

ANAIS DO CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA

11

Volume
Ano 2018



FAMÍLIAS, AFETOS E DEMOCRACIA

20 ANOS DE TRANSFORMAÇÕES

IBDFAM

Instituto Brasileiro de Direito de Família

Diretoria Executiva: Presidente: Rodrigo da Cunha Pereira (MG); Vice-Presidente: Maria Berenice Dias (RS); Primeiro-Secretário: Rolf Hanssen Madaleno (RS); Segundo-Secretário: Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB); Primeiro-Tesoureiro: José Roberto Moreira Filho (MG); Segundo-Tesoureiro: Antônio Marcos Nohmi (MG); Diretor de Relações Internacionais: Paulo Malta Lins e Silva (RJ); 1º Vice: Cássio Sabbagh Namur (SP), 2º Vice: Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner (PR); Diretora das relações interdisciplinares: Giselle Câmara Groeninga (SP); Vice Diretora das relações interdisciplinares: Cláudia Pretti Vasconcellos Pelegrini (ES); Diretor do Conselho Consultivo: Marcos Ehrhardt Júnior (AL);

Conselho de Administração - Diretor Norte: Raduan Miguel Filho (RO); Diretor Nordeste: Paulo Luiz Netto Lôbo (AL); Diretora Centro-Oeste: Eliene Ferreira Bastos (DF); Diretor Sul: Ana Carla Harmatiuk Matos (PR); Diretora Sudeste: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP);

Conselho Fiscal: Presidente: Lourival Serejo; Vice-Presidente: Alberto Raimundo Gomes Dos Santos; Segundo-Vice: Luiz Cláudio Guimarães; Terceira-Vice: Angela Gimenez; Secretária: Maria Rita Holanda;

Comissões - **Comissão Científica:** Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP); Vice: João Batista de Oliveira Cândido (MG); **Comissão de Direito das Sucessões:** Flávio Murilo Tartuce Silva (SP); Vice: Ana Luiza Maia Navares (RJ); Segunda vice: Simone Tassinari Cardoso (RS) **Comissão de Mediação:** Ana Brusolo Gerbase (RJ); **Comissão da Infância e Juventude:** Sávio Bittencourt (RJ); **Comissão do Idoso:** Maria Luiza Póvoa Cruz (GO); Vice Wladimir Paes Lira (AL); **Comissão de Jurisprudência:** Viviane Girardi (SP); **Comissão de Arbitragem:** Francisco José Cahali (SP); **Comissão de Assuntos Legislativos:** Mário Luiz Delgado Regis (SP); Vice: Ricardo Lucas Calderón (PR); Segundo Vice: Erica de Barros Lima Ferraz (PE); **Comissão de Gênero e Violência Doméstica:** Adélia Moreira Pessoa (SE); Vice: Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas (AL); **Comissão de Notários e Registradores:** Márcia Fidelis Lima (MG); Vice: Karin Regina Rick Rosa (RS); 2º Vice: Thomas Nosch Gonçalves; **Comissão de Estudos Constitucionais da Família:** Gustavo José Mendes Tepedino (RJ); Vice: Marcos Alves da Silva (Vice); **Comissão de Ensino Jurídico de Família:** João Ricardo Brandão Aguires (PR); 1º vice: Waldyr Grisard Filho (PR); 2º Vice: Fabíola Albuquerque Lôbo (PE); **Comissão de Relações Acadêmicas:** Marcelo Luiz Francisco Bürger (PR); 1º Vice: Conrado Paulino da Rosa; 2º vice: Dimitre Braga Soares De Carvalho (PB); **Comissão de Direito Homoafetivo:** Maria Berenice Dias (RS); 1º Vice: Priscila de Oliveira Moregola Pires; 2º Vice: Chyntia Aquino da Costa Barcellos; 1ª secretária: Rosângela Novaes; 2º secretário da Comissão de Direito Homoafetivo: Vladimir Fernandes Mendonça Costa (DF); **Comissão de Adoção:** Silvana do Monte Moreira (RJ); **Comissão de Advogados de Família:** Marcelo Truzzi Otero (SP); Vice: Aldo de Medeiros Lima Filho (RN); Segundo vice: Daniel Blikstein (SP); **Comissão de Magistrados de Família:** Jones Figueiredo Alves (PE); Vice: Andrea Maciel Pachá (RJ); **Comissão de Promotores de Família:** Cristiano Chaves de Farias (BA); **Comissão dos Defensores Públicos da Família:** Cristiana Mendes de Carvalho Oliveira (RJ); Vice: Claudia Aoun Tannuri (SP); **Comissão de Direito de Família e Arte:** Fernanda Carvalho Leão Barretto (BA); Vice: Luciana Brasileiro (PE); **Comissão de Direito Previdenciário:** Anderson De Tomasi Ribeiro; Vice: Melissa Folmann (PR); **Comissão da Pessoa com Deficiência:** Cláudia Grabois Dischon (RJ); Vice: Nelson Rosenvald; Segundo vice: Fernando Gaburri (BA); **Comissão Biodireito e Bioética:** Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas (PE); Vice: Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima (PB); **Comissão de Processo Civil:** Fernanda Tartuce Silva (SP); **Comissão de Enunciados:** Marcos Ehrhardt Junior (AL); Vice: Flávio Murilo Tartuce Silva; **Comissão de Relações Governamentais:** Renata Nepomuceno e Cysne (DF); Vice: João Paulo Sanches; Secretária: Carolina Senna; **Comissão de Refugiados:** Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch (SP); Vice: Denise Abreu Cavalcanti Calil (RR); **Comissão de Empresas Familiares e Holding:** Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB); Vice: Antônio Evangelista de Souza Netto (PR); **Comissão da Diversidade Racial e Etnia:** Patrícia Romana da Silva do Nascimento (RJ); Vice: Caroline Freitas Vidal (MG); **Comissão Nacional de Família e Tecnologia:** Patrícia Corrêa Sanches Lamosa; 1º Vice: Marcos Ehrhardt Júnior (AL); 2ª Vice: Priscila Agapito (SP); Secretária: Maria Elizabeth Lamosa; **Comissão de Interiorização:** Dirigentes Sul: Fernanda Pederneiras, Vice: Simone Tassinari; Sudeste: Daniel Blikstein, Vice: Pedro Dalbone; Centro-Oeste: Naime Moraes, Vice: Paula Guittti; Nordeste: André Franco, Vice: Gustavo Andrade; Norte: Nena Sales Ribeiro, Vice: Luiza Simonetti; **Comissão Nacional de Agronegócio, Família e Sucessões (ad referendum):** Líbera Copetti Truzzi (MS); Vice: Braulio Dinarte Pinto (RS); **Núcleos de Países de Língua Portuguesa:** Coordenadora Geral: Maria Berenice Dias; Secretária Geral: Maria Elizabeth Lamosa. **Núcleo Angola:** Arlindo da Silva Castro; Vice: Iracelma Medeiros Filipe. **Núcleo Moçambique:** Teresa Chelengo; Vice: Cândida Chelengo. **Núcleo Timor-Leste:** Soraia Regina dos Santos Marques; Vice: Helena Basília Marcelina Magno Dias Ximenes. **Núcleo Portugal:** Tereza Lima; Vice: Renata Guillard. **Núcleo São Tomé e Príncipe:** Jonas Gentil; Vice: Jessica Neves. **Núcleo Guiné-Bissau:** Maimuna Gomes Sila. **Núcleo Cabo Verde:** Carla Monteiro; Vice: Maria João do Rosário.

Diretorias Estaduais - **Acre:** Mirla de Oliveira Melo; **Amapá:** Nicolau Eládio Bassalo Crispino; **Amazonas:** Gildo Alves de Carvalho Filho; **Pará:** Leonardo Amaral Pinheiro da Silva; **Rondônia:** Raduan Miguel Filho; **Roraima:** Andréia Vallandro; **Tocantins:** Alessandra Aparecida Muniz Valdevino; **REGIÃO NORDESTE:** **Alagoas:** Wladimir Paes de Lira; **Bahia:** Fernanda Carvalho Leão Barretto; **Ceará:** Gabriela Nascimento Lima; **Maranhão:** Teresinha de Fátima Marques Vale; **Paraíba:** Agamenilde Dias Arruda Vieira Dantas; **Pernambuco:** Gustavo Henrique Baptista Andrade; **Piauí:** Cláudia Paranaguá de Carvalho Drumond; **Rio Grande do Norte:** Suetônio Luiz de Lira; **Sergipe:** Acácia Gardênia Santos Leles; **REGIÃO CENTRO-OESTE:** **Distrito Federal:** Leonardo Vieira Carvalho; **Goiás:** Marlene Moreira Farinha Lemos; **Mato Grosso:** Juliana Giachini; **Mato Grosso do Sul:** Líbera Copetti Truzzi; **REGIÃO SUDESTE:** **Espírito Santo:** Flávia Brandão Maia Perez; **Minas Gerais:** José Roberto Moreira Filho; **Rio de Janeiro:** Luiz Cláudio de Lima Guimarães Coelho; **São Paulo:** Flávio Murilo Tartuce Silva; **REGIÃO SUL:** **Paraná:** Carlos Eduardo Pianowski Ruzky; **Rio Grande do Sul:** Braulio Dinarte da Silva Pinto; **Santa Catarina:** Luciana Faisca Nahas.

Anais do XI Congresso Brasileiro de Direito de Família
FAMÍLIAS, AFETOS
E DEMOCRACIA
20 anos de transformações

Editor

Ronner Botelho Soares

Revisão

Cybele Maria de Souza

Layout de capa e Diagramação

Bruno Caligorne

Superintendente

Maria José Marques

Administrativo

Patrícia Maffort

C749 Congresso brasileiro de direito de Família (10. : 2017 : Belo Horizonte, MG)

Famílias, afetos e democracia. 20 anos de transformações.
Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2017.

183 p.

ISSN: 2359-3695

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

CDU 347.61

Arte da capa: Bruno Caligorne

Layout da capa e Diagramação: Bruno Caligorne

APRESENTAÇÃO

Em 1997, nascia o IBDFAM, resultado da confluência de desejos de estudiosos e profissionais das relações e dos direitos das famílias e sucessões. Logo assumiu real protagonismo nas concepções e mudanças do sistema jurídico, nos planos da produção normativa, da interpretação e da aplicação, que refletissem o estágio evolutivo e as demandas de nossa sociedade.

Nessas duas décadas, o afeto foi retirado das sombras e recuperada sua natureza fundadora das famílias, com amplo reconhecimento jurídico na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros. A afetividade, como princípio jurídico, irmanou-se às garantias da pluralidade das entidades familiares, da liberdade, da igualdade, do respeito às diferenças e da proteção das vulnerabilidades, na conformação das normas e dos direitos e deveres nos âmbitos das famílias e das sucessões.

O século XXI, apesar dos percalços, assiste à consolidação da concepção de democracia como participação. Impõe-se refletir sobre a interlocução do espaço público e do espaço privado e suas interferências na construção dos projetos e sentidos de vida de cada pessoa e de cada família. O Estado laico, como bem de todos, acolhe a multiplicidade das experiências de vida em relação, afastando modelos únicos. Sob a inspiração dessas transformações e dos desafios de suas efetividades e perspectivas de futuro, o IBDFAM, animado com o estímulo de seus mais de onze mil associados, convoca todos os interessados para nos encontrarmos e debatermos variados temas instigantes no XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões.

Paulo Lôbo

Comissão Científica

SUMÁRIO

- 1 **Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade?**
Paulo Lôbo p. 9
- 2 **Estatuto da Adoção: projeto para retirar crianças invisíveis do cárcere**
Maria Berenice Dias..... p. 27
- 3 **O cônjuge e o companheiro - Como deveriam figurar como herdeiros necessários?**
Mário Luiz Delgado.....p. 39
- 4 **O novo sistema de execução de alimentos é eficaz? O CPC/2015 fez avanços?**
Ana Maria Gonçalves Louzada.....p. 66
- 5 **A priorização da guarda compartilhada tem atendido ao melhor interesse das crianças, dos adolescentes e da família mais democrática?**
Dimas Messias de Carvalho p. 78
- 6 **Famílias, afetos e democracia - Como o afeto foi recebido e se transformou em categoria jurídica**
Giselle Câmara Groeningap. 94
- 7 **Como ficam as adoções perante a decisão do STF (RE 898060) que reconheceu a possibilidade da multiparentalidade?**
Maria Goreth Macedo Valadares..... p. 101
- 8 **É possível um diálogo entre liberdade religiosa e direito das famílias?**
Isabella Paranaguá p. 117
- 9 **Exercício abusivo da autoridade parental sob a perspectiva da democratização da família: uma análise crítica da alienação e da autoalienação parental**
Livia Teixeira Leal..... p. 130
- 10 **Desistência da adoção**
Paula Aranha Hapner..... p. 153
- 11 **A estabilização das tutelas antecipatórias no CPC/2015 foi um avanço para o direito das famílias?**
Rafael Calmonp. 175

QUAIS OS LIMITES E A EXTENSÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF SOBRE SOCIOAFETIVIDADE E MULTIPARENTALIDADE?

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL.
Diretor Nacional do IBDFAM.

Sumário: 1. Origens e significado da socioafetividade no direito de família brasileiro. 2. O contributo de outros saberes: filosofia, antropologia, história, psicanálise, demografia. 3. Requisitos da socioafetividade parental. 4. As hipóteses de parentalidade socioafetiva previstas no Código Civil. 5. Distinção entre os direitos à filiação socioafetiva e ao conhecimento da origem genética. 6. Não há supremacia da origem biológica sobre a filiação socioafetiva. 7. Não há falsidade ou erro no registro civil da parentalidade socioafetiva. 8. Multiparentalidade ou a possibilidade jurídica de múltiplos pais e mães. 9. A decisão do STF em repercussão geral reconhecida sobre socioafetividade – Tema 622. 10. A hipótese inversa: a superveniência de parentalidade socioafetiva à parentalidade biológica. 11. Os “efeitos jurídicos próprios” da tese geral do tema 622. 12. Referências.

1 ORIGENS E SIGNIFICADO DA SOCIOAFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A socioafetividade, como categoria jurídica, é de origem recente no Direito brasileiro. Em grande medida resultou das investigações das transformações ocorridas no âmbito das relações de família, máxime das relações parentais, desde os anos 1970.

Entre os juristas, houve a instigação especial do impacto provocado pelo advento da Constituição de 1988, que revolucionou o tratamento fundamental dado aos integrantes das entidades familiares, superando o histórico *quantum* despótico que as caracterizava, afastando-se os últimos resíduos dos poderes domésticos, principalmente

o poder marital e o pátrio poder. Os estudos jurídicos produzidos, desde então, passaram a salientar o papel determinante da socioafetividade na configuração do contemporâneo Direito de Família. Nossa primeira contribuição se deu com um trabalho intitulado *Repersonalização das Relações Familiares*,¹ publicado em 1989, que contou com boa aprovação da doutrina especializada, seguida, anos depois, por trabalho dedicado especificamente ao princípio jurídico da afetividade.²

A socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com os vínculos de origem biológica. A evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo. Os termos “socioafetividade” e seus correlatos congregam o fato social (“socio”) e a incidência do princípio normativo (“afetividade”).

Não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. Interessam, como seu objeto próprio de conhecimento, as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas e, conseqüentemente, deveres jurídicos. O afeto, em si, não pode ser obrigado juridicamente, mas sim as condutas que o Direito impõe tomando-o como referência. Uma pessoa não pode ser obrigada pelo Direito a ter afeto real por outra, até mesmo entre pais e filhos. Contudo, o Direito pode instituir deveres jurídicos e impor comportamentos inspirados nas relações afetivas reais.

Qualquer relação parental/filial é socioafetiva, porque brota de sua raiz cultural adotada pelo Direito. Nesse sentido, a parentalidade socioafetiva é gênero, da qual a parentalidade biológica e a parentalidade socioafetiva em sentido estrito são espécies. É neste sentido estrito que empregaremos a expressão doravante nesta exposição.

A parentalidade socioafetiva consolidou-se na legislação, na doutrina e na jurisprudência brasileiras orientada pelos seguintes eixos: 1. Reconhecimento jurídico da filiação de origem não biológica (socioafetiva); 2. Igualdade de direitos dos filhos biológicos e socioafetivos; 3. Não prevalência *a priori* ou abstrata de uma filiação sobre outra, dependendo da situação concreta; 4. Impossibilidade de impugnação

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Repersonalização das relações familiares*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, p. 53-82, 1989.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família (A família na travessia do milênio)*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, p. 245-253, 2000.

da parentalidade socioafetiva em razão de posterior conhecimento de vínculo biológico; 5. O conhecimento da origem biológica é direito da personalidade sem efeitos necessários de parentesco.

2 O CONTRIBUTO DE OUTROS SABERES: FILOSOFIA, ANTROPOLOGIA, HISTÓRIA, PSICANÁLISE, DEMOGRAFIA

A socioafetividade não é elaboração cerebrina ou mera racionalização lógica. É fruto de longo desenvolvimento da consideração do afeto e da afetividade no desenvolvimento das sociedades modernas e contemporâneas e das pessoas humanas, enquanto integrantes dos grupos familiares.

Na Filosofia, Espinoza e depois Kant demonstraram que os afetos ou sentimentos não poderiam ser inteiramente afastados do mundo da razão, como pretendeu Descartes. Para Espinosa há que se distinguir o afeto bruto sem controle da razão (paixão) do afeto atravessado pela razão, que ele denominou de “afecção”, pois afetada pela ação ou potência de agir.³ Kant, por sua vez, afirmou que o amor, enquanto inclinação, não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na sensibilidade.⁴

Na Antropologia e na Etnologia, as pesquisas dos grupos humanos antigos ou atuais revelaram que as relações familiares são fundadas na cultura desenvolvida nesses grupos e não na natureza. Antes, os mitos e as forças mágicas, depois a tradição da autoridade de natureza religiosa, finalmente os costumes e a ética normativa.

A história revela a lenta erosão das funções tradicionais das famílias, cujo epílogo dar-se-á na segunda metade do Século XX. As funções religiosas, políticas, econômicas e até mesma as procracionais da família foram perdendo consistência ao longo da história. Assim, a erosão das antigas funções fez emergir a função de afetividade, da família como *locus* de interlocução afetiva e de realização da dignidade humana de seus integrantes.

A Psicanálise confirmou o que a Antropologia já tinha descoberto: a família é construção cultural e não ditada pela natureza. As limitações e repressões não têm fundamentação científica.

³ ESPINOSA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Joaquim Ferreira Gomes. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 176.

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

A Demografia trouxe e traz informações contundentes sobre as mudanças na composição das famílias, no Brasil, principalmente nas últimas décadas. As análises dos dados demonstram que a família tomada paradigma para a legislação brasileira, ao longo do século XX, deixou de existir. Deixou de ser numerosa, caindo profundamente o número de crianças por mãe. Não gira mais sob dependência econômica exclusiva do pai. A emancipação feminina, inclusive econômica, a conversão dos filhos de objetos a sujeitos de direitos e a urbanização intensa implodiram seus fundamentos tradicionais. É a família nuclear, de dimensões pequenas, ao lado de famílias monoparentais e múltiplos arranjos familiares, além de considerável número de domicílios de pessoas que vivem sós. É o afeto e a solidariedade familiar e não outros interesses ou funções que unem seus integrantes.

Exemplificando-se com a família matrimonial, a grande transformação ocorrida foi a substituição dos casamentos arranjados, em razão de fins econômicos, sociais ou religiosos, pelos casamentos por amor.

3 REQUISITOS DA SOCIOAFETIVIDADE PARENTAL

Orientadas pela necessidade de segurança jurídica, com a massa de dados e informações obtidas de investigações variadas, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais foram progressivamente construindo requisitos que conformassem essa categoria jurídica, nas relações parentais, notadamente de filiação. Esses requisitos são interligados e podem ser assim enunciados:

a) *Comportamento social típico de pais e filhos*. O comportamento que se tem entre pais e filhos deve ser aferível socialmente. É típico porque se repete de modo subjetivo e objetivo em todos os relacionamentos equivalentes, de modo a que qualquer pessoa possa identificá-los como os que ocorrem regularmente entre pais e filhos. No Brasil, a doutrina tradicionalmente desdobra esse requisito em três outros, segundo antiga lição: *nome*, quando um dos pais ou ambos atribuem seus sobrenomes ao perfilhado, mediante registro civil; b) *trato*, quando um ou ambos os pais tratam socialmente o perfilhado como seu filho; c) *fama*, quando a comunidade onde vivem os pretendidos pais e filhos os reconhecem assim, segundo as circunstâncias. Contudo, esses requisitos não são cumulativos e basta um deles ou outras circunstâncias distintas para gerar o convencimento judicial da existência de comportamento social típico entre pais e filhos.

b) *Convivência familiar duradoura*. O comportamento social típico de pais e filhos apenas se consolida quando ocorre convivência familiar, ou seja, quando essas pessoas integrem uma entidade familiar juridicamente reconhecida e convivam assim. Essa convivência há de ser duradoura e não episódica. O Direito brasileiro não impõe um tempo determinado para que se caracterize a convivência familiar, mas há de ser suficiente para que se identifiquem laços familiares efetivos e não apenas relações genericamente afetivas.

c) *Relação de afetividade familiar*. As relações entre as pessoas devem ser de natureza afetiva e com escopo de constituição de família, para que se constitua estado de parentalidade e de filiação. Devem ser desconsideradas como tais as que tenham outro escopo ou interesse, ainda que haja convivência sob o mesmo teto. Assim, não há afetividade familiar no acolhimento doméstico que uma pessoa dá a uma criança desabrigada, ou na relação social entre padrinhos e madrinhas e seus afilhados, ou na prática de apadrinhamento de criança que viva em instituição de acolhimento.

4 AS HIPÓTESES DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL

No Código Civil, identificamos as seguintes referências da clara opção pelo paradigma da filiação socioafetiva:

a) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;

b) art. 1.596, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo;

c) art. 1.597, V, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai

é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por ulterior investigação de paternidade;

d) art. 1.605, consagrador da posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato.

Portanto, as hipóteses legais de parentalidade socioafetiva são a adoção, a filiação derivada de técnica de inseminação artificial heteróloga e a posse de estado de filiação. A terceira é a que interessa aos propósitos deste estudo.

5 DISTINÇÃO ENTRE OS DIREITOS À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Em estudo específico sobre essa temática, expressamos nosso ponto de vista quanto à necessidade dessa distinção, tendo em vista se tratar de direitos subjetivos e deveres jurídicos que não se confundem.⁵

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 505-530, 2004.

Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do Direito de Família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.

A evolução do Direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor ou procriador. Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade.

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. A paternidade e a maternidade derivam do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). Na hipótese de inseminação artificial heteróloga, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade.

Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não determina a paternidade jurídica. O Biodireito depara-se com as consequências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade aos que fazem dação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas ou hospitalares. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

6 NÃO HÁ SUPREMACIA DA ORIGEM BIOLÓGICA SOBRE A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva fez ressaltar a solução para o eventual conflito de tutelas jurídicas desta e da origem biológica. A situação comum é a pretensão do filho socioafetivo ajuizar ação de investigação de paternidade, com intuito de ver judicialmente reconhecida a paternidade do genitor biológico e, conseqüentemente, o cancelamento do registro civil da primeira, principalmente para fins sucessórios, dado a que o Direito brasileiro não admitia a dupla paternidade. O mesmo se aplica à maternidade socioafetiva em face da genitora biológica.

Algumas correntes se formaram na doutrina e na jurisprudência, mas prevaleceu a tese de que a parentalidade biológica não era dotada de supremacia sobre a parentalidade socioafetiva, pois esta desigualdade não é admitida pela Constituição. Assim, a pretensão do interessado deveria ater-se à garantia do direito fundamental ao conhecimento de sua origem genética, sem efeitos de parentesco.

Todavia, no STJ, algumas decisões mitigaram o alcance desse entendimento, ainda que fazendo ressaltar a igualdade jurídica das parentalidades biológicas e socioafetivas, em circunstâncias determinadas. Assim, entendeu-se que a parentalidade socioafetiva prevaleceria contra o pai ou a mãe que pretendesse desfazê-la. Contudo, não contra o filho, pois este poderia fazer prevalecer a parentalidade biológica, dado a que não teria manifestado sua vontade para aquela, em situações conhecidas como de “adoção à brasileira”, quando o declarante no registro público não é o genitor biológico. Contra esse entendimento, que contrariou decisões anteriores do mesmo Tribunal, levantaram-se várias argumentações doutrinárias, inclusive a nossa, pois também o registro da parentalidade biológica não pode ser contestado pelo filho, inclusive ao adquirir a capacidade civil plena, o que levou a tratamento jurídico desigual.

Há grande consenso na doutrina e na jurisprudência quanto a não se configurar a filiação socioafetiva, na hipótese de esta resultar de sequestro ou outro ato considerado criminoso. Todavia, essa regra não é absoluta, pois não pode ser aplicada contra a vontade manifestada pelo filho de continuar na família que o criou, apesar de informado da circunstância criminoso. O filho não pode ser duplamente punido por fato, cuja existência não deu causa.

7 NÃO HÁ FALSIDADE OU ERRO NO REGISTRO CIVIL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

O art. 1.604 do Código Civil estabelece que ninguém poderá vindicar estado civil distinto do que conste do registro civil, salvo provando erro ou falsidade. Portanto, a norma contém a regra da imutabilidade do registro civil e impedimento da pretensão para desfazê-lo. Também contém as exceções a essa regra (erro e falsidade).

O erro é o desvio não intencional da declaração do nascimento, concernente ao próprio ato de registro (erro material), imputável ao oficial de registro, ou da informação do declarante legitimado (art. 52 da Lei n. 6.015/1973), concernente à atribuição da paternidade ou maternidade da pessoa. O erro da declaração pode ter derivado de outro erro, como na hipótese de troca voluntária ou involuntária de recém-nascidos por parte do hospital onde ocorreu o parto, invalidando o estado de filiação tanto em face do pai quanto em face da mãe.⁶

A falsidade, ao contrário do erro, é a declaração intencionalmente contrária à verdade do nascimento. É atribuir a si ou a outrem (declarantes outros que não os pais) a maternidade ou a paternidade do nascido, ou declarar nascimento inexistente.

O registro de nascimento é definitivo, pouco importando se a origem da filiação declarada é biológica ou socioafetiva. É declaração consciente de quem faz. Assim, não é livremente disponível pelo pai registral, máxime quando o casamento se extingue. Não há erro de pessoa, porque o declarante sabia exatamente que a criança não era seu filho biológico. Não há falsidade porque a lei não exige que o registro civil apenas contemple a origem biológica. Não pode o autor da declaração que pretende falsa vindicar a invalidade do registro do nascimento, conscientemente assumida, porque violaria o princípio assentado em nosso sistema jurídico de *venire contra factum proprium*.

8 MULTIPARENTALIDADE OU A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE MÚLTIPLOS PAIS E MÃES

O Direito de Família brasileiro sempre teve entre seus pilares o modelo binário de parentalidade em relação aos filhos. Segundo o padrão tradicional, o casal constituído de pai e mãe. Quando os pais

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

não fossem casados e apenas um fosse o declarante do nascimento no registro civil, caberia a pretensão à investigação da paternidade ou maternidade em relação ao outro, se não tivesse havido o reconhecimento voluntário. Essa regra era aplicável tanto à parentalidade biológica quanto à socioafetiva.

Com a decisão do STF (ADI n. 4.277) em 2011, a união homoafetiva foi juridicamente reconhecida como entidade familiar, com igual tutela jurídica conferida às demais entidades familiares. Nessa entidade familiar, o modelo binário da parentalidade continuou, dado a que se encerra no casal de pessoas do mesmo sexo, excluídas terceira ou terceiras pessoas.

Todavia, paralelamente à construção da categoria da socioafetividade, peregrinou a tese da possível tutela da multiparentalidade, rompendo o modelo binário, tanto dos casais heterossexuais quanto dos casais de mesmo sexo. Pugna pela legalidade, no Direito brasileiro, de múltiplos pais e mães.

É uma realidade da vida, cuja complexidade o Direito não conseguiu lidar satisfatoriamente até agora, em nenhum país do mundo. Ela é agravada com os resultados fantásticos das manipulações genéticas (por exemplo, o uso de materiais genéticos de três pessoas, para reprodução assistida).

No início, a multiparentalidade pareceu ser o caminho adequado para abrigar a parentalidade dos casais de mesmo sexo, mas tornou-se dispensável desde quando o STF admitiu que esses casais podem constituir família. Permanece sua utilidade, no entanto, para as técnicas de reprodução assistida, quando mais de duas pessoas são nelas envolvidas, a exemplo de utilização de sêmen de amigo para inseminação de uma ou das duas integrantes de união homoafetiva. Essas hipóteses não estão suficientemente enfrentadas pelo Direito brasileiro.

Igualmente, a multiparentalidade tem sido ressaltada em casos julgados por nossos tribunais, incluindo o STJ, que envolvem a admissibilidade de cumulação de paternidade ou maternidade, no registro civil, em situações em que há pai ou mãe registral e se pleiteia o acréscimo do sobrenome de pai ou mãe biológicos. Ou quando o registro de pai ou mãe biológicos é acrescentado do sobrenome de quem efetivamente criou a pessoa.

Na legislação, há previsão expressa do acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta, por requerimento do enteado e assentimento daqueles (“Lei Clodovil”, n. 11.924/2009), cuja anotação simbólica

reflete a história de vida da pessoa. A lei é omissa quanto aos demais efeitos jurídicos, para além do parentesco por afinidade. A averbação não significa substituição ou supressão do sobrenome anterior, mas acréscimo, de modo a não ensejar dúvida sobre a antiga identidade da pessoa, para fins de eventuais responsabilidades. O acréscimo do sobrenome não altera a relação de parentesco por afinidade com o padrasto ou madrasta, cujo vínculo assim permanece, sem repercussão patrimonial, uma vez que tem finalidade simbólica e existencial. Consequentemente, não são cabíveis pretensões a alimentos ou sucessão hereditária, em razão desse fato.

Entende-se que o namoro ou noivado não podem ensejar multiparentalidade. Assim é porque esses relacionamentos afetivos são pré-familiares, ou seja, têm o escopo de constituição de família, mas não são ainda famílias constituídas. É certo que, às vezes, ultrapassam a tênue zona limítrofe e se convertem em união estável, que é ato-fato jurídico – quando o Direito desconsidera a vontade e atribui consequências ao resultado fático – e não ato ou negócio jurídico, estes dependentes de manifestação de vontade negocial consciente; porém, quando isso ocorre, não se cogita mais de namoro ou noivado, mas sim de entidade familiar própria.

A relação entre padrasto ou madrasta e enteado configura vínculo de parentalidade singular, permitindo-se àqueles contribuir para o exercício do poder familiar do cônjuge ou companheiro sobre o filho/enteado, uma vez que a direção da família é conjunta dos cônjuges ou companheiros, em face das crianças e adolescentes que a integram. Dessa forma, há dois vínculos de parentalidade que se entrecruzam, em relação ao filho do cônjuge ou do companheiro: um, do genitor originário separado, assegurado o direito de contato ou de visita com o filho; outro, do padrasto ou madrasta, de convivência com o enteado. Contudo, por mais intensa e duradoura que seja a relação afetiva entre padrasto ou madrasta e seus enteados, dessa relação não nasce paternidade ou maternidade socioafetiva em desfavor do pai ou da mãe legais ou registrais, porque não se caracteriza a posse de estado de filiação, o que igualmente afasta a multiparentalidade, salvo se houver a perda do poder familiar dos pais, como decidiu o STJ (REsp 1106637) que reconheceu a legitimidade de padrasto para pedir a destituição do poder familiar, em face do pai biológico, como medida preparatória para a adoção unilateral da criança.

9 A DECISÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA SOBRE SOCIOAFETIVIDADE – TEMA 622

Assim se encontravam a doutrina e a jurisprudência brasileiras quando o STF reconheceu como repercussão geral a matéria da socioafetividade e consolidou seu entendimento, como Tema 622, em decisão plenária tomada no dia 22.09.2016, tendo como caso paradigma o RE 898.060, com a seguinte tese geral:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

O Tribunal fundou-se explicitamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que inclui a tutela da felicidade e da realização pessoal dos indivíduos, impondo-se o reconhecimento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional. Igualmente, no princípio constitucional da paternidade responsável, que não permite decidir entre a filiação socioafetiva e a biológica, devendo todos os pais assumir os encargos decorrentes do poder familiar e permitindo ao filho desfrutar dos direitos em relação a eles sem restrição.

Constata-se que o Tribunal confirmou o reconhecimento jurídico da socioafetividade. Como o julgamento em repercussão geral produz eficácia geral, de cumprimento obrigatório pelo sistema judiciário, a socioafetividade e, principalmente, a filiação socioafetiva não poderão ser mais questionadas em juízo.

Ainda que o Tribunal não tenha utilizado a expressão “parentalidade socioafetiva”, a alusão à “paternidade socioafetiva” deve ser entendida como abrangente da maternidade socioafetiva. A exclusão da maternidade socioafetiva importaria tratamento desigual para situações equivalentes do mundo da vida, o que contrariaria os pressupostos sobre os quais o Tribunal decidiu. Portanto, há seu reconhecimento implícito.

Outro ponto relevante é o reconhecimento de que a filiação socioafetiva não apenas se constata pela declaração ao registro público, mas também pela ocorrência no mundo da vida, notadamente pela posse do estado da filiação, cujos efeitos jurídicos independem do registro público, ao qual é atribuída função declaratória, do mesmo modo que à sentença judicial.

O que surpreendeu a doutrina especializada foi a amplitude que o STF conferiu ao tema, pois, além do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, avançou no sentido de contemplar a multiparentalidade. É o que se extrai dos termos “reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica”. O vínculo de filiação “concomitante” leva à multiparentalidade. Ou seja, na hipótese explicitada de paternidade, de acordo com o caso concreto que serviu de paradigma, o registro civil deve contemplar dois pais, isto é, o pai socioafetivo e o pai biológico, além da mãe biológica; dois pais e uma mãe.

A decisão do STF provocou verdadeiro giro de Copérnico. Até então, no conflito entre parentalidade socioafetiva e origem genética, esta não podia prevalecer sobre aquela (notadamente nos casos de “adoção à brasileira”), máxime quando o móvel fosse patrimonial ou econômico, notadamente participar da sucessão de genitor biológico afortunado. A rejeição a essa pretensão já tinha sido objeto de antigo precedente do STF, em 1970, tendo sido relator o Min. Aliomar Baleeiro.⁷ Doravante, as discussões sobre a origem biológica e a força desta para afastar a parentalidade socioafetiva perderam consistência.

Por ser tema de repercussão geral, não pode ficar adstrito ao caso concreto. Destarte, têm-se como abrangidas as hipóteses de mãe e pai socioafetivos registrados, aos quais se pode acrescentar a mãe biológica, ou o pai biológico ou ambos, o que resultará em três ou quatro pais, no total.

10 A HIPÓTESE INVERSA: A SUPERVENIÊNCIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA À PARENTALIDADE BIOLÓGICA

O que não ficou claro, na tese geral – nem no julgamento do caso concreto – é se alcança a hipótese de parentalidade inversa, quando registrados sejam os pais biológicos ou um dos pais biológicos. Deixando de lado a situação corrente dos pais casados, em que há a presunção legal de paternidade e maternidade, ainda que impugnável judicialmente por um ou por outro, cogita-se dos pais não casados, mas cujo filho foi registrado ou reconhecido por ambos. Se, em virtude de circunstâncias da vida, tais como econômicas ou de saúde, esse filho foi criado por outro casal, realizando-se os requisitos da posse de estado de filiação, pergunta-se: pode haver filiação concomitante, registrando-se, ao lado dos pais biológicos, os pais socioafetivos?

⁷ RTJ n. 53/131.

Essa pergunta não encontra resposta clara na tese do Tema 622. A interpretação restritiva conduz à negativa, sob o possível argumento de que a socioafetividade não pode desafiar a parentalidade biológica e registral, que é igualmente socioafetiva por presunção legal. Ainda: o Tribunal teria considerado apenas a tutela jurídica da filiação socioafetiva, que não poderia ser desfeita, mas teria de conviver com a filiação biológica. O inverso não seria verdadeiro.

Todavia, a mesma pergunta pode ter resposta diversa, se se considerar o princípio imanente à decisão que é o da igualdade jurídica das filiações, sem primazia de uma sobre outra. A superveniência da filiação socioafetiva à filiação biológica é dado de realidade constante e não pode ser desconsiderado pelo Direito. Cinge-se a questão à posse de estado de filiação, pois a adoção, por força de lei, extingue o vínculo de parentalidade de origem. Considera-se a posse de estado sem os limites que inspiraram o art. 1.605 do Código Civil, isto é, segundo o sistema de parentalidade binária, a ausência de registro civil, de um lado, ou o impedimento de modificação do registro civil para contemplar múltiplos pais e mães. Se não há mais a exclusividade do modelo binário e se é admissível a multiplicidade das parentalidades, o registro civil da parentalidade biológica deixou de ser obstáculo à concomitância do registro da parentalidade socioafetiva subsequente.

Pelas mesmas razões, não há impedimento para a concomitância de parentalidade socioafetivas. Cogite-se de filho com pais registrares, de sexos diferentes ou de mesmo sexo, que, por eles abandonado, passa a ser cuidado durante anos por outro casal, configurando-se a posse de estado da filiação. Essa é também hipótese abrangida pela decisão do STF, o que autoriza o duplo registro.

11 OS “EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS” DA TESE GERAL DO TEMA 622

Ante a concisão das teses dos temas de repercussão geral, as expressões amplas utilizadas são exigentes de interpretação, de acordo com os princípios e pressupostos que os inspiraram. Tal se dá com a expressão “com os efeitos jurídicos próprios”.

A análise do julgamento do caso concreto paradigma pouco contribui, até porque a decisão que o Tribunal nele proferiu é exatamente contrária ao que estipula a tese geral, no que concerne à multiparentalidade. No caso concreto, a maioria do Tribunal, contraditoriamente, confirmou as decisões judiciais anteriores no sentido do cancelamento

do registro da paternidade socioafetiva, para se fazer constar apenas a paternidade biológica.

Do núcleo da tese do Tema 622 resultam as seguintes conclusões, que nos permitem avançar nos efeitos jurídicos próprios:

1ª. O reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva.

2ª. A inexistência de primazia entre as filiações biológicas e socioafetivas.

3ª. A admissão da multiparentalidade.

4ª. A parentalidade socioafetiva – para os fins da tese – restringe-se às hipóteses de posse de estado de filiação, excluindo-se a adoção e a filiação oriunda de inseminação artificial heteróloga. Também está excluída a filiação biológica que nunca foi antecedida por filiação socioafetiva.

Assim sendo, em relação aos efeitos da origem genética ou biológica:

a) quando configurada a prévia parentalidade socioafetiva, registrada ou não, a origem genética intitula o filho a investigar a parentalidade biológica com efeitos amplos de parentesco, além do registro civil. Igualmente, pode o genitor biológico reconhecer o filho biológico, com todos os efeitos decorrentes, inclusive o do registro civil concomitante;

b) permanece o direito ao conhecimento da origem genética, como direito da personalidade, sem efeitos de parentesco, na hipótese de adoção, conforme previsto expressamente no art.48 do ECA, com a redação dada pela Lei n. 12.010/2009: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como a obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. Em caso de recusa ao acesso, pode ser ajuizada ação para tal finalidade, que não se confunde com investigação de paternidade ou maternidade. A decisão do STF não implica inconstitucionalidade da norma legal que estabelece a ruptura dos vínculos familiares de origem do adotado, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais. Vigora, no direito constitucional brasileiro, a presunção de constitucionalidade das normas legais, até que sejam declaradas inconstitucionais pelo STF;

c) o direito ao conhecimento da origem genética, também sem efeitos de parentesco, é assegurado ao que foi concebido com uso de sêmen de outro homem, que não o marido da mãe e com autorização deste, de acordo com o art. 1.597, V do Código Civil, desde que o dador tenha consentido nessa utilização, sem se valer da garantia de anonimato;

d) não há direito ao conhecimento da origem genética nem ao reconhecimento judicial da parentalidade, se a técnica de reprodução assistida utilizar materiais genéticos de dador anônimo, criopreservados em estabelecimentos especializados para inseminação artificial.

