

ANAIS DO

11
Volume
Ano 2020

XII CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E
SUCESSÕES

FAMÍLIAS E VULNERABILIDADES



DIRETORIA EXECUTIVA: Presidente: Rodrigo da Cunha Pereira (MG); Vice-Presidente: Maria Berenice Dias (RS); Primeiro-Secretário: Rolf Hansen Madaleno (RS); Segundo-Secretário: Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB); Primeiro-Tesoureiro: José Roberto Moreira Filho (MG); Segunda-Tesoureira: Thais Câmara Maia Fernandes Coelho (MG); Diretor de Relações Internacionais: Paulo Malta Lins e Silva (RJ); Vice-Presidente: Cássio Sabbagh Namur (SP); Coordenadora de Projetos de Relações Internacionais: Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner (PR); Diretora das Relações Interdisciplinares: Giselle Câmara Groeninga (SP); Vice-Diretora das Relações Interdisciplinares: Cláudia Pretti Vasconcelos Pelegrini (ES).

CONSELHO CONSULTIVO: Presidente: Paulo Luiz Netto Lôbo (AL); Vice-Presidente: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP).

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO: Diretor Norte: Raduan Miguel Filho (RO); Diretor Nordeste: Marcos Ehrhardt Júnior (AL); Diretora Centro-Oeste: Eliene Ferreira Bastos (DF); Diretora Sul: Ana Carla Harmatiuk Matos (PR); Diretora Sudeste: Viviane Girardi (SP).

CONSELHO FISCAL: Presidente: Nelson Rosenvald (MG); Vice-Presidente: Alberto Raimundo Gomes dos Santos (BA); Segundo-Vice: Luiz Cláudio Guimarães (RJ); Terceira-Vice: Angela Gimenez (MT); Secretária: Maria Rita Holanda (PE).

Diretorias Estaduais:

REGIÃO NORTE: Acre: Isabela Vieira de Sousa Gouveia; 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: Patrícia Ferreira Rocha; Bahia: Fernanda Carvalho Leão Barretto; Ceará: Gabriela Nascimento Lima; Maranhão: Lourival de Jesus Serejo Sousa; Paraíba: Renata Torres da Costa Manguera; Pernambuco: Jones Figueiredo Alves; Piauí: Isabella Paranaçu de Carvalho Drumond; Rio Grande do Norte: Suetônio Luiz de Lira; Sergipe: Acácia Gardênia Santos Lelis.

REGIÃO CENTRO-OESTE: Distrito Federal: Ana Carolina Senna; Goiás: Solimar Santana Oliveira; Mato Grosso: Fabiano Rabaneda dos Santos; Mato Grosso do Sul: Ana Maria Medeiros Navarro Santos.

REGIÃO SUDESTE: Espírito Santo: Ana Paula Protzner Morbeck; Minas Gerais: José Roberto Moreira Filho; Rio de Janeiro: Luiz Cláudio de Lima Guimarães Coelho; São Paulo: Ana Paula Gonçalves Copriva.

REGIÃO SUL: Paraná: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Rio Grande do Sul: Conrado Paulino da Rosa; Santa Catarina: Ana Paula de Oliveira.

NÚCLEOS DE PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA:

Coordenadora-Geral: Maria Berenice Dias; Secretária-Geral: Ana Brussolo Gerbase. 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 Guilardi. 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.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO: Marandhayan Oliveira, Débora Anunciação, Guilherme Gomes

DESIGNER: Maria Carolina Tavares, Rebeca Ornelas **ASSESSORIA JURÍDICA:** Ronner Botelho, Esther Moraes (estagiária)

342.16 Congresso Brasileiro de Direito das
C749 Famílias e Sucessões (12: 2024: Belo
2025 Horizonte, MG). Anais... / 12º Congresso
v.12 Brasileiro do Direito das Famílias e
Sucessões: Famílias e vulnerabilidades /
[Editado por] Ronner Botelho Soares. - Belo
Horizonte: IBDFAM, 2025.

ISBN: 978-65-69632-13-9
ISBN: 978-65-69632-13-9 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Direito das sucessões. 4. Contratos de namoro. 5. Contrato pré-nupcial. 6. Violência doméstica. 7. Abuso do direito. 7. Adoção. 8. Alienação parental. 9. Lei Maria da Penha. 10. Coparentalidade. 11. Guarda compartilhada. 12. Guarda alternada. 13. Relações socioafetivas. 14. Tutelas protetivas. 15. Separação de bens- Regime. 16. Pensão alimentícia. 17. Paternidade abusiva. 18. Direito societário. I. Soares, Ronner Botelho (Ed.). II. Madaleno, Rolf...[et al]. III. Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. IV. 12º Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM. V. Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões, 12. VI. Título.

