fruição exclusiva de patrimônio comum

Outra hipótese de deferimento dos alimentos compensatórios ocorre quando um dos cônjuges utiliza, de maneira exclusiva, bens comuns do casal capazes de gerar rendimentos exclusivos. Neste caso, ensina de Maria Berenice Dias,<sup>34</sup> será devida compensação financeira ao aliado pelos rendimentos, na razão de cinquenta por cento.

<sup>33</sup> LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S. Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p. 86, maio/jun. 2015.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2015, p. 595.

Diferentemente das duas outras hipóteses trabalhadas, a ora analisada tem embasamento legal no parágrafo único do artigo 4º da Lei de Alimentos, segundo o qual:

Art. 4º - 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.

*Data venia*, há na hipótese compensação financeira por força da copropriedade e vedação ao enriquecimento sem causa, independentemente do matrimônio ou da união estável, bem como do regime de bens. Cita-se precedente oriundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARTILHA E ALIMENTOS. - PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DO RÉU. [...] (3) ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. PATRIMÔNIO COMUM. DESVIRTUAMENTO DOS FINS DA VERBA ALIMENTAR. VERBA INDEVIDA. SENTENÇA EXTRA PETITA. PRESSUPOSTOS À PERCEPÇÃO DA VERBA ALIMENTAR AUSENTES. - *Parcela da doutrina e da jurisprudência sustentam a existência dos chamados alimentos compensatórios, que cumpririam funções diversas: (1) reequilíbrio econômico financeiro dos companheiros, amparando o mais desprovido, ou (2) indenizar o outro pela fruição exclusiva de bem comum. - No que diz com a primeira função (melhor seria chamá-los de alimentos sociais), não se presta o instituto a, como se possível fosse, manter o padrão social ostentado à época da união estável; devem ser arbitrados, isso sim, à vista da nova condição que ostentam (normalmente de maiores dificuldades). Tocante à segunda finalidade, é dizer que, aqui, de alimentos não se trata, porquanto não serve a verba a fixar contraprestação pelo uso exclusivo de patrimônio comum pelo companheiro adverso, para o que deve valer-se o interessado dos meios ordinários a evitar o enriquecimento ilícito de condômino. - Na hipótese, o pedido de alimentos teve espeque na alegada incapacidade da autora de prover o próprio sustento, o que não se verifica (alimentanda jovem, saudável e em exercício de atividade laborativa). Destarte, é extra-petita a sentença que defere os alimentos na modalidade compensatória haja vista que o pedido de alimentos não tinha esse caráter. [...]* SENTENÇA ALTERADA. RECURSO DO RÉU CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.001024-1, de Araranguá, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 19.02.2015). (Grifos nossos).

Outros julgados, porém, advogam a possibilidade de pleito desta verba na seara familiarista, sob a rubrica dos alimentos, fundados no enriquecimento sem causa e fruição indevida do bem comum. Vejam-se precedentes oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:<sup>35</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DE PATRIMÔNIO COMUM. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. CABIMENTO.

Cabível a fixação de alimentos compensatórios a ser repassados pelo companheiro que, depois de rompida a relação, permanece na administração do patrimônio ou usufruindo dos bens comuns, de forma exclusiva, como forma de compor eventual desequilíbrio patrimonial, o que se verifica na hipótese dos autos. DERAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento N° 70064477797, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 16.07.2015).

(TJ-RS - AI: 70064477797 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 16.07.2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia 20.07.2015). (Grifos nossos).

Na mesma toada, há julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:<sup>36</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA - ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS - DESEQUILÍBRIO PATRIMONIAL - POSSE EXCLUSIVA SOBRE PATRIMÔNIO COMUM - VALOR - MINORAÇÃO - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA Diversamente dos alimentos fundados no dever de mútua assistência (artigo 1566, III, do CC/2002), *a verba alimentar de cunho compensatório visa recompor eventual desequilíbrio patrimonial verificado em situações em que, por exemplo, um dos cônjuges exerça com exclusividade a posse do patrimônio comum.*

---

<sup>35</sup> No mesmo sentido, conferir, ainda: TJ-RS - AI: 70065462921 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 26.08.2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia 04.09.2015. TJ-RS - AI: 70066259540 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 25.08.2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia 28.08.2015. TJ-RS - AI: 70059631028 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 17.07.2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia 18.07.2014.

<sup>36</sup> No mesmo sentido, conferir, ainda: TJ-MG - AC: 10480130046711002 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 06.05.2014, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 19.05.2014.

(TJ-MG - AI: 10382140004526001 MG , Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 03.06.2014, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11.06.2014). (Grifos nossos).

Não é diverso o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, acolhido no Agravo de Recurso Especial n. 649.050-MG, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Este julgamento manteve decisão oriunda do Tribunal de Justiça mineiro, acolhendo os alimentos compensatórios por fruição exclusiva de patrimônio comum.

Trata-se a presente hipótese da mais tranquila, seja diante do embasamento legal da Lei de Alimentos, seja por conta do regramento pertinente ao tema condomínio, seja em razão da vasta jurisprudência favorável derredor do assunto.

#### 4 CONCLUSÕES

O Direito fortalece-se, progressivamente, como instrumento de tutela do ser humano digno. Tal dignidade perpassa, sabidamente, pela necessidade de verificação de um patrimônio mínimo. Institutos como alimentos vêm sendo revisitados, ressignificados e ampliados, com o escopo de garantia de um mínimo existencial.

Tanto em uma análise de direito comparado, como em um viés de doutrina e jurisprudência nacionais, amplia-se a noção dos alimentos. Fala-se em alimentos voluntários, ressarcitórios e legítimos (familiares). Estes, familiaristas, igualmente vêm ganhando espaço. Defende-se a possibilidade de pleito, ao lado dos alimentos regulares, daqueles intitulados como compensatórios, com vistas à busca de equilíbrio econômico-financeiro pelo término do relacionamento.

Não é crível que em términos afetivos um dos consortes sofra os impactos da indulgência social, com grande baixa patrimonial, após anos de investimento pessoal e sem nenhum tipo de compensação financeira. *Tú es responsável por aquilo que cativas*. Afeto exige responsabilidade. Responsabilidade leva a reparações.

Esta noção, porém, não há de ser defendida às cegas. Assim, verificando-se os fatos geradores da compensação alimentar no Brasil, conclui-se que:

a) No que tange à compensação alimentar por ausência de bens à partilhar – seja em função da escolha do regime de bens, seja em razão da inexistência de bens passíveis de comunicação – não comungamos da possibilidade. *Primus*, por ter sido a escolha do regime de bens

realizada segundo padrões jurídicos permitidos, em livre manifestação de vontade e sem nenhum tipo de vício de consentimento. *Secundus*, por ser permitido aos consortes alteração de regime de bens durante o relacionamento. Logo, não haveria *prisão obrigacional* no regime primitivo, conferindo o ordenamento jurídico faculdade de mudança. Se mudança não houve, foi porque desejo comum não existiu. *Tertius*, por não haver nenhuma ilicitude apta a reparação, ao passo que o regime de bens fora eleito em regular exercício da autonomia e a ausência de aquisições patrimoniais é conduta lícita.

b) Em relação à partilha que gere desequilíbrio patrimonial, concorda-se com a possibilidade de alimentos compensatórios, mormente quando os bens, malgrado com valores similares, gerem frutos diversos. O equilíbrio patrimonial aqui é premissa de partilha igualitária, devendo os bens serem analisados não apenas segundo o seu valor venal, mas também consoante seus parâmetros de rendimentos.

c) No que tange a alimentos compensatórios em virtude de fruição exclusiva de patrimônio comum, enxerga-se, de fato, a necessidade de reparação, com fulcro no regramento condominial. Se duas pessoas são coproprietárias de um bem, o qual é exclusivamente usufruído por apenas umas delas, é clarividente a incidência normatização buscando o equilíbrio financeiro. Nada impede que o tema seja, inclusive, analisado em Vara de Família e sob a rubrica de alimentos, diante de economicidade, celeridade e conexão do assunto em relação à competência.

## 5 REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, Heloísa Helena. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). *Código Civil anotado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *O estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro, Renovar: 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S. Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, maio/jun. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Disponível em: <[www.rolfmadaleno.com.br](http://www.rolfmadaleno.com.br)>. Acesso em: 23 set. 2015.

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

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

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Alimentos compensatórios: possibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/alimentos-compensatorios-possibilidade/10796>>. Acesso em: 22 set. 2015.

## DIREITO E ARTE - A MULHER NA OBRA DE CHICO BUARQUE

Ana Louzada

Juíza do Distrito Federal. Presidente da Comissão de  
Direito de Família e arte do IBDFAM Nacional  
Professora de Direito de Família da Escola Superior da  
Magistratura do Distrito Federal- ESMA

O Direito de Família deve ser lido, compreendido e até mesmo desconstruído por meio da vida cotidiana. A arte de cada época expressa, com plenitude, os anseios e o modo de vida de cada sociedade. É por meio da vida que o direito se constrói e a arte é mais uma ferramenta a seu serviço. É imprescindível que o operador do Direito esteja atento às mudanças sociais, que muitas vezes vêm expressas na arte antes mesmo de se traduzir em lei ou jurisprudência.

Para moldar o *decisum* à base fática, o operador do Direito vai tratar cada dispositivo legal como um significante submetido à teleologia do sistema. A exemplo da noção de arte contemporânea, em que a obra é tratada como um signo que vai proporcionar um espaço de interação com o intérprete, dando margem a uma criação de sentido calcada na própria bagagem cultural deste, o Direito precisa também explorar suas fontes como sendo peças integrantes de uma linguagem capaz de se adaptar às necessidades que irrompem na sociedade.<sup>1</sup>

Francesco Carnelutti, o principal inspirador do Código de Processo Civil italiano, escreveu um livro intitulado *A Arte do Direito*,<sup>2</sup> publicado nos idos de 1949, em que faz menção de que a arte imita a lei. Segundo ele, todos os autores, tanto das artes quanto do Direito, só conseguem produzir boas obras quando as faz com amor. Nesse livro, ele menciona que o legislador quando faz uma lei o faz de forma racional, já o artista sente com a alma. E se questiona: o que é o Direito? Adverte que Direito e Arte são apenas modos diferentes de enfrentar o mesmo problema. Eu diria que o Direito nasce da vida e a Arte imita a vida. Talvez esteja aí o ponto em comum entre essas duas ciências.

---

<sup>1</sup> PORCHER JÚNIOR, Roberto Ernani. Direito e arte: Intersubjetividade e emancipação pela linguagem. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/roberto\\_ernani.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/roberto_ernani.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2016.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. A arte do direito. São Paulo: Pilares, 2013, p. 15. (iBooks).

Camille Paglia, em sua obra *Imagens Cintilantes*,<sup>3</sup> afirma que a civilização é definida pelo Direito e pela Arte. Para Kandinsky todas as artes emergem de uma raiz única, diferenciando-se apenas pelo meio de expressão. Enfatizava o parentesco entre a pintura e a música, afirmando que leis enigmáticas e precisas de composição sempre destroem as diferenças, vez que se apresentam sempre como mesmas em todas as artes. Assim dizia observando as correspondências fixadas por Scriabin poder-se ouvir a cor e ver o som.<sup>4</sup> acessível Entendemos que devemos poder beber de outras fontes que não somente o Direito para que possamos melhor entender o que se passa no universo familiar. Freud, ao concluir seus estudos sobre feminilidade, afirmou que quem quiser saber mais sobre a mulher, que consulte os poetas. Lacan afirmava que “a mulher não existe”,<sup>5</sup> fazendo referência de que ela é o que não é o homem. Assim, o sexo feminino é definido negativamente em relação ao sexo masculino. Simone de Beauvoir nos dizia que não se nasce mulher: torna-se! É dizer, as mulheres tornam-se o segundo sexo na medida em que elas só se definem a partir dos homens. Ou seja, a própria história criou uma imagem invertida da mulher, como se fosse um reflexo no espelho, em que aparecemos sem poder, sucesso, força, determinação e coragem.

Em 1804, Napoleão Bonaparte decretou o Código Civil francês, em que as mulheres casadas tiveram seus direitos subtraídos. Preci-savam de autorização do marido para quase tudo. Napoleão limitou o divórcio somente quando houvesse faltas graves. O marido poderia se divorciar da esposa por adultério. Já ela, só se ele tivesse tido relações com a outra em seu leito conjugal. Ele, quando adúltero, pagava uma multa. Já a mulher adúltera ia para a cadeia. Este Código não permitia que a mulher matasse o cônjuge adúltero, mas o marido traído quando a matasse, os juízes, sempre homens, faziam não enxergar.

No Brasil, o direito das mulheres em escolher seus representantes foi garantido em 1932, por meio do Decreto n. 21.076, do Código Eleitoral Provisório, após intensa campanha nacional. Relembro que até o ano de 1962 a mulher era considerada relativamente incapaz, passando a ter plena capacidade a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62). Destaco também que a mulher desquitada (antes da Lei n. 6.515/77), possuía a pecha de mulher fácil, de mulher sem boa índole, ainda que tivesse sido traída no casamento e que por esse motivo ele tenha resultado na separação do casal.

---

<sup>3</sup> PAGLIA, Camile. *Imagens cintilantes*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2014, p. XI.

<sup>4</sup> REINHARDT, Lilian. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/1130018>>. Acesso em: 2 fev.2016.

<sup>5</sup> LACAN, J. O Seminário – Livro 20. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 24.

Ainda, hoje, a mulher recebe salário inferior aos homens, em muitas situações. Agora não se fala mais em pátrio poder, mas em poder familiar, atenuando um pouco a equivocada nomenclatura que ressaltava a supremacia do pai na família. Desde agosto de 2006, contamos com a Lei Maria da Penha, que visa proteger a mulher no ambiente doméstico. E é neste panorama que pretendemos inserir as mulheres de Chico, sejam elas nominadas ou não.

Lamentavelmente, é preciso dizer que a cada dez minutos uma mulher é estuprada. De acordo com o Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (SINAN), há estimativa de que, no Brasil, pelo menos 527 mil pessoas são estupradas por ano, e que apenas 10% desses casos chegam ao conhecimento da polícia. Dessas, 89% das vítimas são mulheres e 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos conhecidos da vítima.

O feminino é algo que fascina desde sempre grandes poetas e artistas, assim como os apreciadores de suas obras. A mulher, com seus enigmas, é tema corrente de inspiração das mais variadas formas de expressão artística. Desde o mito grego relacionado a Tirésias – em que Zeus e Hera tentam comparar o gozo feminino ao masculino – até a arte contemporânea – de onde podemos extrair, como exemplo, presente em nosso cotidiano, as músicas de Chico Buarque – o feminino encanta pelo seu traço de enigma. As músicas escritas por Chico Buarque falam do feminino, e falam na voz de uma mulher – ainda que cantadas por um homem – e encantam tantas outras.<sup>6</sup>

Como o universo feminino é bastante complexo, só o direito não é capaz de absorver, compreender e abranger esse todo que se chama mulher. E hoje enfrentamos mais este desafio que é trazer a figura da mulher no direito, para as músicas deste grande poeta chamado Chico Buarque. Direito „DireitoTendo em vista a vasta obra musical de Chico, por óbvio que não pretendemos esgotar o tema, até porque tivemos que escolher apenas algumas músicas suas que tratam da questão do feminino. Destacamos o fato de que quando Chico as nomina, elas passam a ser objeto de desejo daquele que canta, sendo, pois, uma pessoa determinada. Ao contrário, quando quem fala a música é uma mulher, inominada, como *Olhos nos Olhos*, *Atrás da Porta*, *Pedaço de Mim*, é ela quem lamenta a perda do seu amado.

É dessa mulher cotidiana, dessa mulher pertencente a alguma família, dessa mulher guerreira, submissa, sozinha, prostituta, homossexual, invisível, que trataremos hoje, porque as mulheres de Chico são demasiadamente humanas! Importante lembrar a menção de Adélia

---

<sup>6</sup> ALBUQUERQUE, Raquel Coelho Briggs de. Além do falo: uma mulher e o gozo feminino. Disponível em: <<http://www.psicanalisebarroco.pro.br/revista/revistas/17/P&Brev17Albuquerque.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2016.