Os direitos e deveres jurídicos do filho com múltiplas parentalidades são iguais em face dos pais socioafetivos e biológicos, particularmente quanto:

a) autoridade parental ou poder familiar, que é exercida de modo compartilhado, em princípio, pelos pais biológicos e socioafetivos, tal como ocorre com os pais separados. Em caso de conflito entre pais biológicos e socioafetivos, como não há primazia entre eles, o juiz deve se orientar pelo princípio do melhor interesse do filho, para a tomada de decisão;

b) a guarda compartilhada é obrigatória por lei, entre os pais, salvo se se ficar demonstrada em decisão judicial motivada que a guarda individual, ante as circunstâncias especiais, é a que mais recomendável por força do melhor interesse do filho. Essa regra é aplicável tanto para situação comum do casal de pais quanto para a de multiparentalidade (mais de dois pais), até porque não há hierarquia entre eles. A guarda compartilhada é compatível com a preferência da moradia que o filho tem como referência para suas relações sociais e afetivas. No exemplo comum, de filho que sempre viveu com seus pais socioafetivos, a moradia deste é preferencial. O conflito deve ser arbitrado pelo juiz, de modo a que assegure o contato do filho com seus pais socioafetivos e biológicos, e com os parentes de cada linhagem, especialmente os avós;

c) os alimentos devem ser partilhados pelos pais socioafetivos e biológicos em igualdade de condições, em princípio. Em caso de conflito entre eles, o juiz deve considerar a partilha proporcional do valor de acordo com as possibilidades econômicas de cada um, segundo os critérios da justiça distributiva. Os alimentos devem ser fixados em valor único, para partilha entre os pais, pois o suprimento da necessidade do alimentando não depende da quantidade de devedores alimentantes, além da observância da vedação legal do enriquecimento

sem causa (CC, art. 884). Os avós, tanto os biológicos quanto os socioafetivos apenas são obrigados aos alimentos em caráter complementar, distribuídos de acordo com as possibilidades econômicas de cada um. Como o dever de alimentos na linha reta de parentesco é ilimitado, o filho com múltiplos pais e avós pode se obrigar a todos eles. Na hipótese de a mãe estar separada tanto do pai biológico quanto do pai socioafetivo, o filho poderá reclamar alimentos tanto a um quanto a outro, de acordo com as possibilidades econômicas de cada um;

d) a sucessão hereditária legítima é assegurada ao filho de pais concomitantes biológicos e socioafetivos, em igualdade de condições. Aberta a sucessão de cada um deles é herdeiro legítimo de quota-parte atribuída aos herdeiros de mesma classe (direta ou por representação), imediatamente, em virtude da *saisine*. A igualdade entre filhos de qualquer origem é princípio cardinal do direito brasileiro, a partir da Constituição, incluindo o direito à sucessão aberta. Os limites dizem respeito às legítimas dos herdeiros necessários de cada sucessão aberta e não ao número de pais autores das heranças. O filho será herdeiro necessário tanto do pai socioafetivo quanto do pai biológico, em igualdade de direitos em relação aos demais herdeiros necessários de cada um; terá duplo direito à herança, levando-o a situação vantajosa em relação aos respectivos irmãos socioafetivos, de um lado, e irmãos biológicos, do outro, mas essa não é razão impeditiva da aquisição do direito. Após a edição da tese do Tema 622, o STJ (3ª Turma) teve oportunidade de afirmar no REsp 1618230, julgado em 2017, que o reconhecimento do vínculo filial biológico, ao lado do vínculo socioafetivo, gera os mesmos efeitos patrimoniais, como o direito à herança; no caso, o interessado, com aproximadamente 70 anos, obteve o direito de receber a herança do pai biológico, mesmo já tendo recebido a herança do pai socioafetivo.

Os efeitos da tese alcançarão os casos já julgados definitivamente, pois há largo entendimento sobre a relativização da coisa julgada nas relações de família e em matéria de estado civil, que operaria segundo a regra *rebus sic stantibus*.

Reconhece-se que a decisão do STF em termos tão gerais é positiva em seus inegáveis avanços, mas não se pode negar que também é fator de agravamento de litigiosidade, notadamente por motivações patrimoniais, apesar do sopesamento dos efeitos jurídicos próprios, como acima indicado, pois a variedade de circunstâncias é difícil de ser por ela inteiramente atingida.

12 REFERÊNCIAS

ESPINOSA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Joaquim Ferreira Gomes. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das relações familiares. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, p. 53-82, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 505-530, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família (A família na travessia do milênio)*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, p. 245-253, 2000.

ESTATUTO DA ADOÇÃO: PROJETO PARA RETIRAR CRIANÇAS INVISÍVEIS DO CÁRCERE

Maria Berenice Dias

Advogada. Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.

Sumário: 1. Uma legislação na contramão. 2. Entrega voluntária. 3. Destituição do poder familiar. 4. Adoção. 5. A busca pela inscrição. 6. Busca e apreensão. 7. O dilema entre adoção e reprodução assistida. 8. A falência do sistema. 9. Anteprojeto do Estatuto da Adoção.

1 UMA LEGISLAÇÃO NA CONTRAMÃO

Nem a Constituição da República e nem o Estatuto da Criança conseguiram garantir a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar. Muito menos a chamada Lei Nacional da Adoção,¹ a qual, em vez de facilitar, serviu mesmo para retardar a adoção. Sequer trouxe procedimentos que assegurem celeridade às ações de destituição do poder familiar e adoção.

Certamente, o mal maior é a adoção ser considerada medida excepcional.² Basta atentar que o ECA repete, 11 vezes, a preferência à reinserção na família natural ou a inclusão na família extensa.³ Essas tentativas podem perdurar pelo longo período de dois anos (ECA, art. 19, § 2º). No entanto, em face da absoluta falta de estrutura da Justiça, este prazo se perpetua enquanto se insiste para que os pais aceitem os filhos de volta e, mais ainda, quando é buscado algum parente que os deseje.

Enquanto isso a criança fica institucionalizada. Essas soluções, ainda que previstas na lei, afrontam o princípio constitucional que garante, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar. Ficar

¹ Lei n. 12.010/2009.

² ECA, arts. 19 e § 3º, 23 e § 1º, 39, § 1º.

³ Lei n. 12.010/2009, art. 1º, § 1º e ECA arts.19, § 3.º; 39, § 1.º; 50, § 13, II; 92, I e II; 100, parágrafo único, X; 101, §§ 1.º, 4.º, 7.º, 9.º.

a criança abrigada ou em família substituta, enquanto se procura quem a queira no âmbito da família biológica, não atende dito preceito.

A primeira tentativa é ressocializar os pais para que fiquem com os filhos. Tal prática implica em retirá-los da rua, afastá-los das drogas, inseri-los no mercado de trabalho para terem condições de assumir a prole. No entanto, quando as crianças foram institucionalizadas significa que não existe responsabilidade parental.

Frustrada essa tentativa – que gera enorme frustração nos filhos – são buscados os avós. Como eles não podem adotar os netos, apenas a guarda lhes é deferida, o que os deixam em condição jurídica das mais precárias. Não dispõem de qualquer direito, quer previdenciário, quer sucessório, caso o avô venha a falecer. Ao depois, sempre sofrerão o estigma de serem filhos de quem não os quis. Certamente este será o sentimento quando encontrarem a mãe nas reuniões de família, muitas vezes com outros filhos.

Ainda que os demais parentes – nominados de família extensa – possam adotar, a convivência no mesmo núcleo familiar sempre fará o passado presente. Não terá um lar, um pai ou uma mãe, mas um tio ou padrinho que aceitou ficar com a criança.

2 ENTREGA VOLUNTÁRIA

Entregar filho à adoção, não é abandono. Não configura o delito de abandono de incapaz (CP, art. 133). Até porque abrir mão do filho quando não se tem condições de criá-lo evidencia enorme gesto de amor. No entanto, o que a mãe deseja é que o filho seja adotado. Não quer que fique institucionalizado por prazo indefinido. Às claras não deseja que sejam convocados os parentes para assumi-lo. Houvesse tal intenção ou possibilidade, não ocorreria a entrega ao Estado. Mesmo assim, a vontade da mãe não é respeitada. Enquanto não for concluído o moroso procedimento legal de entrega à adoção, o filho permanece recolhido em uma instituição de acolhimento.

Em vez de a criança ser imediatamente colocada sob a guarda de quem está inscrito no cadastro, o Estado tenta, de todas as formas, dissuadir a mãe, submetendo-a a verdadeira lavagem cerebral. São 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 (ECA, art. 45), que não vale se levado a feito por escrito (ECA, art. 166, § 4º) e nem antes do nascimento (ECA, art. 166,

§ 6º). Contudo, antes de os genitores se manifestarem, precisam receber de equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção (ECA, art. 166, § 2º). Depois são ouvidos, em audiência, pelo juiz e pelo promotor, os quais devem esgotar os esforços para manutenção da criança com os pais ou com a família natural ou extensa (ECA, art. 166, § 3º). Mesmo depois de ter sido reconhecido judicialmente ser livre a manifestação de vontade, qualquer dos pais pode, até o momento da publicação da sentença de adoção, voltar atrás (ECA, art. 166, § 4º)

Depois, a Justiça sai à caça de algum parente que a queira. 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.

Não são procurados somente os familiares com quem a criança mantém vínculos de afinidade e afetividade, elemento constitutivo do próprio conceito de família extensa (ECA 25, parágrafo único): parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. A lei não diz que família extensa é a composta por todos os parentes em linha colateral. Dispõe deste qualificativo somente os 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 desse proceder é flagrante. Quem acabou de nascer não tem vínculo com ninguém, o que dispensa esta longa e ineficaz providência, que só aumenta o tempo em que o bebê vai ficar abrigado e sem um lar.

3 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Somente após esgotadas todas as possibilidades de manter o filho junto aos pais ou de ser entregue a 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.

Depois de todos estes trâmites é que, finalmente, ocorre a inclusão no Cadastro de Adoção. Quanto tempo se passou? Ou seja, a

criança cresceu institucionalizada, o que desatende ao comando constitucional que lhe assegura direito à convivência familiar.

4 ADOÇÃO

A ação de adoção não dispõe de um capítulo próprio, havendo normas espalhadas nos capítulos que tratam da adoção (ECA, arts. 39 a 52-D), da colocação em família substituta (ECA, arts. 165 a 170) e da habilitação (ECA, arts. 197-A a E).

Desde que foi instituído o cadastro de adotantes e de adotandos, a tendência dos juízes e promotores foi transformar estes meros instrumentos facilitadores em uma ferramenta impeditiva da adoção em desobediência à ordem de anterioridade ou por pessoas não inscritas.

O intuito de proteger acabou por burocratizar de tal forma os sucessivos e morosos procedimentos, que a adoção se tornou um verdadeiro calvário, não só para quem quer adotar, mas principalmente para quem anseia por uma família.

5 A BUSCA PELA INSCRIÇÃO

A burocracia não impera somente com relação às crianças à espera da adoção. O procedimento para a habilitação só tem início mediante o atendimento a oito requisitos (ECA, art. 197-A).

O expediente é autuado e enviado ao Ministério Público, que pode requerer diligências e audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas (ECA, art. 197-B). Os candidatos ficam sujeitos a um período de preparação psicossocial 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 (ECA, art. 50, § 3º). A equipe interprofissional elabora estudo para aferir a capacidade e o preparo do candidato ao exercício da paternidade responsável segundo os princípios do ECA (art. 197-C).

Os postulantes, obrigatoriamente, têm que 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 (ECA, art. 197-C, § 1º). Faz parte do estágio de preparação visitar

essas crianças (ECA, art. 197-C, § 2º). Certamente não há requisito mais cruel (ECA, art. 50, § 4º). Apesar de essas serem as mais vulneráveis – pois ninguém as quer – elas não podem almejar ser adotadas por quem as visita. E, por mais que alguém se apaixone por alguma delas, não poderá adotar, pois nem está no cadastro 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 (ECA, art. 197-D).

Só depois de tudo isso o candidato é inscrito no cadastro, procedimento que chega a demorar dois anos. Após, é aguardar ser convocado (ECA, art. 197-E). 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, por isso elegem um perfil que corresponde aos seus sonhos. Daí a preferência por bebês ou crianças de pouca idade. No entanto, os candidatos são proibidos de visitar as instituições de acolhimento. Também não podem fazer trabalho voluntário. Sequer podem se candidatar ao programa chamado Apadrinhamento Afetivo.

Como não haja a chance de conhecer as crianças – nem sequer por 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. Com esta invisibilidade imposta às crianças institucionalizadas, os candidatos não têm sequer a chance de mudarem o perfil eleito. E o jeito é esperar.

Durante este longo 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.

Normalmente, passam-se anos até que os futuros pais recebam uma ligação informando que foi encontrada uma criança que corresponde ao perfil eleito. A escolha do filho é feita pelos técnicos e acaba acontecendo o que se chama de um encontro às escuras.

Apesar de toda esta rigidez para atender ao melhor interesse da criança, a lei admite exceções (ECA, art. 197-E, § 1º). Autoriza a adoção por candidato não habilitado (ECA, art. 50, § 13), se comprovado o preenchimento alguns requisitos (ECA, art. 50, § 14). 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.

6 BUSCA E APREENSÃO

A busca pelos trâmites legais é tão, tão morosa e burocrática, que vez por outra, a mãe elege a quem entregar o filho. É a chamada adoção direta, afetiva, consensual ou *intuitu personae*.

Apesar de já consolidado o vínculo de filiação socioafetiva entre o adotante e a criança, que somente reconhece como pais quem a aceitou e cuidou, ao ser descoberto o desrespeito ao famigerado cadastro, os promotores requerem e os juízes deferem a busca e apreensão e a retirada compulsória da criança de seu lar, do seio da única família que conhece, dos pais que sempre cuidaram dela.

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 criança é institucionalizada e começa todo o burocrático procedimento de tentar reinserir o filho na família natural, encontrar algum parente, promover a ação de destituição do poder familiar para só então ela ser disponibilizada – certamente depois de anos – à adoção.

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. No entanto, 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 encontra um lar para chamar de seu, de lá é arrancado e encarcerado em um abrigo para dar cumprimento à lei que não o protege.

Ou seja, quem deveria receber do Estado especial atenção, com prioridade absoluta, acaba alvo de sucessivas rejeições e perdas.

7 O DILEMA ENTRE ADOÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em face dos enormes percalços impostos à adoção, quem deseja ter filhos, em vez de se sujeitar a anos de espera, está fazendo uso das modernas técnicas de reprodução assistida. Esta acaba por ser a solução eleita por quem só deseja concretizar o sonho de ter uma família com filhos. Eles simplesmente os gestam, procedimento que, inclusive é gratuito. A fertilização pode ser feita pelo SUS e quem participa do processo, ou doando material genético, ou levando em seu ventre a gestação, não pode ser remunerado.

Tais procedimentos vêm sendo utilizados com enorme desenvoltura. Apesar de esta ser uma prática legítima, tem um efeito assustador, pois impede que as crianças abandonadas que se encontram encarceradas em abrigos tenham a chance de conseguir uma família.

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.⁴ Assim, em vez de se submeterem a frustradas tentativas de conseguirem adotar, os homossexuais estão fazendo uso de técnicas reprodutivas.

Inclusive, podem proceder ao registro do filho, diretamente junto ao cartório do registro civil.⁵

8 A FALÊNCIA DO SISTEMA

A prioridade absoluta do Estado deve ser com crianças e adolescentes. É o que determina a Constituição, ao assegurar-lhes um punhado de direitos. Entre eles, o direito à convivência familiar.

E maior é a responsabilidade estatal quando, afastados dos pais, encontram-se em situação de vulnerabilidade.

Para isso foram criados mecanismos de institucionalização, inserção na família extensa, destituição do poder familiar e a adoção.

⁴ Resolução n. 1.221/2015 do CFM.

⁵ Provimento n. 52/2016 do CNJ.

Só que estas providências costumam levar muito tempo, principalmente considerando que o tempo da criança é mais urgente.

De todo descabida a institucionalização de bebês, quando a mãe manifesta o desejo de entregá-lo à adoção. Ora, ela quer que o filho tenha um lar e não que seja institucionalizado ou entregue a algum membro de sua família. Se durante a gestação nenhum parente manifestou o desejo de ficar com a criança que iria nascer, inócuo deixá-la abrigada e buscar algum familiar que a queira.

Também é absurdo depositar uma criança à espera de que os pais adquiram condições de ficar com ela. Isso nada mais é do que tratá-la como um objeto, que se visita quando em vez.

No momento em que a criança é entregue ao Estado pelos pais, ou é deles retirada por evidências de maus-tratos ou abusos, deve imediatamente ser entregue à guarda provisória do pretendente à adoção, sem passar por um abrigo.

O processo de destituição do poder familiar deve ser cumulado com a ação de adoção, para que ocorra a transferência do poder familiar dos pais biológicos para os adotivos.

De outro lado, é indispensável possibilitar que os candidatos à adoção tenham acesso a todas as instituições em que há crianças abrigadas. É preciso haver empatia entre a criança e quem quer ser seus pais para que aconteça o milagre da identificação entre eles.

A espera é tão grande que as crianças crescem e quem quer adotá-las acaba perdendo a esperança de conseguir um filho.

O cadastramento dos candidatos à adoção demora, em média, mais de um ano e depois começa uma longa espera. Sequer eles têm acesso à informação do seu lugar na fila.

Claro que com o passar dos anos, até para tamponar a angústia da espera, buscam outros pontos de gratificação. Ou, o que está acontecendo de modo muito recorrente: utilizam as técnicas de reprodução assistida.

Assim, a cada nascimento que acontece, uma criança sobra em um abrigo.

Crianças só querem ter um lar, alguém para chamar de pai, de mãe. Não podem esperar pelo Estado que, 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.

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.

Estes são alguns dos pontos que evidenciam a falência do processo para que o Estado cumpra o seu dever maior.

9 ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA ADOÇÃO

Diante dessa realidade, claro que o IBDFAM não poderia ficar inerte. Abraçou mais este desafio ao assumir a responsabilidade de fazer algo em prol das crianças e adolescentes que permanecem encarceradas, durante anos, enquanto esperam, em vão, que alguém as queira.

Com este propósito, lançou o Projeto Crianças Invisíveis, com o intuito de convocar a sociedade a se mobilizar sobre este tema tão urgente: a demora injustificável na infrutífera busca de inserção na família extensa e o moroso procedimento de destituição do poder familiar até serem elas disponibilizadas à adoção.

Todas as tentativas de remendar o ECA foram todas infrutíferas. A adoção se espria em muitos capítulos, o que dificulta a construção de procedimentos ágeis para dar-lhe efetividade.

Daí a iniciativa do IBDFAM de criar uma comissão que, com todo o esmero, elaborou o Anteprojeto do Estatuto da Adoção⁶ que, sem se afastar dos princípios norteadores do ECA, agiliza os mecanismos para atender ao comando constitucional de assegurar, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar.

De há muito o vínculo paterno-filial não está mais atrelado à verdade biológica. Prestigia-se, prioritariamente, a socioafetividade, como elemento identificar das relações familiares. Esta realidade não pode ser olvidada na adoção, vínculo de filiação lastreada exclusivamente no afeto.

⁶ Texto disponível no site: <www.ibdfam.org.br>.

Para isso é indispensável a drástica redução de prazos dos procedimentos judiciais, bem como oportunizar aos candidatos à adoção acesso a quem só quer ter o direito a um lar. Não há outra forma de garantir a constituição de vínculos afetivos que permitem a construção da verdadeira parentalidade.

Alguns pontos mais relevantes merecem ser destacados.

O seu formato é de um microsistema, que corresponde à moderna forma de socorrer pessoas em situação de vulnerabilidade. Consagra princípios, estabelece regras de conteúdo material, bem como os procedimentos para a sua efetivação,

O Projeto impõe um novo olhar sobre a adoção, privilegiando o direito constitucional à convivência familiar de crianças e adolescentes, o que não corresponde à família natural ou extensa. Prevalece o urgente direito a um lar.

As instituições que acolhem crianças e adolescentes precisam manter as portas abertas, autorizando o acesso não só dos candidatos à adoção, mas a todos aqueles que se dispõem a fazer algum trabalho voluntário.

Aos grupos de apoio à adoção é assegurado livre acesso às instituições de acolhimento, bem como aos Cadastros da Adoção.

A suspensão ou a perda da autoridade parental não dispensa os genitores do pagamento de alimentos, enquanto não ocorrer a adoção.

Os irmãos pertencentes a um mesmo grupo familiar e que mantenham vínculos fraternos devem ser adotados preferencialmente pela mesma família. Havendo dificuldade de inserção de todos em um único núcleo familiar, a adoção poderá ser levada a efeito em famílias distintas, assumindo os adotantes o compromisso de manter os vínculos fraternais.

Ainda que os pretendentes à adoção estejam com a guarda provisória, ou já esteja em curso o processo de adoção, é indispensável que se submetam ao procedimento de habilitação.

Comprovada a estabilidade familiar, há a possibilidade de uma nova adoção sem a necessidade de novo processo de habilitação.

Os programas de apadrinhamento afetivo e famílias acolhedoras estão regrados com normas gerais, assegurada a preferência à adoção

quando comprovado o surgimento de vínculo socioafetivo. As especificidades da sua execução é delegada a normas em âmbito estadual, até porque já foram implantados por alguns tribunais.

No âmbito processual, foram criados procedimentos céleres para as ações de destituição do poder familiar e adoção, de modo a evitar que se perpetua a realidade vivenciada nos dias de hoje.

Os prazos são contínuos, sem a concessão de prazo em dobro para o Ministério Público e para a Defensoria Pública.

O Estado somente tem a responsabilidade de procurar a família biológica. A família extensa deve procurar a Justiça para manifestar o desejo de permanecer com a criança que se encontra institucionalizada. Verificada a possibilidade de reintegração à família natural ou extensa, a família receberá acompanhamento pelo prazo de 180 dias.

A entrega voluntária do filho à adoção perante a autoridade judicial, autoriza a extinção liminar da autoridade parental, e a imediata colocação sob a guarda provisória para fins de adoção de quem estiver habilitado a adotar aquele perfil.

Quando a mãe indicar o nome e endereço do genitor, será ele intimado para, em cinco dias, reconhecer a paternidade ou concordar com a entrega do filho à adoção. Manifestando o pai o desejo de ficar com o filho sob sua guarda, ou quando é indicada pelos pais a pessoa a quem desejam entregar o filho em adoção, equipe interdisciplinar fará relatório comprovando a presença ou não das condições necessárias à adoção.

Concedida a guarda, mediante termo de responsabilidade, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Desde que necessária, possível e razoável a oitiva de crianças, o depoimento será colhido pelo sistema do Depoimento Especial, devendo ser respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

Ocorrida a institucionalização da criança ou adolescente sem pais conhecidos, decorridos 15 dias, sem que alguém do núcleo familiar ou integrante da família extensa o procure, manifestando o desejo de ficar com ele, haverá a entrega à guarda provisória de quem está habilitado à adoção correspondente ao seu perfil.

O juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das partes, em caráter liminar ou incidental, pode decretar a suspensão da autoridade parental e conceder a guarda provisória a quem se encontre com a guarda de fato, ou esteja habilitado à adoção de criança com perfil equivalente.

Caso a autoridade parental dos pais tenha sido suspensa, a ação de adoção pode ser cumulada com a ação desconstitutiva da parentalidade.

Não se prolongará por mais de um ano o período de institucionalização. Comprovada a absoluta impossibilidade de reinserção familiar ou outro motivo justificado, o juiz nomeará um curador especial para velar pelos interesses de quem permanece em programa de acolhimento familiar ou institucional.

O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO - COMO DEVERIAM FIGURAR COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS?¹

Mário Luiz Delgado

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP.
Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor na Faculdade Autônoma de
Direito de São Paulo – FADISP. Presidente da Comissão de Assuntos
Legislativos do IBDFAM. Diretor de Assuntos Legislativos do Instituto
dos Advogados de São Paulo – IASP.

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre a sucessão legítima ou necessária. 2. Os fundamentos da legítima e o estado atual da arte. 3. A ampliação do rol de herdeiros necessários com o ingresso a designação legítima ao companheiro sobrevivente. 4.1. Ainda subsistem distinções entre casamento e união estável. 4.2. Os limites das decisões do STF no que tange à extensão de regras da sucessão do cônjuge à sucessão do companheiro. 4.3. O companheiro não é herdeiro necessário. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA OU NECESSÁRIA

Observa com muita propriedade Oliveira Ascensão que, não obstante a função do Direito das Sucessões seja a de servir à continuidade através das gerações, frequentemente a sucessão se traduz em ruptura, fazendo eclodir dramas familiares decorrentes de disputas patrimoniais.² Essa realidade de ruptura torna-se especialmente dramática quando as regras legais cogentes se encontram dissociadas dos

¹ Conferência proferida no “XI Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões – Famílias, Afetos e Democracia”, promovido pelo IBDFAM, em 26.10.2017.

² “À volta da herança suscitam-se dramas familiares; assiste-se à dissolução precoce da coesão da família de sangue; e criam-se bloqueios no próprio fluir das relações patrimoniais”. (ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto).

anseios sociais, afastando-se de uma expectativa geral que concilie a vontade presumida do autor da herança com os interesses e aspirações dos herdeiros.³

No Brasil, isso ocorre principalmente em relação à chamada sucessão necessária, adotando-se, aqui, a divisão tripartite dos títulos sucessórios, vale dizer, *sucessão legítima*, *sucessão testamentária* e *sucessão necessária*, *forçosa ou legitimária*.⁴

Não se confundem os títulos da sucessão. Na *testamentária*, o herdeiro (ou legatário) é chamado a suceder pela exclusiva vontade do autor da herança. Na *sucessão legítima*, o herdeiro é chamado a suceder segundo a ordem de vocação prevista na lei, recolhendo o que lhe couber, tomando por base o patrimônio que existir ao tempo do óbito. Na *sucessão legitimária*, o herdeiro necessário tem direito à “legítima” e esta é calculada, não apenas com base no valor dos bens existentes à data de abertura da sucessão, mas também sobre o dos bens doados e sujeitos à colação.⁵ Em outras palavras, o objeto da sucessão legitimária não coincide, necessariamente, com o objeto da sucessão legítima.⁶

³ Para Ascensão, “a lei não se mostra adequada para atalhar a este estado de coisas; talvez não esteja sequer interessada em fazê-lo. As soluções mais simples não são facilitadas. Tudo para gáudio da burocracia”. (ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João Antônio Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto).

⁴ A doutrina portuguesa costuma aludir a duas modalidades de sucessão (ou de vocação) subdivididas em quatro subtipos. A sucessão legal, subdividida em sucessão legítima e sucessão legitimária, e a sucessão voluntária, subdividida em sucessão testamentária e sucessão contratual, esta última prevista no art. 2.028 do Código Civil português, quando alguém, por contrato, renuncia a herança de pessoa viva. Essa divisão é questionada por Oliveira Ascensão: “A sucessão legitimária será verdadeiramente uma figura autônoma? Não será uma mera exceção à sucessão testamentária? Ou quicá um aspecto da sucessão legítima?” (ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João Antônio Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto). Paulo Luiz Netto Lôbo também considera a sucessão necessária abrangida pela sucessão legítima: “Entre os herdeiros legítimos há os que o direito tutela de modo especial, garantindo-lhes uma parte intangível da herança, denominada legítima. São os herdeiros necessários. A sucessão legítima necessária, também denominada sucessão legitimária, provém da concepção primitiva e antiga, de ter o patrimônio de ficar, principalmente, no círculo estreito da comunidade doméstica. [...] A finalidade da qualificação legal dos herdeiros necessários, entre os herdeiros legítimos, diz respeito à proteção da parte da herança que não pode ser destinada a outros parentes ou estranhos, mediante atos de liberalidade (doação, testamento, partilha em vida), denominada legítima ou parte disponível”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74).

⁵ CCB/2002: Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

⁶ A distinção entre *herdeiro necessário* e *herdeiro legítimo* é muito bem descrita por Oliveira Ascensão: “Não só o estatuto legal que lhe corresponde é distinto, como há uma diferença fundamental: o objeto da sucessão que lhe cabe é diverso do da sucessão legítima. O herdeiro legítimo é chamado à herança. Portanto, ao patrimônio deixado pelo falecido. O herdeiro legitimário tem direito à legítima. Esta, nos termos do art. 2.162 (do Código português), é calculada, não só sobre o valor do *relictum*, como sobre o dos bens doados e o das despesas sujeitas à colação”. (ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João Antônio Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto).

O herdeiro necessário é um privilegiadíssimo personagem do Direito das Sucessões.⁷ O seu título lhe confere poder semelhante ao de um credor da herança, relativamente ao valor da sua quota legítima, a configurar verdadeira dívida do espólio. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, aludindo aos herdeiros testamentários, colocam que

[...] *el heredero es el deudor de la legitima. La deuda de legitima es obligación del caudal relicto. Si existen vários herederos, el gravamen de la legitima es obligación común del caudal relicto; los herederos responden, pues, como deudores solidários.*⁸

A designação de herdeiro necessário também lhe atribui o direito potestativo (e a consequente legitimidade) para impugnar as liberalidades inoficiosas.⁹ As doações inoficiosas, destaca Ascensão,

[...] só são atingidas se o legitimário quiser: tem o direito potestativo de as impugnar. Se o fizer, a ação tem caráter constitutivo, pois só com ela os bens podem ser reclamados para satisfazer a legítima. Se o não fizer, a situação persiste sem defeito. Diremos assim que a redução das doações se processa em benefício exclusivo do herdeiro. Os bens não reverterem para a herança; reverterem para o herdeiro ou herdeiros que requereram a redução.¹⁰

Portanto, ainda que não exista mais herança, ele tem direito à legítima, que pode ser recomposta por meio da redução de liberalidades feitas em vida pelo *de cuius*. E mesmo que não houvesse como satisfazer a legítima com as reduções, ele guardaria o direito a ser herdeiro necessário, pois a sua qualidade não pode ser posta em causa. Como ensina Ascensão, “a lei admite cedências na composição da legítima, mas não as admite na qualidade de herdeiro. Esta não é

⁷ Ensina Capelo de Souza que a situação jurídica dos sucessíveis legitimários encontra-se dotada de uma significativa consistência, quer pela limitação dos poderes jurídicos do autor da sucessão, quer por dispositivos legais facultados aos sucessíveis para defesa das suas legítimas. (Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 1, p. 224).

⁸ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1933, v. II, t. V, p. 331.

⁹ Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp Y Martín Wolff aludem ao “*un derecho a destruir, mediante declaración de voluntad unilateral, el importe de la pretensión en la parte correspondiente, con respecto a los legados y modos*”. (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1933, v. II, t. V, p. 332).

¹⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto.

negociável. O legitimário prioritário só a perde se repudia, ou se for deserdado ou excluído por indignidade”.¹¹ Fora disso, é sempre um herdeiro obrigatório.

Como qualidade conferida por lei, ela não pode ser afastada pela simples vontade do autor da herança. Por isso, quem tem herdeiros necessários só pode dispor, quer por ato *inter vivos* ou testamento, de uma parte restrita de seu patrimônio, consoante dicção codificada expressa.¹²

O autor da herança pode dispor do patrimônio, mas não pode qualificar ou desqualificar o herdeiro, reduzindo-lhe ou retirando-lhe a quota a que faz jus.¹³ A “designação legitimária”, ou seja, a enumeração daqueles que ostentam essa qualidade, integra o caráter imperativo da sucessão necessária, como ensina Capelo de Souza, daí que “o autor da sucessão não possa alterar o elenco dos herdeiros legitimários, também chamados forçosos, não possa mudar a ordem e os termos em que estes são chamados à sucessão e igualmente não possa modificar a porção de legítima fixada pela lei para os seus herdeiros legitimários”.¹⁴

Pode-se, assim, afirmar, quanto à natureza jurídica da sucessão legitimária, tratar-se muito mais de um dever do autor da sucessão, de resguardar parte da herança àqueles a quem a lei privilegiou, do que um direito destes ao crédito legitimário. Assinala Itabaiana de Oliveira que

[...] com a constituição desta categoria de sucessíveis privilegiados, atendendo-se ao vínculo que os liga ao *de cuius*, resulta, como consequência lógica e natural, a separação de uma porção do patrimônio do testador destinada, exclusivamente, a esses mesmos herdeiros necessários.¹⁵

¹¹ ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto.

¹² Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

¹³ Nessa senda, sempre precisa a lição de Oliveira Ascensão: “Não vemos, porém, que a mera qualificação como herdeiro esteja na disponibilidade do autor de sucessão. Ele dispõe. A lei qualifica. E da lei resulta que a qualidade de herdeiro só pode ser retirada ao legitimário em dois casos: – se repudiar; – se for afastado da sucessão. E só pode ser afastado da sucessão em dois casos: – por deserdação; – por indignidade. São os únicos. Fora disto, não pode ser atingido o direito a ser herdeiro do legitimário”. (ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto).

¹⁴ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 1, p. 223.

¹⁵ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. Da sucessão testamentária. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II, p. 626.

Segundo Orozimbo Nonato, funda-se a legítima

[...] *mais nos deveres dos pais que nos direitos dos filhos. Aquelas obrigações cessam, em casos expressos, mencionados restritivamente em lei, quando os filhos, por malfetorias ou conspícua ingratidão, descumprem deveres sagrados. Daí, vigorarem os institutos da indignidade e da deserdação, sem quebra do princípio da legítima.*¹⁶

A opinião é partilhada por Joaquim Augusto Ferreira Alves, para quem

[...] *as pessoas que descendem umas das outras são ligadas entre si por um dever natural, de um lado – piedade filial, e, de outro – afeição paterna ou maternal. Esse laço de sangue produz diversas obrigações que a lei sanciona: a obrigação alimentar, a legítima hereditária. Em virtude da primeira, os parentes em linha reta devem, durante sua existência, socorrer uns aos outros; em virtude da segunda devem, ao morrer, deixar uma parte de seus bens aos sobreviventes.*¹⁷

Tratando-se, ao mesmo tempo, de um dever jurídico do autor da herança e de um direito ou qualidade atribuída ao herdeiro por norma de ordem pública, restritiva da autonomia privada e da liberdade testamentária, apenas a lei pode retirar, restringir ou ampliar o título legitimário.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a qualidade de herdeiro necessário encontra-se expressamente atribuída a determinadas pessoas pelo art. 1.845 do Código Civil de 2002:¹⁸ “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Existem, assim, três classes de herdeiros necessários, conforme a ordem da sucessão legítima: a primeira classe constituída pelos

¹⁶ NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, p. 363.

¹⁷ ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil Brasileiro – Da sucessão testamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928, v. XIX, p. 304.

¹⁸ No Código anterior (CC/1916), o título legitimário, posto como restrição à liberdade de testar, estava previsto no art. 1.721, com a seguinte redação: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723)”.

descendentes, a segunda classe formada pelos ascendentes e a terceira integrada pelo cônjuge sobrevivente.¹⁹ A sucessão legitimária, ensina Eduardo dos Santos, também respeita os princípios da preferência de classes e da preferência de graus de parentesco.²⁰

Somente a lei pode retirar esse título privilegiado dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, ainda que proprietário em vida de todo o patrimônio, excluir nenhum desses herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses que autorizam a deserdação. Por idêntica razão, só a lei pode alargar esse rol, estendendo o privilégio legitimário a outros herdeiros não contemplados taxativamente pelo legislador. Nem o intérprete, por mais autorizado que o seja, nem o autor da herança, podem fazê-lo.

2 OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA E O ESTADO ATUAL DA ARTE

Diz a doutrina que o fundamento da legítima está no vínculo familiar e que o princípio da intangibilidade da quota legitimária efetiva a especial proteção que o Estado dispensa à família, além de concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, na medida em que, segundo Ana Luiza Maia Nevares, “preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar, em virtude da morte de um deles”.²¹

Herdeiros necessários, reservatários, forçados ou legitimários, ensina Luiz Paulo Viera de Carvalho, são aqueles que se apresentam “como um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares

¹⁹ Já escrevi que o cônjuge é herdeiro da terceira classe. Apesar de concorrer, nas hipóteses em que a lei estabelece (art. 1.829, incisos I e II), com descendentes (herdeiros da 1.ª classe) ou com ascendentes (sucessores de 2.ª classe), o cônjuge permanece na 3.ª classe. Concorre excepcionalmente com herdeiros de 1.ª e 2.ª classes, mas é sucessor da 3.ª classe. Quando o Código fala que o cônjuge concorre com descendentes ou com ascendentes é exatamente porque não o considera integrante daquelas classes. “Concurso”, no caso, significa o chamamento de pessoas com qualificações jurídicas diversas. (Cf. DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 417-446).

²⁰ SANTOS, Eduardo dos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 414.

²¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538. Segundo a autora, “não se pode conceber a solidariedade constitucional em seu caráter essencialmente beneficente, não se podendo exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, mas que se comporte como se o sentisse”.

mais próximos, aqueles a quem a lei garante uma quota mínima da herança (Princípio da Reserva)”.²²

A legítima dos descendentes derivaria da obrigação natural dos pais de não deixar abandonados e desarmados no meio da sociedade aqueles a quem deram o sangue e a vida, enquanto a legítima dos ascendentes se assenta na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes.²³ Itabaiana de Oliveira se refere aos vínculos “que fazem presumir qual seria a vontade do *de cuius* se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”.²⁴

Será que essa é uma realidade atual?²⁵

Em tempos de afetos líquidos, de vínculos fluidos e de instituições familiares rarefeitas pela informalidade e pelo descompromisso,²⁶ ampliar a liberdade testamentária não incentivaria mais uma solidariedade familiar autêntica, fundada no afeto em direção a uma herança conquistada em substituição a uma transmissão hereditária forçada?

Não é de hoje que esse argumento é invocado pela doutrina. Carlos Maximiliano já mencionava que, com o progresso cada vez mais amplamente avassalador do individualismo, a expansão da faculdade de dispor do patrimônio próprio, *causa mortis*, fortificaria nos progenitores a consciência da responsabilidade pelo futuro dos filhos e que a “limitação demasiada de tal franquia fomenta o egoísmo; tolhida em seus anseios de satisfazer as próprias inclinações e vaidades, a maioria se apressa a despender, indiferente, descuidosa, em vida o produto do próprio labor, e este se torna menos persistente”.²⁷ Conclui, citando Le Play, que da supressão da faculdade de testar resulta o enfraquecimento dos laços de família e da iniciativa individual.

²² VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 464.

²³ Cf. SANTOS, Eduardo dos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 397.

²⁴ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. Da sucessão testamentária. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II, p. 625.

²⁵ No início do século passado, Lacerda de Almeida já contestava a presunção de afeição como fundamento da legítima, ao afirmar que ela “pode ser desmentida pela realidade, nem está nas mãos do legislador suprir de modo completo as intenções do defunto”. (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915, p. 194).

²⁶ Cf. BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade das relações humanas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. I, p. 361.

No Projeto de Código Civil, de Coelho Rodrigues, chegou a ser proposta a supressão por completo da quota legitimária, afirmando-se, entre outros argumentos, ser imoral fazer do filho um credor dos seus pais, pois “tal sistema desmoraliza a autoridade paterna e corrompe a mocidade com o luxo, a inação, o vício” e que ao “limitar a faculdade de dispor do patrimônio, a lei diminui o estímulo para o trabalho, o aperfeiçoamento da produção, a economia”.²⁸

É verdade que a grande maioria dos povos ligados ao Direito romano-germânico mantém uma quota hereditária destinada à transmissão obrigatória a determinados herdeiros.²⁹ Contudo, será que essa realidade não se desgastou em razão da evolução da sociedade e do próprio pensamento jurídico que normalmente lhe vem a reboque?

A discussão torna-se cada dia mais atual, mostrando-se premente uma reavaliação do instituto, tanto no que se refere a quais membros da família se quer proteger como aos próprios limites da proteção.

Os pretextos antilegitimistas (desfavoráveis à reserva hereditária) tradicionais, outrora baseados na autonomia da vontade e na concepção individualista do direito de propriedade, transformaram-se. De fato, não cabe mais se falar em fortalecimento da autoridade paterna ou em prevalência ilimitada da liberdade de testar, fonte de injustiças e que “pode servir de instrumento de instituições aristocráticas e obsoletas”, como pontua Orosimbo Nonato: “Falso, é, pois, o colorido democrático que se pretende emprestar a um instituto transformável em meio para restauração da grandeza e poderio das classes”.³⁰

Os argumentos antilegitimistas hoje são outros. Fala-se em ineficácia, inutilidade e inconveniência da legítima, em razão da transformação sociológica e jurídica da família, da existência de outros mecanismos protetórios da família fora do direito sucessório, a exemplo do direito securitário, da longevidade crescente da população, aliada à queda de natalidade, afastando, progressivamente,

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. I, p. 366.