CDDir - 342.16
CDD (23.ed.) - 346.015

Anais do

XII CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E
SUCESSÕES

FAMÍLIAS E VULNERABILIDADES

Autores

Rolf Madaleno, Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, Adélia Moreira Pessoa,
Fernando Moreira Freitas da Silva, Cristiano Chaves de Farias,
Bruna Barbieri Waquim, Simone Tassinari, Giselda Maria Fernandes Novaes
Hironaka, Fernando Gaburri, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,
Elisa Cruz, Ana Luiza Maia Nevares e Renata Nepomuceno e Cysne

Editor

Ronner Botelho Soares

Diagramação

Rebeca Ornelas

Superintendente

Maria José Marques

Administrativo

Patrícia Maffort

SUMÁRIO

- 1 O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO DE FAMÍLIA**
Rolf Madaleno.....7
- 2 QUAL A EFICÁCIA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE NAMORO?**
Leonardo Amaral Pinheiro da Silva.....36
- 3 NOVAS VIOLAÇÕES NA DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER – A PÓRNOGRAFIA DA VINGANÇA PODE SER CONSIDERADA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?**
Adélia Moreira Pessoa.....56
- 4 O SISTEMA DE ADOÇÃO NO BRASIL E A PREPONDERÂNCIA DA FAMÍLIA EXTENSA ATENDEM AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?**
Fernando Moreira Freitas da Silva.....73
- 5 A INFLUÊNCIA DA ESTÉTICA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS VULNERÁVEIS: BELEZA É FUNDAMENTAL?**
Cristiano Chaves de Farias.....86
- 6 O QUE É ALIENAÇÃO FAMILIAR INDUZIDA E COMO ELA PODE CONTRIBUIR PARA RESSIGNIFICAR A RELAÇÃO DE GUARDA/CONVIVÊNCIA?**
Bruna Barbieri Waquim.....109
- 7 COPARENTALIDADE E EXERCÍCIO DO DIREITO À PROCREAÇÃO SEM RELACIONAMENTO SEXUAL, UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DEVERES PARENTAIS**
Simone Tassinari.....125

8	A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SOCIOAFETIVIDADE NA SUCESSÃO COLATERAL COM DIREITO DE REPRESENTAÇÃO	
	Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.....	145
9	A PROPOSTA LEGISLATIVA DE RETORNO À DIGNIDADE VULNERABILIDADE: ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DO PROJETO DE LEI N. 757 DE 2015 DO SENADO FEDERAL QUE PROPÕE ALTERAÇÕES NO ATUAL SISTEMA DE INCAPACIDADES E NA TOMADA DE DECISÃO APOIADA	
	Fernando Gaburri.....	159
10	A ATUAÇÃO DE EQUIPES INTERDISCIPLINARES TEM SIDO UMA CONTRIBUIÇÃO EFICAZ? QUAIS AS TÉCNICAS VIÁVEIS DE AUDIÇÃO E INQUIRIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES?	
	Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.....	181
11	O QUE É VULNERABILIDADE EM DIREITO DAS FAMÍLIAS NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL?	
	Elisa Cruz.....	190
12	O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E O VERBETE 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
	Ana Luiza Maia Nevares.....	204
13	QUAL A DIFERENÇA ENTRE GUARDA ALTERNADA E GUARDA COMPARTILHADA COM RESIDÊNCIA ALTERNADA?	
	Renata Nepomuceno e Cysne.....	216

O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno

Advogado. Professor de Direito de Família na Pós-Graduação de Direito de Família e Sucessões na PUC/RS e como convidado na Pós-Graduação da UFRGS. Sócio-fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Membro da Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia – AIJUDEFA. Mestre em Direito Processual pela PUC/RS. Palestrante no Brasil e no exterior.