Bezerra de Menezes,<sup>7</sup> de que é no contexto de uma relação afetiva que se flagra o fundamental do feminino.

Começamos pela música em que Chico relata sentimento de vazio, de falta. É a música *Pedaço de Mim*.<sup>8</sup> Ele revela, com perfeição, as mazelas femininas quando do fim de um relacionamento. A falta se faz tão presente como se o que falta em nós é o que realmente importa, à similitude do que dizia Freud a respeito do Complexo de Castração.

Oh, pedaço de mim  
Oh, metade afastada de mim  
Leva o teu olhar  
Que a saudade é o pior tormento  
É pior do que o esquecimento  
É pior do que se entrevar [...]

Além disso, menciona nessa canção sobre a dor da perda de um filho quando lamenta

[...] Oh, pedaço de mim  
Oh, metade arrancada de mim  
Leva o vulto teu  
Que a saudade é o revés de um parto  
A saudade é arrumar o quarto  
Do filho que já morreu [...]

Também se reporta sobre a perda do filho na música *Angélica*,<sup>9</sup> dedicada especialmente à Zuzu Angel e a morte de seu filho na ditadura militar:

Quem é essa mulher  
Que canta sempre esse estribilho?  
Só queria embalar meu filho  
Que mora na escuridão do mar

Quem é essa mulher  
Que canta sempre esse lamento?

---

<sup>7</sup> MENESES, Adélia Bezerra de. Figuras do feminino na canção de Chico Buarque. 2. ed. Cotia-São Paulo: Ateliê Editorial, 2001, p. 21.

<sup>8</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque – Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1977/1978. São Paulo: Companhia das Letras, p. 270.

<sup>9</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque – Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Milton em 1977. São Paulo: Companhia das Letras, p. 270.

Só queria lembrar o tormento  
Que fez meu filho suspirar [...]

Ela não se conforma com a morte prematura do filho e não se cala contra a ditadura. Contudo, diz-se que no ano de 1976 ela foi emudecida por um atentado sofrido. Contudo, o poeta não permitiu que sua história deixasse de ser contada.

Outra música que trata da relação mãe/filho é *O Meu Guri*,<sup>10</sup> em que demonstra que as mães só mudam de endereço: são todas iguais. Essa canção nos conta a vida de um filho que faz trambiques e a mãe não consegue enxergar sequer a sua morte. Para ela, ele continua sendo um guri trabalhador e dedicado. Como bem ressalta Igor Fagundes,<sup>11</sup> ainda que o assunto gire em torno do filho, será do ponto de vista dela que a letra ganha corpo.

Quando, seu moço, nasceu meu rebento  
Não era o momento dele rebentar  
Já foi nascendo com cara de fome  
E eu não tinha nem nome pra lhe dar  
[...]  
Chega suado e veloz do batente  
Traz sempre um presente pra me encabular  
Tanta corrente de ouro, seu moço  
Que haja pescoço pra enfiar [...]

E nesse universo não poderia deixar de se referir aos casos em que o homem sai de casa, faz a vida dele lá fora, diverte-se, e no final da noite volta pra casa e a mulher o recebe com os braços abertos. Infelizmente, ainda há muitos casos de submissão no universo feminino, em que o horizonte são apenas as quatro paredes da casa, não tendo condições de usufruir da amplitude da vida. São mulheres que não estão prontas para o mercado de trabalho, que dependem econômica e psicologicamente de seu companheiro.

COM AÇUCAR E COM AFETO<sup>12</sup>

Com açúcar, com afeto

---

<sup>10</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque – Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1981. São Paulo: Companhia das Letras, p. 318.

<sup>11</sup> FAGUNDES, Igor. O meu guri. In: FERNANDES, Rinaldo de (Org.). Chico Buarque, o poeta das mulheres, dos desvalidos e dos perseguidos. São Paulo: Leya, 2013, p. 151.

<sup>12</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1966. São Paulo: Companhia das Letras, p. 148.

Fiz seu doce predileto  
Pra você parar em casa  
Qual o quê!

[...]

E ao lhe ver assim cansado  
Maltrapilho e maltratado  
Ainda quis me aborrecer?  
Qual o quê!  
Logo vou esquentar seu prato  
Dou um beijo em seu retrato  
E abro os meus braços pra você

Da mesma forma, a mulher sofredora se mostra e se diz em *Atrás da Porta*,<sup>13</sup> numa demonstração de fragilidade e medo ao ser deixada por seu amado. Aqui, percebe-se o antagonismo de se arrastar e arrastar, demonstrando um inequívoco jogo de contrastes.

Quando olhaste bem nos olhos meus  
E o teu olhar era de adeus, juro que não acreditei  
Eu te estranhei, me debrucei  
Sobre o teu corpo, e duvidei  
E me arrastei, e te arranhei  
E me agarrei nos teus cabelos  
No teu peito, teu pijama  
Nos teus pés, ao pé da cama  
Sem carinho, sem coberta  
No tapete atrás da porta  
Reclamei baixinho  
Dei pra maldizer o nosso lar  
Pra sujar teu nome, te humilhar  
E me vingar a qualquer preço  
Te adorando pelo avesso  
Pra mostrar que inda sou tua  
Até provar que inda sou tua

Em *Trocando em Miúdos*,<sup>14</sup> Chico aborda o fim do amor, tão comumente encontrado nas Varas de Família, e o faz mesclando sobras e sombras, isto é, o nível material e o propriamente espiritual, efetivando-se a partilha de todo o patrimônio afetivo-cultural que ambos

---

<sup>13</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Francis Hime em 1972. São Paulo: Companhia das Letras, p. 196.

<sup>14</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Francis Hime em 1978. São Paulo: Companhia das Letras, p. 282.

dividiam: a fitinha do Bonfim (que traria sorte), o disco do Pixinguinha, o livro do Neruda, a aliança e a esperança.<sup>15</sup>

Eu vou lhe deixar a medida do Bonfim  
Não me valeu  
Mas fico com disco do Pixinguinha, sim!  
O resto é seu

Trocando em miúdos, pode guardar  
As sobras de tudo que chamam lar  
As sombras de tudo que fomos nós  
As marcas de amor nos nossos lençóis  
As nossas melhores lembranças

Aquela esperança de tudo se ajeitar  
Pode esquecer  
Aquela aliança, você pode empenhar  
Ou derreter

Mas devo dizer que não vou lhe dar  
O enorme prazer de me ver chorar  
Nem vou lhe cobrar pelo seu estrago  
Meu peito tão dilacerado

Aliás  
Aceite uma ajuda do seu futuro amor  
Pro aluguel  
Devolva o Neruda que você me tomou  
E nunca leu

Eu bato o portão sem fazer alarde  
Eu levo a carteira de identidade  
Uma saideira, muita saudade  
E a leve impressão de que já vou tarde.

Com a música *Tatuagem*<sup>16</sup> também descreveu o sentimento de uma mulher pelo seu amado, que se doa por inteiro, apesar de não receber este amor na mesma medida.

[...] E também pra me perpetuar  
Em tua escrava

---

<sup>15</sup> MENESES, Adélia Bezerra de. *Figuras do feminino na canção de Chico Buarque*. 2. ed. Cotia-São Paulo: Ateliê Editorial, 2001, p. 33.

<sup>16</sup> WERNECK, Humberto. *Chico Buarque, Tantas palavras*. Escrita por Chico Buarque e Ruy Guerra em 1972/1973. São Paulo: Companhia das Letras, p. 209.

Que você pega, esfrega  
Nega, mas não lava [...]

E quando ela chega ao limite do suportável, qualquer situação contrária pode ser a *Gota d'Água*<sup>17</sup>

[...] Deixe em paz meu coração  
Que ele é um pote até aqui de mágoa  
E qualquer desatenção, faça não  
Pode ser a gota d'água [...]

Há momentos em que o amado diz “pra ser feliz e passar bem” (*Olhos nos Olhos*),<sup>18</sup> ocasião em que ela segue em frente, carregando correntes, mas não se entregando ao destino infeliz. Recompõe-se e dá a volta por cima.

[...] quantos homens me amaram bem mais e melhor que você!  
Olhos nos olhos, quero ver o que você diz  
Quero ver como suporta me ver tão feliz [...]

Outra canção que retrata a vida da mulher guerreira, que tem vários filhos com diversos homens, e que não se afasta de seus sonhos é *A Violeira*.<sup>19</sup>

Desde menina  
Caprichosa e nordestina  
Que eu sabia, a minha sina  
Era no Rio vir morar  
Em Araripe  
Topei como chofer dum jipe  
Que descia pra Sergipe  
Pro Serviço Militar  
[...]  
Tem cabimento  
Depois de tanto tormento  
Me casar com algum sargento  
E todo sonho desmanchar

---

<sup>17</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1975. São Paulo: Companhia das Letras, p. 220.

<sup>18</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1976. São Paulo: Companhia das Letras, p. 235.

<sup>19</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Tom Jobim em 1983. São Paulo: Companhia das Letras, p. 350.

Não tem carranca  
Nem trator, nem alavanca  
Quero ver que é que arranca  
Nós aqui desse lugar

Por outro lado, há que mencionar também *Beatriz*,<sup>20</sup> a mulher inalcançável. Alguém já lembrou que sem sonhar não se vive. A canção *Beatriz* pode provocar a reflexão sobre em que medida esse sonhar é uma promessa de felicidade vivida na dimensão da vida diária, valorizada enquanto processo, construída na consciência, mas também na fruição do precário, um precário enternecido, entretecido, acalentado; bom é viver, apesar da dor.<sup>21</sup>

Olha  
Será que é uma estrela  
Será que é mentira  
Será que é comédia  
Será que é divina  
A vida da atriz  
Se ela um dia despenca do céu  
E se os pagantes exigirem bis  
E se o arcanjo passar o chapéu  
E se eu pudesse entrar na sua vida [...]

Em *Nina*,<sup>22</sup> ele expressa a mulher da atualidade, que conhece apenas pela internet

[...]  
Nina anseia por me conhecer em breve  
Me levar para a noite de Moscou  
Sempre que esta valsa toca  
Fecho os olhos, bebo alguma vodca  
E vou...

---

<sup>20</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Edu Lobo em 1982. São Paulo: Companhia das Letras, p. 326.

<sup>21</sup> MOUSINHO, Luiz Antonio. Palcos de um planeta: Beatriz. In: FERNANDES, Rinaldo de (Org.). Chico Buarque, o poeta das mulheres, dos desvalidos e dos perseguidos. São Paulo: Leya, 2013, p. 246.

<sup>22</sup> Escrita por Chico Buarque em 2010. Disponível em: <[http://www.chicobuarque.com.br/letras/nina\\_2011.htm](http://www.chicobuarque.com.br/letras/nina_2011.htm)>. Acesso em: 5 set. 2015.

Também falou de sentimentos entre mulheres na música *Bárbara*.<sup>23</sup> Nessa canção, é a outra mulher da relação que procura por Bárbara e faz referência ao amor das duas.

[...] Vamos ceder enfim à tentação  
Das nossas bocas cruas  
E mergulhar no poço escuro de nós duas  
Vamos viver agonizando uma paixão vadia  
Maravilhosa e transbordante, como uma hemorragia [...]

Em *Mar e Lua*,<sup>24</sup> o amor entre mulheres também se mostra presente, mas é decantado por uma terceira pessoa que relata a temática da homoafetividade, primeiro com a polarização de mar e lua, e com o decorrer da música, elas se fundem e se confundem.

Amaram o amor urgente  
As bocas salgadas pela maresia  
As costas lanhadas pela tempestade  
Naquela cidade  
Distante do mar  
Amaram o amor serenado  
Das noturnas praias  
Levantavam as saias  
E se enluaravam de felicidade  
Naquela cidade  
Que não tem luar  
Amavam o amor proibido  
Pois hoje é sabido  
Todo mundo conta  
Que uma andava tonta  
Grávida de lua  
E outra andava nua  
Ávida de mar

E foram ficando marcadas  
Ouvindo risadas, sentindo arrepios  
Olhando pro rio tão cheio de lua  
E que continua  
Correndo pro mar  
E foram correnteza abaixo  
Rolando no leito

---

<sup>23</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Ruy Guerra em 1972/1973. São Paulo: Companhia das Letras, p. 202.

<sup>24</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1980. São Paulo: Companhia das Letras, p. 302.

Engolindo água  
Boiando com as algas  
Arrastando folhas  
Carregando flores  
E a se desmanchar  
E foram virando peixes  
Virando conchas  
Virando seixos  
Virando areia  
Prateada areia  
Com lua cheia  
E à beira-mar

E também fez referência à mulher prostituta em *Ana de Amsterdam*.<sup>25</sup> Aqui, a mulher é a protagonista e conta sem pudores como sobrevive, seus sonhos e sua realidade.

Sou Ana de vinte minutos  
Sou Ana da brasa dos brutos na coxa  
Que apaga charutos  
Sou Ana dos dentes rangendo  
E dos olhos enxutos  
Até amanhã, sou Ana  
Das marcas, das macas, da vacas, das pratas  
Sou Ana de Amsterdam [...]

Em *Folhetim*,<sup>26</sup> também fala da mulher que vende o corpo. Contudo, aqui ela se mostra dona da situação, é ela quem detém o poder e que manipula quem lhe paga para ter prazer.

[...] Mas na manhã seguinte  
Não conta até vinte  
Te afasta de mim  
Pois já não vales nada  
És página virada  
Descartada do meu folhetim

---

<sup>25</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Ruy Guerra em 1972/1973. São Paulo: Companhia das Letras, p. 202.

<sup>26</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1977/1978. São Paulo: Companhia das Letras, p. 259.

Em *A Rita*,<sup>27</sup> descreve a mulher que terminou com o relacionamento, destacando-a como mulher prática e resolvida, em oposição ao homem romântico que foi deixado.

A Rita levou meu sorriso  
No sorriso dela  
Meu assunto  
Levou junto com ela  
O que me é de direito  
E arrancou-me do peito  
E tem mais  
Levou seu retrato, seu trapo, seu prato  
Que papel!  
Uma imagem de São Francisco  
E um bom disco de Noel

A Rita matou nosso amor de vingança  
Nem herança deixou  
Não levou um tostão  
Porque não tinha não  
Mas causou perdas e danos  
Levou os meus planos  
Meus pobres enganos  
Os meus vinte anos  
O meu coração  
E além de tudo  
Me deixou mudo  
Um violão

E para encerrar trago a canção feminista, que de forma irônica, nos mostra às avessas, *Mulheres de Atenas*.<sup>28</sup> Nesta música há uma enorme crítica à família patriarcal, machista, denunciando a exploração da mulher que ainda se perpetua. Aqui, a vontade da mulher inexistente e mesmo assim, ela saúda o homem a quem acredita que deva servidão.

[...] Elas não têm gosto ou vontade  
Nem defeito, nem qualidade  
Têm medo apenas  
Não tem sonhos, só tem presságios  
O seu homem, mares, naufrágios  
Lindas sirenas, morenas [...]

---

<sup>27</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque em 1965. São Paulo: Companhia das Letras, p. 143.

<sup>28</sup> WERNECK, Humberto. Chico Buarque, Tantas palavras. Escrita por Chico Buarque e Augusto Boal em 1976. São Paulo: Companhia das Letras, p. 233.

Destarte, por meio deste ensaio tentamos demonstrar a importância da Arte na vida e no Direito da mulher brasileira. Ouvindo atentamente as canções de Chico Buarque, talvez o operador do Direito fique mais próximo do mundo feminino do que se debruçando somente nos tratados de direito sobre o tema. A Arte nos instiga ao imaginário, nos lançando ao mundo real. A Arte nos aproxima da vida e por meio dela talvez consigamos enxergar o outro com mais clareza, exercitando nossa alteridade. Direito e Arte devem andar de mãos dadas, a fim de que o ser humano possa ser aceito na sua completude, compreendido e respeitado.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raquel Coelho Briggs de. *Além do falo: uma mulher e o gozo feminino*. Disponível em: <<http://www.psicanaliseebarroco.pro.br/revista/revistas/17/P&Brev17Albuquerque.pdf>>. Acesso em: 1º fev.2016.

CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. São Paulo: Pilares, 2013 (iBooks).

FAGUNDES, Igor. O meu guri. In: FERNANDES, Rinaldo de (Org.). *Chico Buarque, o poeta das mulheres, dos desvalidos e dos perseguidos*. São Paulo: Leya, 2013.