²⁹ Fonte: Eureséau – an international network of law firms with lawyers in 26 countries around the world. Disponível em: <<http://www.eureseau.com/home/>>

³⁰ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, p. 367. O autor afirma que esses argumentos servem de motivos a surtos e raptos oratórios, citando a seguinte passagem de Joaquim Costa: “Ao cabo de tantos anos de indecisão e de porfia o fiel da balança pende para a liberdade... Morreu o despotismo e não ressurgirá ao terceiro dia, nem ao terceiro ano, nem ao terceiro século: está chegando ao seu término a generosa cruzada que vai resgatar o sepulcro onde, há tantos anos, jaz oprimia a liberdade”.

a utilidade e a eficácia da legítima em face dos descendentes, que se tornarão herdeiros efetivos normalmente quando já financeiramente independentes e, finalmente, descabendo invocar o princípio de solidariedade familiar em desfavor do autor da sucessão quando os herdeiros legitimários não necessitam daqueles bens para seu sustento.³¹

Refletindo à luz desse novo contexto, poderíamos indagar se a limitação da liberdade de testar, forçada pela intangibilidade da legítima, mantém a sua adesão social? Ou, ainda que a mantenha, se guardaria o mesmo vigor de outrora?

Repita-se que o momento atual é de revisitação da legítima. E não apenas a legítima do cônjuge (e eventualmente) do companheiro, mas também a legítima dos descendentes e ascendentes.

E se a própria qualificação dos descendentes e ascendentes como herdeiros necessários encontra-se “em cheque”, que se dirá do privilégio atribuído ao cônjuge sobrevivente, cujos vínculos afetivos são supostamente menos fortes ou, ao menos, menos longevos que aqueles decorrentes do parentesco na linha reta?³²

Qual o fundamento jurídico e sociológico da designação legítima do cônjuge sobrevivente? Estender a comunhão de vidas que se instaurou com o casamento para além da finitude do próprio vínculo conjugal? Amparar aquela pessoa a quem o autor da herança escolheu em vida como sua parceira, ainda que inexistam mais qualquer vínculo afetivo quando da abertura da sucessão?

Ana Luiza Maia Nevares justifica a inclusão argumentando que na “família nuclear, o cônjuge é o único componente estável e essencial, uma vez que os filhos, em um determinado momento, irão se desprender daquela unidade, formando a sua própria comunidade familiar”.³³

³¹ Ver, por todos, Ioanna Kondyli, citada por Ana Luiza Maia Nevares (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 540).

³² A ordem da sucessão legítima e da sucessão legítima baseia-se no afeto dos laços familiares, graduando-se a sucessão pela intensidade desses laços sentimentais, razão pela qual os descendentes precedem aos ascendentes e o cônjuge só aparece na terceira posição. Ressalta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em obra de referência, “a preocupação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 359)

³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 504-505.

O argumento, no entanto, desconsidera a fluidez, a fácil dissolubilidade e a rápida recomposição dos vínculos conjugais atuais, tema que aprofundarei no tópico seguinte.

3 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS COM O INGRESSO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

O esgarçamento do vínculo de aderência social da norma restritiva da liberdade testamentária se tornou mais evidente no Brasil a partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil atual e a ampliação do rol de herdeiros necessários, a incluir o cônjuge sobrevivente, ao lado de ascendentes e descendentes, no rol taxativo do art. 1.845.

Muitas foram as críticas a essa mudança, à semelhança do que ocorrera em outros países onde foi implementada, a exemplo de Portugal, com a Reforma de 1977, o que torna mais que atual a crítica então lançada por Oliveira Ascensão, no sentido de que o casamento transformara-se em um instituto *mortis causa*, que só vai produzir efeitos vinculantes após a morte. Para o mestre lusitano,

[...] esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém, que teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada proteção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*.³⁴

Inocêncio Galvão Telles também critica a ereção do cônjuge a herdeiro legitimário em propriedade plena, defendendo que a legítima do cônjuge deveria ter sido assegurada em usufruto e não em propriedade. Para Galvão Telles,

³⁴ ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil – Sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 343-344. Ainda do mestre Ascensão, a conclusão lapidar: “Só o divórcio parece preocupar o Direito de Família, que cada vez mais corresponde à definição cínica: ‘É o ramo do Direito que estuda os pressupostos necessários para obter um divórcio’”.

[...] constitui grande e pernicioso absurdo atribuir ao cônjuge (seja homem ou mulher) a legítima em propriedade. Se o cônjuge se torna proprietário dos bens integrantes do seu quinhão legítimo, pode livremente dispor deles, ainda em vida, a favor de quem quiser. E, por sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras da sucessão legal ou testamentária, curso que eventualmente os afastará do círculo da família do cônjuge a que primeiro pertenciam. Diversamente se passariam as coisas se ao cônjuge sobrevivente coubesse apenas o usufruto vitalício... O cônjuge teria até à morte o pleno gozo dos bens, usando as coisas e auferindo os rendimentos. Quando falecesse, o usufruto extinguir-se-ia e a sua propriedade seguiria o seu curso normal, não entregue à sorte nem comandada pela vontade do cônjuge beneficiário da legítima, que a recebeu para seu benefício pessoal e não para lhe dar, injustificadamente, o destino que muito bem lhe aprouver.³⁵

O inconformismo social com a transformação do cônjuge em herdeiro necessário pode ser comprovado pela importante tentativa empreendida pelo Judiciário brasileiro de excluir da concorrência sucessória, e também do rol de herdeiros necessários, os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens.³⁶

O STJ, em elogiável contorcimento hermenêutico, chegou a afirmar que “se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado”.

Portanto, segundo o STJ, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre o cônjuge sobrevivente e o falecido *retira do*

³⁵ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Sucessão legítima e sucessão legítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 47-48. Para Oliveira Ascensão, a Reforma de 1977 preocupou-se em assegurar uma igualdade do cônjuge com os filhos, com muita tacañez: “Para além da complexidade do esquema, que representa o paraíso dos advogados, tem a consequência de provocar uma verdadeira sucessão para o cônjuge e, na normalidade dos casos, uma nova transmissão, pouco depois, do cônjuge supérstite para os filhos do casal, com todos os encargos inerentes. Isto porque na família portuguesa comum – que deveria ser paradigmática para a lei – os filhos de um cônjuge são também filhos do outro cônjuge. O esquema do usufruto legítimo era muito mais simples e correspondia melhor os interesses práticos”. (ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil – Sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 343).

³⁶ Vide TJSP – AI n. 2053432-46.2013.8.26.0000, julgado em 05.08.2014, AI n. 2056783-27.2013.8.26.0000, julgado em 02.04.2014 e AI n. 0224175-94.2011.8.26.0000, julgado em 20.10.2011.

*supérstite a condição de herdeiro necessário do autor da herança, em concorrência com os descendentes daquele.*³⁷

Esse entendimento encontra-se, hoje, superado pelo reconhecimento pretoriano de que aquela fora a escolha do legislador (a de privilegiar o cônjuge casado em regime de separação convencional de bens) e que deveria ser respeitada. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, representativo da jurisprudência hoje consolidada no STJ:

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.³⁸ (Grifo nosso).

Essa superação, antes de representar o resgate social da norma inculpada no art. 1.845, pelo contrário, exterioriza apenas o convencimento conformado de que a jurisprudência não pode se opor a uma opção clara do legislador, não havendo como se albergar interpretação que fuja da literalidade do texto normativo. A literalidade, tanto do art. 1.829, I, como do art. 1.845, é tão manifesta que faz cessar a interpretação, segundo velho e sábio brocardo latino, de modo que qualquer outra leitura só seria possível quando totalmente à margem do texto legal.

Talvez por isso mesmo, volta-se, agora, a sociedade para a reforma da lei. Existem diversos projetos em tramitação na Câmara e no Senado. E nós, do IBDFAM, acabamos de concluir a elaboração de um anteprojeto. Grande parte das propostas legislativas tem como

³⁷ Vide, por todos, REsp n. 992.749, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 01.12.2009, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

³⁸ REsp 1430763/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19.08.2014, DJe 02.12.2014.

foco a sucessão do cônjuge.³⁹ No anteprojeto do IBDFAM, sem dúvida a proposta mais completa sugere a exclusão do cônjuge sobrevivente do elenco do art. 1.845,⁴⁰ além de se atribuir nova redação ao art. 1.850, para assegurar alguma proteção, no âmbito do direito sucessório, ao cônjuge ou companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. A redação projetada é a seguinte:

Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

Parágrafo único. O cônjuge ou o companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência poderá reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberia na sucessão legítima, conforme as seguintes condições:

I. A quota hereditária do cônjuge e do companheiro prevista no caput será imputada na reserva hereditária, sendo mantida em sua integralidade a quota disponível do autor da herança, e será paga em dinheiro ou em bens do acervo hereditário, cabendo a escolha aos herdeiros.

II. Na hipótese de pagamento da quota hereditária do cônjuge ou do companheiro em bens da herança, aplicar-se-ão os princípios e as regras da partilha.

III. O juiz, de forma fundamentada, quantificará a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes. (NR)

Na exposição de motivos do anteprojeto, destaca-se que, “diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, é preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão hereditária, tendo restado claro desde a entrada em vigor do Código Civil um clamor por uma maior liberdade testamentária em relação ao consorte sobrevivente”.

³⁹ Nesse sentido, vide: PL-508/2007, PL-3075/2008, PLS 220/2005, entre outros.

⁴⁰ Redação proposta: Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes. (NR)

Concluo essa parte da exposição afirmando que o cônjuge sobrevivente não deveria figurar como herdeiro necessário. A rápida mutabilidade dos estados civis, o elevado número de divórcios⁴¹ e o crescimento das famílias recompostas, já que as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente,⁴² transformou o estado civil de casado, e a posição do cônjuge, em verdadeiro “cargo interino”, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legitimária. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro.

4 A PRETENSÃO DE SE ESTENDER A DESIGNAÇÃO LEGITIMÁRIA AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Diante de um cenário de contestação ao *status* sucessório do cônjuge, discute-se a extensão desse título privilegiado ao companheiro sobrevivente.

Como se não bastassem todas as discussões que emergiram com a elevação do cônjuge ao patamar de partícipe privilegiado da sucessão, busca-se, agora, fazê-lo dividir essa ribalta com o companheiro, e isso com base em um “isonomismo” jamais imaginado pelo constituinte de 1988, mas que ganhou exponencial repercussão após o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 878.694 e 646.721 pelo STF, a ponto de respeitáveis autores passarem a sustentar que teriam sido suprimidas as distinções, no plano dos fatos e no plano normativo, entre União Estável e Casamento.

Afirma-se, nas academias e nos tribunais, que a Suprema Corte equiparou a união estável e o casamento, senão em todos os seus efeitos jurídicos, mas certamente na plenitude dos direitos sucessórios.

⁴¹ Segundo dados do IBGE, de 2015, o número de divórcios ao ano no Brasil cresceu 160% em 10 anos, de 130,5 mil, em 2004, para 341,1 mil em 2014.

⁴² “Se os brasileiros estão se casando mais, eles também estão se divorciando com mais facilidade. Em 2014, o número de separações aumentou 5% em relação a 2013. O IBGE começou a coletar informações sobre divórcios em 1984. Nesses 30 anos, o número cresceu mais de dez vezes: passou de 30,8 mil para 341,1 mil. O divórcio ganha força desde 2010, com o fim da necessidade de separação prévia do casal (ou seja, quem quer desfazer o casamento passou a poder se divorciar a qualquer momento, extinguindo-se os prazos que eram obrigatórios para dar entrada no pedido). A facilitação do divórcio também elevou a estatística de novos casamentos, pois as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente”. (REVISTA VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/ibge-brasileiro-esta-se-casando-mais-mas-uniao-dura-menos/>>. Acesso em: 20 out. 2017).

Em outras palavras, todas as regras legais atinentes à sucessão do cônjuge aplicar-se-iam à sucessão do companheiro, inclusive a designação legitimária do art. 1.845.

Pretendo, agora, nos subtópicos que se sequenciam, e com o máximo respeito, me contrapor a essa interpretação que, além de açodada, entra em conflito com a natureza jurídica das duas entidades familiares.

4.1 Ainda subsistem as distinções entre casamento e união estável

Pouco importa o que digam os tribunais ou a nossa mais ilustrada doutrina: textos doutrinários e decisões judiciais não mudam a natureza jurídica das coisas. Por isso, casamento e união estável jamais serão a mesma coisa.

Já escrevi sobre a superação da concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, a partir do momento em que se conseguiu distinguir o direito de constituir família e o direito de contrair casamento. O elenco das entidades familiares posto no art. 226 do pergaminho constitucional é meramente exemplificativo. Rol aberto a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado, sem qualquer hierarquia.

O ponto em comum a todas, a justificar o reconhecimento e o incentivo estatal é a afetividade, pois se muitas são as famílias em seus diversos arranjos familiares próprios, inegável que todas elas terão a sua formação pressuposta pelo afeto, como elo que as une e reúne.

A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização. Não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, famílias de primeira ou de segunda classe, mas, simplesmente, famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas.

Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa. O ponto distintivo fundamental reside no seu modo de constituição e desconstituição.

O casamento pressupõe um ato formal e solene, precedido de um processo destinado a apurar a capacidade matrimonial dos nubentes. A prova de sua existência é exclusivamente documental, por meio de certidão extraída do assento público competente. A dissolução também exige um procedimento próprio e deliberação estatal. A prova de que o matrimônio se dissolveu também se faz por certidão, pouco importando a realidade dos fatos. Se os ex-cônjuges, depois de divorciados, retomam a convivência como se ainda casados fossem, tal fato jamais terá o condão de restaurar o casamento.

A união estável, por sua vez, não exige formalidade, nem solenidade, mas pressupõe o fato da convivência pública, contínua e duradoura. A prova de sua existência é preponderantemente testemunhal, não obstante seja comumente corroborada por documentos, entre os quais, e certamente o mais relevante, o contrato de convivência. Contudo, jamais o instrumento contratual poderá constituir a união estável, especialmente quando celebrado no início da convivência. O contrato prévio de união estável não tem eficácia enquanto as partes contratantes não concretizarem o efetivo convívio, de forma pública, contínua e duradoura e, ainda, com objetivo de constituição de família. No máximo exterioriza tratativas preliminares de um convívio futuro, que poderá se materializar ou não, assemelhando-se, nesse ponto, ao pacto antenupcial, que somente adquire eficácia após o casamento. Sua eficácia é condicionada, dependendo do implemento ulterior dos seus elementos caracterizadores.

Uma união de fato, iniciada com ou sem contrato, tem o seu potencial de transformar-se ou não em uma união estável, a depender da presença dos demais elementos característicos. Essa aferição se fará sempre *a posteriori*, ao contrário do casamento, sempre *a priori*.

A dissolução da união estável, tanto quanto a sua constituição, também decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade. A separação de fato com *animus* de definitividade é quanto basta para dissolver a união, sem necessidade de interveniência do Estado. A prova da dissolução é também predominantemente testemunhal, podendo ser corroborada por outros elementos, como comprovante de residência em localidade diversa ou mesmo uma simples declaração de um dos conviventes de que cessou a convivência *more uxorio*. Todavia, nem mesmo o distrato formalizado de um contrato de união estável produzirá qualquer efeito desconstituidor se os distratantes continuarem a conviver de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Assim, nos elementos gênese, êxodo e prova reside a grande distinção, a justificar, também por isso, a desigualdade de regramentos legais.

Exatamente por isso é que se equivocou quem defende que as decisões do STF equipararam a união estável e o casamento em todos os seus efeitos jurídicos. Não o fizeram, nem poderiam tê-lo feito. As decisões estão restritas à seara do Direito das Sucessões. E ainda assim algumas ressalvas devem ser feitas, como demonstrarei em tópico posterior deste trabalho.

Contudo, o que é de se destacar no momento é que mesmo a doutrina que chamo de “igualitarista” ou “isonomista” admite a subsistência de algumas diferenças normativas entre as duas entidades familiares. Mesmo essa corrente não abraça a tese de uma equiparação total, absoluta e irrestrita entre cônjuge e companheiro, mas uma equiparação seletiva, somente no tocante às chamadas “normas de solidariedade”, a exemplo do direito a alimentos, do direito de comunhão de aquestos, de acordo com o regime de bens, e do direito à concorrência sucessória em igualdade de condições com o cônjuge. Por outro lado, nega-se a equiparação no que pertence às ditas “normas de formalidade”, tais como as formas de constituição e dissolução da união estável e do casamento, o procedimento para a alteração do regime de bens, necessariamente judicial no casamento (art. 1.639, § 2º, do CC e art. 734 do CPC/2015) e a obrigatoriedade de outorga conjugal para a prática de determinados atos, exclusiva para o casamento e dispensada na EU.⁴³

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, *de per se*, não promoveu uma total equiparação entre casamento e união estável, subsistindo o tratamento diferenciado em diversos aspectos.

No julgamento no AI no REsp 1.135.354/PB, conduzido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o STJ reconheceu a presença desses traços distintivos. Esse entendimento foi recentemente reproduzido pelo STJ no julgamento do REsp 1337420/RS.⁴⁴

Não se nega, portanto, que, mesmo no plano dos efeitos jurídicos, sobrevivem algumas diferenças entre união estável e casamento, especialmente aquelas que têm origem ou se apoiam no título fundador e nas formalidades do casamento –, que são inexistentes na união

⁴³ Cf. TARTUCE, Flávio. *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,M1259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 22 out. 2017

⁴⁴ REsp 1337420/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.08.2017, DJe 21.09.2017.

estável. Resta saber se esse *discrímen* também justifica o estabelecimento de algum tipo de distinção quanto aos regimes sucessórios e, especialmente, se justifica a interpretação construtiva do art. 1.845, a ponto de nele se fazer inserir a figura do companheiro sobrevivente.

Quanto ao art. 1.845, já antecipo que não.

O conceito plural de entidade familiar assegurado na Carta da República demanda molduras normativas diferenciadas, que contemplem as peculiaridades das diversas conjugalidades. Aliás, se a isonomia e a não hierarquização das entidades familiares implicasse a equiparação de todos os efeitos jurídicos, seríamos forçados a estender os efeitos jurídicos do casamento, sem distinção, a todas as demais entidades (e não apenas à união estável) e aceitar, por exemplo, que nas famílias anaparentais, os colaterais também teriam sido alçados ao *status* de “herdeiros necessários”, como bem coloca Venceslau Tavares Costa Filho:

Ora, ao lado da união estável e do casamento civil, é de se reconhecer também como entidades familiares constitucionalmente tuteladas: a família monoparental (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), a família anaparental (comunidades formadas por parentes colaterais tais como irmãos, tios e sobrinhos, primos, etc). Os colaterais passarão a ser herdeiros necessários em razão desta suposta igualdade? Um sobrinho que resida no imóvel junto com um tio que vem a falecer pouco depois poderá alegar ser titular de direito real de habitação? Parece-nos que não. Adotar interpretação neste sentido seria ignorar as especificidades de cada uma destas entidades familiares, violando o chamado direito a diferença ou pluralismo das entidades familiares.⁴⁵

O mesmo se diga em relação às famílias poliafetivas e às famílias paralelas ou simultâneas, caso alcancem o reconhecimento estatal, o que nos conduziria a um cenário de absurda inflação do elenco de designados legitimários.

Retornarei ao tema, mas antes é preciso empreender uma análise percuciente, e mais atenta, das decisões proferidas pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários de n. 878.694 e 646.721.

⁴⁵ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Equiparação de efeitos de união estável a casamento está em debate no STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-03/direito-civil-atual-equiparacao-efeitos-uniao-estavel-casamento-debate>>. Acesso em: 20 out. 2017.

4.2 Os limites das decisões do STF no que tange à extensão de regras da sucessão do cônjuge à sucessão do companheiro

Parto da premissa de que o STF já fixou o entendimento de que a diferenciação quanto às regras de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro (art. 1.790) é inconstitucional, devendo-se aplicar à união estável o art. 1.829 do CC/2002. Sobre esse ponto não cabe mais qualquer discussão.

A questão que remanesce controvertida reside em saber se outros dispositivos do regime sucessório do casamento, além do art. 1.829, incidirão nas sucessões abertas entre conviventes.

Em uma primeira análise, interpretando as decisões pelo dispositivo, e não pelos seus fundamentos, seremos levados a concluir, sem a menor dúvida, que a equiparação se restringiu às regras da concorrência sucessória previstas no art. 1.829, pois essa foi, expressamente, a tese fixada em repercussão geral:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil.

E em várias passagens dos votos do Ministro Luis Roberto Barroso, que foi relator do Recurso Extraordinário n. 878.694 e relator para acórdão do Recurso Extraordinário n. 646.721, colhe-se a ideia de restrição ao art. 1.829:

Embora seu julgamento ainda não tenha sido concluído, já há manifestações da maioria dos Ministros desta Corte no sentido da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros estabelecida pelo art. 1.790, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o *regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*. (RE 646.721, p. 26)

Se o legislador civil entendeu que o *regime previsto no art. 1.829 do CC/2002* é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer,

como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro. (RE 646.721, p. 40)

Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos *daqueles conferidos ao cônjuge pelo art. 1.829*, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. (RE 646.721, p. 42)

Como resultado, declaro o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o *regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002*, que deve ser aplicado nos casos de uniões hetero e homoafetivas. (RE 646.721, p. 44). (Grifos nossos).

Por outro lado, outras passagens do acórdão levam ao entendimento de que a equiparação não se restringiria ao art. 1.829. Confira-se o seguinte excerto:

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de todos os modelos de conjugalidade, inclusive as uniões estáveis homoafetivas, as mesmas regras, *quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002*. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin, p. 61). (Grifos nossos)

Não se trata, como poderia parecer, de contradição emergente dos votos, pois o art. 1.829 encontra-se conectado com diversos outros dispositivos que também versam sobre a concorrência sucessória. Entretanto, não se pode negar que a falta de menção expressa a esses outros dispositivos fez nascer justificada dúvida sobre quais regras do regime sucessório do Casamento aplicar-se-iam à união estável.

O que se quer dizer, por exemplo, com artigos “1.829 e seguintes”? Seguintes até que dispositivo? A lógica e o bom senso poderiam nos levar a concluir que “seguintes” seriam todos os que integram o Capítulo I (Da Ordem da Vocação Hereditária) do Título II (Da Sucessão Legítima), ou seja, os arts. 1.829 a 1.844.

Sob esse ponto de vista, de logo haveríamos de excluir a aplicação do art. 1.845, situado no Capítulo II, mantendo, assim, o companheiro fora do rol de herdeiros necessários.

Todavia, prefiro não usar esse argumento de sistematização, até porque entendo que nem todos os artigos do Capítulo I aplicar-se-ão à união estável.

A equiparação operada pelo STF não se limitou ao art. 1.829, mas se restringiu, sim, às regras atinentes à concorrência sucessória e ao cálculo dos quinhões hereditários. Nos fundamentos dos votos vencedores, ressalta-se a injustiça decorrente da aplicação do art. 1.790, a fazer o companheiro concorrer (e ser suplantado) pelos colaterais. Nesse sentido:

A decisão impugnada aplicou o texto literal do art. 1.790 do CC/2002, de modo que à companheira do falecido apenas foi reconhecido o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O restante do patrimônio foi conferido aos três irmãos do falecido. (RE 646.721, Ministro Luis Roberto Barroso)

Inexistindo ascendentes, o cônjuge sobrevivente será herdeiro universal, qualquer que seja o regime de bens. O companheiro, a seu turno, terá apenas 1/3 (um terço) dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, cabendo os outros dois terços e todos os demais bens adquiridos a qualquer título aos colaterais, até o quarto grau. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin)

Assim, aplicar-se-ão à união estável os arts. 1.829 (ordem da vocação hereditária e concorrência com descendentes), 1.831 (direito real de habitação), 1.832 (quota hereditária mínima na concorrência com os descendentes comuns), 1.836 e 1.837 (concorrência com ascendentes), 1.838 e 1.839 (preferência do companheiro sobre os colaterais).

Entretanto, não se pode falar em aplicação, por exemplo, do art. 1.830 à união estável, de modo a se imaginar que o ex-companheiro remanesceria com direitos sucessórios até dois anos após a dissolução da convivência.⁴⁶ Isso porque, em razão da formalidade ser elemento genético e extintivo do casamento, o cônjuge separado de fato permanece casado, remanesce como cônjuge, até a decretação do divórcio, enquanto o companheiro que se separa de fato rompe, na mesma hora, a convivência, dissolvendo a união estável e deixando de estampar a

⁴⁶ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

qualidade de companheiro, não podendo, pois, se pretender titular de qualquer direito sucessório em relação ao outro.

Da mesma forma, não cabe a aplicação do art. 1.845, com elevação do companheiro sobrevivente ao *status* de herdeiro legitimário, conforme fundamentos que apresento no tópico seguinte.

4.3 O companheiro não é herdeiro necessário

A posição que defendo neste estudo vai de encontro à maioria das manifestações doutrinárias até agora publicadas.⁴⁷ Entretanto, e sem qualquer receio de me manter perfilando corrente minoritária, entendo que o companheiro não é (nem deveria ser) herdeiro necessário. E ofereço, a seguir, quatro argumentos que lastreiam esse entendimento.

Argumento 1: a qualificação de cônjuge ou de companheiro decorre do atendimento ou não de formalidades ou de exigências exigidas por lei. No casamento, formalidades e solenidades integram a substância do ato, sem as quais aquele não ingressa no plano da validade. Na união estável, inexistem formalidades exigíveis como requisito de ingresso ao plano da validade, ainda que os conviventes desejem formalizar a relação. O que importa é a convivência no plano dos fatos, com as qualificadoras exigidas pela lei. Da mesma forma, o *status* de herdeiro necessário também decorre do preenchimento dessas formalidades próprias do casamento, disposta a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de “casado” portará o título de sucessor legitimário, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. E sob esse raciocínio, pode-se afirmar que a situação jurídica de herdeiro necessário guarda relação direta com as formalidades do casamento, única entidade familiar com a aptidão a modificar o estado civil, de maneira que a interpretação a favor de uma não inclusão do companheiro como herdeiro necessário seria admissível com base nas próprias distinções decorrentes das normas de formalidade.

Argumento 2: o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos. O direito fundamental à herança não pode ser visto apenas sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, pois o exercício da autonomia privada integra o núcleo da dignidade da pessoa humana. A designação legitimária é dever imposto

⁴⁷ Vide, entre outros: SIMÃO, José Fernando. *E então o STF decidiu o destino do artigo 1790 do CC?* (Parte 2). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-ccparte>>.

ao autor da sucessão de reservar parte de seus bens a determinados herdeiros. A norma institui restrição ao livre exercício da autonomia privada, restringe, sem dúvida, a sua liberdade de disposição, constituindo, por isso, exceção no ordenamento jurídico e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas sempre de forma também restrita. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo! Da mesma forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.

Argumento 3: restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso, mostra absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se formam e se dissolvem mais facilmente que o casamento. Sem falar na insegurança jurídica que resultaria da necessidade de reconhecimento judicial *pos mortem* da união estável, muitas vezes em relação de simultaneamente com um casamento válido, como se dá em grande parte das famílias recompostas.

Argumento 4: o STF não se manifestou, em momento algum, sobre a aplicação do art. 1.845 à sucessão da união estável. Os debates travados durante o julgamento nos levam a concluir que o STF, não só não quis assegurar esse status ao companheiro, como expressamente ressaltou a prevalência da liberdade do testador, na sucessão da união estável. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Edson Fachin:

Como oitava premissa, emerge o argumento quanto à existência de desigualdade no elemento subjetivo que conduz alguém a optar pela união estável e não pelo casamento. Sob esse argumento, quem vive em união estável pretenderia maior liberdade. União estável, porém, não é união livre. União estável pressupõe comunhão de vida. Eventual desigualdade quanto à pressuposição de maior liberdade na união estável, por ser união informal, não justifica menor proteção às pessoas em regime de convivência do que àquelas casadas.

Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*.

Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou diretos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin, p. 57). (Grifo nosso).

Considero os argumentos acima suficientes à formação e fixação de meu convencimento de que o companheiro sobrevivente não foi alçado à posição de herdeiro reservatário. E pelas mesmas razões, acrescidas àquelas que apresentei quanto à sucessão legitimária do cônjuge sobrevivente, concluo que o companheiro jamais deveria figurar como herdeiro necessário.

5 CONCLUSÕES

As conclusões alcançadas ao final deste estudo são as seguintes:

a) O momento atual é de revisitação da legítima. E não apenas a legítima do cônjuge (e eventualmente) do companheiro. A própria legítima dos descendentes e dos ascendentes torna-se objeto de reflexão.

b) O cônjuge sobrevivente não deveria figurar como herdeiro necessário. A facilitação do divórcio, especialmente após a promulgação da EC 66/2010, e o crescimento das famílias recompostas, transformou a posição do cônjuge em um verdadeiro “cargo interino”. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legitimária. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro. Pelas mesmas razões, dever-se-ia afastar a ideia de se estender ao companheiro sobrevivente o privilégio legitimário.

c) No Brasil, o inconformismo social com a transformação do cônjuge em herdeiro necessário pode ser comprovado pela tentativa empreendida pela jurisprudência de se excluir da concorrência sucessória, e também do rol de herdeiros necessários, os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens. A experiência vivenciada a partir da entrada em vigor do CC/2002 não foi exitosa, impondo-se encontrar uma outra solução, *de lege ferenda*, que proteja

o cônjuge sobrevivente (e também o companheiro), sem qualificá-los como herdeiros necessários. Nesse sentido merece aplausos a proposta constante do anteprojeto de lei elaborado pelo IBDFAM.

d) Somente a lei pode retirar a qualidade de “herdeiro necessário” dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, excluir nenhum desses herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses de deserdação. Por idêntica razão, somente a lei pode estender ao companheiro o privilégio legitimário.

e) Inexistindo menção expressa do companheiro no art. 1.845 e nem havendo o STF proclamado a inconstitucionalidade desse dispositivo, é de se presumir a sua validade e higidez, de onde se conclui não ostentar o companheiro sobrevivente a qualidade de “herdeiro necessário”, o que, ademais, se coaduna com os anseios e expectativas sociais, em um cenário de evidente contestação à própria sucessão legitimária.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil Brasileiro – Da sucessão testamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928, v. XIX.

ASCENSÃO, José Oliveira. Texto da conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil – Sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade das relações humanas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 1.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Equiparação de efeitos de união estável a casamento está em debate no STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-03/direito-civil-atual-equiparacao-efeitos--uniao-estavel-casamento-debate>>. Acesso em: 20 out. 2017.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO,

Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Derecho de sucesiones. Barcelona: Bosch, 1933, v. II, t. V.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Sucessão legítima e sucessão legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

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

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. Da sucessão testamentária. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. I.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II.

REVISTA VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/ibge-brasileiro-esta-se-casando-mais-mas-uniao-dura-menos/>>. Acesso em: 20 out. 2017

SANTOS, Eduardo dos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2002.

SIMÃO, José Fernando. E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>.

TARTUCE, Flávio. *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade de do art. 1.790 do Código Civil. E agora?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047->

STF+ence rra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art
+1790+do>. Acesso em: 22 out. 2017.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O NOVO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS É EFICAZ? O CPC/2015 FEZ AVANÇOS?

Ana Maria Gonçalves Louzada

Sumário: 1. Introdução. 2. Das possibilidades. 3. Da cobrança dos alimentos por meio de título executivo judicial. 3.1. Do cumprimento de sentença. 3.1.1. Do rito prisional. 3.1.2. Do rito da penhora. 3.1.3. Do desconto: em folha de pagamento ou rendimentos e rendas. 4. Da cobrança dos alimentos por meio de título executivo extrajudicial. 4.1. Do rito prisional. 4.2. Do rito da penhora. 4.3. Do desconto: em folha de pagamento ou rendimentos e rendas. 5. Da possibilidade de um único procedimento. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas Varas de Família, os processos que tramitam em maior número são as ações de alimentos, os cumprimentos de sentença e as execuções. Assim, nos resta a seguinte indagação: por que os pais (geralmente são eles os obrigados a pagar pensão) não pagam o pensio-namento alimentar, quer de forma voluntária, quer de forma imposta pela justiça? Digo que, *grosso modo*, não pagam de forma voluntária, tendo em vista o vasto número de pedidos de pensões alimentícias. Também não pagam os alimentos mesmo depois da imposição judi-cial, posto ser necessário adentrar com cumprimento de sentença. Será que não pagam por absoluta incapacidade? Quer dizer, não pagam por estarem acometidos de doença grave que os impeça de trabalhar e alcançar algum valor a seu filho? Ou será que não pagam porque for-maram outra família e esqueceram os filhos do primeiro casamento?

Ainda que se diga que é o pai, na grande maioria dos casos, que deixa de pagar a pensão alimentícia, importante destacar as mais varia-das formas de famílias, com casais homossexuais femininos e insemi-nação artificial com doador identificado ou banco de esperma; casais em que um deles ou os dois são transexuais (qual deles seria o pai?). Enfim, se não tivermos em mente a importância da figura paterna na

estruturação psíquica do sujeito, continuaremos a ter pais ausentes na vida dos filhos.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, podemos falar, hoje, de uma *crise de paternidade*, diante das novas representações sociais da família, perante o rompimento de modelos e padrões tradicionais. Sua função básica, estruturadora e estruturante do filho como sujeito está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão, em que os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: pai solteiro, ou separado, que só é pai em fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga ou boicota pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isso; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai, e desse imago paterno, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e repercute, obviamente, nas relações sociais.¹

O que se vê diuturnamente nas audiências das Varas de Família é ainda a mulher sendo a grande provedora da prole. É ela quem sustenta os filhos, independentemente de seu número.

Precisamos ter paternidade responsável, com divulgação de campanhas de esclarecimento e facilitação de cirurgias de vasectomia e uma campanha que possibilite as mulheres a fazer laqueadura de trompas quando tiverem vontade e não somente depois de 25 anos, com dois filhos vivos (desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico), nos termos do art. 10 da Lei do Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/96).²

E talvez esse seja o motivo que hoje estejamos aqui falando sobre o pagamento das pensões alimentícias, que, como dito alhures, é o gargalo das Varas de Família.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle C.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 224.

² Há um Projeto de Lei n. 4.909, de 2016, de autoria do Deputado Federal Carlos Henrique Gaguim, que visa alterar o art. 10 da Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para definir como requisito exclusivo para a esterilização voluntária a manifestação de vontade do indivíduo.

2 DAS POSSIBILIDADES

O Código de Processo Civil dispôs de algumas modalidades diferenciadas para que a cobrança de alimentos pudesse ser efetivada de uma maneira mais célere. Assim, o exequente poderá escolher entre elas: a) constrição pessoal (art. 528 do CPC); b) expropriação de bens (arts. 523 e 913 do CPC); c) desconto em folha de pagamento (arts. 529 e 912 do CPC) ou rendimento e rendas (art. 529, § 3º do CPC).

3 DA COBRANÇA DOS ALIMENTOS POR MEIO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações quanto à cobrança dos alimentos. Houve a extinção do rito da execução de sentença, que foi alterado para *cumprimento de sentença*, ou seja, não se cuida mais de um processo autônomo, mas da continuidade do mesmo processo. Quando se trata de cobrança de alimentos, que foram fixados por título executivo extrajudicial, a execução de alimentos é feita em autos apartados, em ação específica.

3.1 Do cumprimento de sentença

O *cumprimento de sentença* é a denominação escolhida para a reforma da atividade processual dos títulos executivos judiciais (art. 515 do CPC).³

Ele visa dar continuidade ao processo de conhecimento que fixou a pensão alimentícia em juízo (quer alimentos provisórios ou definitivos), em que não cabe mais a citação pessoal do devedor, mas sua intimação pessoal.

A escolha do rito irá depender do número de prestações vencidas e não pagas. Nos termos da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 528, § 7º do CPC, o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Para a doutrina majoritária, a decretação da prisão não pode dar-se de ofício pelo juiz, tampouco por manifestação do

³ MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 409.

Ministério Público quando funcionar como fiscal da lei, dependendo de manifestação expressa do exequente nesse sentido.⁴

3.1.1 Do rito prisional

O devedor será intimado pessoalmente para pagar o débito em 3 (três) dias, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. Essa intimação poderá ser feita por carta por meio de aviso de recebimento (AR), nos termos do art. 247 do CPC, uma vez que não se cuida de ação de estado. Ademais, a citação por AR é feita de modo pessoal. Maria Berenice Dias destaca também o fato de que a Lei de Alimentos – ainda em vigor – determina que a citação seja feita pelo Correios, com aviso de recebimento (art. 5º, § 2º da LA),⁵ nada justificando que se busque a intimação pelo oficial de justiça, que, pelo menos em tese, seria mais demorada.

Esse cumprimento tanto pode ser de sentença quanto de decisão interlocutória que fixou os alimentos provisórios (art. 531, § 1º do CPC), sendo estes últimos em autos apartados e os primeiros nos mesmos autos em que a sentença foi proferida (art. 531, § 2º do CPC). Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade temporária e absoluta de pagar justificará o inadimplemento. O simples desemprego não gera para o devedor a escusa do não pagamento. Há que ser uma situação que, efetivamente, o impeça de trabalhar, de alguma forma auferir renda, como por exemplo, uma doença incapacitante. Não aceita a justificativa, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial (art. 528, § 1º do CPC). Caso o executado não pague ou a justificativa apresentada não seja aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretar-lhe-á a prisão de 1 (um) a 3 (três) meses (art. 528, § 3º do CPC). O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que o devedor pode ficar *preso até o prazo de 90 dias*.⁶

O regime da prisão será fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. O cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vincendas. Somente o *pagamento integral da dívida livrará o executado da prisão*.⁷

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.231.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos – Direito, ação, eficácia, execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

⁶ STJ, 4ª Turma, RHC 23.040/MG, Rel. Min. Massami Yueda, j. 11.03.2008, DJ 30.06.2008; RHC 16005/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1º.06.2004, DJ 30.08.2004.

⁷ STJ, 3ª Turma, HC 405.934/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 22.08./2017, DJe 31.08.2017

Contudo, em recente decisão, a Terceira Turma do STJ determinou a soltura de um homem mesmo sem ter pago a integralidade da dívida à ex-mulher. No HC 392.521-SP (2017/0058916-6), que foi julgado em 27 de junho de 2017, houve entendimento de que quando o credor é maior e capaz e a dívida se prolongar no tempo, atingindo altos valores, exigir o pagamento de todo o montante, sob pena de prisão civil, seria excesso gravoso que refugiria aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar, que é garantir a sobrevivência do alimentado. Após sucessivos descumprimentos de acordos por mais de cinco anos, o débito chegou ao montante em torno de 200 mil reais. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, reconheceu que esse posicionamento é uma *excepcionalidade*, ditada pelas circunstâncias específicas ocorridas no caso, que dizem de marchas e contramarchas no curso da execução que teve dois acordos entabulados, cumprimentos parciais e um acúmulo de débito que, por certo, não estão sendo cobrados para a manutenção imediata da alimentada. No caso, o *decreto prisional ficou restrito às três últimas parcelas*, havendo a determinação para que as demais fossem cobradas pelos meios ordinários.

Com relação à possibilidade de serem ouvidas *testemunhas* para justificar o inadimplemento, o STJ pronunciou-se no sentido de ser, *a priori*, perfeitamente aceitável. Contudo, ressaltou que o mero protesto pela produção de prova testemunhal não pode ser aceito, porquanto fatalmente se estenderia além da janela temporal de justificativa permitida na legislação.⁸

O art. 532 do CPC, que autoriza o juiz a dar ciência ao Ministério Público dos indícios de prática do *crime de abandono material* sempre que verificar conduta procrastinatória do executado, é uma importante novidade. Essa menção pode desempenhar um significativo papel para convencer o executado de que a opção mais adequada é a de pagamento ou, na sua impossibilidade, de buscar solução por autocomposição.⁹

⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 1601338/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13.12.2016, DJe 24.02.2017.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 363.

3.1.2 Do rito da penhora

As prestações anteriores ao triênio mensal do ajuizamento do cumprimento de sentença poderão ser cobradas pelo rito da constrição de bens.

Contudo, antes mesmo de intimar o exequente para pagar o débito, o magistrado pode determinar a penhora *on line*, a fim de que esta possa ser efetivada sem que o devedor retire todo o saldo financeiro do banco. O art. 854 do CPC menciona ser necessário pedido do exequente para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. Contudo, entendemos que pode o juiz, de ofício, determinar a referida penhora, tendo em vista os ditames do art. 139, IV, do CPC, que autoriza o juiz a tomar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Após cumprida a determinação da penhora *on line*, o exequente é intimado para pagar o débito em 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver (art. 523, CPC). Não ocorrendo o pagamento, serão acrescidos multa e honorários advocatícios de 10% (dez por cento). Caso seja efetuado pagamento parcial, a multa e os honorários incidirão sobre o valor restante. Caso não seja efetuado o pagamento voluntário, será expedido mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação. Transcorrido esse prazo e não efetuado o pagamento, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para o exequente oferecer *impugnação*, independentemente de penhora ou nova intimação (art. 525 do CPC). A *impugnação*, de regra, não possui efeito suspensivo, podendo ser atribuído esse efeito caso seus fundamentos sejam relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 525, § 6º do CPC). Ademais, o executado poderá alegar somente (conforme § 1º do art. 525 do CPC): I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

3.1.3 Do desconto: em folha de pagamento ou rendimentos e rendas

O art. 529 do CPC autoriza o *desconto em folha de pagamento* da importância da prestação alimentícia quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho. Sem prejuízo dos alimentos vincendos, o débito objeto da execução pode ser descontado dos *rendimentos ou rendas* do executado (art. 529, § 3º do CPC) de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos. Não cumprida a obrigação, prossegue-se à penhora e avaliação (art. 831 do CPC e seguintes).