Sumário: 1. O direito. 2. O abuso do direito. 3. O abuso do direito no direito de a família e seus efeitos legais. 4. O abuso do direito nas tutelas protetivas da Lei Maria da Penha. 5. O abuso do direito no regime e na administração dos bens. 6. O abuso do direito do progenitor que nega, esconde, desconhece, posterga, ou mente sobre os vínculos biológicos de seus filhos. 7. O abuso do direito e o adimplemento substancial. 8. O abuso do direito e o comportamento contraditório. 9. O abuso do direito nos alimentos. 10. O abuso do direito na autoridade dos pais e a prática da alienação parental. 11. O abuso do direito na investigação de paternidade abusiva. 12. O abuso do direito no uso do apelido conjugal. 13. O abuso do direito no direito societário. 14. Medidas coercitivas típicas e atípicas no abuso do direito. 15. Referências.

1 O DIREITO

Dizia Vicente Ráo que o direito ampara o ser humano desde o momento em que ele é concebido e depois o acompanha em todos os passos e contingências da sua vida até que, por fim, dispõe sobre a sua morte, perpetuando-se por meio de seus sucessores, e lembrava ainda o mesmo autor, que o homem precisa viver em coletividade, não sendo por outro motivo que o Direito disciplina a atividade humana em sociedade, para que todas as pessoas possam viver socialmente em harmonia, em um sistema de contrapesos entre deveres e direitos, cuja máxima

foi levantada por Robespierre ao expressar que *o direito de cada indivíduo termina onde começa o direito do outro*.¹

Contudo, nem sempre foi assim, dado que alguns povos nada sabiam de direito, relatando René Dekkers que, por exemplo, os canibais eram os mais selvagens de todos os homens e não observavam a justiça e, tampouco, obedeciam a qualquer lei, como também aqueles que vivem nas florestas, em hordas compostas por membros de uma mesma família, que não conhecem nenhuma espécie de autoridade e resolvem suas querelas pela força, indo até onde lhes agrada e se detendo aonde querem, sendo exemplos de povos que carecem de uma organização social, e que, se ainda não desapareceram, estão em vias muito próximas de submergirem.²

O direito, por si só, já recorda a ideia da autoridade, não sendo por outra razão que nos primeiros séculos da vida dos povos, esta autoridade repousava nas mãos dos deuses, de quem vinha o direito, para mais adiante o poder passar aos reis, chamados de descendentes dos deuses, estando dentre as primeiras tarefas dos reis assegurarem a paz e por isto ditavam o direito para limitar as dissensões. Para apaziguar as querelas o direito deve garantir uma igualdade ao menos relativa, pois como informa René Dekkers, nada é mais intolerável que a arbitrariedade, sendo imprescindível ao homem que vive em sociedade ter a exata compreensão daquilo que está permitido e o que está proibido, pois esta certeza é que faz com que em todos os lugares do mundo se busque impor a paz, não só como missão dos reis, mas como encargo de todas as formas de governo.³

Ou como ensinam Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, quando dizem que a vida em sociedade é o resultado de uma evolução longa e lenta, não se podendo comparar com a simplicidade relativa aos fatos sociais que existiam entre os povos primitivos, reunidos em pequenos clãs, em hordas ou em tribos, totalmente incomparáveis com a extraordinária complexidade dos atuais fenômenos sociais.⁴

Para Antonio Bento Betioli não haveria vida coletiva se fosse permitido que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais, sem respeitar os interesses dos demais indivíduos, no entanto, alerta que o direito não é o único responsável pela harmonia da vida em sociedade, uma vez que a religião, a moral, as regras de trato social também contribuem para o sucesso das relações sociais e se o direito não é o valor único, nem o mais alto, ele é, contudo, a garantia precípua da vida em sociedade,⁵ e viver em sociedade supõe ter uma noção muito

¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1, p. 28-29.

² DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 289.

³ DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 291.

⁴ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Introdução ao estudo do direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v.1, p.11.

⁵ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

exata dos direitos subjetivos, pois qualquer excesso representa avançar no direito alheio.

Pode ser acrescido, com escora nas lições de Cristiano Farias, Felipe Netto e Nelson Rosenvald, que: “na atualidade, nem tudo aquilo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa o permitido do proibido posta-se o abusivo, pois a conduta abusiva é tão ilícita quanto àquela formalmente proibida pelo direito”.⁶

2 O ABUSO DO DIREITO

Para não ser reprovada a ação humana deve pautar pelo exercício regular de um direito, pois a lei não ampara qualquer ato abusivo de um aparente direito que, como assevera Inacio de Carvalho Neto, seria a própria negação do direito,⁷ considerando corresponder este direito a um determinado benefício concedido por lei e que não deve ser excedido, pois todo o excesso obedece a um ato abusivo, ou melhor dizendo, obedece ao comando de um verdadeiro abuso de um direito, ainda quando se revista de uma seriedade ou de uma falsa aparência jurídica, porquanto, aquele que exorbita de um direito e obra além dos seus limites, atua à margem do seu direito, excede ao próprio direito.