FERNANDES, Rinaldo de (Org.). *Chico Buarque do Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

HOMEM, Wagner. *Histórias de canções Chico Buarque*. São Paulo: Leya, 2009.

LACAN, J. *O Seminário – Livro 20*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

MENESES, Adélia Bezerra de. *Figuras do feminino na canção de Chico Buarque*. 2. ed. Cotia-São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.

MOUSINHO, Luiz Antonio. Palcos de um planeta: Beatriz. In: FERNANDES, Rinaldo de (Org.). *Chico Buarque, o poeta das mulheres, dos desvalidos e dos perseguidos*. São Paulo: Leya, 2013.

PAGLIA, Camile. *Imagens cintilantes*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2014.

PORCHER JÚNIOR, Roberto Ernani. *Direito e arte: Intersubjetividade e emancipação pela linguagem*. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/roberto\\_ernani.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/roberto_ernani.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2016.

REINHARDT, Lilian. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/1130018>>. Acesso em: 2 fev.2016.

SILVA, Fernando de Barros e. Chico Buarque. *Folha Explica*, São Paulo: Publifolha, 2004.

WERNECK, Humberto. Chico Buarque - *Tantas palavras*. São Paulo: Companhia das Letras.

WERNECK, Humberto. *Chico Buarque tantas palavras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ZAPPA, Regina. *Para seguir minha jornada - Chico Buarque*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

# A IDEOLOGIA POR DETRÁS DA MEDIAÇÃO

Águida Arruda Barbosa

Doutora e Mestre pela USP. Advogada especialista em Direito de Família. Mediadora familiar. Professora de Direito Civil e Mediação. Membro da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro do Conselho Científico da Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões (LEX/IASP). Ex-Presidente da Comissão de Mediação do IBDFAM – 2001 a 2012. Antigo membro da Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques (FIFCJ).

*A vontade é tudo. É um tão grande princípio vital como o Sol.  
Contra ela as fatalidades, as febres, o ideal, quebram-se como bolas de sabão.*  
(Eça de Queirós)

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A ideologia por detrás da mediação. 3. Mediação como modo de regulação social. 4. Observatório da mediação. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise do Judiciário tem sido o mote para depositar, na mediação, a esperança de reduzir o acesso à Justiça, exclusivamente pela via da jurisdição do Estado. Espera-se que a mediação seja uma ferramenta capaz de promover uma mudança estrutural do tecido social, valorizando alternativas, ao cidadão, para alimentar o ideal de justiça do seu tempo, buscando a prestação jurisdicional em circuitos de proteção à dignidade da pessoa.

Muito se fala de mediação como meio de desafogar o Judiciário, como instrumento célere de acesso à Justiça, menos custoso aos cofres públicos e ao jurisdicionado.

No entanto, pouco se fala de mediação como instrumento de humanização do acesso à Justiça, visando à formação de um sentimento

de cidadania absoluta, como corolário ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Teóricos da mediação tendem a classificar este conhecimento em vários seguimentos, porém, há um movimento em prol do agrupamento destas tendências em dois grandes grupos: modelo latino e modelo anglo-saxão.

Dentro de cada um desses modelos, há uma grande variedade de submodelos, refletindo o multiculturalismo, o que responde à indagação: será que a mediação na França é a mesma que se pratica nos Estados Unidos?

É claro que cada país mencionado tem as suas características culturais próprias, que norteiam o ideal de justiça, como se observa da própria organização do Direito e do sistema jurídico de cada povo, de acordo com suas raízes históricas.

Encontra-se, neste exemplo comparativo, o modelo anglo-saxão, identificado nos Estados Unidos e o modelo latino à França.

Contudo, persiste a indagação acerca de qual seria o modelo mais perfeito de mediação para uma dada realidade social, cuja resposta é o que se pretende desenvolver neste estudo.

É possível adiantar que este agrupamento da mediação em modelo latino e anglo-saxão não é o suficiente, pois as variáveis decorrentes do tempo, do lugar e da função desta prática em cada cultura são infinitas, impossibilitando qualquer tentativa de enquadramento, visto que se trate de um conhecimento universal e ilimitado num espaço de criação. Mediação é arte.

## **2 A IDEOLOGIA POR DETRÁS DA MEDIAÇÃO**

O desenvolvimento da mediação, no ocidente, tem seu marco inicial bem definido, qual seja, a década de 1960, coincidindo com o marco histórico da pós-modernidade, inspirada no pós-guerra.

A pós-modernidade é uma expressão sociofilosófica que representa uma doutrina. Jean Carbonnier assim a define:

[...] a irrupção desta doutrina deu-se no Século XX, nas décadas de 70 e 80, porém, o início desse profundo movimento de reação, não menos que de progresso, é a Declaração dos Direitos do Homem em

1789, marco de ruptura libertária que permitiu o florescimento da pós-modernidade dois séculos mais tarde.<sup>1</sup>

Dessa referência temporal depreende-se que a pós-modernidade é uma resposta revolucionária aos valores que deram causa às duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do século XX, e tiveram a expressão máxima de intolerância no nazismo.

Luís Roberto Barroso<sup>2</sup> corrobora a ideia de ruptura com o sistema construído na modernidade, ao afirmar que “entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade; o rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado; [...] uma época pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana”.

Encontra-se em Erik Jayme<sup>3</sup> a síntese das características essenciais da doutrina pós-moderna, assim sistematizadas:<sup>4</sup>

a) *pluralismo*, que pressupõe a perspectiva da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal de uma maneira de ser, visto que o paradigma das verdades absolutas está completamente superado nesta doutrina; o Direito pós-moderno reconhece o pluralismo de legislações, de sujeitos de direito, de filosofias, de modelos de família, enfim, admite todas as alternativas possíveis, prestigiando as diferenças para implantar a igualdade, afinal, o que importa aí é a pessoa;

b) *comunicação*, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização de passar o tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório; a comunicação é o método de legitimação, visto que a ética e a filosofia são discursivas, e o consentimento legitimador é somente aquele informado e esclarecido; enfim, trata-se de uma comunicação de alta complexidade;

c) *narrativa*, que decorre do impulso de comunicação, de informação, assim, a mudança paradigmática contém, em sua essência, a busca da alegria de viver, uma experiência humana que quer ser

---

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. Vendôme, França: PUF, 1994, p. 145-146.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

<sup>3</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p. 24, 1999.

<sup>4</sup> JAYME, Erik apud MARQUES, Cláudia Lima; CHAPACUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, p. 14, 1999.

contada, narrada, afastando a descrição de condutas, estas próprias para comportamentos universais, verdades absolutas, que orientaram os paradigmas da modernidade;

d) *retour des sentiments*, ou, como afirma Jayme, um *revival* dos direitos humanos, revalorizados nesta transição de doutrina moderna para pós-moderna, com a mudança de paradigma decorrente da desconstrução, da fragmentação do direito, para permitir a valorização do sentimento, lembrando que, na modernidade, o valor fundamental era o pensamento, a razão que podia admitir a verdade absoluta.

Diante deste contexto doutrinário da pós-modernidade, é preciso identificar a ideologia que está por detrás da mediação, que tem o seu renascimento justamente na década de 1960, simultaneamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, embora os movimentos tenham origens em ideologias autônomas, completamente diferentes entre si.

O termo ideologia tem diferentes significados, porém, para este estudo, vale exaltar que se trata de um conjunto de ideias conscientes e inconscientes, numa visão abrangente. São sistemas de pensamentos abstratos e comportam uma divisão em dois grandes grupos: neutro e crítico.

Sob o ponto de vista neutro, ideologia é o sinônimo de ideário, um conjunto de ideias, de pensamentos, de doutrinas ou de visões do mundo de um indivíduo ou um grupo, orientado para suas ações sociais e políticas.

A concepção crítica de ideologia a entende como instrumento de dominação que age por meio de convencimento de forma prescritiva, alienando à consciência humana, pois visa mascarar a realidade.

Em síntese, sempre que se fala em ideologia, é preciso situá-la como concepção neutra, ou ideário, ou, criticamente, conjunto de ferramentas simbólicas voltadas à criação e/ou manutenção de relações de dominação, seja uma frase, um texto, uma notícia, um filme, um discurso etc.

Qual é, enfim, a ideologia que está por detrás da mediação, nos países anglo-saxões e latinos? Por que a mediação tem sido tão valorizada e reconhecida pelos sistemas jurídicos e pelas leis?

Para o mediador francês Jean-Pierre Bonafe-Schmitt,<sup>5</sup> o fenômeno da mediação contemporânea tem como êmbolo uma ideologia, seja pela intervenção do Estado nas relações privadas, a exemplo do

---

<sup>5</sup> BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Disponível em: <[www.observateurdesmediations.com](http://www.observateurdesmediations.com)> Acesso em: 10 mar. 2016.

modelo desenvolvido nos Estados Unidos, ou o chamado modelo anglo-saxão, ou o modelo desenvolvido na França, ou o chamado modelo latino, que visa à humanização da prestação jurisdicional.

Como já dito, esta dicotomia não é suficiente para a compreensão das ideologias que animam os modelos de mediação, porém, trazem os elementos indispensáveis para fixar as diferenças de objetivos de cada uma.

Ambos os modelos decorrem do esgotamento das políticas públicas tradicionais para regular os conflitos por meio do Estado, concluindo que o aumento do número de juízes, tribunais, polícia etc. não resolvem a desorganização social.

Nos Estados Unidos, foram desenvolvidas políticas públicas que visavam ao desenvolvimento das ADR – *Alternative Dispute Resolution* –, que chamaram de mediação. No entanto, críticas severas logo classificaram este meio de acesso à Justiça como “justiça de segunda classe”. A falta de rigor teórico não atribuiu à atividade um conceito que pudesse dar sustentação à inovação. A experiência teve o objetivo de *desafogar* o Judiciário, criando dificuldades ao acesso à Justiça, oferecendo pseudovantagens por meio de uma justiça dita célere e de baixo custo.

Assim nasce o modelo anglo-saxão de mediação, adotado por países de língua inglesa, a exemplo do Canadá, Austrália, Nova Zelândia, dando ênfase aos sistemas jurídicos da *common law*, ou do direito consuetudinário. Vale ressaltar, como já afirmado, que a mediação na Inglaterra tem uma história própria e mais se assemelha ao modelo latino.

Na França,<sup>6</sup> há um movimento anterior à adoção da mediação nos Estados Unidos, tendo em vista a existência desta prática numa lei de 1671, que atribuía à assembleia de nobres e ao clérigo a tarefa de pacificar as discórdias. Na década de 1980, encontra na mediação um meio de afastar a intervenção do Estado das relações privadas, em busca da liberdade individual, valorando, sobretudo, a cidadania plena.

Em lugar de buscar meios de *desafogar* o Judiciário, como nos Estados Unidos, os teóricos da mediação foram à causa e não às consequências, buscando instrumentos que atendam à dignidade da pessoa humana.

A prática da mediação desenvolveu-se fora do ambiente do Judiciário, em circuitos menores e especializados, que não tinham como objetivo a realização de acordos, mas visavam à transformação do

---

<sup>6</sup> BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14-16 e 20-26.

conflito, em atividade regida pela lógica da mediação e não pela lógica do conflito.

O modelo latino, desenvolvido na França, pode ser chamado de uma forma de equidade, promovendo a oralidade numa sociedade em que predomina a escrita, o que resulta em um modo de regulação social.

### **3 MEDIAÇÃO: UM MODO DE REGULAÇÃO SOCIAL**

Uma sociedade desenvolve-se pela criação de modos de regulação social, promovendo os devidos ajustes para enfrentar as peculiaridades daquela cultura.

Para uma melhor compreensão de como se dão os modos de regulação social, vale trazer um exemplo na historiografia do Direito de Família brasileiro.

Trata-se da Roda dos Expostos,<sup>7</sup> fundada no período colonial, em 1738 no Rio de Janeiro, por Romão de Mattos Duarte. Ele doou a quantia de 32 mil cruzados, logo acrescida de outras doações daqueles que aprovaram a iniciativa, para a criação de um estabelecimento aparelhado para receber e abrigar crianças rejeitadas, mais usualmente denominadas de expostos e enjeitados.

A instalação da Roda dos Expostos foi feita na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro. Junto a uma parede lateral do prédio foi instalado um aparelho de madeira, com formato cilíndrico, tendo um lado vazado, assentado num eixo que produzia um movimento rotativo. Este mecanismo permitia que a pessoa que abandonasse uma criança não fosse reconhecida pela religiosa que, pelo lado de dentro, recolhia o petiz.

A Roda dos Expostos<sup>8</sup> reflete a moral que norteava os usos e costumes da época, correspondendo ao modelo de família que imperava na formação do povo brasileiro. A Roda exercia uma função reguladora

---

<sup>7</sup> “A regra geral eram as noites de profunda calada, na escura constância das quaes, se podia enxergar, a custo, vultos se esgueirando. Quem se aproximasse deles reconhecia mulheres, parteiras, e curiosas, sob cuja mantilha se abrigavam criancinhas pequeninas. Iam depositá-las no Roda, receosos de serem castigadas.” (ALMEIDA, Angela Mendes de et al. Pensando a família no Brasil: da colôniacolônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaçoço e Tempo/Editora da UFRJ, 1987, p. 37).

<sup>8</sup> “A fonte principal para a presente reflexão são as teses da Faculdade de Medicina sobre a Roda dos Expostos, produzidas entre 1845 e 1860. [...] Das teses dar-se-á destaque, aqui, às partes que buscavam justificar a existência de estabelecimento como a Roda [...] Através das “justificativas” médicas para a manutenção da Roda, procuramos subtrair elementos que ajudem a construir a concepção médico-higienista da mulher que abandonava o filho.” (ALMEIDA, Angela Mendes de et al. Pensando a família no Brasil: da colôniacolônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaçoço e Tempo/Editora da UFRJ, 1987, p. 42).

dos desvios familiares. Separava os filhos legítimos daqueles nascidos de relações rejeitadas pela sociedade e pela Igreja, pois, para a moral cristã, as práticas reprodutivas eram restritas ao casamento.

É preciso ressaltar que o critério de escolha para o casamento, naquele tempo, era feita por razões de ordem econômica, sob o comando patriarcal, e sem consulta aos nubentes, com o objetivo de estabelecer alianças que pudessem garantir a perpetuação e o crescimento do patrimônio econômico e social da família. E a Roda situou-se justamente como medida eugênica de preservação da família legítima, evitando o escândalo dos amores proibidos, mantendo a dignidade dos costumes. Este mecanismo social destinava-se, exclusivamente, aos filhos de mulheres brancas e ricas, pois, para as mulheres negras e/ou pobres a moral era outra.

Esse histórico modo de regulação social deu origem às leis que discriminaram os filhos até o advento da Constituição Federal de 1988.

A abertura para acolher a mediação, no Século XXI, nada mais é senão a busca de um modo contemporâneo de regulação social, visto que o modo eleito outrora, pela jurisdição do Estado, já se encontra esgotado, pois não se coaduna mais com os conflitos humanos desta época, pois os sujeitos de direito rejeitam, cada vez mais, a intervenção estatal na vida privada.

A mediação que se busca é a consagração de uma forma de hegemonia paradoxal em matéria de regulação social e não simplesmente a solução de conflitos, a exemplo das ADR (Alternative Dispute Resolution), no modelo anglo-saxão.

A mediação adequada para o 3º. Milênio não pode se apeguar numa concepção restrita de seu campo, pois há uma exigência de sua ampliação *como um novo modo de regulação social*, portanto não se trata de técnica de resolução de conflitos, ou gestão de conflitos.

O movimento em prol da construção do conceito de mediação deve se nortear pela cultura de cada país, respeitando a historiografia dos modos de regulação social adotados ao longo do desenvolvimento do estado democrático de direito. É preciso analisar o impacto social da mediação numa cultura.

A dimensão sociopolítica constitui a primeira variável a ser considerada, pois ela representa uma nova forma de ação, um novo modo de regulação social. Esta consciência implica uma recomposição das relações entre Estado e sociedade civil. Neste novo modo de regulação social há o empoderamento do cidadão, que tem sua autonomia prestigiada, e, conseqüentemente, o Estado não encontra espaço para a sua intervenção

Enfim, ambos os modelos de mediação – latino e anglo-saxão – devem ser analisados de acordo com a coerência histórica do desenvolvimento de modos de regulação social, para que correspondam à necessidade de mudanças clamadas por uma sociedade. Não há como implantar um modelo de mediação tido como ideal para uma dada sociedade.