4 DA COBRANÇA DOS ALIMENTOS POR MEIO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Os alimentos pactuados em título executivo extrajudicial podem ser executados por meio de processos autônomos de execução, tanto pelo rito da penhora quanto da constrição pessoal. O art. 784 do CPC disciplina os títulos executivos extrajudiciais. No processo de execução, também se admite a opção pela mediação ou pela conciliação, de modo que cabe ao exequente indicar, também na inicial, se pretende ou não se valer dessas alternativas (art. 319, VII do CPC).¹⁰

4.1 Do rito prisional

Como se cuida de processo autônomo, é necessária a *citação do executado para, em 3 (três) dias*, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, aplicando-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528 do CPC. Aqui, não há previsão de protesto de título extrajudicial. Com relação ao pensionamento alimentar, importa destacar os incisos II e IV do art. 784 do CPC, que estabelecem como sendo títulos executivos extrajudiciais: II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Ed.). *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 477.

4.2 Do rito da penhora

Quando o que se busca é a cobrança de alimentos que se venceram anteriormente aos 3 (três) meses que antecedem a propositura da ação, o rito a ser utilizado é o da penhora, nos termos da Súmula 309 do STJ e art. 528, § 7º do CPC.

Ao despachar a inicial, o juiz fixa honorários advocatícios em 10% (dez por cento) e determina a citação do executado, que será *citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias*, contados da citação (art. 829 do CPC). No caso de pagamento integral da dívida nesse prazo, o valor dos honorários é reduzido pela metade (art. 827, § 1º do CPC). Contudo, os honorários poderão ser elevados até 20% (vinte por cento), quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827, § 2º do CPC).

O exequente poderá requerer certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, a fim de averbar no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade, presumindo-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação.

O executado poderá opor embargos no prazo de 15 (quinze) dias, independentemente de penhora, depósito ou caução, nos termos do art. 231 do CPC. *Nesse prazo, comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor da execução, acrescido de custas e honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.* A opção pelo parcelamento importa a renúncia de opor embargos. Cuida-se de direito do executado, cabendo ao exequente apenas verificar se o valor está correto.

4.3 Do desconto: em folha de pagamento ou rendimentos e rendas

O art. 912 do CPC determina que, quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, poderá o exequente requerer o desconto em folha de pagamento. Por essa via executiva, não há, de forma expressa, autorização para que o débito objeto da execução possa ser descontado dos *rendimentos ou rendas* do executado, em similitude ao

art. 529, § 3º do CPC, que trata do cumprimento de sentença de título executivo judicial. Nesse dispositivo também é autorizado o pagamento de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos. Não cumprida a obrigação, prossegue-se à penhora e avaliação (art. 831 do CPC e seguintes). Contudo, não há que se fazer esta distinção. Às claras que tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título executivo extrajudicial a medida mostra-se cabível, sob pena de haver duas categorias de execuções, uma principal e mais importante do que a outra, o que é incabível para o fim a que se destina a cobrança de alimentos.

5 DA POSSIBILIDADE DE UM ÚNICO PROCEDIMENTO

Inicialmente, entendia-se que somente era possível a cobrança dos valores em separado, eis que possuíam ritos distintos (prisão e penhora). Contudo, observo que o atual CPC não excepcionou a proibição de cúmulo de execuções quando se cuida de dívida alimentar, eis que esta é tratada em capítulo próprio e possui o mesmo título judicial, apesar de ritos diferentes. Assim, caso o exequente busque o cumprimento de sentença pelo rito da constrição de bens e pessoal, poderá fazê-lo tanto de forma separada como única, o mesmo aplicando-se quando a cobrança se der em título extrajudicial.

PRISÃO + PENHORA *em cumprimento de sentença*

Despacho inicial:

1) Determinação de *intimação por carta com AR* para pagar, provar que o fez ou justificar, *em três dias*, sob pena de prisão, o valor constante da inicial e as demais que se vencerem (art. 528, § 3º do CPC).

2) Determinação de *intimação por carta com AR* (quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos) para que, em quinze dias, pague o débito, acrescido de multa (art. 513, § 2º, II, do CPC).

3) Determinação de *intimação por meio eletrônico*, na pessoa de seu advogado, para que, em quinze dias, pague o débito, acrescido de multa (art. 513, § 2º, II do CPC).

4) Fixação da verba honorária e multa em 10% (art. 523, § 1º, do CPC).

PRISÃO + PENHORA em execução de título executivo extrajudicial

Despacho inicial:

1) Determinação de citação para pagar, provar que o fez ou justificar, em três dias, sob pena de prisão, o valor constante da inicial e as demais que se vencerem (art. 911, parágrafo único).

2) Determinação de citação para pagar a integralidade da dívida, em três dias, caso em que os honorários advocatícios serão reduzidos de 10% para 5%, sob pena de penhora (art. 827 do CPC).

3) No prazo de quinze dias, caso reconheça o débito, poderá requerer seu parcelamento em até 6 mensalidades, depositando o montante de 30%, acrescido de custas e honorários advocatícios (art. 916 do CPC).

4) No prazo de quinze dias, poderá opor-se à execução por meio de embargos (art. 914, § 1º do CPC).

6 CONCLUSÃO

Com relação às inovações trazidas pelo CPC de 2015 e sua eficácia, eu diria que, em parte avançou com a possibilidade legal de mais variados meios de coerção como a inscrição do nome do devedor no cadastro dos inadimplentes (art. 782, § 3º do CPC), o protesto (art. 528, §§ 1º e 3º do CPC), bem como possibilitar que o juiz tome qualquer outra medida coercitiva que entender necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV do CPC).

Fez avanços também com a possibilidade de desconto dos rendimentos ou rendas do executado, contanto que a parcela devida não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos. A possibilidade de desconto, até então, era de 30% (art. 529, § 3º do CPC).

De igual modo, o fato de propiciar ao juiz que autorize dar ciência ao Ministério Público dos indícios de prática do crime de abandono material, quando identificar conduta procrastinatória do executado, também inova para ser mais uma forma de motivar o devedor a efetuar o pagamento (art. 532 do CPC).

Há a possibilidade de a dívida alimentar, que é cobrada pelo rito da prisão e da expropriação de bens, ser ajuizada em um único procedimento, o que facilita sua interposição.

Contudo, penso que poderia ter avançado mais e dito de forma expressa sobre a possibilidade de ser determinada a *apreensão de passaporte, de carteira de habilitação ou até mesmo a suspensão do uso do cartão de crédito*. É certo que essas determinações podem ser abarcadas pelo art. 139, IV do CPC. Contudo, se estivessem expressas, dificilmente poderiam ser modificadas em grau de recurso.

Entendo que o Código de Processo Civil poderia ter avançado mais com as formas pelas quais o executado pode ser intimado/citado, pois deixou de enumerar as mídias eletrônicas e redes sociais, tais como o *WhatsApp* e o *Facebook*, o que agilizaria sobremaneira o feito.

Ressalto que o *Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP 2.0)* *passará a registrar também os mandados de natureza civil*, facilitando a localização dos devedores de alimentos e a respectiva satisfação dos credores. Tal determinação foi feita pela Ministra Carmen Lúcia, após o IBDFAM, por meio de sua Comissão de Defensores Públicos, ter submetido ao CNJ consulta acerca da possibilidade da criação de um Banco Nacional de Mandados de Prisão dos devedores de alimentos, requerendo sua unificação junto ao BNMP. Naquela oportunidade, foram levados ao conhecimento do CNJ alguns dados estatísticos, entre eles os constantes da Divisão de Vigilância e Capturas da Polícia Civil do Estado de São Paulo, obtidos em maio de 2016, onde constava que havia 27.413 mandados de prisão civil (expedidos em Ações de Execução de Alimentos) pendentes de cumprimento, somente no Estado de São Paulo. Estima-se que um em cada quatro foragidos da Justiça paulista seja devedor de pensão alimentícia.

Conclui-se que de nada adianta se falar em eficácia de norma processual se não dermos sentido ao que realmente importa: a família! Seja ela que contorno tenha, das mais variadas formas, em seus diferentes perfis. O que deve ser ressaltado e enaltecido é a paternidade responsável, pois quando temos que falar sobre pagamento de pensão alimentícia, é porque a paternidade não está sendo exercida de forma integral. A paternidade deixou de existir, pois na medida em que não alcanço nem mesmo o sustento material de meu filho, muito pouco ou nenhum afeto compartilho com ele. É tempo de mudanças. É tempo de presença dos pais na vida dos filhos. É tempo de ficar.

É tempo de regressar a casa
A poesia não está na rua

(Adília Lopes - “A Árvore Cortada”)

7 REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos – Direito, ação, eficácia, execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Ed.). *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle C.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

Sites:

<<http://www.camara.gov.br>>

<<http://www.stj.jus.br>>

A PRIORIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA TEM ATENDIDO AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS, DOS ADOLESCENTES E DA FAMÍLIA MAIS DEMOCRÁTICA?

Dimas Messias de Carvalho

Mestre em Direito Constitucional pela FDSM. Promotor de Justiça aposentado/MG. Professor de Direito de Família e Sucessões na Unifenas e Unilavras. Advogado.

Sumário: 1. Família tradicional e família democrática. 2. Direito de visitas e direito fundamental à convivência familiar. 3. Guarda compartilhada e alienação parental. 4. A priorização da guarda compartilhada tem atendido ao melhor interesse das crianças, dos adolescentes e da família mais democrática? 5. Referências.

1 FAMÍLIA TRADICIONAL E FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

A família brasileira sofreu grandes transformações nos últimos tempos, especialmente a partir de meados do século passado, desfigurando a então família tradicional, que perdurou por séculos.

A chamada família tradicional era aquela indissolúvel, matrimonializada, patrimonial, rural e principalmente patriarcal, prevalecendo a vontade paterna na direção do lar conjugal, sendo irrelevante, na maioria das vezes, os desejos da esposa e filhos. Prevalecia a vontade do chefe da família. A mulher casada precisava da autorização do marido para a prática de diversos atos, sendo considerada relativamente incapaz (art. 242, CC/1916).

Rodrigo da Cunha Pereira lembra que na família tradicional patriarcal “o pai era autoridade central, tinha mais valor e importância que a mulher e os filhos”.¹

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), dispendo sobre a situação jurídica da mulher casada, deu nova redação a diversos artigos do Código Civil de 1916, o que foi um grande avanço na época, excluindo a mulher da situação de relativamente incapaz, conferindo-lhe o direito de exercer profissão lucrativa distinta do marido, de ingressar em juízo sem autorização, de administrar livremente o produto do seu trabalho e os bens com ele adquiridos, direitos que até então não possuía.² Manteve, entretanto a previsão de que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher” (art. 233, CC de 1916).

Paralelamente, apesar da grande discriminação, que sofria a união estável, alguns direitos foram reconhecidos no então denominado concubinato puro, como o direito de a amásia receber indenização por acidente do amásio (Súmula 35, STF) e direito à partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum (Súmula 380, STF), todavia, não eram deferidos direitos próprios das relações de família, como alimentos, regime de bens e herança, que se constituíam apenas pelo casamento.

A Constituição Federal de 1988, finalmente, acolheu as transformações sociais e reconheceu outras formas de família, que passou a ser plural, a igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal e a igualdade absoluta dos filhos, sem qualquer distinção.

A pluralidade dos modelos de família permite o reconhecimento de diversos arranjos familiares, já que os modelos previstos na Constituição Federal – casamento, união estável heteroaletiva e monoparental – não encerram *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativos, por serem os mais comuns.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento histórico da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, ocorrido no dia 5 de maio de 2011, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, reconheceu, por unanimidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaletiva.

O Conselho Nacional de Justiça, após o surgimento de diversos provimentos de corregedorias de justiça nos Tribunais de Justiça, autorizando os cartórios a realizarem o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, aprovou por maioria a Resolução n. 175, no dia 14 de maio de 2013, dispendo sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou

² CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, as famílias se constituem por diversas formas, possuindo vários modelos como o casamento entre homem e mulher ou homoafetivo; união estável hetero ou homoafetiva; monoparental, constituída por apenas um dos pais e os filhos; anaparental ou de parentes sem verticalidade dos vínculos parentais (pais e filhos); mosaico ou recompostas com a união de pessoas que possuem prole de vínculos anteriores, reconstituindo uma nova família; multiparental, que ocorre quando os filhos possuem dois pais ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo; ectogenéticas, quando são utilizadas técnicas de reprodução medicamente assistidas, homólogas ou heterólogas; paralelas ou dúplices, caracterizadas pela existência de mais de uma união de um dos parceiros; poliafetivas, quando a união afetiva e duradoura possui mais de dois parceiros, hetero ou homoafetiva, simultânea e com a participação de todos os envolvidos entre si.

As diversas formas de família possuem como elemento constitutivo e agregador a afetividade, a busca pelo sujeito de sua felicidade, de sua realização pessoal, configurando a família eudemonista. Conforme Maria Berenice Dias, família eudemonista é a identificada pelo seu envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual de seus membros, a realização pessoal garantida na Constituição Federal, quando dispõe no art. 226, § 8º, primeira parte, que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”.³

A família democrática se confunde, entrelaça, com a família eudemonista, tratando-se de uma família aberta, sem preconceitos, tendo como objetivo a felicidade de seus membros, sem imposição e sujeição das vontades de apenas um deles. Contrapõe-se à família tradicional patriarcal, em que prevalecia a vontade do pai/marido e era hierarquizada. Na família democrática, existe igualdade e respeito entre seus membros, não importando o modelo em que foi constituída. Os membros não são assujeitados pelo outro, embora possuam funções distintas. Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta que:

Na família democrática não há superioridade de um gênero sobre o outro, as crianças e adolescentes são sujeitos de direito tanto quanto os adultos, embora tenham lugares e funções diferentes. Não há desigualdade de direitos entre seus membros, repele-se a

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

violência doméstica, o trabalho do homem e da mulher, sejam eles exercidos fora ou dentro do lar, são igualmente valorizados.

Democracia pressupõe a igualdade entre seus membros e suas formas de constituição, sejam constituídas pelo casamento, união estável, hetero ou homoafetivas.

[...]

E, assim, família democrática e família eudemonista se entrelaçam e têm sentido e conceitos complementares.⁴

2 DIREITO DE VISITAS E DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Código Civil de 1916, lembra Deisemara Turatti Langoski, não se referia ao direito de visitas. Somente em 1946, o Decreto-Lei n. 9.701, de 3 de setembro de 1946, que “dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial” (litigioso), assegurou ao genitor culpado o direito de visita aos filhos.⁵ A guarda dos filhos era deferida ao “cônjuge inocente”, no desquite litigioso, assegurando ao “culpado” o direito de visitá-los. Se os filhos não fossem entregues aos pais a guarda era deferida a “pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente” (art. 1º do Decreto-Lei n. 9.701/1946).

O direito de visitas era considerado uma prerrogativa do genitor, prevalecendo o interesse do ascendente, e não os interesses dos filhos, assujeitados aos pais. Posteriormente, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), assegurou, no art. 15, aos pais que não possuem a guarda, o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A Constituição Federal de 1988, no art. 227, entretanto, alterou substancialmente a interpretação de que o direito de visitas era uma prerrogativa dos pais, superando o entendimento que já recebia severas críticas, para assegurar à criança ou adolescente o direito à convivência familiar e comunitária. O direito de visitação passou a ser também e especialmente do filho, possibilitando a manutenção dos

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

⁵ LANGOSKI, Deisemara Turatti. Direitos de visitas x direito de convivência. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 13, n. 70, p. 107, fev./mar. 2012.

vínculos afetivos com o genitor não guardião e as referências maternas e paternas.

O Código Civil de 2002 garante aos pais, no art. 1.589, o direito de visitas e fiscalização da manutenção e educação dos filhos, reproduzindo o art. 15 da Lei do Divórcio.

O termo “visita”, entretanto, é indevido e inadequado. Não se confunde visitas com convivência familiar. Maria Berenice Dias, após criticar como inadequada a expressão “direito de visitas”, ressalta que “a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”.⁶

Visitar é ver alguém periodicamente por cortesia, solidariedade, amizade, o que não se aplica nas relações familiares, que exige um convívio diário, uma coexistência, cultivando, mantendo ou restaurando os vínculos afetivos familiares, não apenas com os genitores, mas com toda a família materna e paterna. Como lembra Helena de Azeredo Orselli, o contato entre pais e filhos não ocorre por cortesia, mas para manter os laços afetivos e o genitor contribuir para a criação, formação e educação dos filhos. Acrescenta que:

O direito do filho de manter contato com o genitor com o qual não reside é indevidamente chamado de visita, porém não se trata de visita. Nem o filho “visita” o pai, nem esse “visitará” aquele. [...] O encontro entre pai não guardião e filho não se dá nem por cortesia, nem por dever, mas para manterem contato frequente, para estreitarem os laços de carinho e afeto, e para que o genitor contribua, a sua maneira, para a educação e a formação do filho. O direito, portanto, é verdadeiramente o direito à convivência familiar.⁷

A Lei n. 8.069/1990 assegura às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos (art. 100, parágrafo único, I), e o gozo de todos os direitos fundamentais, com absoluta prioridade, para permitir o pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, entre eles o direito à convivência familiar (arts. 3º e 4º).

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 447.

⁷ ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011.

O art. 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido no Título II, que trata dos DIREITOS FUNDAMENTAIS, e no Capítulo III, que cuida especificamente DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, dispõe que:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

A Constituição Federal, no art. 227, assegura com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre eles o direito à convivência familiar.⁸

A convivência familiar é, portanto, direito fundamental da criança e do adolescente, inserida na doutrina da proteção integral e prioritária, vedando que filhos sejam separados e afastados dos pais sem a ocorrência de graves motivos. Assim, em caso de separação dos pais deve ser priorizada a convivência dos filhos com ambos os genitores, no pleno exercício do poder familiar, e não apenas direito de visitas periódicos, com horários fixados e protocolar, distanciando os filhos dos pais.

3 GUARDA UNILATERAL E GUARDA COMPARTILHADA

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e à tutela (arts. 1.634, II, CC, e 36, parágrafo único, ECA) para a proteção integral da criança e do adolescente, impondo ao seu detentor o dever de prestar assistência material, moral e educacional ao menor,⁹ ou seja, o dever de cuidar, criar e educar.

Do latim *guardare* e do germânico *warden*, possui o significado de proteger, olhar, vigiar, conservar, sendo denominada no Direito português quando exercida pelos pais de “responsabilidade parental”.¹⁰

⁸ 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.

⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 505.

¹⁰ FREITAS, Douglas Phillips. *A nova guarda compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2017, p. 41-42.

Conrado Paulino da Rosa cita Waldyr Grisard Filho para conceituar a guarda como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais”,¹¹ inerentes ao poder familiar.

Na constância do casamento ou da união estável, a guarda é comum, exercida conjuntamente pelos pais. Ocorrendo o rompimento do casamento (ou da união estável) prevalecia no Direito brasileiro a guarda unilateral.

A guarda unilateral ocorre quando a posse dos filhos é deferida a apenas um dos pais (ou a terceiros), preferencialmente o que tenha condições de propiciar-lhe boa criação, saúde, segurança, educação e afeto nas relações familiares. Ao genitor não guardião é garantido o direito de convivência (visita na redação do art. 1.589, CC) e de fiscalizar sua manutenção e educação. Historicamente, entretanto, a guarda unilateral era deferida ao cônjuge inocente ou à mãe. Na hipótese de que ambos os cônjuges fossem considerados culpados pela separação, a guarda dos filhos ficava com a mãe até os seis anos de idade e depois eram entregues ao pai (redação original CC/1916 – art. 326 e § 2º). Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada conferiu à mãe a guarda unilateral se ambos fossem culpados, independentemente da idade dos filhos, o que foi mantido na Lei do Divórcio (art. 10, § 1º). O Código Civil de 2002, na redação original do art. 1.584, dispunha que, não havendo consenso, a guarda dos filhos seria “atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la”.

Os dados apresentados sobre a guarda pelo IBGE de 2002 comprovam que a guarda era (e ainda é) exercida em maioria substancial pelas mães, detendo 91,8% da guarda das separações e 89,7% nos divórcios. Os pais exercem apenas 4,8% das guardas unilaterais nas separações e 5,8% nos divórcios. Apesar da ausência de previsão legislativa, no ano de 2002, por consenso entre os pais, já se aplicava a guarda compartilhada em 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios. Nas Jornadas de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, já se compreendia a guarda compartilhada no art. 1.583 do Código Civil (Enunciado n. 101) e orientava que deveria ser estimulada mediante mediação por equipe multidisciplinar (Enunciado n. 335).¹²

¹¹ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 74.

¹² ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 74-75.

Maria Berenice Dias leciona que a guarda compartilhada possui fundamento na Constituição Federal, que prevê a convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente. Acrescenta que:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação do processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à *pluralização das responsabilidades*, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidados, afeto e normas que ela implica.

Por isso, a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica à mercê de acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de transformar em instituto destituído de efetividade.¹³

A guarda compartilhada, nos termos do § 1º do art. 1.583, do Código Civil, é compreendida como a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Ocorre, portanto, quando é exercida em conjunto pelos genitores, que executam todas as funções parentais conjuntamente na criação, cuidados e educação no cotidiano dos filhos,¹⁴ sempre observando o melhor interesse da criança e do adolescente, sem excluir o poder parental de um ou de outro, exercendo ambos a autoridade parental.

A Lei n. 11.698, de 13.06.2008, alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para “instituir e disciplinar a guarda compartilhada” no Direito brasileiro, pois a guarda unilateral ou exclusiva já não mais atende às famílias modernas e democráticas, em que se prioriza o

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões – Ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 361-362.

melhor interesse da criança e do adolescente e a autoridade parental é exercida observando a igualdade dos gêneros. No compartilhamento da guarda, ainda que vivendo em lares diferentes, ambos os pais possuem responsabilidade e autoridade sobre os filhos, excluindo a noção de posse e poder exclusivo do guardião unilateral.

A nova redação dada ao Código Civil incluiu o § 2º ao art. 1.584, dispondo que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. A expressão “sempre que possível” acabou por permitir uma interpretação conservadora da jurisprudência, no sentido de que para deferimento da guarda compartilhada “é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas quando o conflito é o constante, a guarda compartilhada é descabida”.¹⁵ Conrado Paulino da Rosa ressalta que:

Raras eram as decisões que aplicavam o compartilhamento em casos de litígio. Uma das primeiras foi o julgamento do Recurso Especial n. 1.251.000-MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23 de agosto de 2011. Segundo o julgado, a “inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”.¹⁶

Além da equivocada interpretação do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, acabando por manter a prevalência da guarda unilateral, não existindo consenso (o litígio era buscado por um dos pais para evitar o compartilhamento), reduzindo o exercício do poder parental do genitor não guardião, muito se confundia, e hoje alguns ainda confundem, guarda alternada com guarda compartilhada. Na guarda alternada, o filho fica na posse física e sob os cuidados exclusivos de apenas um dos pais por um período e depois fica com o outro genitor, pelo mesmo período e nas mesmas condições. Não existe compartilhamento e a situação é extremamente prejudicial à criança e ao adolescente em

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC n. 70059147280. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, j. 16.4.2014.

¹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 82.

razão das quebras constantes de suas referências, reiteradas separações e reaproximações.

No sentido de efetivamente buscar o exercício pleno do poder familiar por ambos os pais, de terem os filhos em sua companhia e guarda, que não se altera pela dissolução do casamento ou união estável (art. 1.634, II, e 1.632, CC), foi apresentado em 2011 projeto de lei que originou a Lei n. 13.058/2014, que teve como principal mudança a compulsoriedade da guarda compartilhada. Foram alterados os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil para “estabelecer o significado da expressão ‘guarda compartilhada’ e dispor sobre sua aplicação”. O § 2º do art. 1.584 do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

§ 2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Reforçando a mudança de paradigma e estabelecendo a guarda compartilhada como regra, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ expediu a Recomendação n. 25, de 22 de agosto de 2016, recomendando aos juízes no art. 1º^o a observância da Lei n. 13.058/2014 e a aplicação da guarda compartilhada como regra, devendo justificar a impossibilidade de aplicá-la ao decretar a guarda unilateral (§ 1º).

Lamentavelmente, a imposição da guarda compartilhada nas situações de litígio não tem ocorrido como se espera, mantendo-se na imensa maioria a guarda unilateral. Contudo, felizmente tem avançado significativamente em alguns locais, como ocorre, por exemplo, na 1ª Vara de Família da Comarca de Cuiabá/MT, que tem como titular a juíza Ângela Gimenez, chegando a atingir 95% dos casos. Em recente entrevista, a magistrada afirmou que a guarda compartilhada é um antídoto para a alienação parental, acrescentando que:

¹⁷ Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

§ 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

A guarda compartilhada, além de ser modelo, que é um modelo tido como regra na legislação, é o melhor modelo para as crianças e para os jovens. As crianças e os jovens podem conviver com o pai e com a mãe, com a família extensa do pai e da mãe. O que acontece? Na verdade já temos exigência da lei pelo compartilhamento desde 2008. Desde 2008, o Código Civil dizia “a guarda compartilhada sempre que possível”. Acontece que esse “sempre que possível” trouxe um desvirtuamento por parte do Judiciário, porque quando diz “sempre que possível” quer dizer “só no impossível, só quando não é possível” que irá adotar se a guarda unilateral. No entanto, não foi assim que o Judiciário se portou de 2008 para cá. Todo e qualquer motivo justificava a guarda cedida preferencialmente à mãe. Então, por exemplo, se os casais tinham dificuldades de comunicação, havia discórdia, havia algum grau de conflito isso já era usado para uma fundamentação do Poder Judiciário dando a guarda preferencialmente para a mãe. Se as pessoas moravam um pouco distante, se o casal fosse morar distante, isso também era considerado como sendo fator que impedisse a guarda compartilhada. Através dos movimentos sociais, dos próprios estudos e diálogos feitos com outras ciências, a psicologia a psiquiatria, a própria pediatria, fomos percebendo o quanto era importante ter a presença do pai. Como disse, historicamente, as crianças e os jovens ficavam afastados do pai, claro que havia exceções que também se referiam à mãe, mas tínhamos culturalmente uma visão de que a mãe era mais importante do que o pai e as ciências correlatas da área de humanas foram mostrando que isso não é uma verdade. Retirando um período que é da amamentação, a importância do pai e da mãe é a mesma.¹⁸

A regra, portanto, é o compartilhamento da guarda, permitindo o amplo exercício da autoridade parental por ambos os genitores, com atribuições conjuntas na assistência moral, material e educacional da prole, mantendo-se a convivência paterna e materna.

A guarda compartilhada não significa divisão de tarefas, de períodos de convivência e moradia dos filhos, como ocorre na guarda alternada, mas a responsabilização e o exercício dos direitos e deveres de forma conjunta, estabelecendo a convivência familiar de forma equilibrada de acordo com a situação de fato, no melhor interesse da prole, mantendo-se uma moradia base para manutenção das referências de continuidade (art. 1.583, §§ 1º a 3º, CC). O filho pode ter moradia com um genitor, mas livre convivência com o outro, gerando segurança e

¹⁸ GIMENEZ, Ângela. *A guarda compartilhada pode ser um antídoto para a alienação parental, já que em muitos casos usa-se até de denúncias falsas para a guarda unilateral, defende juíza*. Disponível em: <www.pontonacurva.com.br/storage>. Acesso em: 28 ago. 2017.

estabilidade emocional, exercendo ambos os pais a autoridade parental e a tomada de decisões em conjunto.

4 A PRIORIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA TEM ATENDIDO AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS, DOS ADOLESCENTES E DA FAMÍLIA MAIS DEMOCRÁTICA?

A guarda compartilhada, existindo consenso entre os pais, que agem democraticamente reconhecendo a igualdade na autoridade parental, é extremamente benéfica a todos os envolvidos e prioriza efetivamente o melhor interesse dos filhos, permitindo um desenvolvimento saudável, com referências paterna e materna, em estreita cooperação e corresponsabilidade.

A questão demanda um exame mais aprofundado na hipótese de litígio entre os pais e ausência de consenso quanto à guarda. Com efeito:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando-se a síndrome da alienação parental, auxilia na criação e educação, mantém os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, assumindo ambos, em igualdade, as responsabilidades de cuidados, criação e educação.¹⁹

A convivência dos filhos com ambos os pais e o compartilhamento das responsabilidades nos cuidados de criação e educação são extremamente benéficos à criança e ao adolescente na compreensão de que a separação dos pais não importa em separação de um deles com os filhos. A estreita convivência com ambos os genitores fortalece os vínculos afetivos e enfraquece a alienação parental.

A Lei n. 13.058/2014 trouxe importante orientação ao prever moradia base para os filhos na guarda compartilhada, dispondo § 3º do art. 1.583 que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. A moradia base deve ser aplicada vivam os pais na mesma cidade ou não, evitando-se, assim, a guarda alternada e permitindo aos filhos a continuidade de

¹⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 511.

seu cotidiano, mantendo a rotina nos seus deveres, horários e evitando constantes mudanças, os chamados “filhos mochilinhas”.

A manutenção de moradia base, evitando constantes mudanças da criança e do adolescente, mantendo-se a livre convivência nas casas de ambos os pais, não quebrará os referenciais de continuidade e mantém os vínculos afetivos com ambos os genitores.

A fixação da moradia base, na ausência de consenso dos pais, deve ser fixada observando o melhor interesse dos filhos, como a disponibilidade maior ou menor do genitor em dispensar os cuidados, localização e segurança, resguardando ao outro o direito à convivência familiar e o exercício conjunto das decisões sobre a criação e educação dos filhos.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade que a animosidade latente dos pais não impede a imposição da guarda compartilhada pelo juiz, vencendo o entendimento de que é inadmissível se não existir consenso entre os genitores. Consta na ementa que:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. Recurso conhecido e provido.²⁰

²⁰ BRASIL. STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Relª. Minª Nancy Andrighi. j. 15.9.2016.

A decisão afasta a conduta de pais que, deliberadamente, mantenham uma situação de litígio com o outro para evitar a guarda compartilhada, privilegiando seus interesses em detrimento do melhor interesse dos filhos em usufruir dos cuidados e convivência paterna e materna, do duplo referencial, importantes para sua formação psicológica.

A guarda compartilhada afasta a sensação de posse de um dos genitores sobre os filhos, permitindo, na família atual, mesmo em litígio, o exercício democrático e igualitário da autoridade parental, atendendo ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, titulares de direito fundamental à convivência familiar. Mantém os vínculos afetivos maternos e paternos dos filhos, recebendo e consolidando os valores e padrões familiares formadores da personalidade. Outro grande efeito é inibir a prática de alienação parental em razão da convivência com ambos os pais e a disputa entre eles. Novamente é oportuna a lição de Conrado Paulino da Rosa:

O compartilhamento da guarda enquanto regra geral e, em consequência, a unilateralidade ser a via restritiva possibilita um novo paradigma nas dissoluções afetivas, principalmente, em razão de que a sua aplicação não mais depende do consenso entre os genitores. Justamente nessa linha é que se destaca a provocação da presente tese: a compulsoriedade enquanto direito da criança e não dos genitores.

A aplicação coativa do guarda compartilhada pode, outrossim, ser um meio de prevenção a reiterada prática de utilização dos filhos enquanto instrumentos de vingança, que é caracterizada como alienação parental. Sua utilização serve, não apenas como um meio profilático, mas também, de obstáculos a uma prática alienadora já estabelecida.

Ademais, considerando o papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos existentes na sociedade, e, bem como, a verdadeira dependência social dessa intervenção da esfera privada, o espaço estatal deve ser norteado pela proteção da prole e não na legitimação da autoridade de um dos genitores em detrimento de outro.

Com o compartilhamento forçoso afasta-se a lógica de que um dos pais ganhou a guarda e, em outra esteira, o outro perdeu. Quem

ganhará, por certo, será o filho que poderá contar com a participação de ambos nas decisões pertinentes à sua vida.²¹

Concluindo, a priorização da guarda compartilhada, portanto, atende ao melhor interesse da criança e do adolescente para que possam usufruir do ideal psicológico da referência paterna e materna na sua formação, vivenciando os modelos diversos de cada um dos pais, permitindo um desenvolvimento sadio e mantendo os vínculos afetivos, excluindo o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral, em momento de fragilidade em razão da separação dos pais. Cabe ao juiz, ao aplicar a guarda compartilhada, definir a fórmula como ela ocorrerá, utilizando-se de pareceres interdisciplinares, para preservar o melhor interesse do menor, impondo reestruturação, conversões e adequação aos pais para superarem os conflitos e ambos exercerem a autoridade parental.²²

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Rel^a. Min^a Nancy Andrighi. j. 15.9.2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

FREITAS, Douglas Phillips. *A nova guarda compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2017.

GIMENEZ, Ângela. *A guarda compartilhada pode ser um antídoto para a alienação parental, já que em muitos casos usa-se até de denúncias falsas para a guarda unilateral, defende juíza*. Disponível em: <www.pontona-curva.com.br/storage>. Acesso em: 28 ago. 2017.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. Direitos de visitas x direito de convivência. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 13, n. 70, fev./mar. 2012.

²¹ ROSA, Conrado Paulino da. *A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral*. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 197.

²² STJ. REsp n. 1.626.495-SP. Rel^a. Min^a Nancy Andrighi. j. 15.9.2016.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC n. 70059147280. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, j. 16.4.2014.

ROSA, Conrado Paulino da. A aplicação compulsória da guarda compartilhada em caso de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral. Tese de doutorado. Porto Alegre, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

FAMÍLIAS, AFETOS E DEMOCRACIA – COMO O AFETO FOI RECEBIDO E SE TRANSFORMOU EM CATEGORIA JURÍDICA

Giselle Câmara Groeninga

IBDFAM 20 anos de transformações – e pelo menos alguns séculos para que o afeto do amor, friso do amor, fosse recebido pelo Direito de Família.

E esta tem sido a função do IBDFAM –, função que se vê em primeiro lugar vivenciada neste e em todos os nossos congressos que se pautam pela amizade, pelo respeito à diferença veiculada pela empatia que desenvolvemos uns pelos outros. Aqui, felizmente, não nos digladiamos pelo que Freud chamou de o narcisismo das pequenas diferenças.

Aqui temos respeito às diferenças que sinto na pele pela acolhida da interdisciplinaridade.

De início, aponto pessoalmente o afeto e a gratidão para com o IBDFAM pelas oportunidades de crescimento intelectual e de trocas afetivo-amorosas entre profissionais de diferentes áreas – e assim, o IBDFAM foi e é pioneiro em acolher a interdisciplinaridade.

A interdisciplina, esta troca afetivo-amorosa entre profissionais de diferentes especialidades, é uma verdadeira democracia nas ciências.

O afeto foi recepcionado pelo Direito e se transformou, em princípio, valor ou categoria jurídica – dependendo do doutrinador.

Historicamente, em primeiro lugar, vivemos o reinado do afeto da culpa. Sim, a culpa é um afeto, e poderoso.

O afeto da culpa é e sempre foi também uma forma de controle social, religioso, institucional e familiar.

Sentimento de culpa, produto da ação do superego, esta instância crítica interna, este juiz que mora dentro de nós. Instância crítica

também fruto da internalização das leis e dos valores morais e dos valores sociais.

Culpa, o único entre os sentimentos que também é inconsciente – vejam só, e que nos pega sem que percebamos... A ele devemos sempre estar atentos.

E o Estado, a religião e o Direito se apropriaram desse afeto – culpa – para controle não só da agressividade, mas também da sexualidade e mesmo das expressões do amor sob diversas formas. Formas que temos hoje contempladas, lutando contra a culpa e o preconceito.

Formas de amor como homoafetividade, as uniões simultâneas, e mesmo o poliamor – estes são alguns dos novos desafios.

E o Direito usou e abusou da culpa, com medo das mudanças, e a serviço do controle social de forma ameaçadora e punitiva.

As famílias, hoje, são plurais, formam-se não mais em bases da conjugalidade indissolúvel, não mais em bases patrimonializadas e hiper-hierarquizadas.

São famílias, hoje, que acompanham não mais o predomínio do patriarcado – da objetividade e racionalidade, mas uma família que se funda também em bases mais femininas, em que a subjetividade, as emoções – os afetos, e mesmo a criatividade e a intuição passaram a um primeiro plano.

E as famílias e a conjugalidade não mais se mantêm pela culpa. Famílias que reconhecemos ter sua base no afeto do amor e na cooperação, embora também aí existam a agressividade e competição.

Tínhamos um Direito de Família:

- um tanto esquizofrênico – um tanto dissociado da realidade – “o que não está nos autos não está no mundo”;

- um tanto obsessivo – hiperobjetivo e hiper-ritualístico – “um direito que buscava processo não é meio, é fim”;

- um direito que excluía e que chegava muitas vezes a ser até antissocial;

- nas entrelinhas e meandros da lei, formas de pressão, acobertando injustiças como pode exemplificar o ditado: “antes um mau

acordo do que uma boa demanda” – aliás contra o que ainda lutamos hoje.

Todavia, de um Direito de Família excludente e simplificador das demandas, e mesmo contrário à sua natureza, de um Direito fundado na culpa, passamos ao Direito das Famílias, no plural.

Trouxemos a inevitável complexidade do que é ser um ser humano, e elevamos o afeto a uma categoria jurídica. Uma verdadeira epistemologia fundada em dar igual valor nas qualidades que nos constituem com interdisciplinaridade, que trouxe a complexidade também nos afetos – antes usados no singular – como se ele fosse só o amor, aliás uma pretensão de nossa parte.

Mas o que dizemos quando falamos em afeto? Só o afeto, o amor? Não.

Tenho batido na tecla de que o afeto, matéria-prima dos vínculos, envolve toda uma gama de emoções, de sentimentos – sentimento é o que dá sentido às relações.

Gama de emoções que vai da intensidade das paixões ao extremo da indiferença. Temos basicamente duas classes de afetos, os amorosos e os agressivos, os impulsos de vida e impulsos de morte. E sempre com certa dose de ambivalência.

Os dois estão sempre um tanto misturados.

E após tantos erros em tentar excluir a subjetividade e os afetos – parte daquilo que nos caracteriza como animais humanos – dos erros tiramos um “r” e de afetos um “s” e trouxemos Eros, o afeto, e o colocamos na berlinda.

E ao invocarmos Eros, uma luz, ele se faz acompanhar de raios e trovões – e uma verdadeira tempestade se fez, e se faz, no Direito de Família.

Os afetos são como as famílias – plurais.

E junto com Eros vem também Thanatos – impulso de vida ao lado de impulso de morte, o amor se acompanha de agressividade e mesmo de ódio – e estes, quando desbalanceados, são os que chegam ao Poder Judiciário – nunca é demais lembrar a frase – “são os restos do amor que chegam ao Poder Judiciário”.

Contudo, não só.

Chegam ao Judiciário pedidos para que ele alivie as angústias. E com estas temos movimentos de retrocesso, quando entra em cena o fantasma de um pai autoritário, punitivo e castrador das manifestações de liberdade pela via da sexualidade – incidentes que vários mencionaram num alerta ao retrocesso.

Em toda parte surgem ameaças à democracia.

Todavia, mais do que um sistema político, ela reflete *a ideia de igualdade, de liberdade, e de dignidade dos nossos direitos fundamentais.*

E ao trazermos a ideia de democracia para a família não estamos falando de estruturas políticas, mas de um estado de mente. E ao transpor a ideia de democracia dos valores de igualdade, liberdade, dignidade e de representatividade para a família é falar na defesa das vulnerabilidades.

A família, hoje, é a eudemonista, em que cada um busca sua realização e seu bem-estar. Atender à finalidade da família é o cuidar dos mais vulneráveis – crianças e adolescentes, e atualmente também os idosos, mas também da vulnerabilidade de todos nós.

Somos seres interdependentes, sobretudo em nossos afetos e por isso vulneráveis.

Temos necessidade básica de afeto e de troca com o outro, de uma correspondência não mensurada por meios objetivos, mas pelos nossos sentimentos, pela nossa subjetividade.

E em família o outro tem a chave do nosso coração – um canal aberto pelo vínculo e para o despertar de diversos sentimentos – na gama que vai do amor ao ódio, raiva, ressentimento e decepção.