Logo, para que um ato não possa ser considerado abusivo, social e juridicamente reprovável, deve provir de um exercício regular do direito, pois a lei não ampara qualquer exercício abusivo⁸ que descambe para a má-fé, com uma perceptível atuação culposa daquele que se movimenta no uso excessivo e distorcido de um aparente direito que, sem nenhuma dúvida, se movimenta no campo do ato ilícito e altamente reprovável, haja vista que age de forma irregular para causar um prejuízo, que pode ter ou não um componente de dolo ou de culpa, mas que, em qualquer uma de suas versões haverá sempre de comportar a responsabilidade do devido ressarcimento do dano que consciente ou inconscientemente provocou.

Pablo Rodríguez Grez afirma que o ato abusivo descreve uma situação não amparada na norma, forjando uma aparência de direito que não corresponde à realidade.⁹ Conta que a *certidão de batismo* do abuso do direito tem origem jurisprudencial em duas sentenças francesas pronunciadas sob a vigência do Código Civil de 1804, sem que houvesse norma expressa sobre a matéria, sendo a primeira sentença relacionada a um morador que construiu uma falsa, inútil e volumosa chaminé em sua residência, exatamente em frente às janelas de seu

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 214.

⁷ CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. IV, p. 20.

⁸ HARIRI, Juan Carlos *et al.* El abuso del derecho en la obra del Doctor Abel M. Fleitas. In: *Abuso del derecho y otros estudios en homenaje a Abel M. Fleitas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 37.

⁹ GREZ, Pablo Rodríguez. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 62.

vizinho, com a intenção de causar-lhe um prejuízo, interceptando a luz que se projetava sobre suas dependências, tendo o vizinho prejudicado recorrido ao Judiciário, alegando que o proprietário da chaminé carecia de interesse sério e legítimo, e que a sua obra não lhe gerava nenhum benefício e sim um considerável dano ao reclamante, que foi vitorioso em sua demanda, ordenando o tribunal francês a demolição da chaminé e sustentando que, “se é certo que o direito de propriedade de algum modo é absoluto sobre a coisa, seu exercício, como qualquer outro exercício de algum direito, deve ter como limite a satisfação de um direito sério e legítimo”.¹⁰

A segunda sentença, mencionada por Grez, refere-se a um proprietário que instalou uma bomba no subsolo de sua propriedade para sugar a água que corria por uma fonte subterrânea, com o único propósito que seu vizinho não tivesse acesso à água que ele desviava para um rio próximo e dela nem se utilizava, mostrando mais uma vez presente o ânimo de causar um dano ao vizinho, e sem obter nenhum proveito necessário e legítimo, nascendo a doutrina do abuso do direito exatamente destes atos *emulativos* muito próprios de intrigas entre vizinhos, cujos dissensos despertaram a percepção dos juristas de que necessitavam harmonizar o exercício dos direitos que entravam em conflito.¹¹ Não há como confundir o abuso do direito com a figura da colisão de direitos menciona, uma vez que o abuso do direito supõe um conflito, ou uma colisão de interesses e quem dele abusa estende a norma positiva para mais adiante dos seus limites, lesionando outros direitos que também se acham amparados por uma norma positiva e portanto, quem avança sobre o direito alheio não atua no exercício de nenhum direito, mas cria uma colisão de direitos.¹²

É a noção de abuso do direito apresentada por Marcos Catalán, quando explica que a sua essência está ligada à ideia de excesso, ou seja, aquilo que ultrapassa a normalidade das coisas e vai além do naturalmente esperado,¹³ muito embora o ato possa ter partido de uma conduta permitida pelo sistema jurídico, termina pelos excessos em desconformidade com a finalidade que naquela circunstância fática o agente pretendia alcançar e promover.¹⁴

A doutrina da teoria do abuso do direito surgiu da aspiração de um comportamento ético e social, e se desenvolveu para permitir uma reação contra atos emulativos ou chicaneiros, que não tinham previsão no Código Civil, sendo a doutrina focada primeiro, no exercício abusivo da propriedade, quando firmada a percepção de que o proprietário podia exercer livremente o seu direito de

¹⁰ GREZ, Pablo Rodríguez. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 128.

¹¹ GREZ, Pablo Rodríguez. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 131.