Eis, portanto, a ideologia por detrás da mediação. Se ela servir de instrumento de política pública para *desafogar* o Judiciário, apenando-se em se prestar a um método de solução de conflitos, o resultado será a manutenção de um sistema viciado, sem implementar mudanças.

No entanto, se a mediação for implantada como um novo modo de regulação social, correspondendo à historiografia da construção desses modos ao longo do desenvolvimento de uma cultura, *a mediação não será um simples meio de resolução ou gestão de conflitos, criando um sistema capaz de humanizar o modo de transformar os conflitos.*

#### **4 OBSERVATÓRIO DE MEDIAÇÃO**

O mediador francês Jean-Pierre Bonafe-Schmitt implantou um projeto de criação de um *observatório das mediações*, em parceria com universidades europeias, que tem por objeto a pesquisa *comparada* sobre mediação.

Assim, sem considerar qual é o melhor modelo de mediação, todas as experiências são levadas ao observatório e aproveitadas para alimentar o banco de dados.

Não se trata de um inventário das mediações existentes, pois o que importa é a análise do fenômeno, por intermédio de instrumentos de avaliação, consistentes em:

- a) ficha de atividade para avaliar as estruturas da mediação aplicada por um mediador;
- b) questionário para medir o grau de satisfação dos mediandos acerca da experiência de mediação;
- c) questionário para identificar o resultado da mediação com relação aos mediandos e a consciência da transformação do conflito.

Tendo em vista a dimensão continental do Brasil, com destacada diversidade regional, com evidente multiculturalismo, a experiência

do observatório mencionado poderá servir de espelho para a adoção de um ousado projeto de pesquisa a partir de uma estrutura desta natureza.

Somente a partir da comparação dos modelos de mediação, com a análise dos critérios empregados, pelos efeitos alcançados e pelos reflexos sociais da experiência é que se poderá garantir, efetivamente, *um novo modo de regulação social*.

A ideologia por detrás da mediação precisa de uma análise sistemática, para enfrentar a comparação dos sistemas sociais em face das diversidades e das complexidades.

A análise do fenômeno da mediação deve corresponder à coerência social e da continuidade histórica de cada cultura.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela Mendes de *et al.* *Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/Editora da UFRRJ, 1987.

BARBOSA, Águida Arruda. A mulher na área jurídica: família. In: *Mulher – Cinco séculos de desenvolvimento na América: Capítulo Brasil*. Belo Horizonte: O Lutador, 1999.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Disponível em: <[www.observateur-desmediations.com](http://www.observateur-desmediations.com)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. Vendôme, França: PUF, 1994.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; CHAPACUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, 1999. PARKINSON, Lisa. *Mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ALMEIDA, Angela Mendes de *et al.* *Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/Editora da UFRRJ, 1987.

# RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FIM DA CONJUGALIDADE<sup>1</sup>

Marcelo Truzzi Otero

Mestre e Doutor pela PUC-SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Advogado. Professor da Escola Paulista de Direito-EPD, das Faculdades Integradas Padre Albino - FIPA e da Atame-Cândido Mendes. Autor.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil pela ruptura imotivada da conjugalidade. 3. Responsabilidade civil por violação aos deveres conjugais. 4. Reparação civil nas relações paterno-filiais em razão da dissolução da família. 5. Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O panorama jurídico das relações privadas foi alterado substancialmente pela Constituição Federal de 1988. Até então, a tutela da personalidade estava restrita, em visão canhestra, à tutela do patrimônio, e não precisamente à proteção da pessoa humana.

Fruto de equivocada compreensão dos conceitos de igualdade e de liberdade das grandes codificações edificadas sobre a égide do Estado liberal, “marcadas por leis gerais e abstratas que enalteciam a propriedade e a manifestação da vontade livre, sem a preocupação dos indivíduos como *pessoa*”<sup>2</sup>, a legislação anterior ao texto constitucional preocupava-se claramente mais com a tutela de institutos jurídicos em abstrato a propriamente com as *pessoas* envolvidas no fenômeno jurídico.

A propriedade, o contrato e a família, institutos clássicos do direito privado na codificação de 1916, eram mais importantes que os contratantes, os proprietários e os partícipes da relação familiar.

A positivação de princípios no texto constitucional de 1988, a exemplo da dignidade, da solidariedade, da afetividade, da igualdade e da liberdade, valorizou a pessoa humana, pautado exclusivamente

---

<sup>1</sup> O presente trabalho integra obra coletiva, *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, MADALENO, Rolf, BARBOSA, Eduardo (coord.), São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>2</sup> Ana Luisa Maia Nevaes, *A função promocional do testamento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

em uma perspectiva existencialista, bem ressaltada por Luiz Edson Fachin<sup>3</sup>.

Merecedor da tutela jurídica é o sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades, e não mais os institutos em si.<sup>4</sup> Norma de qualquer natureza que descure da tutela da pessoa humana estará em franca rota de colisão com a diretriz constitucional, não havendo que aplicá-la, sob pena de verdadeira subversão da hierarquia normativa, prestigiando leis ordinárias em detrimento das normas constitucionais.<sup>5</sup>

A partir desta ótica personificada e existencialista imposta pela Constituição vigente, todos os institutos jurídicos marcadamente privados passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional; e a família, obviamente, com toda a sua realidade sociológica sensível as transformações sociais, não se manteve imune a essa verdadeira revolução.

Aquela família de antanho, reconhecidamente excludente, desigual, discriminatória, hierarquizada e patrimonialista, protegida como ente abstrato<sup>6</sup>, cedeu passo a uma família igualitária, democrática, plural, consciente de seu verdadeiro papel como instrumento executor de valores fundamentais destinado a promover o desenvolvimento da personalidade de seus componentes.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup>Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48: “A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena os homens a abstração. Nesta esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se depreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.”

<sup>4</sup>Cristiano Chaves de Farias. Direito das Famílias. 4 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 47: “Não há mais proteção à família pela família, senão em razão o ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana! (...) É simples, assim, afirmar a evolução da ideia de família-instituição, com proteção justificada em si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de família-instrumentado desenvolvimento dos seus membros, tutelada na medida em que promove a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF)”.

<sup>5</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18.

<sup>6</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>7</sup>FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. 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 do autor.

Foi reconhecido, enfim, que a família constitui o *locus* existencial por excelência de seus componentes, sendo tamanha a sua importância para o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades das pessoas, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo XVI, 1, assegura, como fundamental, o direito de qualquer pessoa fundar uma família.

Longe de ter a disciplina das relações sexuais, a procriação ou a prestação de mútua assistência como finalidades precípua<sup>8</sup>, a família, e não apenas o casamento como sugere a geografia do artigo 1511 do Código Civil, visa, essencial e primordialmente, a realização de projetos existenciais conscientemente adotados a partir do afeto, do amor.<sup>9</sup>

O afeto, portanto, é o esteio de qualquer núcleo familiar que, associado à liberdade e à vontade, assegura o direito individual de executar esses projetos existenciais, sejam eles atrelados a conjugalidade<sup>10</sup> ou a parentalidade<sup>11</sup>, que promovam a realização pessoal dos envolvidos, tradução singela de tutela da dignidade, não cabendo ao Estado qualquer ingerência, salvo quando conflitarem com a própria personalidade do titular<sup>12</sup> ou com o interesse social maior da própria sociedade<sup>13</sup>.

Por conseguinte, na execução de seus projetos existenciais vinculados à conjugalidade há um enorme poder de autodeterminação para casar ou não casar; casar ou viver em união estável, e, evidentemente, se casadas ou vivendo em união estável, por termo ao casamento ou a então estável, sendo suficiente o fencimento do afeto, sem que nada possa fazer o outro cônjuge/companheiro, tampouco o Estado, afinal, como bem observa Pietro Pierlingieri, “é necessário

---

<sup>8</sup> Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito de Família*, 28 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

<sup>9</sup> João Baptista Vilela vaticinou já há longa data: “Já notaram os senhores o quão pouco se falar de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos”, *Repensando o Direito de Família*, in: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 20.

<sup>10</sup> Casar, viver em união estável, manter entidade familiar com pessoa do mesmo gênero, observando que já se discute se o concubinato e as uniões paralelas constituem modelos de família.

<sup>11</sup> Ter ou não ter filhos; tê-los pela via natural ou mediante técnicas medicamente assistidas; optar pela adoção, ser mãe ou pai independentemente de um projeto conjugal, tudo isso foi assegurado pela CF/88, em especial, pelo artigo 226, 7º da Constituição Federal.

<sup>12</sup> Adoção de técnicas medicamente assistidas de procriação quando há claro risco à saúde da gestante ou da prole.

<sup>13</sup> Em dias atuais, o Superior Tribunal de Justiça tem repellido o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões paralelas entendendo que, além de afrontarem a monogamia, tida como princípio para a maioria dos julgados daquela Corte, elas contrariam interesse da sociedade na família monogâmica: REExt.n.397.762-8/BA, STF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 03.08.2008 e RESp.n. 1.157.273/RN, , STJ, 3 T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.2010.

mais do que outra coisa, aceitar a ideia de que, quando falta o afeto e a comunhão espiritual, a família ‘não existe’.”<sup>14</sup>

Paulo Neto Lôbo bem focaliza essa questão observando que “o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral”<sup>15</sup>.

Não cabe, portanto, ao Estado, ao parceiro ou a quem quer que seja obstaculizar, restringir ou dificultar a decisão refletiva e consciente de *descasar* que, mesmo aparentemente imotivada, encontra motivação suficiente no simples desejo de não mais permanecer vinculado àquele projeto existencial de conjugalidade.

A questão que tem se apresentado aos tribunais é se este exercício unilateral de liberdade individual, e que se traduz na execução da própria personalidade do titular, ou se a sua conduta durante relacionamento, ensejará algum tipo de indenização ao outro que, continuando a amar ou sendo preterido em seus sentimentos e expectativas, experimentará uma dor, um sofrimento, um menoscabo<sup>16</sup>.

Entendemos que a responsabilidade civil pela dissolução familiar deve ser enfrentada sob três enfoques distintos. O primeiro deles deve analisar o problema da responsabilidade civil na ruptura do projeto existencial a partir do exercício de uma liberdade individual. O segundo deles, deve analisar o problema da responsabilidade civil a partir da conduta adotada pelo cônjuge ou pelo cônjuge ou companheiro durante a vida a dois. O terceiro deles, deve analisar a questão sob o prisma dos filhos.

De certa forma, todos esses enfoques se entrelaçam ao concluirmos que a responsabilidade civil pela dissolução da vida familiar segue as mesmas vigas mestras da responsabilidade civil em geral.

---

<sup>14</sup> *Perfis do Direito Civil*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 263-264.

<sup>15</sup> Nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões, in: *Direito de Família e das Sucessões*, Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 11-12.

<sup>16</sup> “A perda do amor é igual à perda da morte. Só que dói mais. Quando morre alguém que vc. ama, você se dói inteiro mas a morte é inevitável, portanto, normal. Quando você perde alguém que você ama, e esse amor – essa pessoa – continua vivo, há então uma morte anormal. O nunca mais de não ter quem se ama torna-se tão irremediável quanto não ter nunca mais quem morreu. E dói mais fundo – porque se poderia ter, já que está vivo. Mas não se tem, nem se terá, quando o fim do amor é: never”, Caio Fernando Abreu, *Extremos da Paixão*, in: *Pequenas Epifanias*.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA IMOTIVADA DA CONJUGALIDADE

É de Maria Berenice Dias a seguinte colocação: “Todas as relações que têm origem em vínculos de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com perspectiva infinita de vida em comum até que a morte os separe. Todos os pares carregam a expectativa de um complementar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social etc. A separação representa o rompimento deste projeto. Um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem é o da separação conjugal”<sup>17</sup> ao que, concluímos, causa dor, sofrimento, angústia, em especial quando o rompimento é motivado por alguma conduta mais ferina aos sentimentos.

Não é incomum associar o dano moral a dor, ao sofrimento, a angústia injustamente impostos a outrem, como constatamos na lição de Wilson de Melo da Silva, célebre monografista da matéria, quando afirma que o “dano moral é a dor, tomado o vocábulo em sua lata expressão”.<sup>18</sup>

Não nos afigura correto, entretanto, este atrelamento do dano moral ao subjetivismo dos sentimentos que, embora aferíveis por critérios medianos, mantém certa dose de egotismo, incorrendo no grave risco de relegar a configuração do dano moral ao sabor das emoções da vítima que exteriorizará ao seu modo e conforme a sua sensibilidade o sofrimento de que padece e que, por vezes não padece, afinal, como bem observado acidamente pelo saudoso J. J. Calmon de Passos:

“Nada mais suscetível de subjetivar-se que a dor, nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chorá-la porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos. A possibilidade, inclusive, de retirarmos proveitos financeiros dessa nossa *dor oculta*, fez-nos atores excepcionais e meliantes hábeis (...). Para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da *efetiva dor* do beneficiário, *desocultando-a*.”<sup>19</sup> (Informativo Incijur n. 46, maio 2003)

---

<sup>17</sup>Manual de Direito das Famílias, 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

<sup>18</sup> O dano moral e sua reparação, 3 ed. ver. e ampl., Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1999, p. 334.

<sup>19</sup> O imoral do dano moral, in: Informativo Incijur, nº 43, maio/2003.

Dano moral, em verdade, é toda lesão injusta a um atributo da personalidade humana<sup>20</sup> e não está “necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.”<sup>21</sup>

Transportando estas considerações para a ruptura imotivada dos relacionamentos amorosos, *decerto* o rompimento da relação provocará dor, causará sofrimento, implicará em angústia ao cônjuge/companheiro que, por vezes colhido de surpresa, vê-se aturdido com a notícia do fim, mas tal não significa que existirá ou remanescerá dever de indenizar por parte do desertor.

Casamento e união estável são projetos existenciais e, portanto, estão intimamente ligados ao exercício da personalidade, afinal, ninguém casa ou vive em união estável, tampouco mantém-se casado ou convivendo estavelmente pelo simples fato de fazer o outro feliz. Casa-se ou vive-se em união estável porque busca-se nestes projetos existenciais a execução da própria personalidade, busca-se a felicidade e a realização pessoal, tradução singela da dignidade tutelada pelo texto constitucional. Qualquer outro sentido que se dê ao casamento ou a união estável que não o de um projeto existencial acabará aniquilando completamente o próprio sentido da família como *locus* existencial por excelência, afinal, nada mais dramático e angustiante do que viver com quem não se quer conviver: “Amor imposto é desamor”, como já consignado por Ênio Santarelli Zuliani.<sup>22</sup>

É um evidente paradoxo equacionar a dor, o sofrimento, a angústia do cônjuge/companheiro abandonado, impondo ao outro parceiro manter-se vinculado ao projeto conjugal originalmente estabelecido que não mais deseja. Esta desastrosa solução, encontrada na legislação revogada<sup>23</sup>, atenta contra o próprio sentido da dignidade da pessoa humana que tem substrato na preservação da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral de cada pessoa.<sup>24</sup>

Os atos de autonomia existencial têm características marcantes que o diferem dos atos de natureza puramente patrimonial. Enquanto

---

<sup>20</sup> Maria Celina Bodan de Moraes, *Na medida da pessoa humana: estudos e direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 433; Anderson Schereiber, *Direitos da Personalidade*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

<sup>21</sup> Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 8 ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

<sup>22</sup> Ênio Santarelli Zuliani, *Apelação Cível n. 300.787-4/2*, 4ª Câmara. Dir. Privado, j.15.02.2007.

<sup>23</sup> Art. 6º da Lei 6515/77, malsinada “clausula de dureza”.