Passamos de uma família e de um Direito de Família que refletia o modelo patriarcal – patrimonializado e hiperobjetivo, para uma organização produto de uma visão e formas mais femininas de interpretar a realidade. Uma forma que leva em conta a intuição, a subjetividade, a criatividade, os afetos.

E até na capacidade de rever, de interpretar, digerir como um sonho a comunicação e devolver com sentido simbólico, emocional e racional o que foi comunicado.

No Direito, temos uma outra base de interpretação, uma outra hermenêutica, com outras bases epistemológicas.

Uma interpretação das relações e dos vínculos não menos verdadeira, mas menos objetiva, e sim mais próxima da realidade das relações.

Todavia, as mudanças não param aí, não param naquelas trazidas pela revolução feminista em nosso olhar e nossa percepção de nós mesmos. Estamos passando ainda por outra revolução, a revolução que transcende as interpretações baseadas nas categorizações de masculino e de feminino, interpretações baseadas em categorias como o sexo e mesmo o gênero.

A Psicanálise nos trouxe a noção de que mentalmente temos todos características de um e de outro sexo e gênero – em certa medida somos todos bissexuais, mas o amor vai além da sexualidade.

Atualmente, temos uma outra revolução quanto à ampliação de nossa lente de interpretação da realidade – não mais baseada na visão masculina e/ou na visão feminina – mas a interpretação que não as opõe, que as inclui e transcende.

E se tivermos mudanças trazidas pela revolução feminista, temos hoje uma outra em curso – carregada pelos desafios em enfrentar as questões trazidas pela homossexualidade, ou como bem denominou Maria Berenice Dias, pela homoafetividade.

Esta é uma revolução para além da sexualidade e do gênero, o desafio hoje é o de um olhar baseado em transcender as diferenças – a revolução, mais do que nunca, requer como instrumento o desafio da empatia – o do colocar-se no lugar do outro, independentemente das diferenças, transcendendo os preconceitos, as ideologias.

Esta revolução chamamos de metassexualidade – não menos baseada no afeto, mas este vivido não de forma caricatamente masculina ou feminina, mas baseado na igualdade que nos constitui como animais humanos.

Acredito que esta é uma revolução ainda mais importante.

E o afeto, atualmente como princípio jurídico operativo e eficaz, implica justamente nesta qualidade, a da empatia, a de colocar-se no lugar do outro.

E se antes tínhamos um direito distanciado da realidade das relações, baseado na culpa e punição, um tanto obsessivo e ritualístico, assistimos a um Direito de Família na busca de novas formas de entendimento, novas formas de comunicação, novos mecanismos e institutos que visem não a acabar com o conflito, com a lide, mas, sim, em compreendê-la e transformá-la.

Assim, como o afeto tem sido recebido e se transformou em princípio, em categoria jurídica, podemos exemplificar com várias bandeiras do IBDFAM: direito homoafetivo, guarda compartilhada, alienação parental, abandono afetivo, adoção, famílias paralelas – tal qual o direito de ir e vir, trata-se do direito à oscilação afetiva entre pai e mãe, institutos que requerem o uso da empatia – matéria-prima da justiça.

Podemos exemplificar como o afeto tem sido recebido pelo Poder Judiciário em diversos mecanismos de abordagem dos conflitos que se transformam em lide judicial na interdisciplinaridade, no instituto da mediação, nas práticas colaborativas e ainda em outras formas que estão por vir.

Práticas que abordam os conflitos e lides em sua complexidade objetiva, subjetiva e afetiva. Práticas que abordam os conflitos e lides por meio do que se constitui como a forma mais elevada de troca afetiva – a empatia – a capacidade de a partir do reconhecimento das diferenças se colocar no lugar do outro.

Certo é que o afeto continua a nos trazer diversas questões do que fazer com ele.

Certo é que saímos do paradigma do afeto enquanto culpa, e passamos a considerar o afeto como uma categoria, um valor, um princípio jurídico, dependendo dos doutrinadores.

Certo também é que o afeto é algo que foge ao controle, difícil de mensurar, exigir e medir.

E além do processo da empatia como instrumento de conhecimento e reconhecimento da alteridade, está no princípio da responsabilidade quanto a nossos afetos que é o que é passível ao Direito fomentar, exigir e mais objetivamente mensurar. O princípio da afetividade deve, necessariamente, ser ponderado pelo princípio da responsabilidade.

As leis também orientam a expressão de nossos afetos – seja por palavras ou atos. E o Direito visa, em termos afetivos, dar a cada um o

que é seu – a possibilidade de vivenciar os nossos afetos e suas consequências da forma o mais responsável possível.

Assim, valores democráticos da igualdade, liberdade e dignidade na família implicam na igualdade pensada com base na capacidade em colocar-se no lugar do outro – a igualdade na diferença.

Liberdade – não mais a que se inicia onde começa a do outro, mas na liberdade que só existe com a liberdade e autonomia do outro.

E na dignidade, a pessoa só pode ser pensada enquanto meio, enquanto instrumento sim – mas para conhecer a nossa própria natureza –, já o outro, como objeto da nossa empatia.

Assim, temos mais um desafio à nossa identidade – o de como nos conhecemos e nos reconhecemos, aquilo que nos faz humanos. O desafio do que nos diferencia dos outros animais, também dotados de afetos – seres sencientes – o afeto da empatia.

Empatia que não mais podemos considerar os direitos – em família – como oposição, mas sempre como complementares.

A liberdade do outro começa onde começa a minha liberdade. A igualdade do outro começa onde posso enxergá-lo como um igual e diferente.

A dignidade só existe quando posso reconhecer no outro, na existência do outro – igual e diferente – o mesmo valor que dou à minha existência.

Finalmente, ainda como um dos avanços mais recentes nesse percurso de valorização do afeto, não poderia deixar de citar, além da quebra da fronteira que opunha homens e mulheres, objetivo e subjetivo, razão e emoção, uma mais recente quebra de fronteiras – aquela trazida pelo estudo do direito dos animais – seres sencientes, dotados da capacidade de afeto...

COMO FICAM AS ADOÇÕES PERANTE A DECISÃO DO STF (RE 898060) QUE RECONHECEU A POSSIBILIDADE DA MULTIPARENTALIDADE?

Maria Goreth Macedo Valadares

Advogada especialista em Direito das Famílias e das Sucessões. Doutora e Mestre em Direito Civil pela PUC Minas. Professora na PUC Minas e do IBMEC. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/MG e da Diretoria do IBDFAM/MG.

Sumário: 1. Introdução. 2. A multiparentalidade e o STF. 3. Adoção legal. 3.1 Adoção à brasileira. 3.2. Adoção unilateral. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No dia 21 de setembro de 2016, o STF proferiu uma decisão instigante para o Direito de Filiação, cujos efeitos serão experimentados pelos aplicadores do Direito com o decorrer do tempo. Trata-se do RE 898060, em que foi acatada a possibilidade da multiparentalidade, com tese¹ enunciada: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Multiparentalidade é a possibilidade de um filho ter pelo menos três pessoas na linha reta ascendente de primeiro grau. Tal instituto busca romper o paradigma da biparentalidade, ou seja, um pai e uma mãe para cada filho.

A decisão supramencionada do STF causou polêmica – inclusive não foi unânime – e, sem dúvida, é fonte de muita discussão para os estudiosos do Direito. Quando poderá uma pessoa ter dois pais ao lado de uma mãe e vice-versa? Teria essa decisão o condão de atingir as adoções? Em outras palavras, poderia um filho adotado buscar seu parentesco biológico com a produção de efeitos jurídicos?

¹ BRASIL. STF, RE 898060, Min. Rel. Luiz Fux, 21.09.2016.

São essas as perguntas que o trabalho pretende responder, analisando três hipóteses de adoção: adoção legal, adoção à brasileira e adoção unilateral.

2 A MULTIPARENTALIDADE E O STF

Não há quem duvide que a paternidade tenha como origem a presunção legal, a biologia ou a afetividade. E mais, a doutrina e a própria jurisprudência não conseguem concluir qual delas é prevalecente, vez que depende das peculiaridades do caso concreto.

Ação anulatória de registro civil de nascimento. Demanda ajuizada pelos irmãos da menor. Interesse exclusivamente econômico. Alegação da ocorrência de erro quanto à paternidade. Presunção de filiação estabelecida no registro que somente pode ser afastada se reconhecido o erro ou a falsidade do registro em decisão judicial. Exegese do artigo 1.604 do Código Civil. Reconhecimento voluntário da paternidade que se revela irretratável. Impossibilidade de se retificar o assento do nascimento da menor, *tendo em vista que o estado de filiação decorre da relação socioafetiva que se sobrepõe à realidade biológica*. Aplicabilidade do Enunciado nº 339 do CEJ. Precedente do STJ. Improvimento do apelo, nos termos do artigo 557, *caput* do CPC. (RIO DE JANEIRO. TJ, *Ap. Cível* 0003388-81.2007.8.19.0026, 10ª CC, Des. Rel. Celso Peres, 27.04.2011). (Grifos nossos).

APELAÇÃO – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA – PREVALÊNCIA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA SOBRE BIOLÓGICA – TESE AFASTADA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – PROVA PERICIAL – SENTENÇA CASSADA. – *Não deve ser aplicada a tese da prevalência da paternidade sócio-afetiva sobre a biológica se o próprio filho ajuíza ação requerendo a investigação da sua filiação biológica.*

– Depois de afastada a referida tese, deve ser cassada a sentença que julgou antecipadamente a lide e dispensou a realização da fase de instrução probatória, já que o material a ser produzido, e, sobretudo, a prova pericial, é indispensável para aferição da filiação biológica pretendida. – *Dá-se provimento ao recurso.* (MINAS GERAIS. TJ, *Ap. Cível* 1.0707.10.002838-0/001, 3ª CC, Des. Rel. Kildare Carvalho 30.01.2015). (Grifos nossos).

Apenas no caso a caso é que será determinada qual das formas de parentalidade sobressairá. É importante salientar que a multiparentalidade, ou seja, a declaração jurídica de uma dupla paternidade/maternidade pode colocar fim ao questionamento de qual parentalidade é a mais importante, se é que há uma resposta correta e apriorística para tal pergunta. Lisieux Borges muito bem descreve sobre a gama de parentidades e conclui que a decisão final fica a cargo exclusivo do intérprete:

Essa fragmentação da paternidade em razão dos diferentes critérios adotados para o estabelecimento da filiação possibilitou que a todos se garantisse um pai, respeitando a realidade fática de cada filho. Essa paternidade pluralizada, ao mesmo tempo em que possibilita a todos os filhos buscarem um pai, em razão de diversos critérios possíveis, quais sejam, jurídico, biológico ou socioafetivo, traz também uma imprecisão quanto a sua aplicação, pois não há em lei, doutrina ou jurisprudência critérios claros para aplicação de uma ou de outra paternidade. Assim, em casos de conflitos de paternidades, os intérpretes do direito escolhem alguma ou algumas dessas paternidades como sendo a verdadeira paternidade.²

Em determinadas situações, as três formas de parentalidade podem estar presentes em uma só pessoa, mas também podem estar disseminadas em pessoas diferentes. Assim, um filho pode ter mais de um pai, se considerarmos todas as formas de parentalidade trabalhadas na atualidade. A multiparentalidade seria uma medida para acabar com a arbitrariedade hoje existente e para pôr fim de vez à ideia de que existe prevalência de uma parentalidade sob a outra.

A questão sobre a predominância de uma paternidade sobre a outra há muito deixa os operadores do Direito inquietos. Já em 1996, Fachin instigava sobre quem seria o pai:

O marido estéril consentiu na inseminação artificial da mulher; posteriormente dela se separou de fato. A mãe passou a viver em união estável com outro homem, o qual deferiu à criança o tratamento de filho. A quem essa criança designará de pai? Pela presunção legal de paternidade, pai jurídico é o marido da mãe. Segundo a origem genética, é o pai o doador. E, de acordo com a verdade

² BORGES, Lisieux Nidimar Dias. O princípio da igualdade entre os filhos. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: Atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 195.

socioafetiva da filiação, é aquele que tem relação paterno-filial calcada na posse de estado de filho.³

E apesar dos anos, o questionamento permanece atual, chegando recentemente ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu ser a discussão sobre a prevalência da socioafetividade um tema de repercussão geral. No caso em debate, o filho pedia a anulação de seu registro de nascimento para constar o nome do pai biológico. O pai biológico interpôs recurso extraordinário, alegando que a decisão do STJ de que a paternidade biológica deveria prevalecer em detrimento da afetiva não atendia aos anseios da família, nos moldes do art. 226 da Constituição Federal.

A Procuradoria Geral da República, no parecer relativo ao Recurso Extraordinário acima mencionado, com toda proficiência afirmou que não há como definir de antemão, em abstrato, qual paternidade deve prevalecer. E mais do que isso, concluiu pela possibilidade da multiparentalidade:

É possível o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental em relação a um mesmo sujeito, pois não admite a Constituição restrições injustificadas à proteção dos diversos modelos familiares, cabendo à análise em cada caso concreto se presentes elementos para a coexistência dos vínculos ou para a prevalência de um deles. (PROCURADORIA Geral da República, RE 898060, 2016).

Em brilhante e inédita decisão, o STF, por maioria, entendeu cabível a multiparentalidade:

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem biológica e afetiva, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. (BRASIL. STF, RE 898060, Min. Rel. Luiz Fux, 21.09.2016).

³ FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 51.

A decisão do STF, a um só tempo, reconheceu a paternidade socioafetiva, a inexistência de hierarquia entre a biologia e a afetividade e a possibilidade de cumulação entre elas. O Ministro Luiz Fux, em seu voto de relatoria, concluiu que o Direito deve atender às expectativas humanas, ainda que não estejam elas encaixadas nas concepções da maioria:

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve ser curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa e não no cliente. (BRASIL. STF, RE 898060, Min. Rel. Luiz Fux, 21.09.2016).

Com a recente decisão, comprovou-se que a dicotomia entre biologia e afetividade pode não ser a solução mais benéfica para pais e filhos. Ademais, prematuro é dizer de antemão, sem a análise cuidadosa do caso a caso, que existe uma paternidade mais importante do que a outra. O que fez o STF vai de encontro ao que se busca comprovar: a possibilidade de cumulação, quer simultânea ou sucessiva das parentalidades.

O Direito não é uma ciência exata e, por isso, imatura será qualquer decisão que escolha de antemão uma ou outra paternidade, principalmente se tal escolha for feita sem levar em conta a realidade fática dos envolvidos, ou seja, se for uma escolha em abstrato.

Acolhida a tese da multiparentalidade, a discussão sobre qual das parentalidades é a mais importante ou sobre qual delas deve prevalecer em um determinado caso concreto perde a razão de ser, já que “todos os pais” podem ser a um só tempo responsáveis por um filho. No atual estágio em que se encontra o Direito das Famílias e a parentalidade, a decisão que determinar a coexistência de duas fontes ou mais de parentalidade pode, sem dúvida, ser a mais coerente.

No entanto, a decisão do STF não limitou quando e como poderá a multiparentalidade ser reconhecida, fazendo com que inúmeros questionamentos surgissem, em especial no que diz respeito à adoção, já que certamente os filhos adotivos têm pais biológicos e afetivos. Contudo, poderão os filhos adotivos buscar o reconhecimento da parentalidade biológica com efeitos jurídicos?

3 ADOÇÃO LEGAL

A adoção é uma construção jurídica que coloca duas pessoas na condição de pai e filho, ainda que não haja entre elas nenhuma ligação biológica. “É o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afinidade”.⁴

É uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta, ao lado da guarda e da tutela. Entre as três, é sem dúvida a que acarreta consequências mais drásticas, já que a lei determina que serão rompidos todos os vínculos com a família biológica, permanecendo apenas e tão somente os impedimentos matrimoniais.

Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessados quaisquer vínculos com a antiga família, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado.⁵

O rompimento com a família biológica coloca em xeque a decisão do STF: se a lei prevê expressamente o rompimento com os vínculos biológicos, poderia nessa situação haver a declaração da multiparentalidade?

Num primeiro momento, a resposta é negativa, pois como frisado, a adoção legal apaga os vínculos com a família biológica, impondo uma nova vida aos envolvidos, em especial ao filho adotivo.

No entanto, muitas vezes e pelos mais variados motivos, o adotando demonstra interesse em buscar seu passado e conhecer seus pais biológicos. Assim, questão sempre posta de forma tormentosa é se haveria ou não a possibilidade de investigação da paternidade biológica pelo filho adotado. O Superior Tribunal de Justiça já vinha manifestando entendimento favorável ao afirmar:

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. V, p. 454.

⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/1990 (ECA). A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA. (BRASIL, STJ, REsp 127.541 – RS, 3ª T. Min. Rel. Eduardo Ribeiro, 28.08.2000).

Tal questionamento tem hoje pronta resposta com o art. 48⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificado pela Lei n. 12.010 de 2009, que permite ao adotando o conhecimento de sua origem biológica, tendo acesso irrestrito ao processo de adoção. Sobre o referido artigo, Rolf Madaleno afirma que

A busca da sua ancestralidade é um direito que tem o adotado de conhecer a sua origem e de buscar informações acerca da sua história, cujo conhecimento é fundamental na construção da sua personalidade, ou para assegurar sua saúde, havendo pungentes testemunhos da dor dilacerante que representa uma pessoa não saber quem são e como são, ou como foram seus pais, e as razões pessoais do seu abandono.⁷

Ocorre, porém, que o entendimento é o de que os efeitos do parentesco serão ignorados, sendo possível apenas a busca pela origem biológica:

a) em caso de necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem genética; para preservar os impedimentos matrimoniais; c) para garantir a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de grave doença genética, pelo que, nestas três hipóteses, não haverá declaração do estado de filho, os efeitos do parentesco, alimentos, nome, herança ou poder familiar (pátrio poder), porquanto esses direitos já são ostentados pelo filho sociológico.⁸

⁶ Art. 48 do ECA: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 616.

⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181.

Assim, percebe-se que quando de uma adoção legal, aqui não englobadas as hipóteses de adoção à brasileira e adoção unilateral – que serão mais à frente tratadas –, há um impedimento legal: o art. 41⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina o rompimento de todos os vínculos com a família biológica, com a única exceção dos impedimentos matrimoniais. A descoberta do vínculo biológico nas adoções é permitida como direito da personalidade, sem vínculo de filiação.

Para que nessas situações seja possível a declaração da multiparentalidade, necessária se faz uma alteração legislativa, já que de fato existirão dois vínculos com relação a um filho, havendo por força de lei uma vedação expressa ao reconhecimento jurídico de um deles, qual seja, o biológico.

No entanto, a questão não é tão simples e muitos podem se questionar se a legislação afeta ao tema não seria inconstitucional, por entenderem que impedir o reconhecimento da multiparentalidade na adoção, situação em que óbvia e tão perceptivelmente a pessoa tem pais biológicos e afetivos, feriria a dignidade da pessoa humana.

E foi assim, desconsiderando o impedimento legal existente, que recentemente tivemos uma sentença declarando a multiparentalidade em um caso de adoção legal. Trata-se de um caso peculiar que envolvia uma adoção legal entre parentes biológicos. Verificou-se que apesar de a filha ter sido adotada legalmente pela prima do pai biológico, em virtude do falecimento de sua genitora, ela continuou tendo contato com os parentes consanguíneos. Também relevante ressaltar que para a declaração da multiparentalidade nesse caso concreto, todos os irmãos biológicos concordaram com o pedido, uma vez falecido o pai biológico. A magistrada que julgou o caso salientou:

Evidenciado no caso o ânimo de ver reconhecida a origem biológica, sem exclusão da filiação socioafetiva estabelecida em adoção empreendida pelos pais registrais, com anuência dos herdeiros, impõe-se o reconhecimento judicial da multiparentalidade, inserindo seus dados no registro público de nascimento da autora. (MANGABEIRA/PB, sentença proferida nos autos 0036184220158152003, pela MM^a. Juíza Angela Coelho de Sales, julgado em 08.05.17).

⁹ Art. 41 do ECA: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Eventual alteração legislativa deve ser amplamente discutida com especialistas não só do Direito das Famílias, como também de áreas afins, como a Psicologia, a Psiquiatria e a Sociologia para que juntos possam encontrar uma resposta que respeite a individualidade e os anseios dos envolvidos. Até porque, há o risco de diminuir drasticamente o número de interessados em adotar, com receio da descoberta e envolvimento dos pais biológicos, considerando que a declaração da multiparentalidade, diferentemente da descoberta da origem genética – enquanto direito da personalidade –, gera efeitos jurídicos advindos do vínculo de filiação. E, talvez, dividir com os pais biológicos a responsabilidade para com o filho não seja o intuito dos pais adotivos.

3.1 Adoção à brasileira

A adoção à brasileira é uma espécie de filiação afetiva, ocorrendo quando uma pessoa registra como seu filho de outrem. Tal conduta está tipificada no Código Penal,¹⁰ mas muitas vezes deixa de ser punida em razão dos motivos benevolentes que levaram à prática do ato.¹¹ Evidenciando os preceitos constitucionais, Nidiane Moraes Silvano Andrade revela a constitucionalidade da proteção a essas filiações de fato:

No contexto de especial proteção estatal fundada na dignidade da pessoa humana acima delineado, o dispositivo constitucional que assegura a igualdade de direitos entre os filhos não se limita aos casos de adoção formal, feita de acordo com o ECA e o Código Civil, mediante sentença transitada em julgado. É correto afirmar que a

¹⁰ Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

¹¹ O afeto se sobrepõe à questão criminal. Foi com esse entendimento que a desembargadora Marli Mosimann, presidente e relatora do caso, decidiu, no último mês, a favor do perdão judicial de um casal que adotou e registrou uma criança como filho sem passar pela lista de adoção. A desembargadora explica que, em primeira instância, o juiz reconheceu a culpa pelo crime, contido no art. 242 do Código Penal, mas optou afastar a apenação, julgando extinta a punibilidade dos réus, de acordo com o art. 107, IX, do CP. (fls. 253-258). O representante do Ministério Público da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages interpôs recurso de apelação, alegando não caber aplicação do perdão judicial porque o fato constitui burla à adoção e que seria legitimação da adoção à brasileira. Contudo, considerando a nobreza do ato, a desembargadora votou a favor ao perdão judicial. “Hoje a criança tem 10 anos, imagina como ela ficaria ao saber que os pais vão cumprir pena por causa dela. Na época a mãe não tinha condições, configurando uma gravidez indesejada. Fizeram um ato de nobreza e ajudaram ela a manter a gravidez”, explica. Para a desembargadora, as questões ligadas ao Direito de Família exigem maior flexibilidade pelos operadores do direito. “Não podem levar as palavras da lei ao máximo como no caso das questões criminais”, afirma. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4905>>. Acesso em: 28 fev. 2013).

Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, protege também os “filhos de criação” e aqueles adotados “à brasileira”.¹²

A adoção à brasileira ocorre comumente quando um homem passa a residir com a mãe da criança e a registra em seu nome, aproveitando a omissão do nome do pai no registro civil.

Em tais casos é estabelecido entre a criança e o pai registral vínculo de filiação e para todos os efeitos legais é ele o responsável pelo filho. Todavia, nada impede esse filho de buscar o pai biológico, ou desse querer encontrar o filho, principalmente quando não foi sequer avisado da gestação.

No entanto, se no caso concreto ficar comprovada a existência da relação afetiva entre o adotante e o filho, a multiparentalidade é a decisão que mais atende aos interesses dos envolvidos, devendo nessas situações haver a inclusão do “novo” pai, sem a exclusão do já existente, seja ele registral, biológico ou mesmo afetivo. Essa foi a conclusão à qual chegou o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Clayton Rosa.

Ao se deparar com um pedido de reconhecimento de paternidade cumulado com retificação de registro civil formulado pelo pai biológico em face do pai socioafetivo, que praticou adoção à brasileira, o magistrado determinou a inclusão do pai biológico no registro da criança, bem como a manutenção do afetivo, fixando visitas e alimentos para o “novo” pai.

Assim, o fenômeno da multiparentalidade deve ser reconhecido como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e em atenção ao melhor interesse da criança que, neste caso, continuará convivendo e mantendo relações de afeto com os dois pais. (BELO HORIZONTE/MG, sentença proferida nos autos 0024.11.113.362-5, pelo MM. Juiz Clayton Rosa, na 5ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte/ MG).

Outro julgado envolvendo a adoção à brasileira e a multiparentalidade ocorreu em Vitória/ES. O pai registral reconheceu a filha, mesmo sabendo desde sempre que não havia entre eles qualquer

¹² ANDRADE, Nidiane Moraes Silvano. Os direitos dos filhos de criação. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/45265/direitos_dos_filhos_andrade.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

vínculo biológico. Ele faleceu em 2004 e, apenas em 2011, a mãe e o pai biológico fizeram o exame de DNA, constatando-se a paternidade biológica. O pedido de multiparentalidade foi prontamente acatado:

No entanto, como a sociedade brasileira passa por profundas transformações que refletem no Direito de Família, atualmente a ideia de se possuir dois pais e duas mães não se revela impossível, já que a família contemporânea está ligada ao afeto e a busca da felicidade. (VITÓRIA/ES, sentença proferida nos autos 0010040-48-2015.8.08.0024, pelo MM. Juiz Antônio Carlos de Oliveira Dutra, 03.06.2015).

Como relata Caio Mário, “quem pretende focalizar os aspectos éticos-sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedades de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme”¹³ Assim, nos casos de adoção à brasileira, a multiparentalidade pode e deve ser ventilada pelos envolvidos ou pelos aplicadores do Direito.

3.2 Adoção unilateral

A adoção unilateral é aquela que ocorre entre adotante e o filho de seu cônjuge ou companheiro. É unilateral porque apenas uma das linhas ascendentes será alterada. “O termo unilateral significa que a substituição da filiação ocorre apenas na linha materna ou paterna”.¹⁴

Nessa hipótese, não há necessidade de o adotante ter prévio cadastro na fila da adoção,¹⁵ já que se trata de uma situação excepcional. Pode-se apresentar, como exemplo, uma mãe viúva que se casa novamente e seu novo cônjuge resolve adotar seu filho. Obviamente que a criança não está disponível para ser adotada por qualquer pessoa. A adoção só faz sentido porque sua mãe passou a ter um vínculo com o adotante e esse, por sua vez, com o filho a ser adotado.

Tal como nas adoções bilaterais, na hipótese aqui discutida, há também o rompimento dos vínculos com a família biológica que vai ser

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro, 2004, p. 170.

¹⁴ PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção – significados e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 79.

¹⁵ Art. 50, § 13, do ECA: 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;

substituída, sendo expedida uma nova certidão de nascimento, sem resquícios da linha materna ou paterna que foi objeto de alteração.

Ora, será coerente com as novas características da família a imposição do desfazimento do vínculo com os parentes biológicos, em especial com os avós, que podem, inclusive, ter nos netos a mais gratificante lembrança de seus filhos?

Assim, para evitar qualquer dano aos envolvidos, que vão além de adotado e adotando, nas adoções unilaterais, necessária deve ser a oitiva¹⁶ dos avós sobre a adoção que se pretende realizar, bem como sobre a multiparentalidade, que pode ser a saída jurídica para atender a todos, em especial ao adotado, que além do novo vínculo com o cônjuge ou companheiro de um de seus pais, permanecerá tendo vínculo com seus avós biológicos e demais membros dessa família.

Em dezembro de 2014, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a adoção unilateral não tem o condão de afastar o vínculo entre a avó biológica e o neto adotado unilateralmente pela madrastra, conforme ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – MENORADOTADA UNILATERAMENTE PELA MADRASTA – AVÓ BIOLÓGICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – POSSIBILIDADE – MELHOR INTERESSE DO MENOR – RECURSO DESPROVIDO. - A adoção unilateral, em razão do falecimento da mãe biológica, não tem o condão de romper definitivamente o vínculo de filiação natural da criança com a família materna, nos termos do art. 1626 do Código Civil. - O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza em seus artigos 4º e 19º o direito da criança à convivência e manutenção dos laços familiares. - Prevê o Código Civil Brasileiro, de forma expressa, o direito de visita dos avós (art. 1.589, Parágrafo Único), de modo que presentes os requisitos legais, deve ser mantida a r. decisão impugnada, que a concedeu- Agravo desprovido.¹⁷

O referido processo aborda a regulamentação de visitas da avó biológica materna a uma criança que foi adotada unilateralmente

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Rescisória 70022312946. Relator Rui Portanova. Julgamento: 07.01.2010. 8ª Câmara Cível. Data da Publicação: 08.01.2010. Ação rescisória. Adoção unilateral pela companheira do pai dos adotados. Erro de fato e dolo da parte vencedora necessidade de participação dos avós maternos biológicos na ação de adoção. Preliminar de carência de ação.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0338.13.013154-7/001. Relatora Hilda Teixeira da Costa. Julgamento: 20.11.2014. 2ª Câmara Cível. Data da Publicação: 04.12.2014.

pela madrasta após a morte da mãe biológica. Os pais (pai biológico e madrasta/mãe afetiva) da criança não queriam viabilizar as visitas da avó biológica materna, sob o argumento de que a adoção rompe os vínculos com os pais e parentes biológicos, alegando a ilegitimidade da avó para propositura da ação de regulamentação de visitas, afinal de contas, com a adoção ela deixara de ser avó.

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido liminar formulado pela avó para restabelecer o seu convívio com a menor, todavia os pais recorreram da decisão.

No voto, a relatora afirma que é direito dos avós visitar os netos, além de salientar que a adoção unilateral não possui o condão de romper definitivamente a filiação e a descendência com a família materna. Reconheceu, assim, a legitimidade da avó para figurar no polo ativo da demanda e confirmou o pedido liminar do juízo *a quo*.

Entretanto, decisões¹⁸ como essa não mantêm os vínculos formais entre avós e netos e, por isso, a multiparentalidade se mostra mais acertada.

Retirar de uma pessoa o direito de ter reconhecida a multiparentalidade traz consequências não só no que diz respeito aos pais, mas também aos avós, que podem ser tolhidos de conviverem com seus netos, em virtude, de uma adoção.

Necessária se torna a discussão jurídica, já que casos, por exemplo, de adoções unilaterais, pedem uma postura ativa do Judiciário, que não pode fechar os olhos para a realidade social.

Pode dizer-se que actualmente o Direito de Família tende a conformar-se sob a inspiração de um princípio de verdade: as prescrições jurídicas tendem a reconhecer as aspirações, as necessidades e a situação real, biológica e afectiva, dos membros da comunidade familiar.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0051.07.020501-1/001. Relator Wander Marotta. Julgamento: 08.04.2008. 7ª Câmara Cível. Data da Publicação: 23.04.2008. MENOR - PAI DA CRIANÇA FALECIDO - ADOÇÃO PELO PADRASTO - DIREITO DE VISITAS DA AVÓ BIOLÓGICA PATERNA - LEGITIMIDADE ATIVA - SENTENÇA CASSADA. - A adoção efetivada pelo cônjuge da mãe (padrasto), em virtude do falecimento do pai biológico, não tem o efeito de romper definitivamente o vínculo estabelecido pela filiação natural da criança com a família paterna, conforme prescreve o art. 1626 do Código Civil. - A realidade material dos fatos não é anulada pela ficção do ato legal da adoção, devendo ser preservados os vínculos afetivos e familiares do menor, cuja individualidade não é atingida por presunções artificiais da realidade que a lei, com outras razões, estabelece.

¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da família*. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. 9.

Para reforçar tal posicionamento, insta mencionar os recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo interno. Decisão monocrática. Art. 557, *caput*, do CPC. Agravo de Instrumento. Ação de regulamentação de visitas. Visitação dos avós paternos à neta. Possibilidade. Estando a menor sob a guarda e responsabilidade da genitora, é de ser assegurado aos avós paternos o direito de visitas. Direito de visitação que se impõe resguardado. Agravo interno parcialmente provido.²⁰

Também não se pode olvidar do direito sucessório, em que os netos podem ser chamados a receber por direito de representação aos pais falecidos, nos termos do art. 1.851 do Código Civil.²¹

É de suma importância para a criança manter os vínculos e a convivência com seus avós, que são figuras também responsáveis pelo desenvolvimento e crescimento de seus netos, mesmo diante de uma adoção unilateral. Os avós integram a família do menor, de modo que têm direito a manter a convivência, ainda que os netos passem a ter mais de um pai ou mãe no registro de nascimento.²²

Assim, nas adoções unilaterais, a multiparentalidade pode sim ser a melhor solução jurídica, respeitando cada família em sua singularidade, sem pretensões castradoras, sem preterir uns em detrimento de outros. E, o mais importante, respeitando a história dos envolvidos.

²⁰ BRASIL. TJRS, Ag. Reg. 70068040492, Des. Rel. Jorge Luis Dall'Agnol, 7^a CC, 24.02.2016. No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. VISITAS. AVÓS. O direito de visita dos avós encontra-se positivado – parágrafo único do art. 1.589, do CPC –, devendo tal ajuste atentar aos interesses da criança acima de todos os demais, princípio que deve orientar e reger qualquer decisão judicial em matéria envolvendo crianças e adolescentes. No caso, embora exista conflito entre as partes, há que estimular o convívio da avó com os netos, como forma de fortalecer vínculos familiares. NEGADO PROVIMENTO. (BRASIL. TJRS, Ap. Cível 70067559872, Des. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7^a CC, 16.12.2015).

²¹ Art. 1.851 do Código Civil. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.

²² O programa Fantástico, da Rede Globo, apresentou uma reportagem no dia 15.03.2015, mostrando a indignação de um avô que deixou de figurar na certidão de nascimento do neto, cujo pai era falecido, em virtude da adoção unilateral pelo novo marido da mãe. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/03/avos-tem-nomes-retirados-de-documentos-da-neta.html>>. Acesso: 13 jul. 2017). Sobre o tema: VALADARES, Maria Goreth Macedo; FERREIRA, Isadora Costa. Multiparentalidade: uma forma de respeito da convivência avoenga nas adoções unilaterais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 8, p. 81-98, abr./jun. 2016.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) Em setembro de 2016, o STF firmou tese no sentido de ser possível a declaração e o reconhecimento da multiparentalidade, com efeitos jurídicos, sem, entretanto, especificar quando e como será tal declaração.

b) Assim, as hipóteses e as consequências dessa importante e paradigmática decisão só serão sentidas no decorrer do tempo, à medida que novos casos forem chegando ao Poder Judiciário.

c) Uma das perguntas que ficou sem resposta com a decisão do STF diz respeito à adoção, pois, nesses casos, não há nenhuma dúvida de que o filho tem pais biológicos e afetivos.

d) Constatou-se que na adoção legal há um impedimento legal para o reconhecimento da multiparentalidade e que para ela ser possível o ideal seria uma alteração na legislação sobre o tema.

e) Já na adoção à brasileira, assim como na unilateral, verificou-se a plausibilidade da multiparentalidade, desde que essa seja a saída que melhor atenda aos interesses dos envolvidos, em especial dos descendentes.

f) Permitir esse novo formato para a filiação garante a eficácia do princípio da paternidade responsável, bem como a dignidade de toda a família.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Nidiane Moraes Silvano. *Os direitos dos filhos de criação*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/45265/direitos_dos_filhos_andrade.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. O princípio da igualdade entre os filhos. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da família*. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001.

PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção – significados e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. V.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; FERREIRA, Isadora Costa. Multiparentalidade: uma forma de respeito da convivência avoenga nas adoções unilaterais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 8, p. 81-98, abr./jun. 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Jurisprudência:

BRASIL. STF, RE 898060, Min. Rel. Luiz Fux, 21.09.2016.

BRASIL, STJ, REsp 127.541 – RS, 3ª T. Min. Rel. Eduardo Ribeiro, 28.08.2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Rescisória 70022312946. Relator Rui Portanova. Julgamento: 07.01.2010. 8ª Câmara Cível. Data da Publicação: 08.01.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0338.13.013154-7/001. Relatora Hilda Teixeira da Costa. Julgamento: 20.11.2014. 2ª Câmara Cível. Data da Publicação: 04.12.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0051.07.020501-1/001. Relator Wander Marotta. Julgamento: 08.04.2008. 7ª Câmara Cível. Data da Publicação: 23.04.2008.

BRASIL. TJRS, Ag. Reg. 70068040492, Des. Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, 7ª CC, 24.02.2016.

BRASIL. TJRS, Ap. Cível 70067559872, Des. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª CC, 16.12.2015.

É POSSÍVEL UM DIÁLOGO ENTRE LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO DAS FAMÍLIAS?

Isabella Paranaguá

Advogada. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), bolsista CNPq. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), bolsista CAPES. Pós-Graduada em Direito Processual Civil (FMS) pelo LFG. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo Damásio de Ensino. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, seção Piauí (IBDFAM/PI). Presidente da Comissão de Direito das Famílias e Sucessões da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Piauí (OAB/PI).

Sumário: 1. Introdução 2. A família brasileira na pós-modernidade: aspectos jusfilosóficos. 3. Construindo pontes entre liberdade religiosa e o direito das famílias. 3.1. Princípios jurídicos que devem permear o diálogo entre liberdade religiosa e o direito das famílias. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para melhor compreender a evolução do conceito e da função das famílias no Direito brasileiro, deve-se adotar como marco fundamental a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, faz-se necessário observar o avanço ocorrido na referida Carta Constitucional, ao reconhecer, embora timidamente, outras duas espécies de família, diferentes do casamento, no artigo 226 do seu texto.

Nessa perspectiva, vêm à tona algumas indagações: teria a Carta Magna pátria exaurido todas as espécies de núcleo familiar naquele artigo? Trata-se de um rol exemplificativo ou taxativo? Por que o Estado laico brasileiro não dispõe sobre todos os modelos de arranjo familiar existentes na atualidade? Existe a interferência de orientações religiosas, obstaculizando a proteção legal da pluralidade de famílias, embora seja o Estado laico? São estas as principais perguntas a serem respondidas por meio de fundamentos comuns para o debate entre liberdade religiosa e direito das famílias.

O modo de estruturação das famílias no Estado brasileiro, ao longo dos últimos anos, modificou de tal maneira que provocou e vem provocando impactos em alguns aspectos da vida social. Num quadro mais amplo, deve-se admitir que o Direito das Famílias é a ramificação do Direito Civil brasileiro, que sofre mais impacto com as transformações sociais. A título de exemplo, o Direito das Obrigações ainda obedece, na atualidade, sem muito desgaste, algumas classificações romanas. Por assim dizer é que o Direito das Famílias é o mais dinâmico dos direitos, pois muda ao mesmo passo que a sociedade. Tal processo lança as bases para a elaboração de novos documentos legais, que merecem possuir características liberais e que atendam à principal função da instituição família: a sua característica de meio para a busca da felicidade e da realização dos desejos e pretensões do homem, que se une por vínculos socioafetivos.¹

O primeiro fato que precisa ser destacado é o de que o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quando não confere legalidade a todas as espécies de família existentes na atualidade. Isto traz consequências negativas enormes para a organização do Estado Democrático brasileiro, as quais recaem diretamente sobre a sociedade, pois todo cidadão vive em um tipo de núcleo familiar.

É imprescindível lembrar que o anteprojeto do Código Civil de 2002 data de 1972, sendo que o projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, após cuidadoso estudo e debate de 1.063 emendas. Além disso, o diploma foi criado durante um momento de profundas alterações políticas, caracterizadas pela passagem do sistema militar para o regime democrático. Assim, no campo do Direito das Famílias sobrevieram mudanças essenciais, as quais o referido diploma precisa de adaptação para os moldes atuais.

O Código Civil brasileiro vigente (2002) dificulta a proteção de novos grupos familiares subsistentes na vida pública desde seu processo de criação, pois não os identifica em seu texto legal. Sendo assim, há também uma justificativa histórica para a não proteção das famílias plurais, posto que não há possibilidade de o diploma prever certos acontecimentos. Contudo, a família não é natural. É cultural, por isso o seu conceito transcende sua própria historicidade. Logo, como o objetivo é analisar a efetividade do Direito das Famílias pós-moderno, tal limitação se constitui no obstáculo de maior proporção, uma vez considerando que o rol do artigo 226 da Constituição é aberto.

¹ Cf. Princípio da função social da família diz que não é a família um fim em si mesmo. Em GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6, p. 101-102.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.²

Entretanto, nota-se, no exercício do Direito de Família contemporâneo, a debilidade que há por conta das lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, quando não dispõe claramente sobre os vários tipos de arranjos familiares, como será visto. Nesse sentido, desses trechos é possível fazer uma relação entre o papel da justiça da lei e uma lei produtiva para o Direito das Famílias. Uma vez que o homem é um animal político, que tende a se agrupar e criar uma cidade, em busca da realização do bem comum, sua capacidade de se comunicar com os demais da sociedade é fundamental para a persecução de leis que visem o bem comum, o fim último do homem. Contudo, como ressalva Tomás de Aquino, deve-se lembrar que neste bem comum há igualmente o desejo do interesse individual. Contanto que o homem aja sempre de acordo com a virtude, sua realização como pessoa também importa para o espírito da lei.