¹² GREZ, Pablo Rodríguez. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 137.

¹³ CATALÁN, Marcos. Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; SIMÃO, José Fernando. *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2011, v. 2, p. 261.

¹⁴ CATALÁN, Marcos. Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; SIMÃO, José Fernando. *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2011, v. 2, p. 264.

propriedade e não causasse prejuízos ao proprietário vizinho. A teoria expandiu-se por vários países e foi adotada no § 226, do BGB alemão, ao expressar que: “o exercício de um direito é inadmissível se unicamente tiver por fim causar dano a outrem”.¹⁵

Para José de Oliveira Ascensão, o individualismo e o positivismo reinantes em fins do século XIX e princípios do século XX, estavam assentados na ideia de que o proprietário podia fazer em seu uso tudo o que a lei não proibisse e não havia qualquer proibição ao uso abusivo da propriedade, se dando conta os juristas que o direito permitia o uso mas não podia tolerar o abuso,¹⁶ só porque não estava proibido.

Contudo, são conflitos presentes em qualquer ambiente social e familiar cujas relações são mais estreitas e maior sua intimidade, mas de resto não são diversos de todos os demais conflitos humanos, envolvendo cônjuges ou conviventes e toda classe de familiares existentes e deles em relação a terceiros.

O abuso do direito é teoria institucionalizada pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro de 2002, e encontra eco na quase totalidade das legislações estrangeiras, embora ela não tivesse precedente no Código Civil brasileiro de 1916. Não obstante se trate de um princípio equiparável ao da *boa-fé* e do *enriquecimento ilícito*, tem vida própria, como tinha existência jurídica no artigo 1.071 do derogado Código Civil argentino e agora regulado pelo artigo 10, do vigente Código Civil e Comercial da Argentina.¹⁷ Em outros países, como no Chile ainda atua como uma teoria desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência.

O artigo 187 do Código Civil prescreve cometer ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos bons costumes, criando uma identidade entre o ato ilícito e o abuso do direito, pois em ambos institutos são ultrapassados os limites da ordem jurídica.

Para Humberto Theodoro Júnior é do cotejo entre o uso inadequado e o fim socioeconômico de seu direito que deve ser apurado o vício do abuso do direito cometido por quem se excede no exercício de um direito,¹⁸ sendo legítimo usar dos direitos que a lei concede, mas não é legítimo abusar destes direitos.¹⁹ Os

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controversas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p.36.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controversas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 35.

¹⁷ CCC, Argentina – Art. 10. – *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 111.

¹⁹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Parte general. 13. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, t. I, p. 42.

direitos não podem ser postos a serviço da malícia, da vontade de causar um dano ao próximo, pois os direitos legalmente concedidos têm uma missão a cumprir e contra a qual os titulares destes direitos não podem se rebelar, mostrando-se ilegítimo exercê-los contra os fins sobre os quais a lei se inspirou,²⁰ emanando-se a instituição do abuso do direito de um intenso conteúdo de cunho moral, com o exercício regular de um direito, qual seja, justo, legítimo e normal.²¹

No Direito brasileiro (CC, art. 187) e não é diferente no Direito argentino (CCC, art. 10), o abuso do direito consta na Parte Geral dos respectivos Códigos Civis, sem prejuízo de outras disposições específicas, ou complementadas em leis especiais, ao passo que no Chile a jurisprudência reconhece a teoria do abuso do direito e na Espanha ela tem previsão legal no artigo 7.2 do Código Civil, ao estabelecer que a lei não ampara o abuso de direito ou o seu exercício antissocial, e todo ato ou omissão intencional do autor que perpassasse manifestamente, os limites normais do exercício de um direito e cause dano a terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção de medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso.

Na essência da jurisprudência espanhola, o abuso do direito ocorre quando existe a intenção de causar um dano, ou quando a pessoa utiliza o direito de um modo anormal e contrário à convivência, sem que este gesto resulte em qualquer proveito ao agente que o exercita, mas assim atua imbuído apenas do propósito de causar dano a interesse jurídico de outro (STS – 15.01.2009).²²

Para Bruno Miragem, a positivação do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro expressa um caráter de *norma de controle* sobre o exercício dos direitos subjetivos e sobre as demais prerrogativas individuais dos seus titulares, em qualquer relação jurídica, tratando-se de uma expansão das hipóteses de responsabilidade civil por danos decorrentes da conduta abusiva do titular de um direito. Uma teoria que nasceu como fruto da evolução da responsabilidade objetiva e da concreta admissão da *teoria do risco*, cujo dever de indenizar se vincula aos riscos que determinadas atividades dão causa para os direitos de outrem,²³ sendo dispensada a prova da culpa, que é da tradição da responsabilidade civil subjetiva.