<sup>24</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional*, p. 187.

os atos puramente patrimoniais tem como notas marcantes a exigência de *declaração simples de vontade*, a *onerosidade*, a *correspectividade* e a *confiança*, resultando daí todo um arcabouço jurídico que fundamenta a execução específica das obrigações; os atos de autonomia existencial são caracterizados essencialmente por uma *declaração qualificada de vontade*, pela *gratuidade* e *espontaneidade*, pela *ausência de correspectividade*, ressaltando que, justamente por traduzirem atos que executam e promovem a dignidade do titular, neles não prevalecerá a lógica da correspectividade e a tutela da confiança, como ocorre nos atos de autonomia patrimonial, razão pela qual descabe falar em execução forçada dos atos de autonomia existencial, ainda que manifestados a partir de uma vontade qualificada.

Rose Melo Vencelau Meireles, dissertando sobre os atos existenciais, anota que “o que move o titular de uma situação existencial dispor sobre ela é a busca do desenvolvimento da sua própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa a beneficiar a outrem”, inexistindo “um mote econômico na prática de atos de autonomia existencial”, para, na sequência, ressaltar a preocupação em não se mercantilizar situações existenciais que, em última instância, atingem a própria personalidade do homem<sup>25</sup>.

Prossegue, a doutrinadora, lecionando que também “a lógica da correspectividade é totalmente estranha aos negócios existenciais bilaterais, pois nestes o disponente se vincula à prática de um ato para a realização da personalidade e não devido à existência de um nexo de causalidade com uma contraprestação”<sup>26</sup> para, na sequência, finalizar explicitando que a *declaração qualificada de vontade* é aquela, além de *espontânea*, *esclarecida*, e, sobretudo, atual, no sentido de que *deve ser manifestada no momento da execução do ato*<sup>27</sup> observando que nestes atos existenciais é assegurada, até o momento da execução do ato existencial<sup>28</sup>, a possibilidade de retratação, sem que se possa falar em cumprimento forçado da obrigação, justamente porque ordinariamente não prevalece, para os atos existenciais, a tutela da confiança<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> *Autonomia Privada e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 205-206.

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 211.

<sup>27</sup> Nas relações jurídicas existenciais de trato contínuo, como ocorre no casamento e na união estável, é assegurado ao sujeito, em exercício da sua personalidade, manifestar a sua vontade em casar ou não casar até o momento da celebração, e, se já participante de um projeto parentar, a ele é assegurado manifestar, a qualquer instante, a vontade a respeito da permanência ou não a não permanência naquele projeto existencial.

<sup>28</sup> Até o momento do casamento, portanto, os noivos podem se retratar, como, aliás, lhes assegura a própria lei (CC, art. 1538).

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 215-216: revogabilidade, incoercibilidade e tutela da confiança nos atos existenciais.

Todas essas características dos atos existenciais emprestam relevantes subsídios para fundamentar a inexistência de dever de indenizar pela simples ruptura da convivência amorosa, em quaisquer de suas fases: namoro, noivado, casamento ou união estável.

De fato, namorados, noivos, cônjuges ou companheiros mergulham nestes projetos existenciais pautados exclusivamente no afeto antevendo naquele relacionamento o caminho para a felicidade e para a realização pessoal, desenvolvendo assim, de forma mais que sadia, suas personalidades. Ninguém inicia um namoro, compromete-se em noivado ou entrega-se em casamento ou em união estável pautado em interesses puramente patrimoniais ou a uma contraprestação qualquer, pois além de absolutamente imoral, é, no panorama jurídico atual, ilegal dado que o afeto é o esteio dos relacionamentos familiares e sem ele não se atinge a plenitude da comunhão de vidas, e menos ainda a felicidade, ou seja, não atinge próprio fim destes modelos familiares.

Como oportunamente observado por Flávio Tartuce e José Simão<sup>30</sup>, “quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão de vida”. Tanto assim é verdade que o Judiciário decretou a anulação de casamento celebrado com propósitos exclusivamente patrimoniais e desprovido de afeto<sup>31</sup>.

Óbvio, também, que não se pode obrigar qualquer pessoa a iniciar um relacionamento amoroso ou manter-se a ele vinculado contra a sua vontade. Seria o completo desprestígio à vontade individual qualificada, tão cara aos atos existenciais e à própria tutela da personalidade.

Como bem explicita Maria Celina Maria Bodin de Moraes, “na legalidade constitucional a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não patrimonial. Assim é justamente porque o legislador democrático, também no Brasil, tem perfeita noção de que a vida, para ser digna (CF, art. 1º, II), precisa, intrinsecamente, da mais ampla liberdade possível no que toca às relações não patrimoniais. No que tange às situações pessoais, como aqueles que se refere à vida privada do sujeito - (...) - considera-se haver uma ‘proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade’. Significa dizer que as ações humanas que

---

<sup>30</sup>Direito civil: *direito de família*, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 38.

<sup>31</sup> Ap. Cível 2009.001.21641, TJRJ, 19ª Câm. Cível, Rel. Des. Claudio Brandão, j. 4/8/2009, publicado 4/11/2009: “Direito Civil. Família. Anulação de casamento. Funcionalização do Direito: proteção dos institutos jurídicos condicionada à respectiva função social. Casamento celebrado sem finalidade de constituição de família. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: interesses unicamente materiais. Art. 1557, I, do CC.”

envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional<sup>32</sup>.

Ora, se “nos contratos em que a prestação de uma das partes for uma situação existencial, esta poderá resilir unilateralmente o contrato quando a sua continuidade não mais interessar especialmente, se importar em violação a sua própria dignidade”<sup>33</sup>, com maior razão o sujeito poderá se desdizer, arrepender-se, denunciar o fim do relacionamento amoroso, já que são atos existenciais puros de execução da personalidade em que a dignidade do declarante não pode ser restringida para garantir a dignidade do outro.

Atento a esta ordem de ideias, André Borges de Carvalho Barros pondera que “a família é marcada por uma vontade qualificada: o afeto. Logo, quando desaparece o afeto, dentro da família matrimonial (casamento), não há porque se insistir na sua manutenção e dificultar sua dissolução (sem afeto não há família). O casamento que não é bom para um não é bom para todos, sobretudo para os filhos do casal”, concluindo, na sequência, que “se o relacionamento não deu certo, facilitar a sua dissolução não significa a destruição da família, mas sim a sua própria regeneração”<sup>34</sup>.

O direito ao rompimento das relações amorosas, em quaisquer de suas formas, também traduz ato de execução da personalidade, amparado pela liberdade e pela autodeterminação, constituindo, pois, um direito potestativo do seu titular, que não pode ser negado ou restringido e, mesmo que o ato de rompimento provoque dor, sofrimento, mágoa ou sensação de abandono, dele não emergirá qualquer dever de indenizar<sup>35</sup>, salvo quando exercido de forma manifestamente abusiva<sup>36</sup>, caso em que o dever de indenizar não emergirá do ato de

---

<sup>32</sup>Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 190.

<sup>33</sup>Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 296.

<sup>34</sup>A mitigação da culpa na separação judicial e suas consequências, in: *Direito de Família e das Sucessões*, coord. Giselda Maria Fernanda Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 115.

<sup>35</sup>Apelação Cível n. 70012349718, TJRS, 7ª Câmara, Rel. Des. Sérgio de Vasconcellos Chaves, j. 7.12.2005; Apelação Cível n. 264.659-4/8-00, TJSP, 8ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 26.10.2005; Apelação Cível n. 0004892-71.2002.8.26.0554, TJSP, 2ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Alvaro Passos, j. 4.11.2014; Apelação n. 0279770-49.2009.8.26.000, TJSP, 5ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 01.08.2012 e Apelação Cível 0000723-34.2013.8.26.0464, TJSP, 4ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, j. 24.07.2014, assim ementado: “Rompimento de noivado. O desfecho unilateral de relacionamento antes da data que seria a do casamento, por desamor, não constitui ato ilícito ou de ofensa ao princípio da dignidade humana. Ocorrência usual na sociedade, criando expectativas, frustrações, alegrias e tristezas que são típicas da dinâmica da vida sentimental. Indenização por danos morais impossível de ser concedida. Recurso Improvido.”

<sup>36</sup>Apelação Cível n. 0022515-83.2007.8.26.030, TJSP, 5ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Erickson

rompimento em si, mas da forma desproporcional e desarrazoado como foi exercido este direito, aplicando-se, nesta hipótese excepcional, a cláusula geral da responsabilidade civil prevista no artigo 187 do Código Civil.<sup>37</sup>

Em remate: nada há de ilegal no rompimento do namoro ou do noivado, ainda que de longa data, como também nada há de ilegal no rompimento do casamento imotivado ou da união. Os interessados podem se desdizer do pedido de namoro, o noivo pode se arrepender da promessa de casamento até o momento da celebração do casamento, o cônjuge ou do companheiro pode denunciar a relação casamentária ou relacionamento sem que isso represente qualquer ilicitude, mesmo que provoque dor, sofrimento, angústia, afinal, ninguém pode ser responsabilizado por deixar de amar.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

A legislação portuguesa anterior a edição da Lei n. 61, de 31 de outubro de 2008, previa a possibilidade de indenização pela dissolução do casamento sempre que um dos cônjuges fosse culpado pela dissolução do casamento, dispondo que “o cônjuge declarado único ou principal culpado, e bem assim o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento na alínea c) do art. 1781, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento”,

---

Gavazza Marques, j. 05/07/2013; Apelação Cível n. 300.787-4/2, TJSP, 4 Câmara. Dir. Privado., Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, de onde extrai-se o seguinte trecho: “Evidente que o arrependimento, em se tratando de projeto de casamento, é permitido antes das bodas, até por razões sentimentais [o desamor]; porém, quando o arrependimento retarda a decisão de romper o noivado, fazendo-o nas vésperas das bodas ou até no dia marcado para a festa nupcial, fica evidenciada a conduta reprovável ou não admitida no direito, desde que sem uma base concreta. O desamor, que justifica a separação em qualquer fase da vida comum, deverá ser comunicado de forma solidária, para não surpreender aqueles que, confiantes na firmeza do compromisso, apostam no enlace e investem numerário para concretizar fatos essenciais (...). O Direito não admite a desumanidade, embora aceite o arrependimento do noivo ou da noiva, até porque o imposto é desamor. O princípio constitucional da dignidade [art. 1º, III] estabelece diretrizes sociais bem claras em termos de tratamento e respeito mútuos, de forma que as agressões desnecessárias e violentas para o contexto da moral padronizada, como despedidas que humilham e inferiorizam o ego dos ex-amantes, são vistas e tratadas como ilícitos...”.

<sup>37</sup> Luciano Chaves de Farias, Teoria do Risco Desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado, in: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 1, dez/janeiro 2008, p. 21: “A dor moral resultante da ruptura, por fazer parte da existência pessoal, não constitui suporte fático autorizador da incidência de normas que disponham sobre a reparação pecuniária. (...) Somente é admitida a possibilidade de indenização se restasse caracterizado um ato ilícito de extrema gravidade, violando os direitos fundamentais, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes”.

devido a pretensão indenizatória “ser deduzida “na própria acção de divórcio”.<sup>38</sup>

O Código Civil Francês, em seu artigo 266, na redação conferida pela Lei n. 2004-439, de 26 de maio de 2004, prevê a possibilidade de indenização pela dissolução do casamento quando o divórcio for pronunciado por culpa exclusiva de um dos cônjuges.<sup>39</sup>

Embora a legislação brasileira não preveja expressamente a possibilidade de indenização pela dissolução da vida familiar a partir do reconhecimento da culpa de um dos cônjuges, respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial a admite, ao fundamento de que a violação aos deveres matrimoniais previstos no artigo 231 do Código Civil de 1916, e no artigo 1566 do Código Civil vigente, tipifica ilícito indenizável.

Nesta linha, Regina Beatriz Tavares de Silva advoga que “somente diante da existência de ato ilícito – descumprimento de dever conjugal, com a ocorrência de danos, morais ou materiais – que surge a possibilidade de aplicação do princípio reparatório na ruptura do casamento. Portanto, a aplicação do princípio reparatório no sistema adotado pela Lei do Divórcio e pelo novo Código Civil depende da apuração da violação a dever conjugal, o que tem sede somente na separação culposa (art. 1572, caput), a realizar-se por meio de pedido de indenização cumulado ao pedido de separação judicial (Código de Processo Civil, art. 292; v. Agravo de Instrumento nº 136.366-4/1, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 15/6/2000, Relator Desembargador Mohamed Amaro), ou em ação conexa (Código de Processo Civil, art. 103), ou após o trânsito em julgado da sentença de separação judicial.”<sup>40</sup>

Esta ideia de perquirição de um culpado pelo fim dos relacionamentos amorosos tem sido abandonada pela doutrina familiarista majoritária que, reinterpretado os relacionamentos na ótica da

---

<sup>38</sup> O artigo 1792 do Código Civil Português, ora em referência, foi alterado pela Lei n. 61, de 31 de outubro de 2008, manteve o direito a indenização pela dissolução do casamento, porém, não mais atrela este direito a culpa de um dos cônjuges, mas sim aos termos da responsabilidade civil em geral: “Art. 1792º. Reparação de danos. 1 – O cônjuge lesado tem direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”

<sup>39</sup> Código Civil Francês, “Art. 266. Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution de mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu’il n’avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce.”

<sup>40</sup> “Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento”, in: Revista do Advogado [AASP]. São Paulo: AASP, n. 68, 2002, p. 125. Na mesma linha, posiciona-se Belmiro Pedro Welter, Dano moral na separação, divórcio e união estável. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, maio 2000, vol. 775, p. 128-136. Vide, ainda, ResP 742.137/RJ, STJ, 3ª T., Rel. Des. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2007, DJ 29.10.2007.

legalidade constitucional, nela antevê um elemento de potencialização e eternização de litígios, sem efeito prático algum, como bem obtempera Paulo Neto Lôbo:

“Quando o poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não da culpa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição Federal (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não pode a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza. O fim do afeto conjugal é, normalmente, o epílogo de desgastes progressivos, o que torna tarefa praticamente impossível a sindicância da causa, que apenas serve para atribuir a culpa exclusiva a um dos dois cônjuges, utilizando-se o Poder Judiciário como arena de potencialização do conflito. (...) o que é relevante não é afetado pela natureza litigiosa ou consensual da separação: a guarda dos filhos não pode mais ser utilizada como condenável triunfo, como ocorria no passado, pois, independentemente de quem seja o culpado, é atribuída ao pai ou à mãe que realize o melhor interesse da criança; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges e os alimentos são assegurados até mesmo ao cônjuge que for julgado culpado da separação, quando “indispensáveis à subsistência”.<sup>41</sup>

A Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2013, que emprestou nova redação ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal, sedimentou a ilegalidade da perquirição da culpa para fins de dissolução da sociedade conjugal, como se constata na exposição de motivos da própria emenda constitucional<sup>42</sup>.

O divórcio passou a ser um direito potestativo, objetivamente considerado, afigurando-se, para a sua proclamação, suficiente a

---

<sup>41</sup>Famílias, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140. No mesmo sentido, Andre Borges de Carvalho Barros, ob. cit., p. 117; Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 289-290; Rolf Madaleno, *Curso de Direito de Família*, 5ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 252; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, *Curso de Direito Civil – As famílias em perspectiva constitucional*, 2 ed. rev. e atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 585-586.

<sup>42</sup>Trecho da exposição de motivos da EC/66: “essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”

manifestação de vontade qualificada, por meio idôneo<sup>43</sup>, independentemente da análise de condutas, e com a maior presteza e agilidade possível, em prestígio a própria personalidade e dignidade de todos esses interlocutores da família desfeita, mesmo porque adiar o decreto do divórcio, em última análise, afronta o comando do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, na medida em que os cônjuges, atados unicamente por uma discussão processual inútil e inconstitucional envolvendo a análise das respectivas condutas, estarão impedidos para o novo casamento, passando, no mais das vezes, a viver em união estável sem possibilidade de convertê-la em casamento, enquanto não decidido definitivamente o divórcio.

Em um sistema que se preocupa primordialmente com a tutela da dignidade e com a garantia das liberdades individuais e que fundamenta a família na afetividade entre seus membros, soa contrassenso a imposição de deveres matrimoniais acerca de questões de conteúdo nitidamente existencial, como se verifica com aqueles deveres estabelecidos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil, já que exigir rigorosa observância ou o cumprimento deles afrontaria a própria perspectiva existencial do titular, afinal, como obrigar o cônjuge a coabitar com o outro, a com ele manter relações sexuais, a não vagar, *mesmo virtualmente*, por atos contrários a fé conjugal?