Vale dizer, o Estado e a Igreja deixaram de ser necessárias instâncias legitimadoras da família, para que se pudesse, então, valorizar a liberdade afetiva do casal na formação de seu núcleo familiar, circunstância esta verificada, inclusive, na Europa, conforme anota Guilherme de Oliveira:

Desde então tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição dos valores e dos 'deveres conjugais' predeterminados por qualquer entidade externa aos conviventes.³

² LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 22 set. 2016.

³ Cf.: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6, p. 44.

Investiga-se o conceito atual de família no Brasil, apontando-se as soluções para o conflito Estado, Religião e Famílias, e verificando a hipótese sugerida por meio da leitura sobre o tema, ou seja, a de que as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas no Estado brasileiro tornaram as famílias dinâmicas e plurais. Portanto, se o Estado brasileiro é laico e diz que seus cidadãos devem ser tratados de forma igualitária, não há porque orientações religiosas impedirem a regulamentação legal de todos os núcleos familiares.

2 A FAMÍLIA BRASILEIRA NA PÓS-MODERNIDADE: ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS

A família representa o espaço natural de pertencimento do indivíduo a um grupo pelo nascimento ou adoção. É no seio dela que o homem cresce, desenvolve seu caráter e adquire as habilidades para se portar na sociedade. A discussão sobre os modelos de família vem à tona devido aos impactos da pós-modernidade, que criou uma geração diversificada e capaz de transformar-se rapidamente em um curto período de tempo. Assim sendo, concomitantemente ao lado da família tradicional – formada pelo casamento entre um homem, uma mulher e a procriação, predominantemente eivada de morais religiosos –, constituíram-se novos modos de relação familiar, igualmente consolidados pelo afeto entre os membros.

A família brasileira atual não é a mesma das Ordenações Filipinas do Brasil-Colônia, que conferiam apenas à autoridade eclesiástica a incumbência da celebração e regulamentação do casamento e adotava para o Direito pátrio de família as normas do Direito Canônico. Também, é uma família além da proclamação da República, momento histórico em que houve a separação formal entre a Igreja e o Estado, e regulamentou-se o casamento civil, com o Decreto n. 181, de 24.01.1890, em que Rui Barbosa foi o autor.

Esse período correspondeu ao momento em que o casamento só existiria por meio do seu devido registro no Cartório de Registro Civil. Referido decreto aceitava a liberdade de crença religiosa, aceitando fora dos ditames legais a realização do casamento religioso, contudo, apesar desse forte hábito social de cunho sagrado, para ser admitido legalmente o casamento deveria ser confirmado pelo poder estatal. Diante disso, elaborou-se posteriormente o Decreto n. 521, em 26 de junho de 1890, que vedava a celebração de casamento religioso antecedido ao civil.

Esses acontecimentos são retratos da mudança do Estado Democrático brasileiro, que passou a se impor diante do poder da Igreja (Lei n. 1.144/1861, e os Decretos n. 181 e 521), notando-se que aos poucos o Estado buscou absorver o controle regulamentar da família, que até então possuía como única forma aceita o casamento. O advento da Constituição Republicana marcou ainda mais a divisão entre Igreja Católica e Estado, afirmando a República o reconhecimento de uma única forma de casamento, o civil. Na sequência, todas as Constituições seguintes regulamentaram a família por meio da proteção legal ao casamento entre um homem e uma mulher.

A influência da Igreja sempre foi tão forte na sociedade que por bastante tempo perdeu nas disposições sobre Direito de Família do Código Civil Beviláqua os mesmos moldes do Direito Canônico. A narrativa do Código Civil de 1916 considerava a indissolubilidade do casamento. Contudo, os ventos da mudança fizeram prevalecer o secularismo no Código Civil de 2002, que mudou alguns paradigmas da família brasileira, admitindo os institutos do divórcio e a união estável, esta como mais uma espécie familiar.

O conceito de família, portanto, não é uma acepção rasa e fechada. Como as famílias estão em constante dinamismo não pode haver uma positivação única para todas elas. A questão é lógica, visto que não pode o sistema restringi-las a meras convenções não correspondentes na maioria das vezes à realidade fática. O Judiciário, assim, não deve ir contra o clamor social, que nem sempre é de uma maioria, pois é o Direito quem deve acompanhar os fatos e não o contrário. Se, atualmente, os laços familiares estão fincados no afeto e não mais essencialmente na reprodução sexual ou em fatores econômicos, é natural que surjam novos tipos familiares.

Diante de tais argumentos, existe uma necessidade premente de regulamentar e modificar no Código Civil brasileiro alguns conceitos sobre o Direito das Famílias, justamente porque o momento atual é o de codificar efetivamente os preceitos de todas as espécies de famílias não tradicionais, bem como ficar atento para as que venham a surgir posteriormente.

Apesar de um longo período sustentado por um modelo cristão de família, provavelmente devido à maioria católica do país, o ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas passou a admitir algumas variações. Em contrapartida à visão espiritual caminha o Direito de Família moderno. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o Brasil experimentou ainda mais os efeitos do pluralismo social, marca constitutiva das democracias contemporâneas. Isso gerou um impacto

considerável nas famílias, que passaram a existir legalmente não só no modelo tradicional do casamento. A dinâmica das entidades familiares levou o legislador a reconhecer a necessidade de alterar a redação da nossa Constituição, no tocante a isso; atualmente é estatuído mais de um arranjo familiar em lei, porém, ainda não há regulamentação de todos.

O Estado brasileiro instituiu-se como laico, respeitando a liberdade religiosa e ao mesmo tempo protege, parcialmente, as famílias no artigo 226, senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º. O casamento é civil, e gratuita a celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei.

§ 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entendem-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Segundo Giselda Hironaka, os modelos familiares expressamente previstos na Constituição de 1988 são: (i) família matrimonializada, que decorre do casamento entre homem e mulher (art. 226, §§ 1º, 2º e 5º); (ii) família informal, decorrente da união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º); e (iii) família monoparental, constituída pelo vínculo existente entre os genitores e sua prole (art. 226, § 4º).⁴

Ainda, segundo a autora:

Em que pese essas tímidas disposições constitucionais, em não sendo exaustivas, posto informadas pelo princípio da dignidade humana e seus vetores integrativos como a liberdade, igualdade, pluralismo/ alteridade, afetividade, entre outros, claro fica que existem arranjos familiares implicitamente abarcados no texto

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57.

constitucional, carecedores de igual proteção do Estado. Entre alguns: (i) família anaparental, constituída por parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; (ii) família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, especialmente sob o modelo de união estável; (iii) família mosaico, modelo pelo qual se reconstitui família pela junção de duas famílias anteriores, unindo filhos de um e de outro dos genitores, além dos filhos comuns que eventualmente venham a ter; (iv) família socioafetiva, constituída por pessoas não aparentadas entre si, mas que nutrem interdependência afetiva, como o caso dos chamados “filhos de criação”, ou a relação paterno/filial estabelecida efetivamente entre padrasto e enteado, dando vigor ao princípio da desbiologização da paternidade. Aliás, sobre esse assunto há pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal um Agravo em Recurso Extraordinário n. 692.186-PB, de relatoria no Ministro Luiz Fux, com repercussão geral reconhecida, por meio do qual se decidirá a controvérsia acerca da prevalência ou não da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica; (v) famílias paralelas, modelos familiares de conjugalidades concomitantes, isto é, as famílias conjugais - por casamento e união estável ou por união estável e união estável - paralelas ou simultâneas. A jurisprudência acerca do reconhecimento de famílias paralelas ainda é vacilante. A questão de o concubino impuro receber a pensão por morte também está afetada no Supremo Tribunal Federal sob o rito da repercussão geral.⁵

Nesse sentido, à luz das diversidades culturais da vida individual, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a pluralidade familiar, no entanto, regulamentou somente três formas de concepção da família (casamento, união estável e monoparentalidade familiar). Ainda, observa-se a supervalorização constitucional do casamento perante outras espécies de família, que não só a união estável. Aferre-se que embora notória a confirmação da instituição família como base da sociedade, surge, então, a discussão da regulamentação de todos os arranjos familiares, os quais o Código Civil de 2002 não protege em amplitude, tendo em vista as famílias nacionais existentes na realidade.

Grande parte do debate no Direito de Família contemporâneo é vinculado a aceitação legislativa dos novos arranjos familiares hoje existentes. Fundamentando-se nos princípios de justiça e nos ideais

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57-58.

de liberdade, propostas de reforma do Código Civil brasileiro vigente, promulgado em 2002, surgem e revelam uma modificação radical nos contornos das famílias brasileiras, afetando logicamente os aspectos sociais e jurídicos da sociedade. Na justificação da necessidade de diálogo entre a liberdade religiosa e o direito de todas as espécies de família, o Estado laico tem sido o cerne dominante no debate, assim como pensamentos jusfilosóficos do Liberalismo, tanto nos seus pontos conceituais e centrais quanto nas críticas oriundas da divergência com a teoria.

A partir da aquisição de novos olhares e papéis, a família brasileira pós-moderna não suporta mais a intervenção do Estado, principalmente no que diz respeito à esfera privada dos seus integrantes. Isto revela um momento de privatização das relações familiares, sob a roupagem do liberalismo, e da “desinstitucionalização da família”, no sentido de que embora importante para a ordem pública estatal, as funções privadas da família devem sobressair àquelas, em respeito à informalidade que rege as famílias atuais.

Assim, na tentativa de evitar a arbitrariedade estatuída, que não supre a realidade dos fatos sociais, cumpre enaltecer alguns princípios gerais aplicáveis ao Direito das Famílias que corroboram com a ideia de autonomia dos indivíduos livres e iguais do liberalismo clássico. A nova perspectiva do Direito das Famílias reúne princípios e valores mais extensos, atingindo direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); isonomia e respeito às diferenças, ao confirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o título de igualdade jurídica entre todos os filhos, advindos ou não de um casamento ou união estável (art. 5º, I da CF); o melhor interesse da criança ou do adolescente (art. 227, *caput*, da CF e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 4º, *caput*, e 5º); a solidariedade social (art. 3º, I, da CF); a autonomia e a menor intervenção estatal; a afetividade⁶ que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica como um

⁶ A mais nova introdução à categoria dos princípios é a afetividade. O afeto se tornou um valor jurídico e logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. É a partir da Psicanálise, com a introdução do sujeito do inconsciente e das subjetividades, que podemos pensar que o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família parental está no desejo e no amor. É isto que nos permite considerar as relações parentais para além dos vínculos biológicos, e com isto criar novos institutos jurídicos como o da parentalidade socioafetiva, expressão inventada por Luiz Edson Fachin, a partir da desbiologização, cunhada por João Baptista Villela. O princípio da afetividade funciona como se fosse o alicerce para a construção e manutenção das relações de família. É, portanto, base para todos os outros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana, que paira sobre todos os princípios, como se fosse o telhado dessa construção principiológica para o ordenamento jurídico da família. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 140. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 21 set. 2016).

valor a ser disposto na Constituição; e o princípio da pluralidade das formas de família.

Na verdade, esses princípios têm a função de encarar o problema das lacunas normativas diante de uma realidade fática, em se tratando de pluralidade familiar e a falta de tutela de direitos amplos a todas as famílias. O problema de leis injustas para o Direito das Famílias provoca o sentimento de crise do Direito. O Direito não pode ser dissociado dos anseios da sociedade nem dos valores humanos, sob pena de se converter em objeto de dominação, arbítrio e aviltamento do ser humano. A norma legal infraconstitucional, não obstante seja uma norma proveniente do Estado não pode ir de encontro a valores expressos em nossa Constituição, tais como a pluralidade familiar.

3 CONSTRUINDO PONTES ENTRE LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

3.1 Princípios jurídicos que devem permear o diálogo entre liberdade religiosa e o direito das famílias

O princípio da cooperação tem como pressuposto a ausência de autoridade estatal no interior das atividades da Igreja. Ele parte da ideia já mencionada de respeito à liberdade religiosa, que no caso da católica propõe a caminhada do povo de Deus em busca da salvação por meio da palavra de Jesus Cristo. Segundo os seus defensores, as vantagens da justificação católica é a de trilhar um caminho entre o mundo justo e fraterno e apoiar-se na preferência pela ajuda aos pobres.

Contudo, em matéria de família é preciso avaliar esta colaboração de maneira mais acurada, pois sabe-se que para o Direito Canônico só existe uma espécie de família, regulada pelo direito matrimonial canônico: o casamento celebrado entre um homem e uma mulher. Nas palavras de Edson Luiz Sampel:

O matrimônio, para os católicos, é sempre indissolúvel. Trata-se, com efeito, de injunção expressa de Jesus. O direito da Igreja, portanto, não poderia acutillar um preceito de natureza divina. Entretanto, a justiça eclesiástica, composta de juízes, defensores do vínculo, notários e advogados canônicos, ao apreciar o matrimônio que lhe é submetido, manifesta-se tão-somente acerca de sua validade, isto é, verifica, no curso de um processo judicial, se, à época

do matrimônio *in fieri* (matrimônio ato) estiveram ou não presentes os pressupostos necessários para a validade do negócio jurídico.⁷

Crise do princípio da colaboração da Igreja e do Estado ou respeito à liberdade religiosa? Para dar resposta a essa pergunta é necessário invocar os princípios da independência jurídica e o da incompetência recíproca. O primeiro é uma lição básica do laicismo do Estado, que cunha pela autonomia de cada instituição para a tomada de decisões que reflitam na vida social. Assim, a Igreja precisa ser livre para desempenhar suas atividades segundo o Direito Canônico, assim como o Estado precisa ser livre de influências religiosas para regulamentar o direito positivo, para poder então atuar cada dia mais em benefício das sociedades plurais existentes. O segundo princípio cunha pelo respeito ao Estado laico, o qual veda a elaboração de leis religiosas de impacto sobre a totalidade dos cidadãos, uma vez que é competência privilegiada do ordenamento civil leis com eficácia *erga omnes*. No mesmo sentido, a liberdade de fato e de direito da Igreja para continuar com sua missão divina.

É cediço que o exercício concomitante das liberdades individuais é um assunto intrinsecamente relacionado à falta de diálogo concreto entre Estado e Igreja, principalmente no quesito multiplicidade familiar. De um lado a opinião da Igreja como instituição moral, que não reconhece o Direito das Famílias plurais por um motivo sagrado, de outro o Estado, que embora laico, ainda não se desprende totalmente da raiz histórica do catolicismo como religião majoritária e presente na formação do Estado brasileiro, dificultando assim a regulamentação legal e bem delineada em matéria de família de todas as espécies familiares.

O problema relativo aos novos arranjos familiares existentes na pós-modernidade está diretamente ligado à correta compreensão do que vem a ser realmente o tão invocado “bem comum”. Essa questão, norteadora pela histórica e complexa relação entre Estado secularizado e Igreja cristã de Deus carece de um rigor científico para aceitar no mundo jurídico atual a liberdade da família laica e não laicista.

Importante frisar que não é uma atitude cristã impedir a felicidade do outro por questões de escolhas individuais ou excluir uma pessoa do amparo porque ela é diferente ou pertence a um núcleo familiar não tradicional. A essência do Cristianismo é a inclusão pela união e pelo amor, e não a segregação. Sendo assim, a ruptura entre Estado e Igreja entre a Idade Média e a Modernidade não foi suficiente

⁷ SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao direito canônico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 28.

para separá-los. Estado e Igreja são duas instituições importantes para a sociedade, sendo que a rivalidade entre ambos deve ser superada, de modo que cada um reconheça seu papel diante das famílias, para que haja uma convivência de pensamento no tocante ao respeito concomitante entre liberdade religiosa e o direito das famílias plurais.

Nesta perspectiva, para o Estado há uma dessacralização do conceito de família, que por ser laica deve amparar também as entidades familiares não tradicionais. Isso não significa dizer que o sagrado perdeu lugar perante o Estado laico, mas que a história da família pós-moderna deve se assentar primordialmente no sentimento do amor, respeitando-se os inúmeros arranjos familiares por meio da observância aos princípios da autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana e da felicidade.

Quando os liberais associam o pluralismo às diversas concepções individuais acerca da vida digna, optam claramente por conferir prioridade aos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular. Seja em Rawls, seja em Larmore, o Estado, em uma sociedade democrática liberal, deve ser neutro em relação às diversas concepções individuais acerca do bem. É “fato” do pluralismo – ou a existência do desacordo razoável – que impede a interferência do Estado em relação às visões substantivas dos indivíduos. A prioridade dos direitos fundamentais é o que assegura a configuração de um Estado neutro, isto é, sem compromissos culturais que possam ir além da liberdade individual e do bem-estar dos cidadãos.⁸

Algumas pessoas insistem em considerar que a moralidade não é relevante para descobrir o que é o Direito, para que ele serve e qual é a função das leis. Contudo, percebe-se desde Aristóteles, em seu tratado sobre a Filosofia moral, a preocupação em mostrar que os campos se conectam. Sendo assim, a natureza de algumas leis também traz um viés moral, principalmente no que diz respeito ao Direito de Família, que advém essencialmente da moral e dos costumes de um povo.

Nesses casos, são a justiça⁹ e a doutrina que antecipam as mudanças. A capacidade do homem de optar por valores distintos insurge a discussão sobre a verdade relativa e o direito de liberdade. Tal discernimento é de origem secular, encontrando subsídio também em Agostinho: a noção de saber julgar o que é certo e o que é errado para a lei,

⁸ SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao direito canônico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 129-130.

⁹ Nesse plano, a justiça é puramente a eliminação do arbitrário subjetivo e a instauração da possibilidade de uma jurisdição neutra, imparcial. É a solução imparcial do conflito, independentemente de um juízo de conteúdo da lei aplicável, ou da própria decisão. Justa é a decisão imparcial, não arbitrária.

mas de acordo igualmente com análise da moral de mal ou bem, intrinsecamente tomada de racionalidade. O homem, ao passo em que é um ser individual, associa-se aos outros para reunião de fins, que são racionalmente melhor obtidos por meio da colaboração de todos. A sociedade nada mais é do que a reunião de vários núcleos familiares, liderada por um governante e com leis que devem ser prudentes para o bem comum.

A questão central do liberalismo passa a ser, então, saber como é possível existir uma sociedade justa, boa e estável. O ideal do liberalismo é, portanto, manter uma sociabilidade em que as pessoas possam viver dentro de um pluralismo moral, religioso e político razoável. O pressuposto básico do liberalismo é que as pessoas são livres para perseguirem suas próprias concepções do bem.

O mais importante é que o Estado cumpra seu papel no que concerne à laicidade que garante a pluralidade familiar e a liberdade religiosa. À Igreja devem ser conferidas condições de desempenhar a sagrada missão em favor das famílias, ao mesmo tempo em que o Estado deve agir de acordo com seu fundamento laico, como exaustivamente exposto. Com efeito, a Carta Magna possui uma plêiade de dispositivos que visam tutelar a Igreja e a Família enquanto instituições e, por via oblíqua, o matrimônio. É extremamente necessário que o cidadão, no sentido cabal, vale dizer, conhecedor dos direitos e deveres civis, exija das autoridades civis o respeito devido à liberdade de escolher em qual arranjo familiar quer pertencer.

Dessa forma, a importância deste trabalho decorre justamente da constatação das distintas visões sobre o tema 'família' (ou 'famílias'), a religiosa e a do Estado laico brasileiro, e da necessidade de aferição de suas diferenças, direitos e deveres. É preciso ter respeito à liberdade religiosa, estimulando a cooperação entre Igreja e Estado, numa separação respeitosa entre ambos, em prol da sociedade. A Igreja é uma instituição que faz parte do corpo político e exerce um papel social importantíssimo. Assim, o fato de dogmas religiosos não estarem contidos no Direito posto não significa dizer que estão incorretos. O diálogo entre Estado e religião consiste justamente em compreender que existem diferentes abordagens acerca das famílias. A família pode continuar imutável para o modelo cristão, resumindo-se à união amorosa entre um homem e uma mulher, assim como ela pode (e deve) ser plural para o Estado. Dessa forma, a Igreja deve agir com razoabilidade, haja vista que o Estado brasileiro é laico, sendo que não é possível dar efetividade à liberdade religiosa sem dar liberdade às diversas espécies de família.

4 REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 22 set. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 140. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 21 set. 2016.

SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao direito canônico*. São Paulo: LTR, 2001.

EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ALIENAÇÃO E DA AUTOALIENAÇÃO PARENTAL

Livia Teixeira Leal

Mestranda em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogada.

Sumário: 1. A resignificação da família como espaço democrático e o exercício funcionalizado da autoridade parental. 2. A alienação e a autoalienação parental como formas de exercício abusivo da autoridade parental. 3. A criança e o adolescente como sujeitos da família democrática. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 A RESSIGNIFICAÇÃO DA FAMÍLIA COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO E O EXERCÍCIO FUNCIONALIZADO DA AUTORIDADE PARENTAL

A família, como produto das relações humanas, caracteriza-se precipuamente por sua dinamicidade, que lhe confere um caráter mutável e peculiar a cada momento histórico-social. Nesse sentido, é preciso compreender que a caracterização atual da família é resultado de um longo processo de evolução, permeado por continuidades e rupturas.

Nota-se, nesse sentido, que, a partir da segunda metade do século XX, a sociedade começou a apresentar características que indicavam o início de uma outra e peculiar modernidade, complexa, fragmentada e instável, que também impactou os relacionamentos familiares,¹ conferindo um novo significado à subjetividade. “Reduziram-se as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais e,

¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 1.

paralelamente, emergiu o respeito pela busca da realização individual de cada um, em que assumiu relevo a função eudemonista”.²

Essas transformações decorreram, sobretudo, do questionamento da família como fator de opressão e alienação,³ com o avanço do movimento feminista, com a revolução sexual promovida pelo advento da pílula anticoncepcional e também com o reconhecimento da necessidade de maior proteção à criança e ao adolescente.⁴ No Brasil, o processo de democratização da família adquire maior destaque a partir da restituição do regime democrático no país, no final da década de 1980, não se podendo ignorar que a democratização política do país apresentou significativos reflexos nas relações privadas.⁵

A Constituição Federal de 1988, que consolidou o ideal democrático, representa hoje o centro de todo o arcabouço jurídico, tendo promovido uma verdadeira revolução no que diz respeito à regulamentação da família. Se, até a Constituição de 1967, a única configuração familiar legitimada pelo Estado era aquela selada pelo matrimônio, a Constituição Cidadã reflete a realidade plural que se apresenta na nova modernidade, rejeitando-se modelos únicos ou padrões universais balizadores de condutas. Diante de uma oferta ilimitada de opções pessoais, há a formação de um “mosaico de formas de relacionamentos complexos, multiformes, multifacetados”.⁶

Nesse contexto de mudança de paradigmas, Luiz Edson Fachin ressalta que, com a passagem da predominância da racionalidade do Estado para a priorização das razões da sociedade, ocorre uma releitura dos três principais institutos do direito privado: a propriedade, a família e o contrato, que passam a ser (re)interpretados a partir da centralidade da Constituição. Há um redirecionamento desses conceitos “de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa”, como efeito da constitucionalização do direito privado.⁷ Assim, com base nos valores e princípios constitucionais que se constrói a unidade

² CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 9-10.

³ ARAÚJO, Maria de Fátima. Família, democracia e subjetividade. *Revista ORG&DEMO*, Marília, v. 9, n.1-2, p. 113, jan./dez. 2008.

⁴ O século XX foi especialmente marcado por iniciativas efetivas de proteção à criança. Em 1924, foi aprovado o primeiro documento internacional sobre os direitos da criança: a Declaração de Genebra. Em 1959, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos da Criança e, em 1989, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, que inspirou a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, v. 19, p. 56-68, jul./set. 2004.

⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 27.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 51.

do ordenamento jurídico em questões privadas, que devem pautar-se, sobretudo, no princípio da dignidade humana, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CF/88).

A releitura do sistema jurídico à luz dos preceitos constitucionais possibilita, assim, a adaptação do ordenamento jurídico às escolhas sociais, de modo a garantir a esse indivíduo que, diante de uma situação concreta não prevista, tenha seus direitos existenciais garantidos.

Em relação à família, o constituinte, no art. 226 da Constituição e em seus parágrafos, contempla a igualdade entre os filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, além do exercício igualitário dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, e do planejamento familiar como livre decisão do casal.

Com efeito, a consagração constitucional da liberdade e da igualdade entre homem e mulher reafirmou uma tendência que já vinha sendo estabelecida na sociedade brasileira, que, somada com a valorização cada vez mais crescente dos vínculos de afeto, possibilitou o desenvolvimento de uma família unida muito mais pelo desejo e pela solidariedade do que pelos dogmas sociais da “família nuclear”.

Essas transformações proporcionaram reflexos significativos na forma em que os indivíduos se relacionam, possibilitando que muitos casais, diante de uma união malsucedida, seguissem suas vidas de forma autônoma, sem que tal decisão fosse interpretada como um fracasso ou como decorrência da culpa de um deles. O advento da EC 66/10 coroou a liberdade nas relações conjugais, viabilizando o divórcio sem a necessidade de lapso temporal ou discussão de um culpado pelo fim da relação.

Além disso, a desconstrução da indissolubilidade do matrimônio, iniciada com a Lei n. 6.515/77, gerou inegável reorganização da estrutura familiar, o que levantou questionamentos relacionados a uma possível “crise da família”. No entanto, na esteira do que aponta Maria Celina Bodin de Moraes, se crise houve, não atingiu a família em si, mas sim teve como alvo o “modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder”.⁸ As relações familiares passaram, então, a adquirir uma feição democrática, privilegiando-se a proteção da dignidade da pessoa humana.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anaís/31.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

A família passa, portanto, a ter uma *função instrumental*, qual seja, a de permitir que seus membros se desenvolvam e realizem seus projetos individuais de vida, restando superada a visão da família enquanto instituição, protegida em si mesma. Além disso, o aumento do número de divórcios, como reflexo da crescente autonomia dos indivíduos para realizarem suas próprias escolhas pessoais, provocou uma importante mudança de eixo: a centralidade da família, outrora atribuída ao casamento, passa a ser pautada pela filiação.⁹

Nesse contexto, também as relações parentais foram fortemente transformadas, com a consagração da doutrina jurídica da *Proteção Integral* pelo art. 227 da Carta de 1988 e o reconhecimento da criança e do adolescente como efetivos sujeitos de direitos, que devem ter seus direitos assegurados de forma prioritária nas questões que lhes digam respeito. É nesse sentido que o item 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) aponta que todas as “ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Desse modo, devem ser identificados dois movimentos intrafamiliares: “de um lado, a forte expansão da autonomia individual nas relações conjugais; de outro, a responsabilização crescente, solidarista, nas relações parentais”, com a criação de instrumentos para a proteção da criança em relação aos próprios pais, à própria família.¹⁰

Com efeito, a não ingerência do Estado na esfera da autonomia individual não pode significar um espaço de “não direito”, na medida em que as relações familiares devem ser interpretadas sob a ótica da responsabilidade, não se restringindo à pura espontaneidade. Gustavo Tepedino destaca que o sistema jurídico busca tutelar de forma pendular dois valores: por um lado, a “necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais” que propiciem o desenvolvimento pleno da personalidade da pessoa, e, por outro, a tutela das vulnerabilidades, a fim de que “a comunhão plena de vida se estabeleça em ambiente de igualdade de direitos e deveres [...] com o efetivo respeito da liberdade individual”.¹¹

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705/pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017. Esse movimento pode ser observado, ainda, com a iniciativa de edição da Lei n. 13.010/14, conhecida como “Lei Menino Bernardo”, que reforça o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. O conceito de família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. *Tribuna do Advogado*, ano LXV, n. 555, p. 20, fev. 2016.

Da mesma forma, as situações de violações aos direitos das crianças e dos adolescentes e as consequências psicológicas e sociais da violência na infantoadolescência ressaltaram a necessidade de atuação estatal para coibir esse tipo de situação. O Poder Público adquire, assim, papel fundamental na consolidação e proteção de direitos e garantias constitucionais. Salienta Ana Carolina Brochado Teixeira que cabe ao Estado, nesse contexto, “uma vez garantidos os limites da ordem pública, assegurar à família as condições básicas de livre exercício de suas opções, possibilitando, assim, o nascimento da cidadania e, por conseguinte, da democracia na família”.¹²

É nesse sentido que se pode afirmar que o exercício da autoridade parental é funcionalizado à própria constituição democrática da família, que se manifesta nas relações parentais por meio do respeito à dignidade e autonomia do filho como titular de direitos fundamentais, como efetivos sujeitos de direitos.¹³ Dessa forma, caso esse *poder-dever* conferido aos pais seja exercido em desconformidade com os interesses do filho, pode configurar abuso do direito.¹⁴

Apesar dos avanços, é preciso observar como a relação parental, sobretudo pelos resquícios de uma época em que as crianças e adolescentes eram vistos como objeto ou como um ser menor e estavam sujeitos a toda sorte de castigos corporais e humilhações, pode ser um campo fértil para o surgimento de desequilíbrios e subjugações, que podem culminar em situações extremamente gravosas para os filhos.

Após o divórcio dos pais, muitas vezes os filhos se veem permeados por rivalidades e acusações intermináveis entre os genitores, que acabam por projetar na relação parental as dificuldades e conflitos referentes à relação conjugal, que se findou. Essas disputas frequentemente desaguam no Poder Judiciário, que pode atuar como um catalisador. Nesse contexto, destacam-se a alienação e a autoalienação como práticas prejudiciais aos filhos, que serão analisadas a seguir.

¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

¹³ “Aos pais cabe, portanto, a função primordial de buscar promover as potencialidades criativas do filho, de modo a sobrelevar o interesse do menor que se identifica com a obtenção de uma autonomia pessoal (emancipação) e se concretiza na possibilidade de expressar escolhas e propostas alternativas em relação aos mais diversos setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos, salvaguardados sua integridade psicofísica e o crescimento de sua personalidade”. (MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar*. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 2, p. 509, maio/ago. 2015).

¹⁴ Nota-se que o abuso do direito também pode se aplicar a situações existenciais, “uma vez que representa uma violação aos espaços de liberdade em situações jurídicas familiares atreladas à realização da pessoa.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos práticos e processuais*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2. n. 1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2017).

2 A ALIENAÇÃO E A AUTOALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMAS DE EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL

A partir da observação da reação das crianças aos casos de separação e divórcio dos pais, nos quais o litígio era fortemente presente, sobretudo em casos de disputa de guarda, o psiquiatra americano Richard Alan Gardner começou a perceber a existência, em alguns casos, de uma desordem que envolvia uma alienação obsessiva de um dos pais, aliada a um processo de lavagem cerebral, conjugada com outros fatores.¹⁵ Gardner cunhou o termo *Síndrome da Alienação Parental* (SAP) para designar essas situações.¹⁶

Deve-se atentar para o fato de que a expressão *alienação parental* “representa um fenômeno que foi identificado e classificado no *corpus* da Psicologia”, significando “todo distanciamento que se vislumbra entre prole e genitor”, que pode ser justificado ou não, não se confundindo com a síndrome que foi descrita por Richard Gardner.¹⁷ Assim, alienação parental constitui um termo mais amplo, sendo a SAP uma espécie específica de alienação parental.

Gardner aponta que a SAP envolveria a programação do filho por um dos genitores para que repudie, odeie o outro genitor, aliada à própria contribuição deste filho, que dá suporte à campanha de degradação.¹⁸ Nos casos em que ocorre a referida síndrome, os ataques ocorrem sem qualquer justificativa, sem que o genitor alienado tenha qualquer comportamento que levasse a tal repúdio.

Verifica-se, ainda, que, na alienação parental, pode ocorrer a implantação de falsas memórias, ou seja, a indução de lembranças de fatos que, na realidade, nunca ocorreram. Assim, a “criança começa a reproduzir o que lhe foi implantado pelo genitor alienador, com uma

¹⁵ GARDNER, Richard A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review*, v. 28, n. 1, p. 14-21, 1991. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹⁶ Richard Warshak destaca que, apesar de Gardner ter introduzido o termo em 1985, ele não foi o primeiro a descrever o fenômeno. Em 1949, o psicanalista Wilhelm Reich escreveu sobre pais que buscam vingar-se do parceiro roubando-o do prazer da criança, e, em 1980, Wallerstein e Kelly descreveram, em seu projeto de pesquisa, crianças que eram particularmente vulneráveis a serem influenciadas pela raiva de um dos pais contra o outro, sendo importantes aliadas em uma batalha para ferir o outro pai. (WARSHAK, Richard A. Current controversies regarding parental alienation syndrome. *American Journal of Forensic Psychology*, v. 19, n. 3, p. 29-59, 2001. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/warpsa01.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2017).

¹⁷ WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 18.

¹⁸ GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

linguagem incompatível com sua idade e com um limite de respostas na medida em que é perguntada”.¹⁹ A alienação também pode ter níveis, sendo caracterizada como alienação leve, moderada ou severa, diferenciando-se o tratamento terapêutico para cada caso, que pode, nos casos graves, envolver a própria inversão da guarda.²⁰

As consequências do ato de alienação parental podem ser devastadoras para o infante, podendo ocasionar quadros de depressão, isolamento, angústia e sentimento de culpa por amar o genitor alienado. Os problemas podem refletir também no ambiente escolar, provocando faltas injustificadas, baixo rendimento escolar e problemas de relacionamento.

O Brasil foi pioneiro no tratamento legal específico de tal prática. A Lei n. 12.318/10 (“Lei de Alienação Parental”) foi resultante do Projeto de Lei n. 4.053/08. Na justificação do projeto apresentado, ressaltou-se a necessidade de se coibir todo ato atentatório à formação e higidez psicológica e emocional dos filhos, reconhecendo-se a alienação parental como uma forma de abuso no exercício do poder familiar e desrespeito aos direitos da personalidade da criança em formação. A legislação brasileira não adotou a designação de Síndrome, utilizando apenas a expressão “alienação parental”. Contudo, o que se verifica é que a prática apontada pela lei é a descrita por Gardner como SAP.

A Lei n. 12.318/10 reconhece a prática de alienação parental como abuso moral contra a criança ou o adolescente, sendo também considerada forma de violência psicológica, por força do art. 4º, II, b, da Lei n. 13.431/17.

É inegável que o advento da Lei n. 12.318/10 refletiu em um intenso debate público no Brasil a respeito da alienação parental, com a realização de uma série de programas de conscientização e de prevenção da prática, e com o reconhecimento da necessidade de combater esse tipo de violação, sobretudo através do Poder Judiciário.

Entretanto, é preciso observar que o destaque que a alienação parental ganhou no cenário jurídico e social promoveu uma espécie de “banalização” do instituto, deixando-se, muitas vezes, de investigar

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos práticos e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2. n. 1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2017

²⁰ GARDNER, Richard A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review*, v. 28, n. 1, p 14-21, 1991. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

efetivamente as razões da recusa da prole em conviver com o genitor que se diz vítima de alienação.

A terapeuta Mary Lund aponta que uma das maiores dificuldades no processo terapêutico que visa à reabilitação de famílias em conflito é que o genitor repudiado pela criança geralmente contribui diretamente para a alienação e para a perpetuação da situação de conflito com o outro genitor. É muito comum que um dos genitores, normalmente o pai, adote uma postura distante, rígida e autoritária.²¹

Richard Gardner, já em seus estudos sobre a Síndrome da Alienação Parental, reconhecia que a alienação poderia decorrer de fatores provocados pelos próprios alienados, como no caso de abuso psicológico, sexual, emocional, verbal, de negligência, abandono, ou até mesmo pelo próprio comportamento narcisista, antissocial do alienado. Nesses casos, não estaria configurada a SAP,²² que decorre de uma programação do alienante para que a criança ou o adolescente repudie o genitor ou o familiar. A SAP só seria, portanto, observada nos casos em que o genitor alienado não tivesse os comportamentos apontados para a campanha de desqualificação. Quando houvesse, de fato, o abuso por parte do suposto alienado, o afastamento da criança seria uma resposta a tal abuso, de modo que o diagnóstico da SAP não se aplicaria.²³

Maria Clara Sottomayor critica duramente a teoria de Gardner, apontando sua falta de base científica e os problemas que dela decorrem. Para ela, a SAP (ou “terapia da ameaça de transferência de guarda”, como a autora denomina) desloca a atenção dos comportamentos do genitor abusivo para o genitor dito alienador, “não averiguando se foi o progenitor alienado que causou directamente as respostas da criança, actuando de forma violenta, desrespeitosa, intimidatória, humilhante ou desonrosa em relação à criança ou em relação ao outro progenitor”.²⁴ Nesses casos, a conduta do genitor que se diz alienado configuraria o que vem sendo denominado de *autoalienação parental*, ou *alienação parental autoinflingida*.

²¹ LUND, Mary. A therapist's view of parental alienation syndrome. *Family and Conciliation Courts Review*, v. 33, n. 3, p. 308-316, July 1995. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/lund01.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

²² GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

²³ GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da Síndrome de Alienação Parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família. *Julgar*, n. 13, 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

O advogado e professor Rolf Madaleno foi o pioneiro no reconhecimento dessa prática como uma forma de violação aos direitos dos infantes. Para ele, a autoalienação pode ser causada “pelo progenitor destituído da guarda dos filhos, gerada pelo comportamento disfuncional de um pai que pode muito bem não ter conseguido superar a ruptura do seu casamento”. No caso da autoalienação parental, um dos pais está tão obcecado pelo fato de as coisas não estarem funcionando como desejado, que atribui a responsabilidade dessa constatação a um suposto ato de deslealdade do outro genitor, sendo incapaz de observar que os filhos, bombardeados por uma série de agressões psicológicas, estão sofrendo com as situações que ele mesmo provoca.²⁵

A alienação parental autoinfligida pode se desenvolver pela ausência prolongada e injustificada do genitor por razões diversas, possivelmente com o descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação, inerentes ao poder familiar, ou a perpetração de violência doméstica, e a posterior tentativa em buscar o restabelecimento ou o desenvolvimento de vínculos com os filhos. Diante de dificuldades e entraves na tentativa de retomada do vínculo com os filhos em decorrência de rejeição por parte desses, o genitor que se ausentou promove a transferência da culpa ao genitor detentor da guarda, com a desqualificação de sua conduta ao tentar resguardar a vontade dos filhos.

Outra situação fértil para a prática da autoalienação parental é o início do relacionamento com a nova madrasta/padrasto. Frequentemente, verificam-se situações em que as crianças adoram seus pais, desejam conviver com eles, mas não querem, em um primeiro momento, ter que conviver com a nova companheira do pai ou o novo companheiro da mãe. Segundo Rolf Madaleno, essa realidade é denominada pelos psicólogos como *mito da família instantânea*, quando “os progenitores criaram seus novos vínculos sem que os filhos tivessem uma consciência clara da importância de uma nova relação, e num dia se encontram golpeados pela separação de seus pais e com uma pessoa desconhecida que irrompe em suas vidas”.

Nesses casos, os pais precisam ter paciência e respeitar o tempo dos filhos, sob pena de agravarem a situação inicial de estranhamento da nova condição.²⁶ Caso contrário, pode-se configurar uma forma de abuso psicológico, por meio da exposição da criança ou do adolescente “a situações de humilhação e de constrangimento através de agressões

²⁵ MADALENO, Rolf. Autoalienação parental. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e afetividade*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 558.

²⁶ MADALENO, Rolf. Autoalienação parental. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e afetividade*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 561.

verbais, ameaças, cobranças e punições exageradas, além de impedi-la de estabelecer com outros adultos uma relação de confiança”, na qual pode estar enquadrada a prática de autoalienação parental.²⁷

Após vivenciarem situações traumáticas, muitas crianças e adolescentes “mostram-se inseguros quanto ao lugar que ocupam no discurso e no desejo de cada um dos pais, precisando reconstruir seus laços afetivos, restabelecer relações de confiança”, sem que precisem estar aliadas a um deles ou excluir o outro.²⁸ Assim, precisam de espaço e tempo para que elaborem esses conflitos internos e se “localizem” dentro desse novo contexto.

Além disso, a psicanalista Giselle Groeninga alerta que a acusação de alienação parental pode ser, muitas vezes, uma forma de litigância de má-fé, mesmo que de forma inconsciente. Em muitos casos, uma das partes alega alienação parental para forçar um acordo financeiramente mais vantajoso de alimentos ou com a finalidade de afastar o outro progenitor do filho. Ela defende que essa prática se trata de uma alienação com o aval do Poder Judiciário, destacando que “a alienação parental pôs à mostra e é um alerta para o uso perverso que pode ser feito do próprio processo judicial com fins de alienação, à semelhança da uma litigância de má-fé, mesmo que inconsciente”.²⁹

Gardner, em seus estudos, já reconhecia a contribuição do Poder Judiciário para o agravamento da SAP, com a perpetuação da impunidade do alienante.³⁰ A mesma lógica pode ser aplicada à autoalienação parental: enquanto a utilização do meio judicial por aquele que se autoaliena como forma de desqualificação do outro genitor não for tratada de forma adequada, o Poder Judiciário pode promover graves injustiças, como o reconhecimento de uma alienação parental inexistente.