No abuso do direito, basta a imputação do dano proveniente do exercício ou do não exercício igualmente abusivo de um direito, frustrando a boa-fé objetiva, os bons costumes ou a função econômico-social para a qual a situação jurídica fora concedida,²⁴ havendo quem identifique esta objetividade do abuso do direito no

²⁰ PERAL, Santiago J. Reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial. In: *Código Civil y Comercial en debate*. Buenos Aires: La Ley, 2017, t. I, p. 226.

²¹ PERAL, Santiago J. Reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial. In: *Código Civil y Comercial en debate*. Buenos Aires: La Ley, 2017, t. I, p. 227.

²² HERRERO, Asunción de André et al. *Código Civil con jurisprudencia sistematizada*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 203.

²³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 101, 168.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 211.

casamento putativo, quando o consorte de boa-fé não precisa provar a existência de dano, para que o outro perca sua meação na liquidação do regime de bens e qualquer direito alimentar.

Para María Josefa Méndez Costa, citando Spota: “o ato abusivo é um ato disfuncional e todo desvio, toda tergiversação do poder jurídico do indivíduo com relação ao seu fim social ou econômico, nos coloca em presença de um abuso do direito”.²⁵

O Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil realizada, pelo Conselho da Justiça Federal no Brasil, prescreve que: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico, cuja teoria foi construída a partir de conceitos legais indeterminados ou cláusulas gerais extraídas do fim social e econômico, da boa-fé e dos bons costumes”.²⁶

Pelo Enunciado 539 do Conselho da Justiça Federal do STJ do Brasil prescreve que: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições desafia controle independentemente de dano”.

O abuso do direito também tem precedente previsão no § 226 do BGB – Código Civil alemão, ao ordenar que é *inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem*, afirmando Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, que esse dispositivo contido no direito alemão impunha à vítima a necessidade de provar que o agressor tinha o escopo único de lesá-lo, tratando logo a doutrina de criar a feição do abuso de direito objetivo, por sua mera prática excessiva, existindo ou não a intenção consciente de prejudicar outrem.²⁷

3 O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS EFEITOS LEGAIS

O exercício desproporcional de um direito pode gerar a nulidade do ato, a reparação do dano, ou a perda de uma posição jurídica pelo desvio de sua finalidade ou de sua função social. Abusa do direito aquele que contraria os fins que o direito teve em mira reconhecer, ou aquele que excede os limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes.

²⁵ COSTA, María Josefa Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 376.

²⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, p. 335.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223.

Mesmo que da prática do abuso de um direito não resultem danos patrimoniais ou morais, o ofensor pode ser sancionado com a nulidade do ato, com a decadência de um direito, com a perda de uma situação jurídica favorável, ou simplesmente ser punido por seu ato abusivo, em alguns casos existir o dever de indenizar, e em outras situações ser ordenada a revisão ou a adaptação da ocorrência abusiva.²⁸

O artigo 6º da Lei da Alienação Parental no Brasil (Lei 12.318/2010) traz diversas sanções destinadas a conter o abuso do direito na guarda e no exercício do poder parental como, primeiro apenas advertir o alienador (I); ampliar o regime de convivência em favor do genitor alienado (II); estipular multa ao alienador (III); determinar o acompanhamento psicológico e ou biopsicossocial (IV); determinar a alteração da guarda para a guarda compartilhada ou sua inversão (V); determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente (VI); declarar a suspensão da autoridade parental (VII) e inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (parágrafo único).

Nesta direção se pronuncia o Código Civil da Espanha, cujo artigo 7º, § 2º, expressa que: “A lei não ampara o abuso do direito ou o seu exercício antissocial. Todo ato ou omissão, que pela intenção de seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”.