A oscilação dos sentimentos é da natureza humana. Apaixonar e desapaixonar, interessar e desinteressar, é da essência do homem, felizmente, e, ninguém é obrigado a manter-se apaixonado ou interessado por alguém a vida toda, notadamente porque a relação entre cônjuges e companheiros parte de um plano de igualdade em que ninguém é obrigado a sacrificar a própria felicidade em detrimento da felicidade do outro. Aprisionar o ser humano em seus sentimentos, fazendo-o observar deveres matrimoniais sob a ameaça de responder civilmente pelo simples descumprimento de um dever matrimonial é tirar do ser humano o que ele tem de mais humano<sup>44</sup>. Amar, por si só, já é extremamente perigoso!

---

<sup>43</sup> No sistema vigente, o divórcio unilateral somente por ser objetivo por via judicial.

<sup>44</sup> Pela felicidade da colocação, as palavras de Sérgio Giskow Pereira: “Transportar esta visão para o mundo erótico-afetivo, é terminar com a paixão, é liquidar com o amor, é aprisionar a libido, é abafar a força do sexo, é implantar manuais vitorianos para regerem a conduta sexual e amorosa, é impor um puritanismo retrógrado, é querer um direito para santos e anjos e não para seres humanos, é calar os poetas, é concretizar a pior, mais cruel e mais profunda das censuras, é medir sentimentos com parâmetros lógico-formais e legalistas! A relação erótico-afetiva, em qualquer modalidade (encontro rápido, namoro, amantes, companheiros, concubinos, conviventes, casados, etc, etc) é sujeita a óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis sabores, que lhe dão vida, lhe dão tempero, lhe dão vibração, lhe fornecem emoção, lhe conferem sentimento, a afastam da rotina. O amor e o ódio estão sempre relacionados; tanto que o contrário do amor não é o ódio, mas sim a indiferença.” (O dano moral e o direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares. In: [www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Serio\\_Giskow\\_Pereira/Dano.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Serio_Giskow_Pereira/Dano.pdf)).

O desrespeito a um dos deveres conjugais, no mais das vezes, apenas faz transparecer um relacionamento que já está combalido, desgastado, resultado de ações e omissões recíprocas, não sendo adequado concluir, de forma simplista, que o relacionamento acabou pela culpa de um dos parceiros. Como lucidamente observado por Rodrigo da Cunha Pereira, “é muito fácil e cômodo atribuir ao outro a culpa pelo fracasso da conjugalidade, pois, assim, o sujeito não se responsabiliza pelos seus atos. O inferno é sempre o outro. Se a vida era a dois, ambos são responsáveis pela manutenção ou fim do relacionamento”.<sup>45</sup>

Daí porque entendemos, a partir deste arcabouço jurídico próprio das relações erótico-afetivas, que a violação a deveres matrimoniais conduz, *ordinariamente*, apenas à dissolução da sociedade conjugal, sem que dela emerga direito a indenização, como oportunamente apresentado por Maria Celina Bodin de Moraes:

“o desrespeito dos deveres conjugais, quais sejam, fidelidade, a coabitação, a assistência e o respeito mútuos, previstos no art. 1566 do Código Civil, na ponderação dos interesses contrapostos entre solidariedade familiar e autonomia individual, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, prevalecem, segundo a doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e as suas próprias opções de vida, não se admitindo que o seu descumprimento de causa, com êxito, a ação de responsabilidade civil. A liberdade, se e quando exercida, deixa de ter consequências jurídicas, pois, com fundamento no descumprimento dos deveres conjugais, determina o legislador a obtenção da separação judicial.”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>Divórcio: teoria e prática. Rio de Janeiro: EZ Editora, 2010, p. 49.

<sup>46</sup>Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 442-443, de onde também consta a seguinte passagem: “Nestes casos, “a ponderação dos interesses contrapostos, mais uma vez, não garante o ‘direito’ à sua prestação, com a consequente indenização pelo seu ‘inadimplemento’. O ato subjacente é daqueles que requerem a mais ampla liberdade de escolha, tanto física, sobre o próprio corpo, quanto psíquica. Somente uma ótica que ignora a funcionalização dos institutos jurídicos, preocupando-se unicamente com esquemas estruturais ultrapassados, poderia entrever dano moral na recusa em manter relações sexuais. A toda evidência, este raciocínio violaria a integridade psicofísica e a liberdade pessoa do cônjuge, em nome de um profundo equívoco: põe-se erroneamente em funcionamento o mecanismo, já criticado, segundo o qual, sendo o débito conjugal um dever decorrente do casamento, seu descumprimento gera sofrimento, que deve, assim, ser reparado”. No mesmo sentido, confira também Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, in: Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 200-201; Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118; Ana Carolina Brochado Teixeira, Ofensa Civil e Dignidade Humana, in: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Sintese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov. 2005, p. 138-158. Em sentido contrário, com respeitáveis argumentos, entendendo que os deveres matrimoniais são exigíveis juridicamente, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, Danos Morais pelo Descumprimento dos Deveres Pessoais do Casamento, in: Revista IOB de Direito de Família, São Paulo: IOB, Ano XII, V. 59, abr-maio/2010, p. 119-144.

Isso não significa dizer, contudo, que a pretensão indenizatória está definitivamente afastada do cenário dos rompimentos amorosos, mas que ela não decorre, pura e simplesmente, da violação dos deveres matrimoniais estabelecidos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil.

A disciplina da responsabilidade civil nas relações erótico-afetivas segue exatamente as mesmas diretrizes e fundamentos da responsabilidade civil em geral. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a tutela da personalidade e a sua reparação em caso de dano. Tal se dará em toda e qualquer situação da vida, inclusive nas relações erótico-afetivas, com a ressalva de que nestes tratos erótico-afetivos, todo rompimento causa dor, sofrimento, angústia que, per se, não são indenizáveis, mesmo porque, como sustentado, não é a dor, o sofrimento e a angústia que caracterizam o dano moral, mas a afronta à personalidade, ainda que improvada a dor ou o sofrimento.

Se a conduta adotada pelo cônjuge ou companheiro afronta a um dos deveres previstos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil, o caminho, ordinariamente, é a dissolução pura e simples do casamento ou da união estável, se assim decidir o suposto ofendido. Todavia, se dessa conduta resultar agravo à personalidade do ofendido, aí sim emergirá o direito a indenização, não por conta da violação pura e simples do *dever matrimonial*, mas em razão da afronta a personalidade, a partir do artigo 5º, X, da Constituição Federal e dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Neste sentido, a sempre lúcida lição do Professor Rolf Madaleno:

“com a supressão da culpa, da separação judicial causal, constatação, remédio e do divórcio direto, além da separação extrajudicial, no Direito brasileiro estabeleceu-se uma completa dissociação entre o casamento e o agravo moral como causa de divórcio ou de separação. Com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio deve ser requerido sem nenhuma necessidade e sem a menor possibilidade de ser alegada qualquer culpa ou causa determinante do divórcio dos cônjuges, e, portanto, não há mais como associar ou vincular a dissolução objetiva do casamento a qualquer descumprimento dos deveres conjugais que resultam em apenas deveres morais dos consortes e que não produzem nenhum efeito jurídico cujo descumprimento atua exclusivamente na consciência dos cônjuges assim como no sistema jurídico brasileiro já ocorria no instituto da união estável, mas que não afastam o agravo moral, que passa a ser fruto exclusivo de tutela de valores superiores com chancela eminentemente constitucional de ofensa à honra, a integridade física ou psíquica, a saúde, deixando de ser remédios do direito de família, de tal modo que, um cônjuge vítima, por exemplo, de um descumprimento de um dever conjugal moral, com a ocorrência de adultério, pode optar em simplesmente terminar seu

casamento com o divórcio direto e objetivo, ou pode requerer indenização por violação de seu direito fundamental, cujo pleito judicial não inibe e nem condiciona ao decreto do divórcio.<sup>47</sup>

Assim, a violação da fé conjugal, *decerto a mais grave ameaça aos laços conjugais*, não conduz por si só à indenização por dano moral<sup>48</sup>, mas a imputação falsa de uma paternidade sabidamente inexistente<sup>49</sup>, a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis<sup>50</sup>, a exposição pública do cônjuge enganado<sup>51</sup> ou as circunstâncias fáticas que se dá a infidelidade<sup>52</sup>, conquanto suplantados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, podem atingir a personalidade e ensejar a indenização por dano moral, cabendo ao Magistrado, diante da casuística do caso concreto, concluir se a conduta, mais que violar os deveres conjugais e autorizar a dissolução do casamento, também afronta a personalidade e impõe um dever de indenizar.

Violências físicas, morais e psíquicas durante o casamento igualmente podem ensejar reparação por dano moral, não por violação ao dever do casamento, mas pela ilicitude do ato em si, com as graves e indelévels repercussões decorrentes, lembrando que a Lei Maria

---

<sup>47</sup> *Curso de Direito de Família*, 5 ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.346-347.

<sup>48</sup> REsp ; Apelação n. 990.10.032811-5, TJSP, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 28.10.2010; Apelação n. 2000.001.19674, TJRJ, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 10.04.2001, Apelação n. 2004.001.15985, TJSJ, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, j. 17.08.2004; Apelação n. 990.10.435780-2, TJSP, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, j. 11.11.2010; Apelação n. 424.070-4/5, TJSP, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 15.12.2005; Apelação n. 229.390.4/9, TJSP, 1ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Marcelo Benacchio, j. 19.7.2006, RT 752/344. Em sentido contrário, entendendo que o simples fato da infidelidade faz emergir o dever de indenizar: Apelação n. 2204.012615-8, TJSC, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 05.05.2005; Apelação n. 56957-0/188, TJGO, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Vitor Barboza Lenza, j. 23.05.2011.

<sup>49</sup> REsp n. 922462/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 04.04.2012; REsp. n. 742.137/RJ, STJ, 3 T. Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 21.08.2007. Em todos estes casos não foi analisada a violação ao dever matrimonial de fidelidade, mas a violação a honra subjetiva do cônjuge.

<sup>50</sup> Apelação n. 0004160-33.2006.8.26.0269, TJSP, 9ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 04.11.2014.

<sup>51</sup> Apelação Cível no Juizado Especial n. 2006051-008663-8, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, Rel. Juiz Sandoval Oliveira, j. 11.12.2007, entendendo que o adultério em si não dá ensejo ao dano moral, porém, o flagrante da mulher nua, no próprio leito conjugal, em atitude reconhecida por terceiros afeta a personalidade e torna o ato indenizável.

<sup>52</sup> Apelação Cível no Juizado Especial n. 2008.01.1139238-8, 2 Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, Rel. Juiz Asiel Henrique de Souza, entendendo que o adultério e o abandono do lar pelo marido, em momento de grave enfermidade da esposa, constitui afronta a personalidade suscetível de indenização. Em outro caso, o Tribunal de Justiça de Goiás entendeu indenizável a atitude do cônjuge que manteve trato amoroso com a concunhada, em relacionamento público, permitindo que o assunto tornasse comentário corriqueiro em pequena cidade do interior (Apelação n. 133775-5/188, Rel. Juiz Substituto em Segundo Grau Francisco Valente, j. 11.10.2010).

da Penha contempla hipóteses legais expressas de violência contra a mulher.<sup>53</sup>

Assim, o cônjuge ou o companheiro, independentemente do sexo, que espalha intimidades depreciativas a respeito do outro, que desmoraliza publicamente o parceiro, que ofende reiterada e pesadamente a honra, que enxovalha o nome da família mantendo atitudes de franco deboche, da ensejo a dissolução da vida em comum e também, por fundamentos distintos, a uma reparação de danos. Para a dissolução do casamento ou da união será suficiente a vontade qualificada de apartar-se do projeto afetivo, afigurando-se impertinentes quaisquer declarações de causas. Para a indenização por danos morais, será indispensável a demonstração do agravo à personalidade, “fruto exclusivo de tutela de valores superiores, com chancela eminentemente constitucional de ofensa à honra, à integridade física ou psíquica, à saúde”, como bem pontuado por Rolf Madaleno.<sup>54</sup>

#### **4 REPARAÇÃO CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA<sup>55</sup>**

A dissolução familiar poderia ensejar reparação civil aos filhos?

Ordinariamente, não! Contudo, esta questão demanda uma análise sobtríplo enfoque: i) o dever de indenizar pelo simples rompimento do casamento ou união estável; ii) o dever de indenizar pelo descumprimento de funções parentais; iii) dever de indenizar pela conduta mantida pelo casal durante o casamento ou a união estável.

Sob a perspectiva do rompimento imotivado do casamento ou da união estável, somos taxativos quanto a ausência de dever de indenizar por eventuais danos experimentados pelos filhos.

Como demonstrando neste trabalho, ninguém é obrigado a permanecer vinculado a um projeto conjugal contra a vontade, nem mesmo a pretexto de que o rompimento da relação implicará em graves consequências aos filhos, sendo desnecessário esforço maior para antever qual será a qualidade do ambiente doméstico e das relações interpessoais onde a convivência *familiar* é imposta aos componentes.

Por maior e mais ampla que se apresente a tutela dos interesses de crianças e adolescentes, na ponderação a ser feita os interesses

<sup>53</sup> Artigos 5º e 7º, da Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

<sup>54</sup>Curso de Direito de Família, 5 ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 346-347

<sup>55</sup>Embora não seja tópico específico do presente estudo, impõe-se algumas breves considerações sobre a responsabilidade civil pela dissolução da família sob a perspectiva dos filhos havidos da relação desfeita.

destes vulneráveis e a liberdade dos cônjuges/companheiros, prevalecerá a vontade dos cônjuges/companheiros quanto ao rompimento do relacionamento, mesmo porque dela resultara, ainda que por via oblíqua e indireta, a tutela dos próprios interesses dos filhos, protegidos de um ambiente familiar desestruturado, onde não mais prevalece afeto entre os genitores.

Ainda que os filhos experimentem inegável sofrimento com a separação dos pais, não emergirá direito a indenização pela dor da separação dos pais ou mesmo pela mudança natural de hábitos, do cotidiano, da rotina daí decorrentes<sup>56</sup>.

O fim da conjugalidade, entretanto, não poderá implicar em prejuízos à parentalidade, além daqueles naturalmente decorrentes do fim do casamento ou união dos pais:

“o fato é que a separação conjugal ou a dissolução de uma sociedade fática envolve profundas e estressantes alterações nos relacionamentos familiares. Algumas poucas afetam a rotina dos filhos menores, outras talvez, nem influenciam no curso normal de seu desenvolvimento, entretanto, a condição emocional da maioria dos menores e a sua aptidão social são normalmente os mais atingidos pela experiência da separação. Os mais correntes estressores detectados são o conflito conjugal, tanto no momento anterior, como posterior à separação, bem como a problemática que se transforma o relacionamento com um ou ambos os pais e principalmente a perda de contato com um dos genitores”<sup>57</sup>

Sob a perspectiva relacionada ao exercício das funções parentais, diferentemente do que se verifica na conjugalidade, pautada na absoluta igualdade de direitos individuais e ampla na liberdade de escolhas, a relação paterno-filial caracteriza-se por um desnivelamento nos interesses em jogo, de um lado, o genitor/capaz, de outro, uma criança/adolescente/ vulnerável, sendo que, no conflito entre estes interesses, evidentemente, a ponderação deve pender favoravelmente ao vulnerável.

---

<sup>56</sup> Adauto Almeida Tomaszewski, *Separação, Violência e Danos Morais*: a tutela da personalidade dos filhos, São Paulo: Paulistanajur, 2004, p.126: “A separação dos pais é para os filhos uma passagem de vida da maior importância, pois muita coisa muda. A reorganização é por demais extensa: há a perda do convívio com o pai e a mãe na mesma casa; há a possibilidade da perda do convívio cotidiano com os irmãos, ou parte deles, na hipótese de alguns ficarem com o pai e outros com a mãe; há a modificação de hábitos e de rotinas; alteração no padrão de vida; há uma nova realidade que se não for cuidadosamente preparada, pode gerar enormes malefícios ao bom desenvolvimento emocional de uma pessoa ainda em formação.”

<sup>57</sup> Adauto Almeida Tomaszewski, *Separação, Violência e Danos Morais*: a tutela da personalidade dos filhos, São Paulo: Paulistanajur, 2004, p.120.