O psiquiatra também destacava a importância de os profissionais que lidam com esses tipos de casos serem capacitados para reconhecer a ocorrência da SAP.³¹ Da mesma forma, faz-se

²⁷ MADALENO, Rolf. Autoalienação parental. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org). *Cuidado e afetividade*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 562-563.

²⁸ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Mediação na alienação parental: a Psicanálise com crianças no Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 72.

²⁹ PROCESSO de alienação parental pode ser litigância de má-fé, afirma psicanalista. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-04/processo-alienacao-parental-litigancia-ma-fe>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

³⁰ GARDNER, Richard A. *The Role of the Judiciary in the Entrenchment of the Parental Alienation Syndrome (PAS)*, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02d.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

³¹ GARDNER, Richard A. *The Role of the Judiciary in the Entrenchment of the Parental Alienation Syndrome (PAS)*, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02d.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

necessário que esses profissionais consigam diferenciar o que é SAP e o que não é. E mais: precisam ser capazes de identificar se há abuso por parte do genitor que se diz alienado, ou seja, se há a prática de autoalienação.

Em sua crítica à SAP, Sottomayor aponta que o diagnóstico da síndrome descrita por Gardner “não distingue alienações justificadas de alienações injustificadas, porque não exige, como critério de diagnóstico, a investigação prévia sobre as razões da recusa da criança”, que podem derivar do comportamento do genitor que não tem a guarda, em casos de violência doméstica, desinteresse pela criança, toxicod dependência ou alcoolismo, incompreensão em relação às necessidades da criança, negligência nos cuidados básicos, etc.³²

O fator fundamental para a construção do conceito de autoalienação parental é a forma como o alienado contribui para a sua própria alienação, gerando a situação de conflito e distanciamento da criança. Normalmente, o genitor tenta impor à força o amor do filho ou o reconhecimento paterno/materno, havendo, em última análise, a desconsideração da criança como efetivo sujeito de direitos, uma postura invasiva e autoritária do genitor que deseja que a criança tenha determinado comportamento e não aceita que ela adote comportamento diverso do esperado.

As consequências da prática de atos de autoalienação podem ser devastadoras para a criança ou o adolescente, de forma similar às da alienação parental, que muito vêm sendo discutidas.

O professor Ronald Rohner tem analisado os efeitos da rejeição materna e paterna para o filho, apontando que, quando as crianças se sentem rejeitadas ou mal-amadas pelo pai ou pela mãe, ficam mais sujeitas a se tornarem pessoas hostis, agressivas e emocionalmente instáveis, com baixa autoestima, sensação de inadequação e pessimismo. Em estudo feito com Abdul Khaleque, Rohner destaca como os seres humanos possuem a necessidade de um retorno positivo das pessoas que lhes são importantes, e como essa necessidade se reflete, durante a infância, no amor, cuidado, afeto e suporte parental. Na ausência desses elementos, o indivíduo pode desenvolver a sensação de que ele não merece ser amado ou que ele não é bom em satisfazer as

³² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual*. 2014. Disponível em: <<http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protoc%C3%A7%C3%A3o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

expectativas alheias, o que gera o aumento da incidência de sentimentos negativos.³³

A autoalienação parental está diretamente ligada a esses efeitos deletérios, na medida em que representa, para o filho, uma rejeição daquele genitor que se autoaliena. Pode-se configurar sob a forma de abandono afetivo e representa o exercício abusivo das responsabilidades parentais.

É importante ressaltar que, embora a alienação parental e a autoalienação parental sejam analisadas sob a ótica da separação ou divórcio dos pais, esse tipo de prática pode se dar, também, na família nuclear. Da mesma forma, podem ter como sujeitos ativos e passivos outros membros da família que não os genitores. O próprio ECA reconhece a importância da família extensa ou ampliada para o desenvolvimento do infante. Em muitos casos, os tios e os avós, por exemplo, exercem uma influência tão grande sobre a criança, atuando como cuidadores primários, que podem desencadear um quadro de alienação ou de autoalienação.

É preciso notar, por fim, como a compreensão da existência e do que representa a autoalienação parental é fundamental para que esse tipo de situação seja reconhecida e diferenciada da alienação parental, evitando-se a perpetuação de injustiças nos sistemas judiciais de proteção.

Em uma pesquisa simples nas páginas eletrônicas dos tribunais brasileiros, entretanto, pode-se perceber que praticamente não há decisões judiciais que considerem a existência e relevância da prática de autoalienação parental, limitando-se a analisar uma inexistência de alienação parental, sem se atentar para a prática oposta.³⁴

³³ KHALEQUE, Abdul; ROHNER, Ronald P. Transnational relations between perceived parental acceptance and personality dispositions of children and adults: a meta-analytic review. *Pers. Soc. Psychol. Rev.*, maio 2012. Disponível em: <<http://psr.sagepub.com/content/16/2/103>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

³⁴ No julgamento da Apelação Cível n. 0012325-46.2012.8.19.0207, a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a inexistência da prática da alienação parental em um caso que envolvia a mudança do filho para o exterior. Diante do desejo de a mãe levar o filho para residir com ela na Inglaterra, o pai fundamentou sua negativa utilizando-se da suposta prática de alienação parental. Entretanto, restou constatado que a recusa do pai estava fundada unicamente nos desentendimentos vividos com a mãe da criança em virtude da separação do casal, afastando-se a hipótese de alienação parental. (TJRJ, 21ª CC, Apelação Cível n. 0012325-46.2012.8.19.0207. Rel. Des. Denise Levy Tredler, julg. 26.08.2014). Em análise de pedido declaratório de alienação parental julgado parcialmente procedente em 1ª instância, a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria da Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci, constatou que não havia prática de ato de alienação parental pela mãe, sendo desnecessário tratamento psicológico, mas apenas “respeito do autor com as vontades dos filhos”. No caso, restou evidenciado que o problema não residia no relacionamento dos filhos com o pai, mas sim com a sua atual namorada, e que não havia como o pai impor tal situação e exigir que os filhos a aceitassem, pois estes têm seus “próprios sentimentos, e imputam à mesma (com razão ou não) a culpa pelo fim do relacionamento, a seus olhos, harmonioso que a família tinha”. A desembargadora relatora apontou que “não restou caracterizada a suposta alienação parental nem a necessidade do tratamento psicológico;

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em análise de agravo de instrumento interposto pela mãe em face de decisão que fixou visitas provisórias ao pai da criança, tangenciou a temática. A agravante aduzia que a visitação do genitor à filha deveria ser analisada à luz do princípio da proteção integral, visto que sua relação seria marcada por violência e chantagem psicológica, atitude essa de autoalienação parental, o que foi posteriormente afastado no julgamento do recurso.³⁵

O fato de se trazer, ainda que para afastá-la, a possibilidade de prática de autoalienação parental por uma das partes indica o início de um reconhecimento pelos agentes atuantes no Poder Judiciário. No entanto, o desconhecimento desse “outro lado da moeda” ainda é patente e é capaz de gerar muitas injustiças na análise dos casos que chegam em Juízo e que devem ser lidos à luz do melhor interesse da criança.

O principal aspecto a ser notado para a diferenciação de um caso real de alienação parental de uma autoalienação parental, diz respeito à identificação, por meio do estudo da equipe interdisciplinar, dos sentimentos que a criança e o adolescente manifestam e suas respectivas origens. Dessa forma, é imprescindível que a criança e o adolescente sejam ouvidos e respeitados, considerando-os sujeitos da família, e não mais apenas uma extensão de seus genitores.

3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DA FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

A superação do modelo tradicional e desigual que vigorava no seio familiar permitiu a proposição de uma configuração democrática de família, “na qual não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia”, e na qual a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada. Nessa configuração, o poder de decisão é distribuído, de modo que “todos devem ter iguais e adequadas oportunidades de falar, e todos devem ser capazes e estar interessados em ouvir”. Ressaltando a intrínseca relação entre autonomia e dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que o primeiro requisito para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana é o fato de a pessoa ser dotada de discernimento e vontade própria, sendo decisivo o papel desempenhado pelo ambiente familiar quanto a esse aspecto.

mas sim a necessidade de o autor entender os sentimentos de seus filhos, e saiba, com o tempo, fazer com que os filhos aceitem sua companheira”. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0902266-97.2012.8.26.0103. Rel. Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci, julg. 19.03.2015).

³⁵ TJRS, 7ª CC, Agravo de Instrumento n. 70065427221, Rel. Des. Jorge Luís Dall’agnol. julg. 08.09.2015.

Dessa forma, “a criação de um ambiente saudável, democrático e hábil à construção da autonomia individual é que deve pautar a responsabilidade dos pais na criação dos filhos menores”, de modo que o seio familiar constitua efetivamente um local privilegiado para o fortalecimento da personalidade das crianças e dos adolescentes.³⁶

Essa releitura das funções parentais foi permeada também pela consagração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, de modo que o direito ao respeito e à dignidade serve como norteador para o exercício da autoridade parental.

Nesse contexto, tem-se como uma das facetas do direito ao respeito o direito de querer, de a criança manifestar sua própria vontade sem medo ou constrangimentos, de dizer o que não quer, o que, por outro lado, também não permite uma satisfação de vontades sem limites.³⁷ Os pais passam a assumir a função de auxiliar os filhos a se tornarem seres autônomos, de modo que “a autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa do filho”.³⁸ É nesse sentido que se pode falar em parentalidade responsável.

Maria Clara Sottomayor defende uma concepção personalista das responsabilidades parentais, pela qual a criança é considerada “não apenas como sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de autodeterminação, de acordo com sua maturidade”.³⁹ Essa visão rompe com a ideia de que os filhos constituem um mero prolongamento dos pais, reforçando sua participação nos processos decisórios que lhes digam respeito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta, em seu art. 15, que a “criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais”. O direito ao respeito é definido pelo art. 17 do Estatuto como a “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705/pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. 2. ed. São Paulo: Summus, 1986, p. 47.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705/pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 19.

a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Nesse contexto, a oitiva do infante adquire função primordial, determinando o art. 12.1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) que os “Estados Partes asseguram à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança”. O ECA também reconhece a necessidade de se ouvir a criança e o adolescente (art. 100, XII; art. 161, § 3º; art. 28, §§ 1º e 2º).

Além disso, é importante que as crianças que vivem situações de ruptura conjugal dos pais sejam comunicadas acerca das decisões e mudanças, na medida em que a omissão dos genitores a respeito do assunto pode gerar expectativas, questionamentos e fantasias que lhes causem angústias. “Os esclarecimentos dados aos filhos constituem uma forma de respeitá-los, de tratá-los com dignidade, como sujeitos de direito e de desejo”.⁴⁰

Os pais devem levar em consideração a opinião do filho menor e com ele discutir as questões atinentes a seu desenvolvimento, considerando seu estágio de compreensão e discernimento, considerando-se a capacidade progressiva dos filhos, que devem ser capazes de expressar sua visão, de ser ouvidos em todos os contextos nos quais eles se desenvolvem.⁴¹

Karen Barker aponta que, frequentemente, a experiência vivida pela criança não é considerada nos procedimentos judiciais, de modo que filhos vítimas de violência doméstica acabam sendo submetidos às visitas com o genitor agressor. Alguns pesquisadores apontam que há uma cultura pró-contato da criança com os genitores, baseada na ideia de que a manutenção do contato da prole com ambos os pais representa seu melhor interesse, mesmo em algumas situações de abuso.⁴² No entanto, é importante que a criança seja ouvida e tenha sua vontade considerada. Caso contrário, esse “melhor interesse” será uma

⁴⁰ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. XIX-XX.

⁴¹ MADALENO, Rolf. Autoalienação parental. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org). *Cuidado e afetividade*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 555.

⁴² BARKER, Karen. Children and Contact in the Context of Parental Separation and Family Violence: A Practice Perspective. *Children Australia*, v. 38, Special Issue, p. 171-177, 04 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/children-australia/article/div-classtitlechildren-and-contact-in-the-context-of-parental-separation-and-family-violence-a-practice-perspective-div/FE86348285818AEEF7D59C939A831053>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

construção dos adultos, excluindo a criança e o adolescente, maiores interessados, da tomada de decisão sobre aspectos fundamentais de sua vida.

Com efeito, o direito de ser ouvido e respeitado traduz uma das facetas do princípio do melhor interesse da criança, que não pode se tornar uma ferramenta para que o magistrado, diante da indeterminação do conceito, decida conforme as suas convicções. O julgador deve pautar-se sempre nos preceitos do ordenamento e na análise interdisciplinar dos auxiliares da justiça, considerando, sobretudo, as manifestações de vontade do infante.⁴³

A oitiva de crianças e adolescentes, contudo, deve ser realizada de forma adequada, sendo extremamente importante que os profissionais sejam capacitados para as peculiaridades dessa oitiva, devendo considerar o grau de discernimento e de desenvolvimento do infante e o contexto em que se encontra inserido.

As dificuldades do genitor em se relacionar com a prole não podem ser imputadas deliberadamente como responsabilidade dos filhos ou como decorrência da intervenção do outro genitor, devendo o Poder Judiciário estar preparado para identificar as razões do afastamento ou repúdio. Neste sentido, a análise psicossocial é primordial para a instrução do caso e para o bom encaminhamento das decisões judiciais, devendo o magistrado estar acompanhado por psicólogos e assistentes sociais.⁴⁴

Após muito se pleitear um sistema moldado às necessidades dos infantes, a Lei n. 13.431/17, estabelecendo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, regulamentou a utilização do *Depoimento sem Dano*, perante a autoridade policial e judicial, prevendo, ainda, a *Escuta especializada*, que se refere ao procedimento de entrevista do infante sobre situação de violência perante órgão da rede de proteção, ressaltando que o relato deve ser limitado “estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”.

Durante a oitiva, que deve ser realizada em local apropriado e acolhedor, que garanta a privacidade da vítima, a criança ou o adolescente deve ser resguardado de qualquer contato com o acusado ou com

⁴³ Maria Clara Sottomayor aponta como fatores relevantes para determinar o melhor interesse da criança: (i) a segurança e a saúde da criança, (ii) o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança e (iii) a opinião da criança. (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 46).

⁴⁴ Os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei n. 12.318/10 e o art. 699 do Novo CPC também trazem essa orientação.

qualquer pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento. Há também uma preocupação com a revitimização, estabelecendo a lei que o depoimento especial deve ser realizado uma única vez, salvo se for imprescindível a realização de nova oitiva e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

A respeito da oitiva da criança vítima, o Conselho Federal de Psicologia vem observando que o direito de se expressar deve ser apreendido como um verdadeiro direito, e não como uma obrigação, de modo que deve ser assegurado o direito da vítima de não falar sobre o fato, considerando-se que a inquirição sobrecarrega a criança ou o adolescente.⁴⁵ Deve-se, assim, atentar para que o profissional de Psicologia, em vez de contribuir para a garantia dos direitos da criança e do adolescente vítima, não se torne mais um instrumento de violação, por meio da reprodução da inquirição tradicional, pela qual o infante é visto como fonte de provas, e não como sujeitos de direitos.

Deve-se ter, em última análise, uma postura efetivamente colaborativa dos profissionais que atuam na área, com uma atuação interdisciplinar, através da compreensão do papel de cada um e do respeito à integridade da vítima. Dessa forma, os conflitos parentais que envolvam a prática de alienação parental e autoalienação parental poderão ter uma condução adequada pelo Sistema de Justiça, com a compreensão dos conflitos intersubjetivos que permeiam as demandas, o que também é facilitado por meio da mediação.

Mary Lund destaca o papel da mediação nos casos de alienação parental, na medida em que o tratamento para a solução desses casos envolve uma combinação de intervenção legal e terapêutica e a demora do processo judicial pode acabar agravando o problema. Assim, um diálogo e uma negociação precoce podem ser instrumentos importantes para propiciar o contato da criança com o genitor alienado, já que o distanciamento deste pode gerar fobias e ansiedades para a criança diante do contato com o genitor.⁴⁶

A mediação e a negociação entre os advogados podem auxiliar na promoção do contato entre pais e filhos, viabilizando um consenso a respeito de uma terapeuta comum que possa auxiliar no caso, ou

⁴⁵ CONSELHO Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁴⁶ LUND, Mary. A therapist's view of parental alienation syndrome. *Family and Conciliation Courts Review*, v. 33, n. 3, p. 308-316, July 1995. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/lund01.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

4 CONCLUSÃO

Historicamente, as relações conjugais e parentais foram marcadas pelo patriarcalismo e pelo autoritarismo, o que se refletiu também na regulamentação jurídica da família. No entanto, com as transformações socioeconômicas e culturais, a família passou a exercer um papel diferenciado dentro da sociedade, constituindo um *locus* especial de promoção da dignidade e da felicidade de seus membros.

A Constituição Federal de 1988, calcada no princípio da dignidade humana, traz uma família muito mais plural e horizontalizada, em clara ruptura ao modelo patriarcal de outrora. Da *família-instituição* caminha-se para a *família-instrumento*, passando a família a existir em função dos seus membros, e não mais como um fim em si mesma. Nesse contexto, a família passa a ter a função de garantir o desenvolvimento da personalidade de seus membros, como primeiro espaço para o desenvolvimento da intersubjetividade e da autonomia.

Essas transformações impactam, também, as relações parentais, sobretudo com o reconhecimento dos filhos como sujeitos de direitos, rompendo-se a visão da prole como prolongamento da personalidade dos genitores. É a partir dessa visão que o exercício abusivo das responsabilidades parentais passa a ser efetivamente repudiado pelo Direito.

Evidentemente, essa mudança de perspectivas se traduz em um processo ainda em curso, o que traz alguns desafios e dificuldades para aqueles que vivem o divórcio, sobretudo para as crianças e adolescentes envolvidos.

A partir da teoria desenvolvida por Richard Gardner, foi possível observar e trazer alternativas para os casos em que um dos genitores perpetra uma verdadeira campanha de desqualificação contra o outro genitor, o que é absorvido e reproduzido pelo filho, ruindo os laços do infante com o genitor alienado.

No Brasil, a edição da Lei n. 12.318/10 chamou atenção para o problema, que já vinha sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, acendendo o debate na sociedade sobre o abuso no exercício da parentalidade e sobre a importância da convivência da criança e do adolescente com ambos os pais.

Contudo, mais de seis anos após a edição da Lei de Alienação Parental, tem-se observado que o foco conferido à postura do genitor guardião permitiu que as condutas do genitor que se diz alienado

fossem colocadas em segundo plano, deixando-se muitas vezes de considerar a contribuição do próprio alienado para o afastamento ou repúdio da prole e a real vontade da criança e do adolescente.

Os holofotes direcionados à alienação parental deixam à sombra o comportamento daquele que se diz alienado e a própria manifestação de vontade da criança, que por vezes é considerada como uma declaração viciada, como a expressão de vontade de outra pessoa. Deixa-se, assim, de privilegiar o melhor interesse da criança sob sua ótica, para priorizar um convívio que pode ser, em última análise, deletério para o próprio infante.

É importante que os profissionais envolvidos nas disputas judiciais tenham consciência da ocorrência da alienação parental, mas também da situação inversa, a fim de que o Poder Judiciário não reproduza, ele próprio, a situação de autoalienação na qual o genitor se coloca, penalizando o detentor da guarda e o filho.

Posturas autoritárias, situações de violência doméstica e a desconsideração dos anseios e vontades dos filhos podem gerar o distanciamento destes, na medida em que, como efetivos sujeitos de direitos, as crianças e adolescentes devem ter sua autonomia respeitada, e sua vontade considerada, podendo rejeitar aquilo que lhes cause desconforto ou tristeza.

O que se deve fazer nesses casos é considerar com seriedade as razões da manifestação de vontade da prole, e não imputar de forma imediata a rejeição dos filhos em relação a um dos pais ao outro. Deve-se, também, verificar se o comportamento do genitor que se diz alienado não constitui, por si só, uma forma de abuso psicológico, representando uma violação aos direitos da criança e do adolescente, consubstanciada na campanha de desqualificação perpetrada contra a própria prole.

A atuação dos psicólogos e assistentes sociais se faz imprescindível em casos como esses, devendo o magistrado contar com o suporte da equipe técnica do tribunal para que a oitiva do infante seja realizada de forma adequada. A mediação também busca justamente um auxílio nos conhecimentos interdisciplinares, para que a cultura do litígio seja gradativamente substituída pela cultura do diálogo, reforçando a compreensão de cada indivíduo sobre as suas responsabilidades no seio familiar.

A consideração da criança e do adolescente como efetivos sujeitos da família democrática demanda, sobretudo, mecanismos que

possam viabilizar a valorização de sua voz, de sua vontade, seja no seio das relações familiares, seja no âmbito do Poder Judiciário.

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. Família, democracia e subjetividade. *Revista ORG&DEMO*, Marília, v. 9, n. 1-2, p. 111-124, jan./dez. 2008.

BARKER, Karen. Children and Contact in the Context of Parental Separation and Family Violence: A Practice Perspective. *Children Australia*, v. 38, Special Issue, p. 171-177, 04 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/children-australia/article/div-classtitlechildren-and-contact-in-the-context-of-parental-separation-and-family-violence-a-practice-perspectivediv/FE86348285818AEEF7D59C939A831053>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CONSELHO Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. 2. ed. São Paulo: Summus, 1986.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. XIX-XX.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Mediação na alienação parental: a Psicanálise com crianças no Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, v. 19, p. 56-68, jul./set. 2004.

FERES-CARNEIRO, Terezinha. Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade. *Psicol. Reflex. Crit.* [on

line]. 1998, v. 11, n.2, p. 379-394. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000200014&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GARDNER, Richard A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review*, v. 28, n. 1, p 14-21, 1991. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

GARDNER, Richard A. *The Role of the Judiciary in the Entrenchment of the Parental Alienation Syndrome (PAS)*, 2002. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02d.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

KHALEQUE, Abdul; ROHNER, Ronald P. Transnational relations between perceived parental acceptance and personality dispositions of children and adults: a meta-analytic review. *Pers. Soc. Psychol. Rev.*, maio 2012. Disponível em: <<http://psr.sagepub.com/content/16/2/103>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

LUND, Mary. A therapist's view of parental alienation syndrome. *Family and Conciliation Courts Review*, v. 33, n. 3, p. 308-316, July 1995. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/lund01.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MADALENO, Rolf. Autoalienação parental. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e afetividade*. São Paulo: Atlas, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 2, maio/ago. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705/pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PROCESSO de alienação parental pode ser litigância de má-fé, afirma psicanalista. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-04/processo-alienacao-parental-litigancia-ma-fe>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A fraude da síndrome de alienação parental e a protecção das crianças vítimas de abuso sexual*. 2014. Disponível em: <<http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protec%C3%A7%C3%A3o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Paula Aranha Hapner

Advogada na área de Direito das Famílias e Sucessões.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tempo da desistência da adoção. 2.1. Dissolução da adoção: desistência após a efetivação do vínculo formal. 2.2. Disrupção da adoção: desistência durante o estágio de convivência. 3. Possíveis consequências jurídicas da desistência da adoção. 3.1. Manutenção dos efeitos patrimoniais do vínculo parental. 3.2. Exclusão do cadastro de habilitados à adoção. 3.3. Responsabilidade civil. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Filhos com distúrbios comportamentais, dificuldades de aprendizagem ou condutas antissociais não são exclusividade de histórias de adoção. Entretanto, em vez de buscarem soluções para os problemas, como agiriam com filhos biológicos, alguns pais adotivos se limitam a interpretar como más tendências ou traços psicológicos negativos herdados da família biológica, incompatíveis com seu modo de viver.¹

Segundo a psicóloga Patrícia Glycerio R. Pinho, na realidade, muitos filhos adotivos desafiam seus pais como um teste para confirmarem que são verdadeiramente amados. Contudo, isso nem sempre é percebido pela nova família, que compreende a rebeldia como uma ingratidão ou imperfeição genética da criança.² A frustração também pode vir pelo sentir da criança, com uma idealização da nova vida

¹ MARIN, Isabel Kahn. Adoção. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994, p. 91-94; ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: 24 set. 2016.

² O SEGUNDO abandono. *Revista Isto É Independente*, n. 2.188, 19.10.2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO>. Acesso em: 3 ago. 2016. MARIN, Isabel Kahn. Adoção. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994, p. 91-94.

familiar que não corresponde à realidade, levando-a, em alguns casos, a rejeitar seus novos pais.³

O fato de o Direito tratar algo como impossível não necessariamente assim o torna. A compreensão de irrenunciabilidade do poder familiar ou irrevogabilidade da adoção, portanto, não afastam a realidade fática do comparecimento de pais adotivos a instituições de acolhimento ou ao Juízo da Infância e Juventude para se eximirem de suas responsabilidades parentais. Ignorar a situação, ao não a reconhecer, em nada contribui. O Direito deve dar respostas ao que lhe é apresentado, atribuindo os efeitos jurídicos mesmo nas hipóteses em que não havia regulamentação prévia.

Não há dados oficiais a respeito dos casos de desistência da adoção no território nacional. De qualquer modo, independentemente da atual taxa de adoções frustradas, o sofrimento dessas crianças e adolescentes, e as marcas notáveis de um segundo abandono, trazem a justificativa deste trabalho, ainda mesmo que se tratasse de um caso único.

Nesse contexto, com o intuito de dar visibilidade a esses meninos e meninas, analisam-se, dentro do sistema jurídico atual, as possíveis consequências civis da decisão dos adotantes de não levarem adiante a responsabilidade assumida, além da sua mera extinção, afinal, “sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade humana e da solidariedade. Os três princípios são interdependentes”.⁴

Este estudo iniciou-se com a pretensão de verificar a aplicação do instituto da responsabilidade civil à desistência da adoção, considerando que alguns tribunais brasileiros assim já decidiram. Com o desenvolvimento da pesquisa, verificou-se que, além da responsabilidade civil, outras consequências jurídicas podem advir da conduta desses pais. Desta maneira, o trabalho propõe, sem qualquer pretensão de que a questão reste solucionada em definitivo, respostas jurídicas que não se restrinjam à mera desoneração que acompanha a destituição do poder familiar.

O debate, frisa-se, não diz respeito se é ou não possível a ruptura dos laços e o retorno da criança à instituição de acolhimento. Estas

³ MARIN, Isabel Kahn. Adoção. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994, p. 91-94.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 11.

situações acontecem e proibi-las significaria forçar uma convivência com riscos ainda maiores de danos ao infante ou jovem.

Por opção feita na delimitação do tema, as situações investigadas serão as desistências nas adoções que exigem habilitação no Cadastro Nacional da Adoção (CNA), seguindo o procedimento formal. Os casos mais comuns ocorrem ainda no estágio de convivência do processo de adoção,⁵ mas também há relatos de desistências em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença. Cumpre, destarte, analisar cada uma dessas hipóteses e suas nuances.

A verdadeira preocupação reside na garantia de tutela prioritária concedida à criança e ao adolescente pela Constituição. A complexidade inerente às relações familiares demanda atenção para as peculiaridades de cada caso, e procura-se alcançar resultados e conclusões sem caráter generalista e que contribuam para a solução do problema em análise.

2 TEMPO DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Uma distinção merece ser feita entre as rupturas de laços após a efetivação do vínculo formal, daquelas que ocorrem após a integração da criança na família, porém, antes da sentença judicial de adoção. Internacionalmente, as expressões “dissolução” e “disrupção” são utilizadas para diferenciar o momento em que a desistência da adoção ocorre.⁶ Conforme definições trazidas pelo *Children’s Bureau*:

O termo *dissolução* é geralmente utilizado para descrever uma adoção em que o vínculo legal entre os pais adotivos e o filho adotivo é rompido, voluntária ou involuntariamente, após a adoção estar legalmente concluída. Isto resultará no retorno da criança à instituição de acolhimento ou no seu ingresso em nova família adotiva.⁷ O termo *disrupção* é utilizado para descrever um processo de adoção que termina

⁵ “DEVOLUÇÃO” de crianças adotadas é mais comum do que se imagina. Revista VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/devolucao-de-criancas-adotadas-e-mais-comum-do-que-se-imagina/>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

⁶ GUERRA, Paulo (Dir.). *Adoção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. (Coleção de Formação Contínua). Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Adocao.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016. CHILD Welfare Information Gateway. 2012. Adoption disruption and dissolution. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, *Children’s Bureau*. Disponível em: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/s_disrup.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2016.

⁷ CHILD Welfare Information Gateway. (2012). Adoption disruption and dissolution. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, *Children’s Bureau*. Disponível em: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/s_disrup.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2016. (Tradução livre). (Grifo nosso).

após a criança estar junto à família adotiva, mas antes da adoção estar legalmente concluída, resultando no retorno da criança à instituição de acolhimento ou no seu ingresso em nova família adotiva.⁸

Diante da impossibilidade de identificação de categorias próprias no sistema jurídico nacional, adotam-se, neste trabalho, tais nomenclaturas.

2.1 Dissolução da adoção: desistência após a efetivação do vínculo formal

A igualdade entre os filhos, independentemente de serem adotivos ou biológicos, tanto pelo princípio da igualdade que rege as relações familiares quanto pela regra prevista nos arts. 20 e 47, ECA, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, atribui aos filhos adotivos iguais direitos e deveres aos filhos biológicos, sendo vedada qualquer distinção.

Com efeito, a maioria das adoções dá efetividade a tais normas, mas, infelizmente, não são todas as histórias de adoção que apresentam um final feliz. V.H.C.S. e sua irmã foram adotados por um casal após um pouco mais de um ano com sua guarda provisória.⁹ Contudo, ao chegar em seu novo lar, o menino, em vez de encontrar o amor e o cuidado que tanto desejava, deparou-se com incontáveis agressões, rejeições e constantes humilhações por aqueles que se diziam seus pais. Não bastasse isso, após mais de dois anos de convivência, seus pais o levaram de volta à instituição de acolhimento, sem dar-lhe explicações, separando-o da irmã biológica. Nos anos que se seguiram, o casal realizou visitas esparsas, as quais, todavia, eram desprovidas de afeto e “impunham sempre mais angústia e humilhação”.¹⁰ Por vezes, levavam consigo a menina adotada para ver o irmão.

Finalmente, em 2009, oito anos após o retorno do menino ao abrigo, houve a destituição do poder familiar, sem que os pais tenham se insurgido contra tal determinação. Os laudos avaliativos realizados no processo comprovaram a experiência traumática do menino, que

⁸ CHILD Welfare.....

⁹ MINAS GERAIS. TJMG, 8ª CC, AC n. 1.0702.09.568648-2/002, Relatora Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 10.II.2011.

¹⁰ Uma das professoras da instituição de acolhimento relatou nos autos que o pai adotivo se referia ao menino como “retardado” e “burro”, além de acusá-lo de ter destruído seu casamento.

passou a ter traços agressivos e de insubordinação, além de dificuldades no processo de aprendizagem (provável dislexia).

Depreende-se dos autos que o desejo de adotar do casal era dirigido somente à menina, mas que, em vista da determinação legal de não serem separados irmãos biológicos, tiveram que “levar” V.H. Assim, passado algum tempo, houve a dissolução da adoção. Destaca-se, ainda, o relato que a irmã de V.H. era frequentemente ameaçada de ser também “devolvida”, caso não se comportasse conforme a vontade dos pais adotivos.

Nota-se que uma das situações que levam à dissolução da adoção é o fato de esta se dar unicamente em razão do desejo dos pais de adotar apenas um dos irmãos adotivos. Isto porque, o ECA prevê,¹¹ com o propósito de manter os vínculos fraternais, que os grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção da mesma família substituta, apesar de entendermos ser possível uma interpretação principiológica que permita esta separação.¹²

Outro caso semelhante de um casal de irmãos – com 3 e 6 anos de idade – em que apenas a menina, T., era verdadeiramente desejada pelos adotantes chegou ao TJSC.¹³ O garoto M. sofria constantes agressões, especialmente morais, com tratamento discriminatório em relação aos outros filhos. Verificam-se nos autos que lhe eram aplicados castigos imoderados por ações que, quando praticadas por seus irmãos não eram repreendidas, como o fato de que M. precisava ir a pé para a escola enquanto seus irmãos eram levados de carro e que era obrigado a lavar os lençóis quando fazia xixi na cama e era acusado de agir propositalmente, o que não se passava quando o incidente ocorria com a menina.

Em razão disso, o juízo entendeu como medida necessária a desconstituição do poder familiar, mas diferentemente do caso anterior, o fez em relação a ambas as crianças – que haviam vivido seis anos com os pais adotivos. A conclusão foi alcançada não apenas pelo tratamento discriminatório verificado também em relação à menina – considerando que ambos os filhos adotivos frequentavam escola pública, enquanto o filho biológico, particular – mas especialmente por a menina testemunhar as agressões dirigidas a seu irmão, “convivendo com o estigma de, ao não ser considerada ‘adequada’, vir a sofrer a mesma rejeição”. Ademais, seguindo orientação da equipe

¹¹ Arts. 28, § 4º, e 92, V, ECA.

¹² O tema exige aprofundamento que o escopo deste trabalho não permite desenvolver.

¹³ SANTA CATARINA. TJSC, 1ª CC, AC n. 2011.020805-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 21.06.2011.

interprofissional, primou-se pelo vínculo entre os irmãos, muito presente no caso. Ainda questionada sobre a vontade de voltar para casa, T. afirmou ser indiferente, desde que ficasse com seu irmão.

Uma peculiaridade desse caso é que, apesar de no momento final os adotantes alegarem a vontade de permanecer com os filhos adotivos, resta nítido nos autos que tal manifestação apenas ocorreu após se darem conta de que não poderiam permanecer somente com a menina.

Em situações como as supranarradas, inegáveis os sérios abalos psicológicos sofridos pelas crianças. Portanto, os tribunais apontados reconheceram os danos morais causados, ensejando a condenação dos pais adotivos ao pagamento de indenizações às crianças, independentemente de se tratar de um ato de vontade¹⁴ ou de destituição do poder familiar.

2.2 Disrupção da adoção: desistência durante o estágio de convivência

Nos casos de disrupção da adoção, durante o estágio de convivência, as opiniões se dividem quanto à possibilidade de serem atribuídas consequências jurídicas aos adotantes, conforme se passa a analisar.

Nesta fase do processo de adoção, chamada estágio de convivência, os requerentes possuem a guarda provisória do adotando.¹⁵ Frisa-se que, salvo em adoções internacionais, não há parâmetros para a duração do estágio de convivência, cujo prazo será fixado pela autoridade judiciária, observadas as peculiaridades do caso.¹⁶

Neste estágio, com o maior convívio, o adotando cria vínculos com os adotantes, ganhando confiança suficiente para mostrar sua individualidade. Alguns pais, entretanto, sem o devido preparo, podem vir a rejeitar tais manifestações de personalidade. Por se encontrarem no estágio de convivência, entendem o vínculo como precário e

¹⁴ O ato de vontade ao qual se faz referência é equivalente àquele que também os genitores biológicos realizam ao concordarem que a criança seja colocada em família substituta, na forma do art. 166, ECA, mantendo-se o poder familiar até a sentença constitutiva da adoção. (DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente: anotado e interpretado*. Curitiba: SEDS, 2013, p. 219).

¹⁵ SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Anan dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. *Revista Síntese Direito de Família*, n. 83, Assunto Especial – Doutrina, p. 10, abr./maio 2014.

¹⁶ Art. 46, ECA.

encontram, conforme sua conveniência, incompatibilidades que impediriam uma efetivação do vínculo de adoção – por mais absurdas que sejam.¹⁷ Desconsideraram estes pais, todavia, as realidades vividas pelas crianças, que não comportam formalidades – tal qual o trânsito em julgado de uma sentença – para enxergarem as figuras de pais e criarem expectativas em relação à nova família.¹⁸

Felizmente, com o início de uma percepção pelo Ministério Público em relação a possíveis danos e a respectiva reparação civil também na interrupção da adoção, a reflexão para além do formalismo processual tem-se inserido nas pautas jurisdicionais.

De modo inovador, em 2009, o Ministério Público de Minas Gerais pleiteou indenização por danos morais e o custeio do tratamento psicológico de uma menina, então com 7 anos, que conviveu com os adotantes por mais de um ano, sendo oito meses em estágio de convivência, antes da interrupção de sua adoção.¹⁹

O Relatório Psicológico elaborado nos autos constatou que a menina sofreu intenso abalo emocional, não apenas pelo retorno ao abrigo, mas também pelo fato de que os requerentes haviam mudado seu nome desde o processo de apadrinhamento, o que lhe deixou confusa quanto a sua identidade, referindo-se a si mesma ora com um nome, ora com outro. Ademais, mesmo após retornar à instituição de acolhimento, o apego da criança evidenciava-se no fato de que esta manteve as designações “pai”, “mãe”, “avó”, “tio”, “primo”, em relação aos requeridos e seus familiares.

¹⁷ Um bebê recém-nascido foi “devolvido” dois dias após o início da guarda provisória por não apresentar características físicas compatíveis com o perfil desejado (RIO DE JANEIRO. TJRJ, 3ª CC, AC n. 0444533-93.2008.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. em 28.07.2010). Uma adolescente retornou à instituição de acolhimento por apresentar condutas rebeldes (SANTA CATARINA. TJSC, 3ª CC, AI n. 2014.01400-8, Rel. Des. Saul Steil, j. em 16.12.2014). Um pedido de cancelamento de guarda judicial foi feito porque a menina, de 5 anos, comia as coisas da geladeira sem pedir e pegava chicles do Banco da Igreja (ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: 24 set. 2016). Uma menina, de 1 ano e 10 meses já havia passado por quatro desistências de adoção, porque “chorava demais” (FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção*: contribuições para uma cultura da adoção II. Curitiba: Terre des Hommes, 1994, p. 184-186.). A recusa de uma menina em trocar de nome e a gravidez de uma mãe que acreditava ser infértil também se apresentaram como justificativas para a “devolução” (REJEITADOS. *Revista Época*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDR58664-6014,00.html>>. Acesso em: 10 nov. 2016).

¹⁸ SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Anan dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. *Revista Síntese Direito de Família*, n. 83, Assunto Especial – Doutrina, p. 11-12, abr./maio 2014.

¹⁹ MINAS GERAIS. Vara da Infância e Juventude de Uberlândia, ACP n. 0702.09.567849-7, Juíza de Direito Édila Moreira Manosso, j. em 01.06.2009. Disponível em: <<http://www.mp.gov.br/porta/web/hp/8/docs/acp%20e%20decisao%20-%20indenizacao%20por%20desistencia%20de%20adocao.doc>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

Questionado sobre as circunstâncias que culminaram na decisão de desistência do processo, o pai afirmou, sem maiores explicações, a insegurança quanto à personalidade da menina e reconheceu o despreparo do casal para sua criação. Adiante no processo, o casal alegou que não tinha empatia com a criança, principalmente em razão da raça, visto que eram negros e a criança, branca.

Diante disso, a Vara da Infância e Juventude de Uberlândia/MG determinou, em sede de antecipação de tutela, o pagamento pelos requeridos de 15% dos rendimentos líquidos auferidos mensalmente para custear o pagamento dos tratamentos psicológicos e demais necessidades da criança. Tal determinação foi revertida em Agravo de Instrumento.

Na sentença, o casal foi condenado ao pagamento de R\$ 15.000,00 a títulos de danos morais, posteriormente minorados em razão de sua condição financeira.²⁰

Igualmente, em Agravo de Instrumento n. 2014.01400-8 interposto perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina diante da negativa de antecipação de tutela pela primeira instância, foram considerados indenizáveis os danos causados a uma adolescente de 14 anos que, além de sofrer o trauma de um segundo abandono, agravado por ter tido seu prenome e sobrenome alterados no meio social, foi, ainda, separada de seus dois irmãos, que permaneceram com os adotantes.²¹

Segundo o casal, a menina demonstrava excessiva rebeldia, impossibilitando uma convivência harmônica. Ocorre que, conforme o magistrado bem ressaltou, a conduta da adolescente era natural em sua idade e os problemas narrados pelos adotantes não se distinguiram daquilo que se passa em famílias biológicas, quando os filhos estão em fase da adolescência, sem que isso se torne razão para um abandono. Tal constatação evidencia-se com o depoimento da adolescente, que apesar de todos os seus atos de rebeldia, seguiu narrando seu amor pelos pais e afirmando ser a melhor família que teve.