Abuso do direito é regra geral contida no artigo 187 do Código Civil brasileiro, e que *tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, do devido processo legal e na proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito* (Enunciado 414 do Conselho de Justiça Federal do Brasil). Menciona a doutrina que o exercício abusivo de um direito precisa ser apurado dentro de um contexto, no qual o comportamento se apresente em padrões éticos que estejam em desalinhamento daquilo que possa ser considerado como uma conduta socialmente aceitável.²⁹

Prevalece um princípio genérico de não causar qualquer dano a outrem, que no direito de família tem enorme projeção na proibição de fraudar, haja vista que a lesão ao direito alheio é uma forma de trair o princípio da boa-fé, pois como diz **Úrsula Cristina Basset**, na família a expectativa de boa-fé deve ser recíproca, pois nela se credita a máxima confiança possível e a máxima exposição de cada sujeito diante de seu parente, cônjuge ou convivente, porque é em seu núcleo mais íntimo, formado pelo casal e seus filhos, que os consortes e conviventes confiam sua vida

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225.

um ao outro, e justamente a teoria do abuso do direito tem seu fundamento neste princípio de não causar nenhum dano, já que altera os direitos adquiridos por seu uso disfuncional.³⁰

Para Úrsula Cristina Basset, no âmbito da família, a boa-fé se presume mais do que nunca e os integrantes da família estão mais inertes que qualquer outro cidadão perante o seu próximo, porquanto os familiares baixam sua guarda e confiam em seus filhos, pais, irmãos, esposos, companheiros e esta confiança elementar é o ponto de partida da vida familiar, e sua fidúcia recíproca é um bem que interessa à sociedade e ao Estado, de tal forma que, circunstancial fraude, lesão ou violência, requerem um tratamento mais rigoroso quando praticado por ou contra um familiar, que se apresenta muito mais débil diante do relaxamento de suas defesas,³¹ sendo que o impacto da quebra da relação de confiança difere quando o dano é causado entre pessoas estranhas entre si, e das quais sempre se guarda uma natural parcela de cautela, e se sobre as quais sempre se tomam algumas medidas de precaução.

Como ressalta María Josefa Méndez Costa, as instituições de família e os valores que elas representam na sociedade e por sua própria natureza, se apartam dos atos abusivos com suas consequências danosas em si e arriscadas para o bem pessoal, ou para o bem comum, e subtraí-las destes abusos permite resolver com justiça, algumas penosas questões pessoais e permite evitar outras da mais grave incidência sobre os vínculos familiares e convivenciais.³² Basta ter presente que, em um passado nem tão distante, a marca mais característica do abuso do direito nas relações familiares deitava sobre a primazia da chefia pelo homem da sociedade conjuga., Surgia do abuso do marido que se excedia da faculdade que tinha de impor a fixação do domicílio conjugal e a cega obrigação de a mulher segui-lo, calada, silente e obediente na morada por ele fixada, sob pena de serem impulsionadas judicialmente as medidas repressivas previstas em lei.

No âmbito dos processos de família há o agir abusivo do processo da parte que atua com manifesto propósito protelatório para obter as vantagens materiais ou processuais notoriamente injustas e indevidas; ou como parte que deduz em juízo pretensão processual contra expresso texto de lei ou contra fato incontroverso, sendo suficiente para caracterizar o abuso do direito a vontade de prejudicar ou o desejo de alcançar um fim material, ou uma posição processual completamente divorciada dos seus **lícitos efeitos jurídicos**, sendo exemplos clássicos o de protelar ação de exoneração de alimentos para enriquecer com uma pensão claramente indevida.³³

³⁰ BASSET, Úrsula Cristina. *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*. Principios, reglas, criterios y supuestos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 381.

³¹ BASSET, Úrsula Cristina. *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*. Principios, reglas, criterios y supuestos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 389.

³² COSTA, María Josefa Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 378.

³³ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

4 O ABUSO DO DIREITO NAS TUTELAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA

Presente o uso abusivo do direito nos provimentos liminares, no processo de família, podem ser concedidas tutelas antecipadas, propostas de forma a coibir a movimentação abusiva daquele que age incitado unicamente pelo espírito emulativo que é muito próprio e presente nas relações afetivas mal desfeitas, de incontida animosidade voltada contra o outro parceiro. Casais ressentidos buscam na aparência do exercício regular de um direito, em realidade extraem vantagens excessivas, ou drásticos resultados que causam sérias dificuldades, ou significativas restrições pessoais ao acusado de violência doméstica.