A preponderância da tutela dos interesses dos filhos nas relações parentais constitui consequência lógica das diretrizes constitucionais que, *nada obstante ter assegurado direitos individuais a todos indistintamente*, estabeleceu um sistema de proteção integral para os incapazes, decorrente não só das disposições que tutelam a dignidade das pessoas em geral (ex. vi, art. 1, III, art. 3º, I e todos os direitos assegurados pelo art. 5º da CF), mas especialmente de disposições específicas, como ocorre com o artigo 227 do texto constitucional, que assegura “às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e com os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil que obrigam a todos, inclusive e notadamente aos pais, a zelar pelos interesses de quem, reconhecidamente, necessita de cuidados especiais para executarem suas dignidades e personalidades.

Da interpretação sistemática dos princípios da dignidade, solidariedade, afetividade e do melhor interesse da criança exsurge um dever jurídico de cuidado que obriga os pais a zelarem pelos interesses dos filhos para além de aspectos materiais, abrangendo aspectos psíquicos e morais, sob pena de responsabilidade:

“buscando a ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia ao lado dos genitores o princípio da liberdade e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Levando-se em conta a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na sua criação, educação e sustento, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da sua própria integridade psíquica. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores, que, neste caso, dela não são titulares. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana dá-se a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar, que contém, em si, como característica essencial e definidora, a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade das pessoas a quem o legislador atribuir prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado.”<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup>Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 449.

Não raro, pais ressentidos com a separação confundem conjugalidade e parentalidade e deixam de manter contato com os filhos, assim agindo unicamente para atingir a figura do cônjuge, olvidando que estão de fato penalizando os filhos. Da mesma maneira, guardiões que não se desvincularam do relacionamento desfeito criam obstáculos à convivência dos filhos com o genitor que desertou do projeto conjugal. Não é incomum, infelizmente, encontrarmos situações de genitores que reconstruíram suas vidas afetivas e simplesmente se esqueceram dos filhos do primeiro casamento, relegando-os ao mais completo ostracismo e abandono. Assim agindo, descumprem com os deveres paternos, podendo, em inúmeros casos, causar graves danos à prole esquecida.

Adauto de Almeida Tomaszewski, apoiado em Hesse e Câmara, afirma que “a perda do vínculo, especialmente com o pai, consubstancia-se no aspecto fundamental de um desajuste, em que as consequências emocionais mais comumente verificadas são a depressão, a raiva e a ansiedade, que conduzem, não raro, a um severo quadro de isolamento e delinquência”<sup>59</sup>, situações que podem caracterizar ofensa a personalidade do filho que, se comprovadas, podem ensejar a suspensão/destituição do poder familiar e a imposição de alimentos, como também a reparação do dano material e moral decorrentes do descumprimento do dever de cuidado inerente a função parental<sup>60</sup>, devendo, todavia, agir o julgador com prudência redobrada nos pleitos indenizatórios, evitando o desvirtuamento e a vulgarização das relações parentais, o que, inevitavelmente, apenas reforçará o afastamento entre pai e filho.

Ninguém é obrigado a amar, mas relativamente aos filhos, há indeclinável dever de cuidar.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Adauto de Almeida Tomaszewski, ob. cit., p. 139.

<sup>60</sup> Adverte-se, contudo, que nem todo descumprimento a função parental conduz a reparação civil, afinal, “se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando as suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se admite qualquer caráter punitivo à indenização do dano moral. Não se trata de condenar o pai que abandonou o filho (eventual dano causado), mas de ressarcir o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com qualquer figura substituta, configurando-se, só aí, o que se chamou de ‘ausência de pai’ (isto é, ausência de uma figura paterna)”, conforme adverte, com razão Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 450. Igualmente, não haverá indenização, quando a situação fática revelar que a criança não experimentou qualquer afronta a personalidade em razão do descumprimento das funções parentais por parte de quaisquer dos genitores, o que pode ser apurado com o auxílio de perícia.

<sup>61</sup> Ana Carolina Brochado Teixeira: “no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionais estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade sim. Justifica-se, desta forma o instituto da autoridade parental, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida”,

Portanto, o genitor pode exercer livremente a autonomia existencial e romper o projeto conjugal, mas não pode, posto irrenunciável, descumprir do dever parental relativamente à prole.

Por fim, sob a perspectiva da conduta adotada pelos genitores durante a constância do casamento e da união estável, temos a possibilidade jurídica de indenizações quando dela resultar dano à personalidade do filho.

Um ambiente doméstico permeado por agressões físicas, psíquicas, morais pode trazer consequências seríssimas para os filhos, mesmo quando apenas o cônjuge ou o companheiro é a vítima direta das agressões.

Pesquisa realizada por Dalka Chaves de Almeida Ferrari, psicóloga pela PUC/SP e violência doméstica pela IPUSP, citada por Aduino de Almeida Tomaszewsky, concluiu que violência doméstica traz, em curto prazo, as seguintes consequências: transtornos físicos, transtornos no desenvolvimento de apego e do afeto; transtornos no desenvolvimento cognitivo, linguagem e rendimento escolar; sequelas físicas, maior risco de que estas crianças tornem-se no futuro pais igualmente abusadores; conduta delinquencial e comportamento suicida na adolescência, maior possibilidade de crianças com posturas delinquentiais no futuro.<sup>62</sup>

Evidentemente que condutas semelhantes levadas a efeito pelo genitor contra o outro ou contra os filhos durante o casamento ou união estável é potencialmente lesiva à personalidade dos filhos que, resultando em danos, fará emergir o dever de reparação, com fundamento na cláusula geral de indenizar do artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro, mesmo porque há um direito da criança a um ambiente doméstico saudável e um dever dos genitores em respeitá-lo que, à evidência, é descumprido pelo agressor.

## 5 CONCLUSÃO

Tanto as relações conjugais, quanto as relações parentais exteriorizam atos de autonomia existencial, executando a personalidade de seu titular. Todavia, nas relações conjugais partem de um plano de igualdade absoluta entre os cônjuges e companheiros, a lhes conferir plena liberdade e poder de autodeterminação para iniciarem e

---

Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana, in: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov. 2005, p. 151. No mesmo sentido, REsp 1.159.242/SP, STJ, 3 T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j 24.4.2012.

<sup>62</sup> Aduino de Almeida Tomaszewski, ob. cit., p. 158-159.

romperem o projeto conjugal imotivadamente<sup>63</sup>, sem que deste rompimento, por si só, resulte qualquer dever de indenizar. O rompimento da relação amorosa constitui direito postestativo, a ser exercido unilateralmente, bastando a manifestação de uma vontade qualificada neste sentido, sendo que a indenização pelo fim da conjugalidade é excepcional e somente será admitida com fundamento no direito comum, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade, quando presentes ofensa indevida a dignidade e dano injusto do outro parceiro, e não objetivamente, a partir do exercício do ato de descasar ou do mero descumprimento de deveres do casamento.

Já a relação de parentalidade entre pais e filhos é pautada pelo desnivelamento dos interesses. A tutela integral e absoluta da criança e do adolescente, *vulneráveis*, prepondera sobre a liberdade e ampla autonomia privada do genitor, impondo observância rigorosa a deveres de solidariedade e de cuidado inderrogáveis que, se descumpridos culposa ou dolosamente pelo genitor, podem ensejar o dever de indenizar, desde que comprovada que a conduta adotada pelo genitor, durante ou após a dissolução do casamento ou da união estável, afronta indevidamente a personalidade da criança e do adolescente, causando-lhe dano injusto.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Danos morais pelo descumprimento dos devres pessoais do casamento, In: *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo: IOB, v. 59, abril/maio/2010, p. 119-144.

BARROS, André Borges de Carvalho. A mitigação da culpa na separação judicial e suas consequências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 111-129.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev. e atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

---

<sup>63</sup> O afeto, e a falta dele, é motivação suficiente para iniciar e terminar um relacionamento amoroso.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2 ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 4 ed., rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Curso de Direito Civil – As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1-19.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: famílias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*.

Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

PASSOS, José Joaquim Calmon. O imoral do dano moral.

In: *Informativo Incijur*, n. 43, maio/2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: EZ Editora, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral e o direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares. In: [www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Sergio\\_Giskow\\_Pereira/Dano.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Sergio_Giskow_Pereira/Dano.pdf).

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, 28ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Wilson de Melo da. *Dano moral e sua reparação*. 3ª ed. rev.

e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento. In: *Revista do Advogado [AASP]*. São Paulo: AASP, n. 68, 2002, p. 120-126.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 7ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Ofensa Civil e Dignidade Humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov/2005, p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio: In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, p. 191-206.

TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

VILELA, João Batista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-30.

WELTER, Belmiro Pedro. Dano moral na separação, divórcio e união estável. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, maio 2000, v. 775, p. 128-135.

## **DIREITO DAS FAMÍLIAS E RELIGIÕES: LIBERDADE, FÉ E A PRIMAZIA DO AFETO**

*Andréa Pachá*

As famílias nossas de cada dia, tema escolhido para o X Congresso Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de família (IBDFAM), evoca uma oração cristã, o Pai-Nosso, na qual se roga a Deus que o pão nosso de cada dia nos seja dado hoje.

Não é sem razão que em um Congresso Científico de Direito das Famílias discutamos a sua interface com as religiões, quer pela origem das regras jurídicas, quer pelas atuais discussões que envolvem a prevalência das normas legais, quando confrontadas com a liberdade de credo e a fé religiosa, quer pelo fundamentalismo religioso que tem multiplicado a intolerância e resistido às transformações experimentadas pelas famílias contemporâneas.

As divergências e os abismos que afastam e muitas vezes confrontam o direito das famílias das religiões, não são maiores do que as convergências que os unem, ética e humanamente.

É inegável a origem religiosa na formação dos Estados. É o amor, o eixo principal de todas as crenças e religiões ocidentais, e é o humanismo, um movimento transformador tanto para a fé quanto para o afeto e para as liberdades.

No mundo dicotômico e preguiçosamente burro em que vivemos na contemporaneidade, no qual se pretende o confronto permanente entre dualidades muitas vezes inventadas, penso que não devemos limitar esse debate ao simplismo que nos levaria a defender o Estado laico em contrapartida com a religiosidade, mesmo porque, não são conceitos antagônicos em grande parte das vezes.

Sem a religião não se elabora a cultura do mundo, como diz com propriedade Leandro Karnal.

Na origem histórica do Direito, não se diferenciava a moral, da religião e da família. A preocupação com a individualização desses saberes remonta-se ao século XIX.

Durante muito tempo, os fatores sociais, inclusive os religiosos, dominaram e se confundiram com o ordenamento jurídico. Na Roma Antiga, a família patriarcal prevalecia no Direito; na Idade Média, a Igreja fabricava e executava as normas.

A religião, como fonte valorativa de princípios sempre limitou as condutas para que o objetivo final, o bem maior, fosse alcançado. E mesmo a ruptura com a visão teocêntrica, mesmo depois do antropocentrismo e da edição da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, o fenômeno religioso continuou e continua impregnando a cultura e a rede normativa.

Direito, religião e família – sempre considerando aqui, a civilização ocidental – com maior ou menor grau de interferência e interseção, continuam existindo como mecanismos de controle social, impondo condutas e valores e, em tese, objetivando o bem supremo.

A religião, um dos fenômenos sociais mais antigos da humanidade, esclarece pela fé os conteúdos existenciais do ser humano: de onde viemos? o que estamos fazendo aqui? Para aonde vamos depois da morte? Qual o sentido da nossa vida? Encontraremos o paraíso ou arderemos no inferno? Seremos premiados pelo bem que fizemos ou punidos pelo mal que provocamos?

O sentimento religioso é um dos mais complexos sentimentos que fundamentam a essência do ser humano e porque é natural e independente da razão e da inteligência, ele adquire diversas formas.

Karnal, mais uma vez nos ensina que há um momento que a razão não alcança. Há ausências que a razão não explica. Como manter a convicção materialista diante da dor das perdas? Como experimentar a morte de um filho, explicando o fenômeno como células e moléculas que nunca mais se recomporão? Nesse contexto, aqueles que têm o privilégio da fé, encontram o sentido para tudo na religião.

Encontrar na fé, o conforto e o consolo para a nossa precária e provisória condição humana é um sentimento que alivia e cria uma rede de proteção ao nosso desamparo.

A experiência da fé pura nos transcende e nos enleva.

Santa Teresa de Ávila vivenciou o êxtase de uma fé que nada espera e nada limita, traduzindo esse sentimento com um estupendo soneto:

Não me move, Senhor, para querer-te,  
O céu que me hás um dia prometido;  
Nem me move o inferno tão temido,  
Para deixar por isso de ofender-Te.

Move-me tu, Senhor, move-me o ver-Te  
Cravado nessa cruz e escarnecido.  
Move-me no teu corpo tão ferido.  
Move-me Tua dor e Tua morte.

Move-me ao teu amor de tal maneira,  
Que não havendo céu eu Te amara  
Não havendo inferno, eu Te temera.

Nada tens a me dar porque te queira.  
Pois se o que ousou esperar não esperara,  
O mesmo que Te quero, Te quisera.

Ao se apropriar da fé genuína, no entanto, as religiões se organizaram ao longo da história como organismos institucionalizadores das crenças e responsáveis pelo processo de socialização e contenção dos indivíduos.

O Direito na Antiga Roma era determinado pela família e impregnado pela religião, por meio de cultos aos antepassados, em que o pai (*pater familias*) era o sacerdote.

Na Idade Média, em que os poderes espirituais centralizados pela Igreja eram disputados com o Estado, os monarcas, a pretexto de exercer a espiritualidade, exploravam os servos. Aqui, acima dos papas, apenas Deus. Período triste no qual o Direito Canônico, por meio da inquisição, matava na fogueira aqueles que não se submetiam às ideologias e às normas penais que se impunham pelo medo entre os séculos XVI e XVII.

A Reforma Protestante, desencadeada por Lutero, no início do século XVI, produziu um pequeno afastamento entre a Igreja e o Estado. As denúncias de que o valor fundamental da fé havia sido transformado em mercadoria, fortaleceu a essência transcendental da religião.

No século XIX, desloca-se a fé religiosa para a ciência e a crença de que a ciência solucionaria todos os nossos problemas naufraga com as duas grandes guerras do século XX.

Fulmina-se, assim, também a ciência. Não há credibilidade que resista ao Holocausto e à Hiroshima. Paul Valéry sintetiza a nossa condição nesse cenário de horror: “Nós sabemos agora que somos mortais”.

Como catalisadoras da fé, mas também como instituições reguladoras da vida em grupo, as igrejas impõem o poder pelo medo: é pelo medo do inferno, pelo medo da morte, pelo medo do padecimento e do sofrimento que os mandamentos religiosos são construídos.

O Direito, como expressão da vontade de um grupo social e atuando como limitador dos desejos e impulsos individuais, repete o modelo religioso, substituindo o fogo do inferno, pelo inferno das celas e presídios.

Várias normas legais são fundamentadas nos preceitos bíblicos: não matarás, não prestarás falso testemunho, não roubarás, são apenas alguns exemplos.

Temos herdado das religiões mecanismos importantes para a vida em grupo, mas também somos herdeiros das arbitrariedades e violências cometidas em nome das religiões.

E não falo dos grandes conflitos ideológicos que assombram o Oriente Médio, a Europa e transformam a fé em instrumento de fundamentalismo e de terror. Refiro-me ao amor e à liberdade, sentimentos tão constitutivos da nossa humanidade, quanto à fé e que, em nome de algumas crenças, têm sido vilipendiados.

Permitam-me, antes de chegar aos reflexos que o uso indevido da fé e do afeto tem provocado na contemporaneidade, traçar um paralelo entre a experiência transcendental da fé e o fenômeno amoroso.

Também o amor, na nossa cultura pós-romântica, almeja a eternidade.

Depois que os casamentos deixaram de se realizar apenas por interesses patrimoniais e depois que o Direito das Famílias assimilou a cultura do amor romântico, a expectativa do encontro afetivo, da comunhão de almas e da eternidade passaram à condição de exercício permanente de fé.