²⁰ MINAS GERAIS. TJMG, 1ª CC, AC n. 5678497-70.2009.8.13.0702, Rel. Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 15.04.2014. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, também no sentido de proteger a criança, manteve a antecipação de tutela deferida em primeira instância, para custear o tratamento psicológico de um menino que conviveu com o casal mais de dois anos antes destes desistirem do processo de adoção. (MATO GROSSO DO SUL. TJMS, 5ª CC, AI n. 140057358.2014.8.12.0000, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. em 27.02.2014).

²¹ SANTA CATARINA. TJSC, 3ª CC, AI n. 2014.01400-8, Rel. Des. Saul Steil, j. em 16.12.2014.

Coloca-se em pauta, assim, este dano cuja existência não é recente, mas passa a ser visto como indenizável, na linha da doutrina da reparação integral²² e da tendência de expansão dos danos ressarcíveis.²³

Por outro lado, destaca-se que, de modo diverso das situações de dissolução da adoção analisadas no tópico anterior, nestes casos de interrupção trata-se de efetiva revogação da guarda provisória, mediante pedido de desistência dos pretendentes ou aferição pelo juízo de condições prejudiciais à criança. Por este motivo, o posicionamento de que a desistência do processo de adoção, quando ainda no estágio de convivência, possa implicar responsabilidade civil não é pacífico nas decisões pátrias.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2014, manteve sentença que indeferiu o pedido de alimentos e de indenização por danos morais e materiais feito pelo Ministério Público de Minas Gerais em favor de um menino que retornou à instituição de acolhimento, após dois anos e nove meses de estágio de convivência.²⁴

O Ministério Público de Minas Gerais narrou que o casal obteve a guarda provisória logo depois do nascimento do menino e, meses depois, houve o diagnóstico do adotando como portador de doença congênita que provocava malformação do sistema nervoso central. Os adotantes peticionaram desistindo da ação, sob motivo de “foro íntimo”.

No voto vencedor, o fundamento de que “não existe qualquer lei que impeça um casal, que pretenda adotar uma criança, de desistir da adoção no decorrer do processo” prevaleceu. A sentença judicial seria condicionante para o surgimento das obrigações na adoção e, o estágio de convivência, um período que a lei prevê para possibilitar a desistência do processo. O voto ainda sublinhou o efeito negativo que viria da condenação do casal, pois afastaria pretendentes receosos e diminuiria as chances de crianças serem adotadas.

Ocorre que o efeito apontado pelo magistrado como nocivo, mostra-se, em realidade, como preventivo de adoções tendentes ao fracasso, pois acaba resultando em uma triagem automática dos

²² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²³ SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Disponível em: <www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

²⁴ MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AC n. 10481120002896002, Rel. Des.ª Hilda Teixeira da Costa, j. em 12.08.2014.

pretendentes.²⁵ É preciso muita segurança e certeza por parte dos pretendentes ao tomarem a decisão de acolherem uma criança em seu núcleo familiar, ainda que primeiramente em caráter precário, como na guarda provisória do estágio de convivência.

Vale destacar qual seria a finalidade deste estágio. Não há um entendimento único em relação ao escopo do período, mas, em uma interpretação civil-constitucional, o estágio de convivência deve servir à criança, na análise de sua adaptação à nova família, evitando-se uma objetificação em que se verifica se “o produto” está de acordo com as expectativas dos adotantes.

Os pretendentes devem estar firmes no propósito de adotar antes de ajuizarem ação de adoção. As dificuldades inerentes ao exercício da parentalidade e as circunstâncias especiais de uma adoção presumem-se conhecidas pelos adotantes,²⁶ considerando sua preparação psicossocial e jurídica.²⁷ A decisão de adotar, desta maneira, deve anteceder ao pedido de guarda provisória, não servindo a tanto o estágio de convivência.²⁸

Esse período anterior à sentença, assim, deve sempre ser lido na perspectiva de proteção à criança, deslegitimando as disrupções por mero capricho dos pretendentes à adoção. Com esta premissa, de qualquer modo, em matéria de adoção, mostra-se imprescindível a análise de cada caso considerando suas peculiaridades.

Em conclusão, na disrupção da adoção, os danos sofridos pelas crianças e adolescentes possuem a mesma intensidade daqueles em que a adoção já se fundava em vínculo formal. De fato, na dissolução existe o vínculo de parentesco que pode ampliar o rol de fundamentos para a responsabilidade civil, bem como ensejar outras consequências, conforme adiante aprofundado. Entretanto, constatado o abuso de direito pelos pretendentes já no estágio de convivência, a responsabilidade civil mostra-se como resposta adequada, também na disrupção, para a compensação dos danos e garantia de um futuro menos fragilizado desses meninos e meninas.

²⁵ SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Anan dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. *Revista Síntese Direito de Família*, n. 83, Assunto Especial – Doutrina, p. 28, abr./maio 2014.

²⁶ SANTA CATARINA. TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, AI n. 2010.067127-1, Rel. Des. Guilherme Nunes Bom, j. em 25.11.2011.

²⁷ Art. 50, §§ 3º e 4º, ECA.

²⁸ MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AC n. 10481120002896002, Rel. Des.ª Hilda Teixeira da Costa, j. em 12.08.2014.

Verificados os dois momentos em que a desistência da adoção pode ocorrer, suas distinções e semelhanças, importa aferir, então, quais as respostas apresentadas pelo ordenamento jurídico, conforme as decisões nacionais e interpretações doutrinárias.

3 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Restou assinalada anteriormente a importância da preparação dos pretendentes à adoção para as situações que enfrentarão, bem como de seu acompanhamento posterior, o que se mostra essencial para a redução das chances de não se obter êxito na adoção. Contudo, casos de “devolução” são registrados também quando tomadas todas as providências no sentido de preparar e orientar os envolvidos.²⁹ Por esta razão, é importante pensar em medidas preventivas, mas não é possível dispensar a análise de soluções a serem propostas nos casos de desistência que persistem.

Nota-se que as decisões brasileiras não são unívocas no entendimento a respeito das categorias de respostas possíveis ao retorno do adotando à instituição de acolhimento. Diante disso, considerando que uma uniformidade quanto aos critérios técnicos a serem aplicados é relevante para a construção de uma verdadeira jurisprudência,³⁰ propõe-se uma sistematização que melhor possa orientar a fundamentação dos casos em que se verifica a desistência da adoção.

Identificam-se, assim, três possíveis consequências jurídicas à desistência da adoção: a) a manutenção dos efeitos patrimoniais do vínculo parental, em especial o de alimentos, para além do poder familiar; b) a exclusão do cadastro de habilitados à adoção; e c) a responsabilidade civil.

²⁹ No julgado, SANTA CATARINA. TJSC, 1ª CC, AC n. 2011.020805-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 21.06.2011, a sentença confirmada expõe: “Consta dos autos de habilitação e de adoção, ambos em apenso, que os requeridos estavam *regularmente habilitados e frequentavam o grupo de apoio* à adoção da Comarca de Blumenau, *cientes de temas como adoção tardia e vínculos entre irmãos.*” (Grifos nossos).

³⁰ Luiz Edson Fachin expõe as limitações do emprego da expressão “jurisprudência”, pela falta de unidade no conjunto das decisões nacionais, prejudicando a estabilidade e a segurança jurídica substancial, derivada de uma racionalidade tópica e sistemática” (FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência – Entrevista. Revista IBDFAM, n. 11, p. 5-7, maio 2014).

3.1 Manutenção dos efeitos patrimoniais do vínculo parental

Trata-se de consequência válida, sobretudo, para as hipóteses de dissolução, vez que os vínculos parentais dos quais decorrem efeitos patrimoniais somente estará presente em casos de disrupção, caso haja o reconhecimento da filiação socioafetiva.³¹

Os efeitos que aqui se destacam são o direito a alimentos e os direitos sucessórios do filho adotivo, mesmo após este voltar a residir na instituição de acolhimento, esteja o poder familiar íntegro, suspenso ou extinto.

É oportuno esclarecer, quanto aos alimentos, que se trata de alimentos legais (decorrentes de vínculo de Direito de Família), e não ressarcitórios/reparatórios/indenizatórios (em caso de ato ilícito).³² Os alimentos legais têm respaldado nos arts. 1.694 e ss., Código Civil, decorrem do princípio da solidariedade familiar e devem atender ao binômio necessidade do alimentando/ possibilidade do alimentante.³³

O acolhimento institucional não extingue necessariamente o poder familiar, razão pela qual os alimentos legais continuarão sendo devidos pelos pais, biológicos ou adotivos.³⁴ Na mesma linha de raciocínio, é possível afirmar que os direitos sucessórios também se manteriam.

Mesmo em casos de suspensão ou de destituição do poder familiar existiria, ainda, a manutenção desses direitos patrimoniais do filho adotivo.

Partindo-se da premissa que poder familiar e vínculo de filiação não se confundem, é possível que haja a manutenção dos deveres decorrentes do parentesco, não necessariamente atrelados ao poder familiar. A maioria, por exemplo, é hipótese de extinção do poder familiar, mas ainda assim, permanece a relação parental, figurando o filho como herdeiro necessário e com eventual direito a alimentos.

³¹ Este foi um dos fundamentos invocados pela Relatora no caso do menino com malformação no sistema nervoso central, ainda que tenha se posicionado por um caráter indenizatório dos alimentos. (MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AC n. 10481120002896002, Rel. Des.ª Hilda Teixeira da Costa, j. em 12.08.2014).

³² TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 559. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 596. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20-26.

³³ Art. 1.694, § 1º, CC.

³⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 336. SÃO PAULO. TJSP, 3ª CC, AI n. 607.838-4/4-00, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. em 04.08.2009.

Desta maneira, também com a destituição do poder familiar, o liame de parentesco e seus efeitos permaneceriam.³⁵ Caso contrário, seria como um prêmio para quem abandona seus filhos, devendo a interpretação basear-se no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, e não na conveniência da família substituta.

O vínculo com a família de origem – à qual a família adotiva, após finalizado o trâmite do processo de adoção, se equipara – somente seria inteiramente rompido com a hipótese de adoção por nova família.³⁶ Trata-se da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, os quais não restariam em momento algum sem a tutela jurídica, ao menos patrimonial, do vínculo de filiação. A obrigação alimentar continuaria ainda que em concomitância com o tutor ou guardião e, em caso de extrema necessidade, Maria Berenice Dias chega a afirmar que poderia ser buscada mesmo após nova adoção, em caráter subsidiário e complementar.³⁷

3.2 Exclusão do cadastro de habilitados à adoção

A segunda consequência jurídica de uma desistência da adoção diz respeito à exclusão dos pretendentes do cadastro de habilitados para adoção.³⁸ Trata-se de uma solução mínima e adequada para os casos em que se entenda não ter ocorrido prejuízos à criança.

Tal medida foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em um caso em que a guarda provisória de um bebê recém-nascido havia sido deferida aos pretendentes à adoção, que desistiram do

³⁵ A respeito da manutenção da obrigação alimentar: DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76. FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 333. RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 2ª CC, AC n. 588043471, Des. Rel. Mário Rocha Lopes, j. em 08.09.1988. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 210. Sobre a manutenção dos direitos sucessórios PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: um direito humano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 13, p. 87-94, jun. 2012.

³⁶ Art. 41, ECA. DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente: anotado e interpretado*. Curitiba: SEDS, 2013, p. 45-46.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76, 78.

³⁸ RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 7ª CC, Apelação Cível n. 70058247628, Rel. Des.ª Sandra Brisolara Medeiros, j. em 24.09.2014; RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 7ª CC, Apelação Cível n. 70053539995, Rel. Des.ª Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. em 07.03.2013; RIO DE JANEIRO. TJRJ, 3ª CC, AC n. 0444533-93.2008.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. em 28.07.2010 (obs.: apenas a ementa deste julgado encontra-se disponível, pois o acórdão está sob sigredo de justiça).

processo dois dias depois.³⁹ A decisão fundamentou-se nos arts. 29⁴⁰ e 50,⁴¹ ECA. Apesar de não se constatar efetivo dano à criança, o casal demonstrou completo despreparo para a adoção, sendo a exclusão do cadastro de habilitação de adotantes medida necessária a evitar que a conduta se repita.

Embora não se tenha identificado em nenhuma das decisões analisadas a cumulação da referida exclusão com a condenação à indenização ou prestação de alimentos, não parece existir qualquer óbice para tanto. Pelo contrário, caso os adotantes tenham sido condenados pelos danos que causaram com a “devolução” de uma criança, a sua permanência no cadastro de habilitados parece se mostrar incompatível com o art. 29, ECA.

Surge como proposta interessante, a depender do caso, a aplicação do art. 197-E, § 2º, ECA, o qual dispõe que “a recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida”. A partir desta leitura, os pretendentes terão seu caso individualmente analisado antes do eventual cancelamento da habilitação. É possível, inclusive, um novo trabalho pela equipe interdisciplinar da Justiça da Infância e da Juventude, no sentido de remover as barreiras psicológicas às quais estes adotantes se prendem.⁴²

3.3 Responsabilidade civil

Por fim, para além da manutenção da obrigação de alimentos decorrentes da solidariedade familiar e da possibilidade de exclusão do cadastro de habilitados, verifica-se como uma terceira resposta possível nos casos de desistência da adoção a responsabilidade civil.

O argumento mais frequentemente utilizado para a tutela infantojuvenil na desistência da adoção recai sobre a teoria do abuso de direito do art. 187, do Código Civil. Nas interrupções, em

³⁹ RIO DE JANEIRO. TJRJ, 3ª CC, AC n. 0444533-93.2008.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. em 28.07.2010 (obs.: apenas a ementa deste julgado encontra-se disponível, pois o acórdão está sob sigilo de justiça).

⁴⁰ “Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”

⁴¹ “Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.”

⁴² DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: anotado e interpretado. Curitiba: SEDS, 2013, p. 249-250.

especial, configurado pela quebra da confiança e frustração de legítimas expectativas.⁴³

É oportuno pontuar a questão da voluntariedade, que fundamenta algumas decisões.⁴⁴ Nem sempre o filho biológico era desejado, sendo a gravidez indesejada uma realidade no Brasil. De maneira alguma isso escusa a responsabilidade daqueles que detêm o poder familiar. No entanto, a adoção é sempre uma opção, que advém exclusivamente da vontade dos adotantes de serem pais, o que reforça seus deveres parentais e muda a perspectiva em hipótese de abandono das responsabilidades assumidas.⁴⁵

Em outras palavras, tanto os pais biológicos quanto os adotivos possuem o direito de entregar seus filhos para adoção (art. 13, § 1º, ECA),⁴⁶ consentindo com a integração da criança em nova família substituta (arts. 45 e 166, ECA). Haverá ato ilícito apenas quando houver abuso de tal direito. A diferença reside no fato que o percurso para que tal abuso reste configurado nas hipóteses de filhos adotivos é mais curto, considerando que o tempo para se decidirem e se prepararem para o recebimento de um filho é muito maior. Puderam pensar e exercer sua liberdade de maneira ampla nessa escolha.

Outro fundamento para a configuração da responsabilidade civil é a violação dos deveres parentais, nas dissoluções da adoção, configurando o abandono afetivo,⁴⁷ tendo como pressuposto a igualdade entre os filhos e a equiparação do filho civil ao natural. Giselda Hironaka esclarece que não se trata de exigir demonstrações de amor e carinho, mas sim o correto desempenho das funções paterno e materna, “para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos”.⁴⁸

⁴³ MINAS GERAIS. TJMG, 1ª CC, AC n. 5678497-70.2009.8.13.0702, Rel. Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 15.04.2014; RIO DE JANEIRO. TJRJ, 4ª CC, AI n. 0016785-18.2012.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. em 17.10.2012; MATO GROSSO DO SUL. TJMS, 5ª CC, AI n. 140057358.2014.8.12.0000, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. em 27.02.2014.

⁴⁴ MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AI 1.0481.12.000289-6/001, Rel.^a Des.^a Hilda Teixeira da Costa, pub. 31.10.2012.

⁴⁵ MORAIS, Dora Aparecida de. Os desafios da adoção no Brasil. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994, p. 223.

⁴⁶ “Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

§ 1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude.”

⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito à indenização de caráter subjetivo quando houver agressão à honra, ainda que advinda na unidade familiar (BRASÍLIA. STJ, REsp n. 1159242/ SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.04.2012). Da mesma maneira, o Enunciado n. 8 do IBDIFAM dispõe: “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. IBDIFAM, 22.04.07. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

No que se refere ao tipo de dano, verifica-se uma predominância no entendimento de serem indenizados os danos morais causados à criança pelo segundo abandono e pelo contexto em que este se deu.⁴⁹ Maria Isabel de Matos Rocha cita o psiquiatra Içami Tiba e ressalta que, para o psicológico de uma criança, é melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e devolvida.⁵⁰ No mesmo sentido, em laudo psicológico de um dos casos analisados, “esse segundo abandono da criança se mostra muito mais nocivo ao seu sadio desenvolvimento psíquico, moral e social do que o primeiro”.⁵¹

Todavia, em determinadas circunstâncias, observam-se posicionamentos diversos à configuração de dano moral. Os casos envolvendo crianças incapazes de compreender a realidade à sua volta (como aquelas com meses de vida ou com deficiência intelectual grave), geram especial polêmica quanto ao prejuízo gerado.

Inserir-se na reflexão do tipo de dano a ser indenizado a teoria da perda da chance. Embora as adoções frustradas não suprimam completamente as chances dessas crianças serem adotadas e terem um efetivo exercício do direito à convivência familiar, as chances de inserção em uma outra família substituta são, na maioria das vezes, enormemente diminuídas.

Rafael Peteffi⁵² esclarece que, quando as chances são totalmente extintas, há o dano autônomo da perda da chance passível de indenização, não sendo possível indenizar diretamente o “dano final”. Entretanto, quando há uma significativa redução das chances, não se está a indenizar um novo dano, mas diretamente o prejuízo final, sobre o qual se passa a exigir a flexibilização do nexos causal como elemento configurador da responsabilidade civil.

Deste modo, apesar de existirem outros fatores sobre os quais poderia recair a causalidade da permanência em acolhimento institucional dessas crianças, há uma flexibilização do nexos causal configurando-o perante a adoção frustrada.⁵³ É em razão da probabilidade de

⁴⁹ MINAS GERAIS. TJMG, 1ª CC, AC n. 5678497-70.2009.8.13.0702, Rel. Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 15.04.2014; SANTA CATARINA. TJSC, 1ª CC, AC n. 2011.020805-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 21.06.2011.

⁵⁰ ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁵¹ SANTA CATARINA. TJSC, 3ª CC, AI n. 2014.01400-8, Rel. Des. Saul Steil, j. em 16.12.2014.

⁵² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵³ Katia Regina F. L. A. Maciel identifica a perda da chance nos casos de desistência da adoção, mas sustenta a hipótese como “dano material decorrente da privação da oportunidade da criança

ter sido esta a causa e da tendência do instituto da responsabilidade civil em centrar-se no amparo à vítima que se sustenta esta responsabilidade.

O caso comentado do menino discriminado perante seus irmãos, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina,⁵⁴ não incluiu a teoria da perda da chance em suas fundamentações, mas se assim tivesse feito, entende-se que o princípio da reparação integral estaria sendo corretamente aplicado. O perfil que ele e sua irmã apresentavam à época, era aceito por 85 casais cadastrados para adoção no Estado de Santa Catarina, segundo pesquisa no cadastro único informatizado de adoção. A privação de uma adoção por uma família que desejasse ambas as crianças, portanto, seria indenizável pelos pais que desistiram da adoção, pois era notável a probabilidade de as crianças terem efetivado o direito à convivência familiar caso inexistisse a conduta lesiva destes pais, conforme dados objetivos presentes nos autos.

O mencionado dano soma-se ao dano moral causado pelo segundo abandono e pelas circunstâncias de maus-tratos e humilhações que o menino era submetido e sua irmã assistia – com este não se confundindo. No caso em comento, o dano a ser adicionado também assume um caráter extrapatrimonial, mas o montante fixado a título de indenização deverá considera-lo, a fim de possibilitar uma indenização justa, que compreenda todos os aspectos danosos do evento.⁵⁵

4 CONCLUSÃO

Da pesquisa exposta, foi possível alcançar algumas conclusões que não possuem a pretensão de serem definitivas ou aplicáveis indiscriminadamente em qualquer hipótese. Pelo contrário, a primeira conclusão que se aponta é justamente a necessidade de análise das peculiaridades de cada caso na procura por soluções adequadas à situação fática concreta.

adotada de ter uma família” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221).

⁵⁴ SANTA CATARINA. TJSC, 1ª CC, AC n. 2011.020805-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 21.06.2011.

⁵⁵ Conforme esclarece Antonio Junqueira de Azevedo, há o *dano-evento*, e o *dano-prejuízo*, que são as consequências do primeiro. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cadastro de restrição ao crédito*. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004). Assim, os danos decorrentes do abandono e dos maus-tratos e o dano de ser privado da convivência familiar seriam *danos-prejuízo* da adoção frustrada (*dano-evento*).

A desistência da adoção deve ser analisada conforme o momento em que ocorre. Havendo a desistência durante o estágio de convivência, a nomenclatura utilizada é “disrupção”. Se ocorrer após o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, trata-se da “dissolução”.

Três possíveis consequências decorrem dessas situações.

A primeira diz respeito à manutenção dos efeitos patrimoniais do vínculo parental, para além do poder familiar, e somente pode ser aplicada nas hipóteses de dissolução, salvo configuração da filiação socioafetiva durante o estágio de convivência. Isto porque, o vínculo parental somente estaria extinto com nova adoção, permanecendo o direito a alimentos legais, e mesmo o direito sucessório, enquanto a criança aguarda nova família na instituição e acolhimento.

A segunda consequência civil possível refere-se à retirada do nome dos pretendentes do cadastro de habilitados à adoção. Neste caso, duas opções são possíveis, a exclusão direta pelo magistrado, caso ele entenda pela aplicação dos arts. 29 e 50, ECA, ou a reavaliação da habilitação concedida, nos termos do art. 197-E, § 2º, ECA.

Por fim, tanto na dissolução quanto na disrupção, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, é possível a fixação de uma indenização à criança ou adolescente que sofreu o abandono dos pais adotivos ou pretendentes à adoção, pelos danos sofridos. Das decisões judiciais analisadas depreende-se que a indenização pode ser: a) fixada em parcela única; b) diretamente a partir do custeio de tratamento psicológico em clínica particular, o que seria o mais próximo de indenização *in natura*; ou c) por meio de prestações mensais.

O fundamento do abuso do direito para configuração da responsabilidade predomina tanto nos casos de disrupção quanto nos de dissolução. Nestes, é possível somá-lo ao descumprimento dos deveres parentais. Os tipos de danos passíveis de indenização são os danos morais, os danos materiais e o dano da perda da chance, sendo os primeiros a hipótese mais comum e facilmente verificada.

As soluções a serem determinadas deverão observar a casuística, podendo ser aplicadas de maneira individual ou cumulativamente, orientando-se pela principiologia constitucional. Procurou-se, neste trabalho, dar alguma visibilidade a estes meninos e meninas em situação de vulnerabilidade, aos quais o constituinte determinou tratamento prioritário pela família, pelo Estado e pela sociedade, mas que, quando ocorre a desistência da adoção, muito frequentemente não são

tutelados e acabam absorvendo uma carga de lesões a seus direitos fundamentais.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastro de restrição ao crédito. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHILD Welfare Information Gateway. 2012. Adoption disruption and dissolution. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau. Disponível em: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/s_disrup.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2016.

“DEVOLUÇÃO” de crianças adotadas é mais comum do que se imagina. *Revista VEJA*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/devolucao-de-criancas-adotadas-e-mais-comum-do-que-se-imagina/>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: anotado e interpretado. Curitiba: SEDS, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência – Entrevista. *Revista IBDFAM*, n. 11, p. 5-7, maio 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção*: contribuições para uma cultura da adoção II. Curitiba: Terre des Hommes, 1994.

GUERRA, Paulo (Dir.). *Adoção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. (Coleção de Formação Contínua). Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Adocao.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. IBDFAM, 22.04.07. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARIN, Isabel Kahn. Adoção. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994.

MORAIS, Dora Aparecida de. Os desafios da adoção no Brasil. In: FREIRE, Fernando (Coord.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção II*. Curitiba: Terre des Hommes, 1994.

O SEGUNDO abandono. *Revista Isto É Independente*, n. 2.188, 19.10.2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO>. Acesso em: 3 ago. 2016.

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: um direito humano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 13, p. 87-94, jun. 2012.

REJEITADOS. *Revista Época*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDR58664-6014,00.html>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère des solidarités et de la cohésion sociale. Adopter un enfant: Guide à l'usage des futurs adoptants, p. 16. Disponível em: <http://www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf_guide-adoptant.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças “desenvolvidas”: Os “filhos de fato” também têm direito? (Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico>>.

com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=5541&revista_caderno=12>. Acesso em: 24 set. 2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Disponível em: <www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Anan dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. *Revista Síntese Direito de Família*, n. 83, Assunto Especial – Doutrina, abr./maio 2014.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

Jurisprudência:

BRASÍLIA. STJ, REsp n. 1159242/ SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.04.2012.

MATO GROSSO DO SUL. TJMS, 5ª CC, AI n. 140057358.2014.8.12.0000, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. em 27.02.2014.

MINAS GERAIS. TJMG, 8ª CC, AC n. 1.0702.09.568648-2/002, Relatora Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 10.11.2011.

MINAS GERAIS. TJMG, 1ª CC, AC n. 5678497-70.2009.8.13.0702, Rel. Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 15.04.2014.

MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AC n. 10481120002896002, Rel. Des.^a Hilda Teixeira da Costa, j. em 12.08.2014.

MINAS GERAIS. TJMG, 2ª CC, AI 1.0481.12.000289-6/001, Rel.^a Des.^a Hilda Teixeira da Costa, pub. 31.10.2012.

MINAS GERAIS. Vara da Infância e Juventude de Uberlândia, ACP n. 0702.09.567849-7, Juíza de Direito Édila Moreira Manosso, j. em

01.06.2009. Disponível em: <<http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/8/docs/acp%20e%20deci%20sao%20-%20indenizacao%20por%20desistencia%20de%20adocao.doc>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

RIO DE JANEIRO. TJRJ, 3ª CC, AC n. 0444533-93.2008.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. em 28.07.2010.

RIO DE JANEIRO. TJRJ, 4ª CC, AI n. 0016785-18.2012.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. em 17.10.2012.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 2ª CC, AC n. 588043471, Des. Rel. Mário Rocha Lopes, j. em 08.09.1988.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 7ª CC, Apelação Cível n. 70053539995, Rel. Des.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. em 07.03.2013.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 7ª CC, Apelação Cível n. 70058247628, Rel. Des.^a Sandra Brisolara Medeiros, j. em 24.09.2014.

SANTA CATARINA. TJSC, 1ª CC, AC n. 2011.020805-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 21.06.2011.

SANTA CATARINA. TJSC, 3ª CC, AI n. 2014.01400-8, Rel. Des. Saul Steil, j. em 16.12.2014.

SANTA CATARINA. TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, AI n. 2010.067127-1, Rel. Des. Guilherme Nunes Bom, j. em 25.11.2011.

SÃO PAULO. TJSP, 3ª CC, AI n. 607.838-4/4-00, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. em 04.08.2009.

A ESTABILIZAÇÃO DAS TUTELAS ANTECIPATÓRIAS NO CPC/2015 FOI UM AVANÇO PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS?

Rafael Calmon

O mundo vem sofrendo alterações em proporções nunca antes vistas. Em todos os setores. Empresas multinacionais seculares são desafiadas por *startups* e empresas de tecnologia constituídas há pouquíssimo tempo. As relações sociais e o tráfego comercial passaram a dar muito mais importância às preferências individuais. As pessoas buscam a felicidade não necessariamente se amoldando aos modelos sociais predominantes, mas sim inventando novos modelos de comportamento, de amizade e de família. As coisas passaram a ser personalizadas e adaptadas de acordo com o gosto de cada um. O cliente deixou de ocupar o lugar de sujeito passivo e apático da relação para assumir uma postura ativa, influente. A família não mais é vista no singular. Agora as famílias se formam sob as mais diversas configurações. Seus membros não são apenas pessoas casadas entre si e filhos. Avós criam netos, pessoas solteiras vivem muito bem sozinhas ou com seus animais de estimação, casais divorciados continuam habitando a mesma casa, o poliamor jamais esteve tão em voga. Enfim, a palavra “customização” talvez nunca tenha sido tão utilizada.

Se é isso que acontece na realidade, no mundo vivido pelas pessoas da contemporaneidade, por que não poderia ser incorporado algo parecido ao processo, quando o sistema judicial brasileiro é algo que precisa urgentemente ser simplificado? Se é justamente em virtude de as pessoas estarem abandonando os intermediários para assumir a função de gestores diretos de seus próprios interesses que as coisas vêm evoluindo ultimamente, por que deveria ocorrer de forma tão diferente no ambiente processual? Por qual motivo o procedimento, que é o aspecto visível do processo judicial, não poderia ser moldado em alguns pontos pelos próprios consumidores da tutela jurisdicional se eles são os principais envolvidos e os maiores interessados na prestação desse serviço? Por que o tráfego das relações processuais não poderia acompanhar de certo modo o tráfego das relações sociais e comerciais? Enfim, por que o procedimento não poderia ter alguns de seus aspectos “customizados” pelos próprios jurisdicionados?

Em boa hora, portanto, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 incorporou ao sistema jurídico brasileiro a possibilidade de uma medida provisória ter seus efeitos imutabilizados – *efeitos estabilizados, para utilizar o termo empregado no Código* – por atitude das partes, independentemente de existir sentença transitada em julgado.

Sim, os próprios sujeitos parciais do processo podem ter sua vontade considerada nesse sentido, possibilitando que o conflito que subjaz ao litígio seja pacificado com muito menos dispêndio de tempo, de atos processuais e de dinheiro dos envolvidos.

A novidade ganhou corpo nos arts. 303 e 304 do Código, cujos textos são os seguintes:

CAPÍTULO II DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Apesar de a intenção do legislador ter sido das melhores, não se pode dizer o mesmo a respeito da forma como ela foi positivada no Código de Processo Civil. Com algum esforço interpretativo e certa

dose de criatividade, entretanto, é possível que esses textos normativos sejam interpretados de forma a que possa ser conferida aplicabilidade e coerência ao instituto.

A rigor, a coisa funciona mais ou menos assim: quando uma pessoa tiver interesse na obtenção de alguma medida liminar que efetivamente satisfaça o direito alegado – a exemplo dos alimentos, da guarda provisória de filhos e da regulamentação do exercício da convivência –, poderá requerê-la autonomamente, isto é, sem que tenha que obrigatoriamente promover demanda de forma concomitante ou subsequente, com vistas ao acerto definitivo do direito e da emissão de uma sentença de mérito. Para tanto, não será nem mesmo necessário que ela redija uma petição inicial revestida de todas as formalidades prescritas pelo art. 319 do estatuto processual. O quadro emergencial possibilitará que o requerimento correspondente seja feito em uma peça elaborada de forma extremamente simples e direta, vazada em texto que contenha, no mínimo, a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, assim como a mera indicação do pedido de tutela final, com base no qual deverá ser atribuído valor à causa. Se a liminar lhe for concedida, a parte contrária será intimada e citada para que interponha agravo de instrumento no prazo legal, sob pena de sua omissão tornar os efeitos da medida antecipada *imutáveis*, levando à extinção imediata do processo sem análise do mérito. Depois de estabilizados, tais efeitos se conservarão no tempo enquanto a decisão não for revista, reformada ou invalidada por outra demanda que pode ser proposta por qualquer das partes no prazo decadencial de dois anos contados da ciência da decisão que extinguir o processo. Decorrido esse prazo, sem que tal ação seja proposta, a estabilização não poderá mais ser questionada. Tornar-se-á *indiscutível*.

Ao que tudo indica, a inspiração para que essa técnica fosse adotada no Brasil adveio dos ordenamentos francês e italiano, pelo fato de eles possibilitarem que, comprovadas determinadas exigências, algumas medidas judiciais concedidas antecipadamente conservem sua eficácia de forma autônoma e independente da necessidade de virem a ser confirmadas por decisão de mérito.¹ Isso porque foi percebido nesses países que, em determinadas situações, as partes não tinham interesse em analisar profundamente provas e fatos para saber quem teria direito ou não no conflito. Se o juiz deferisse uma medida de urgência

¹ Na França, conferir os arts. 484 a 498 e 808 e 809; na Itália, os arts. 669-octies e 669-novies de seus respectivos Códigos de Processo Civil. Embora não tenha diretamente inspirado o legislador brasileiro – *ao menos não de forma declarada na exposição de motivos do novo CPC* –, o Direito argentino possivelmente o tenha feito, pois já convive com semelhante fenômeno há algum tempo: as medidas autosatisfativas, como aquelas previstas no art. 305 do Código Procesal Civil y Comercial de La Provincia de la Pampa ou no art. 232-bis do Código de la Provincia del Chaco.

em favor da parte-autora – mesmo sem análise aprofundada das circunstâncias e provas –, a outra poderia se contentar em suportar seus efeitos desde que deixasse de apresentar impugnação tempestivamente, deixando bem claro com isso que não haveria necessidade de se avançar com a lide rumo a uma sentença de mérito. A mera liminar, proferida com base em um exame absolutamente superficial a respeito dos fatos, poderia *estancar* o litígio e *solucionar parte específica daquele conflito*, tornando o prosseguimento da lide com o objetivo de *resolver integralmente o conflito e o litígio* meramente facultativo.

De certa forma, absorve-se a lógica da ação monitória, pois nela o autor ingressa em juízo com um documento desprovido de força executiva, impulsionando o juiz a proferir uma decisão inicial fundada em análise absolutamente superficial do conjunto probatório que, se não impugnada adequada e tempestivamente pela parte contrária, se converterá automaticamente em título executivo judicial (CPC, arts. 700-702), abrindo-se as portas para que o crédito possa ser satisfeito de maneira muito mais rápida, barata e eficiente do que se houvesse perquirição aprofundada a respeito dos fatos e provas subjacentes à constituição daquele documento.

Na prática, o que se verifica é a *satisfação* preponderando sobre a *segurança jurídica*.

E isso tem uma óbvia razão de ser. Dados estatísticos seguros demonstram que o sistema judiciário brasileiro se encontra em uma situação de congestionamento nunca antes vista. Em média, existe um processo judicial para cada habitante. A busca por soluções impossíveis começa a parecer uma boa ideia, diante da frustração de todas aquelas que até então haviam se mostrado possíveis. Ao lado desse assustador indicativo, a evolução da tecnologia e o avanço das relações sociais ampliaram exponencialmente a autonomia da vontade das partes dentro e fora do processo, tornando-as coautoras da tutela jurisdicional destinada a regulamentar suas próprias situações jurídicas. Há, por assim dizer, muito mais sensação de *inclusão* no novo sistema. Por fim, aparece o tempo. Ou melhor, a falta dele. Como um dos mais importantes ativos que as pessoas possuem atualmente, todas as medidas processuais dotadas de aptidão para poupá-lo são bem-vindas.

Se sob esse cenário, isoladamente considerado, a implantação da técnica da estabilização já apareceria como importante equalizador dos fatores contrastantes, o que dizer de um quadro composto por situações sensíveis, permeadas por direitos indisponíveis e titularizadas por sujeitos vulneráveis, como as relações jurídicas de direito das famílias?

Que fique claro que nem a indisponibilidade,² nem o fato de se a situação revolver relações de direito de família impediriam sua aplicabilidade, pois são circunstâncias absolutamente alheias ao emprego da técnica. Ao contrário. Talvez esses fatores pudessem justamente estimular sua aplicabilidade.

O recurso a exemplos talvez facilite a compreensão do que acaba de ser dito.³

Imagine, por exemplo, como a técnica poderia ser útil para solucionar a corriqueira situação de uma criança que já tenha tido sua guarda unilateral atribuída à mãe em demanda precedente, mas que, retirada de seu convívio pelo pai para passar férias ou feriados prolongados consigo, não seja restituída no momento estabelecido para tanto, em flagrante descumprimento ao que ficara acertado anteriormente. A grande possibilidade de que esta criança falte às aulas na escola em que se encontra matriculada ou simplesmente deixe de retornar ao lar de sua guardiã no tempo combinado atribuiria caráter emergencial à situação, fornecendo o panorama ideal para que fosse elaborada rapidamente uma petição simples, desprovida de maiores requintes técnicos, mas que fosse suficiente a apresentar ao magistrado um resumo desses fatos e do direito assegurado pela sentença proferida na demanda precedente, assim como um quadro a respeito da urgência e da gravidade da situação que, se não socorrida imediatamente pelo Judiciário, poderia causar sérios prejuízos a todos os envolvidos. A título de complemento, bastaria haver a *indicação* do pedido de tutela final, a atribuição de valor à causa em consideração ao proveito econômico por este proporcionado e, por óbvio, o requerimento de concessão da tutela de urgência de busca e apreensão, deixando-se claro que se estaria valendo da prerrogativa de peticionamento simplificado (art. 303) e que a mera estabilização dos efeitos dessa tutela satisfaria os interesses da autora (art. 304, *caput* e § 1º).

Caso deferida a liminar e não apresentado agravo pela parte contrária, o processo seria extinto e os efeitos da decisão se estabilizariam, poupando-se tempo e possivelmente dinheiro dos envolvidos com isso.

O procedimento sob enfoque poderia ser aplicado, ainda, à seguinte situação hipotética: o casal se separa de corpos e o consorte que continua habitando sozinho o imóvel comum se recusa a permitir o

² O Enunciado n. 582 do Fórum Permanente de Processualistas Civis é no seguinte sentido: “Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública”.

³ Todos os exemplos foram retirados de: CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

acesso do outro a seus próprios documentos pessoais e a diversos bens particulares que ainda se encontram no local. O fato de inexistir controvérsia a respeito da titularidade exclusiva sobre tais coisas atribuiria probabilidade suficiente às alegações desta parte. Já a circunstância de se tratarem de documentos pessoais ou então de bens prometidos à venda ou em risco de sofrerem deterioração naquele lugar emprestaria considerável urgência à situação, possibilitando a elaboração de um requerimento de busca e apreensão desses papéis e objetos.

Pense, ainda, como esse método poderia ser útil quando o ascendente responsável pela inclusão do nome do filho como dependente de seu plano de saúde se recusasse a assim proceder, em franco descumprimento à obrigação imposta em sentença transitada em julgado. A urgência da situação talvez até pudesse ser considerada presumida nesse caso, em razão da importância da prestação.

Cogite também o quadro de um dos consortes necessitar urgentemente de alimentos para manter seu sustento, depois de ter sido subitamente expulso do lar comum sem qualquer motivo aparente. A gravidade e surpresa com que acontecimentos desse tipo costumam vir à tona possivelmente impediriam que essa parte tivesse tempo hábil para reunir documentos necessários à comprovação de suas necessidades e da capacidade contributiva do outro. Daí ela poder se escorar apenas nas provas que possuísse para deduzir requerimento voltado à obtenção pura e simples de alguma medida liminar que lhe assegurasse prestação alimentícia.⁴

No exemplo exposto imediatamente acima, a situação ainda se agravaria, toda vez que a pessoa afastada do lar fosse mulher gestante necessitando de “valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico”.

Caso a liminar fosse deferida nesse caso também, e o réu não recorresse, os efeitos dessas decisões também se estabilizariam e o processo simples e rápido seria extinto, sem mais discussões a respeito do direito à percepção desses alimentos.

⁴ Sensível a essa possibilidade, o Enunciado n. 500 do FPPC estabelece que “o regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/1968, observado o § 1º do art. 13 da mesma lei”.

Imagine, por fim, como a técnica sob estudo poderia ser útil até mesmo aos pais que pretendessem obter a guarda de seus filhos sem adentrarem a fundo nas discussões a respeito. Enfim, mais e mais situações poderiam ser conjecturadas envolvendo os mais diversos conflitos familiares, se os exemplos acima não fossem suficientemente representativos do aflitivo panorama em que as partes usualmente se encontram e dos benefícios da utilização da técnica.

Em todas elas, o que se verifica em comum é um quadro de extrema e contemporânea urgência que o interessado pretende ver remediado pelo Judiciário por meio da concessão de uma medida que faça cessar a violação ou ameaça a seus direitos – *enfim, que satisfaça e não meramente os acautele* –, pouco importando que ela seja fundamentada em cognição sumária, que venha involucrada por um pronunciamento denominado “sentença” ou que tenha aptidão para fazer coisa julgada material.

É a verificação prática da *satisfação* preponderando sobre a *segurança jurídica*.

Portanto, não hesito em responder positivamente ao questionamento que serviu de título a este ensaio. Sim, a estabilização das tutelas antecipatórias no CPC/2015 foi um considerável avanço para o Direito das Famílias.

Até a próxima!