O êxtase do encontro, tão bem desenhado por Roland Barthes, em *Fragments de um discurso amoroso*, a crença de que o amor suplantará todas as dificuldades e não cederá aos cansaços do cotidiano, renovando-se dia após dia, apesar das diferenças, apesar da falta de grana, apesar da rotina, enfim, todos os sentimentos e expectativas que envolvem as uniões afetivas só se sustentam por um exercício permanente de fé e de esperança.

Contrariando todas as evidências e toda a lógica, amantes investem nas relações como se fossem eternas e experimentam, ainda que temporariamente, a sensação da eternidade, pelo tempo que dura o amor.

A experiência do amor renova, de alguma maneira, a nossa relação com o sagrado. Ela induz à sacralização do outro, à transcendência do amado que, contudo, continua inteiramente circunscrito na esfera da imanência à humanidade. Um dos sentimentos mais imediatos e mais íntimos dos seres humanos (Luc Ferry).

E se, atualmente, a fé tem sido explorada indevidamente, o que falar do amor, nesses tempos em que mataram Deus e as ideologias?

O movimento religioso é pendular e costuma se fortalecer em tempos catastróficos. O futuro parece sombrio, as transformações permanentes da sociedade são orientadas, de um lado, pela busca legítima pela felicidade e por outro lado, pelos comandos insistentes de uma sociedade de consumo que não admite qualquer contrariedade e eleva a satisfação e o desejo à condição de direito.

Jurandir Freire Costa indica que nesse cenário assombroso de decadência de valores éticos, em que o mercado parece ter ocupado o lugar do sagrado em todos os altares, em que é incensado pelo mundo Ocidental, é fundamental que recuperemos a nossa matriz judaico-cristã, na forma laica ou espiritual, para que possamos nos apropriar com maior veemência e consciência de seus dois elementos básicos: a justiça e o amor.

Diz Jurandir Freire Costa:

Existe, hoje, em boa parte do discurso filosófico e das ciências humanas – inclusive o da psicanálise – uma tendência a não apenas diagnosticar o que acontece, mas também a fazer previsões catastróficas. Essa inclinação tem como base a transformação brutal do mundo institucional, baseado na família, nos ideais políticos e na elaboração dos sentidos de vida por parte dos indivíduos. Um dos suportes do equilíbrio mental é o sentimento de que a vida vale a pena. Mais do que a nossa vida individual, é o que deixamos no mundo que tem valor e acrescenta algo às futuras gerações.

Em *O ponto de vista do outro*, argumento que nosso ideário ético fundamental, baseado nos valores judaico-cristãos, não foi perdido. Em nossa constituição como sujeitos estão implícitos os ideais de justiça e de amor que se impõem às mais diversas concepções que temos da realidade e da subjetividade. O ideal de justiça estabelece a equidade no tratamento dado a todos, e o de amor, o respeito e a aceitação da singularidade de cada um.

Não é possível que, a pretexto de afirmar discursos religiosos, aprofundemos a intolerância e utilizemos os espaços públicos para oprimir e para excluir direitos já conquistados, reabilitando a culpa e, de alguma forma reinserindo-a nos processos civis de guarda e divórcio que deveriam e devem obedecer aos avanços republicanos decorrentes do estado laico.

Da mesma forma que não pretendemos adaptar os dogmas religiosos às transformações terrenas, não podemos admitir que tais normas nos pautem em uma república.

O Estatuto da Família, aprovado na Comissão da Câmara, é um triste exemplo daquilo que não pode ser tolerado, em nome da fé.

Um Estado laico não é aquele que se contrapõe às religiões, mas aquele que discute e debate com a sociedade sobre os temas que dizem respeito à cidadania e ao direito, apesar dos credos de cada um individualmente.

Não é possível que, em nome da fé, se desconsidere o afeto como direito constitutivo das relações familiares.

Não é razoável que, a pretexto de fortalecer as crenças religiosas, se impeça a sociedade de discutir as novas famílias, a democratização dos afetos, a igualdade dos gêneros, a multiparentalidade e o aborto. Ações dessa natureza, como a que lamentavelmente assistimos, com a aprovação do PL 5.069, dificultando o acesso das mulheres à pílula do dia seguinte e desqualificando-as quando vítimas de estupro, reduzem-nos em dignidade.

Também não é bom esquecer que até 1977, por força do poder da Igreja Católica, fomos impedidos de incluir o divórcio na ordem jurídica.

Cada qual é livre para escolher a própria religião, sem, contudo, impor ao Estado um padrão normativo que não seja o escolhido pelo grupo social, sob pena de transformar a profissão de fé em uma imposição fundamentalista.

A liberdade religiosa é um comando constitucional. A fé é um sentimento transcendental da nossa humanidade que nos reconecta com o divino. O amor e as transformações provocadas em benefício da sociedade, com o reconhecimento de direitos, devem ser afirmados cotidianamente.

Em nome da fé e em nome da liberdade, temos assistido a toda sorte de ignomínias. Contudo, também temos, felizmente, encontrado resistências importantes aos retrocessos. Precisamos cuidar da reconciliação das palavras com os seus significados.

Quando o próprio Papa Francisco afirma que “a verdade não é absoluta ou imutável. Mesmo ateus reconhecem o divino. Através de atos de amor e caridade ateu reconhece Deus, bem como redime sua alma, tornando-se um participante ativo na redenção da humanidade”, ele sinaliza para o restabelecimento leigo ou espiritual do valor da ética judaico-cristã. Não ao aparato religioso comprometido com o poder temporal, mas à recuperação dos princípios da justiça e do amor.

A democracia moderna é herdeira dos ideais judaico-cristãos. São eles, como aponta Jurandir Freire Costa, que nos fazem repelir a corrupção, a violência, o uso mercantil do outro, a crueldade, o preconceito e, diante do conflito entre os princípios legais e os princípios religiosos, a Justiça é chamada a decidir cada caso concreto, sopesando os

valores constitucionais que cada processo encerra. E assim tem feito nos casos de transfusão de sangue, de divórcio, de reconhecimento de parentalidade socioafetiva.

Prossegue Jurandir: “Derida criou o conceito da “justiça por vir” e “democracia por vir”, um tipo ideal ético que embora jamais se realize plenamente, aponta e orienta para a ética da responsabilidade e do cuidado para com o outro”.

O problema não é vaticinar o apocalipse, com o individualismo exacerbado, o consumo desenfreado e os impulsos ilimitados.

Nossa missão, seres da experimentação, que desejamos fortalecer a transcendência e os valores de humanidade que nos identificam é a valorização do outro.

A “justiça por vir” é uma condição da possibilidade de convívio humano. No mundo dessa justiça, o poder econômico, político, científico, religioso ou artístico encontram os limites no respeito à igualdade de todos e às diferenças de cada um.

Reconhecer que sempre haverá ausências, buracos, solidões e escuridões, próprios da condição humana e compreender que, com fé ou sem fé, o sofrimento é parte constitutiva da vida, assim como são as alegrias, é um comando que a escolha pela liberdade impõe.

Somos seres do espírito, da fé e das religiões, mas também somos seres errantes do amor, do desejo e das fantasias. É pela liberdade que conseguiremos construir pontes e afirmar, tanto na fé, quanto no afeto o nosso compromisso de construir um mundo mais humano para todos.

Conto para vocês uma história, que integra meu livro *A Vida não é Justa* e que ilustra, concretamente, o respeito a esses valores:

#### SAGRADO É UM SAMBA DE AMOR

Rosália e Nelson se conheceram numa roda de samba. Uma morena, dos olhos de jabuticaba que tocava pandeiro e não saía do boteco antes da quarta ou quinta saideira, era a cabrocha dos sonhos de qualquer um daqueles homens que varavam a madrugada sem pressa e sem sono, ao som do cavaquinho.

A primeira vez que Nelson a viu, evitou o encontro do olhar, afinal, quem trouxe a morena pra roda foi seu compadre e não era certo um amigo desejar a mulher do outro.

– Né não, doutora?

Eu ouvia tão atenta a história que aquele senhor grisalho de sorriso largo me contava que cheguei a esquecer que estava presidindo uma audiência de divórcio e que aquele casal, sentado na minha frente, era a morena do pandeiro e o mestre do tamborim de outrora.

Ela pediu o divórcio e disse que estava separada de Nelson há mais de dois anos. Era o que bastava, na época, para o pedido ser reconhecido: dois anos de separação de fato, sem qualquer esclarecimento quanto aos motivos ou culpas que levaram ao fim do casamento.

A lei presumia que, passado tanto tempo, todos os conflitos estariam solucionados e a ferida cicatrizada.

Para que discutir a relação àquela altura do campeonato? Cada um para o seu lado, só restaria ao Estado regularizar a situação, liberando cada qual para seguir a sua estrada.

A velocidade da vida impôs mudança na lei. Atualmente, não é mais preciso esperar dois anos. Com cicatriz ou sem cicatriz, com reflexão ou sem reflexão, o divórcio pode ser decretado em minutos.

Se, por um lado, isto significou celeridade e desburocratização, por outro, no dia a dia, o que se percebe é que a rapidez e a superficialidade com que as pessoas se unem e se separam indicam o quanto a contemporaneidade tem impedido a criação de vínculos consistentes e o comprometimento afetivo, inclusive para a experiência do luto daquele que ainda ama e precisa do tempo para digerir o fim do amor.

Enfim, Darwin já alertou que, na vida, não sobrevive o mais forte ou o mais inteligente, mas aquele que tem maior capacidade de adaptação. E assim seguimos, nos adaptando aos novos tempos e às novas velocidades.

Tudo isso se passou pela minha mente antes de perguntar à Rosália se ela tinha como demonstrar que estava separada de Nelson há mais de dois anos.

– Eu não tenho prova não, doutora. Mas eu sou evangélica e não minto. A gente mora na mesma casa, mas é cada um no seu quarto há mais de três anos.

O fato de morar na mesma casa não era impedimento pra se reconhecer que o casal não dividia o mesmo leito, mas, ainda assim, a comprovação era necessária.

– Vocês têm algum familiar, algum empregado, vizinho, qualquer pessoa que saiba que estão separados de fato?

- Eu posso pedir pro meu pastor testemunhar. Ele sabe da minha vida toda e eu preciso desse divórcio por causa da igreja.

Nelson, nessa hora, interrompeu:

- Ela não tem vontade própria não, dona juíza. Ela gosta de mim, mas tem medo do pastor.

Proseguí, então:

- A senhora quer mesmo o divórcio? Não gosta mais dele?

- Gostar até gosto. Trinta anos é a vida toda, mas ele não muda, doutora. Eu já disse que se ele largasse o samba, a cerveja, a gente nem precisava separar.

- Largar o samba como? - interrompeu Nelson - Vamos viver do quê?

E aqui ele começou a contar a vida do casal. O primeiro encontro. Os bailes e as rodas nos bares. Rosália era uma pandeirista de primeira, parceira insubstituível. Trabalhavam juntos todos os finais de semana. A casa foi comprada com dinheiro das apresentações. O samba propiciou uma vida confortável, digna e cheia de alegria.

Foi um orgulho para Nelson provar à família de Rosália que era, sim, possível, viver de amor e samba.

A conversão de Rosália veio com a morte da mãe. Inconsolável, foi acolhida por um pastor que a orientou espiritualmente e arrefeceu a dor dilacerante.

A partir de então, ela enxergou a luz e era impossível conciliar a nova vida com bebidas, bares, samba e bagunça.

Definitivamente aquilo não era o desejo de Deus.

Nos primeiros meses, Nelson sentiu-se no inferno, tamanha era a insistência para a sua conversão. Depois, foi aprendendo a retomar seu trabalho sem a companheira inseparável e, por fim, sempre de bom humor, resignou-se à solidão tanto no samba quanto na cama. Não teve dúvidas. Suspendi a audiência e marquei nova data, com a presença do pastor.

No primeiro momento, o casal aguardou do lado de fora.

- Antes de começar, eu gostaria de agradecer a sua disponibilidade, pastor, porque estamos diante de um problema que, tenho certeza, com a sua ajuda, poderemos resolver.

Solícito e com a autoestima reforçada, ele assentiu.

- Cada um tem a sua fé e eu respeito profundamente todas.  
Tenho certeza que o senhor também.

- Claro meritíssima.

- Sei que nenhum deus de nenhuma religião pode ser contra o amor,  
concorda?

- Claro, meritíssima.

Esse casal que aguarda no corredor só veio se divorciar porque o senhor teria orientado a mulher nesse sentido e, como eu tenho certeza de que o senhor jamais faria isso, pedi que viesse aqui para explicar a ela que o marido pode continuar trabalhando no samba.

Ele me olhou desconsertado e fingiu que não entendeu.

Dei, então, o argumento final:

- Pastor, esse casal vive da música. Se ele parar de tocar, ela não terá dinheiro nem sequer para contribuir com as obras da igreja que ela tanto preza. Se não for incômodo, vou fazê-los entrar e o senhor esclarece que qualquer trabalho honesto é divino e que, se ela preferir, não precisa ir, mas não é obrigada a se separar por esse motivo. Pode ser?

Ele concordou. Esclarecidos os fatos, Nelson voltou para o samba e Rosália, sem pandeiro, voltou para a cama.

Pecado é uma vida sem samba, sem fé e sem amor.

Para encerrar, proponho que entoemos uma oração, impregnada da espiritualidade do Pai-Nosso, mas dirigida aos nossos iguais, como imagino que deva ser a ética da alteridade:

Irmãos e irmãs parceiros em humanidade  
Liberdade seja o nosso nome  
Compartilhemos o nosso tempo  
Conjugando e respeitando as nossas vontades  
Usufruindo da natureza, das terras e dos céus.  
As famílias nossas de cada dia, sejam reconhecidas hoje  
Resistamos à intolerância  
E aprendamos a perdoar  
Aos que tem sido intolerantes conosco.  
Apesar do desamparo, não nos deixeis desanimar. Amém.





## TEMÁRIO

- DILEMAS DO AFETO
  - A DIVISIBILIDADE DOS FRUTOS NO REGIME DE BENS DO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: O QUE SÃO FRUTOS?
  - A SOCIEDADE SIMPLES E O REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL
  - A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUAS APLICAÇÕES AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
  - A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER NOS LITÍGIOS DE FAMÍLIA
  - AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO CONSTITUCIONAIS? A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS
  - AS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO DIREITO DAS SUCESSÕES
  - AS NOVAS FORMAS DE FILIAÇÃO ADVINDAS DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
  - ASPECTOS PREVENTIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES
  - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO CASAL E ALIMENTOS
  - DIREITO DE FAMÍLIA E RELIGIÕES: COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS RELIGIOSOS
  - ENCAMINHAMENTO CONSENSUAL ADEQUADO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO REGIME DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
  - DIVÓRCIO E OS MODELOS DE SEPARAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
  - FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS – OS LIMITES JURÍDICOS PARA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA
- INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO ALIMENTAR
- O CALVÁRIO DA ADOÇÃO
  - COMO AS PERÍCIAS PSICOLÓGICAS PODEM AJUDAR OS PROCESSOS JUDICIAIS. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015
  - FAMÍLIAS PLURALIZADAS. NOVA DOCTRINA E EXPERIÊNCIA JUDICIÁRIA
  - REDESIGNAÇÃO DE SEXO E A DESNECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO PARA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. ELIMINAÇÃO DE RITUAIS DE PASSAGENS NA BUSCA DE IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSEXUAIS
- DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS
  - A TOMADA DE DECISÃO APOIADA – PRIMEIRAS LINHAS SOBRE UM NOVO MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
  - OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES
  - MUDANÇA DE DOMICÍLIO E FORO DE DISCUSSÃO DA GUARDA: SEQUESTRO INTERPARENTAL?
  - A FUNÇÃO SOCIAL DO PROFISSIONAL DE FAMÍLIA: DESAFIOS, RESPONSABILIDADES E NOVAS PERSPECTIVAS
  - ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: COMPENSAÇÃO ECONÔMICA E EQUILÍBRIO PATRIMONIAL
  - DIREITO E ARTE – A MULHER NA OBRA DE CHICO BUARQUE
  - A IDEOLOGIA POR DETRÁS DA MEDIAÇÃO
  - RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FIM DA CONJUGALIDADE
  - DIREITO DAS FAMÍLIAS E RELIGIÕES: LIBERDADE, FÉ E A PRIMAZIA DO AFETO