Violência doméstica que nem sempre é real, pois, muitas vezes também se apresenta o outro lado da moeda, com requerimentos que configuram o exercício abusivo de uma violência que em verdade não existe, mas que mulheres abusam da sua condição de vulnerabilidade e requerem de má-fé, em flagrante desvio finalidade da legislação especial que cria mecanismos de proteção da mulher. São mulheres que se utilizam, das medidas que impõem restrições de contato do marido, convivente e pai, em provimentos preventivos que extrapolam a partir de falsas denúncias, que expõem uma violência inexistente e noticiam crimes e medos que habitam apenas o imaginário da mulher que se diz vítima na busca abusiva de uma ordem de restrição de contato que, não raro acoberta atos adicionais de alienação parental dos filhos comuns.

Conseguindo a ordem de afastamento compulsório do marido ou companheiro da moradia conjugal ao provocar a ação da autoridade policial ou judiciária com a comunicação de crime que sabe não ter ocorrido, sem se importar ou se dar conta de que com o seu gesto abusivo pratica crime tipificado no artigo 340 do Código Penal brasileiro. Medidas preventivas devem ser direcionadas para fazer cessar este comportamento abusivo de mulheres que se utilizam indevidamente da Lei Maria da Penha como se vítimas fossem de uma violência que elas mesmas praticam abusando de um direito que em realidade não têm.³⁴

³⁴ “*Habeas corpus*. Medida protetiva da Lei Maria da Penha. Determinação judicial para que a mulher também se mantenha afastada de seu ofensor. Manutenção. Pelas informações prestadas pela autoridade coatora, esta fundamentou que a determinação de restrições às vítimas de violência doméstica faz-se necessária em decorrência de constantes situações de aproximações das mesmas em relação a seus ofensores. Com efeito, entendo que obrou com acerto a magistrada ao determinar que a paciente também seja vedada de aproximar-se do ofensor; primeiro, porque há notícias de mulheres que assim estão fazendo e fazendo uso indevido da medida, como demonstrado no termo de audiência constante nos autos, em que a paciente reconhece ter se utilizado da medida no intuito de receber dinheiro do demandado; segundo, porque a medida não acarreta restrição de liberdade da paciente, pois se trata de advertência de que em assim agindo acarretará na perda das medidas protetivas deferidas em favor da mesma. Ordem denegada.” (TJRS. Primeira Câmara Criminal. *Habeas Corpus* 70032145294. Relator. Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em 23 de setembro de 2009).

5 O ABUSO DO DIREITO NO REGIME E NA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS

Tanto o abuso do direito como a fraude e a simulação são condutas antijurídicas realizadas sob a aparência de legalidade, cujo exercício do ato aparece como legítimo enquanto provoca algum dano na ordem patrimonial de outra pessoa. Uma gestão fraudulenta ou abusiva de bens conjugais comuns consegue perfeitamente distorcer a composição das massas que representam a meação de cada cônjuge ou convivente. Não é diferente no caso de perda ou deterioração abusiva dos bens pertencentes aos filhos, respondendo seus pais pelos prejuízos sofridos diante do exercício abusivo do poder familiar, estabelecendo o artigo 1.637 do Código Civil brasileiro, cometer ao juiz adotar a medida que lhe pareça mais adequada para segurança dos haveres do menor, obviamente, incluso em provimento liminar, ao passo que o artigo 1.390 do Código Civil espanhol estabelece que, se como consequência de um ato de administração ou de disposição levado a efeito por um só dos cônjuge, obtendo um benefício ou lucro exclusivo e ocasionado dolosamente um dano à sociedade conjugal, dela será devedor ainda que o ato não tenha sido impugnado pelo outro consorte.

A administração só será considerada abusiva quando produza algum dano que viola a imutabilidade das meações, como sucede, por exemplo, quando o consorte administrador usa dinheiro conjugal para reformar, construir e valorizar benfeitorias sobre seus bens particulares e incomunicáveis, assim como abusa conjuntamente dos seus direitos aquele casal que simula seu divórcio e a partilha dos bens que são deslocados para o acervo particular de um dos consortes, com o propósito de fraudar direitos materiais ao subtraírem do acervo do devedor os bens que garantiam os créditos de terceiros, mesmo que assim tenham agido para proteção e subsistência do conjunto familiar que se encontrava ameaçado diante do insucesso econômico do provedor conjugal.³⁵

Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo e Fabíola Albuquerque Lôbo, a administração dos bens comuns é atributo de ambos os cônjuges, embora excepcionalmente ela possa ser atribuída a um deles, mas se este administrador malversar os bens com uma administração ruinosa, perderá em benefício do outro cônjuge a administração (CC, brasileiro, art. 1.663, § 3º), além de responder com seu patrimônio particular.³⁶ Concluem os mesmos autores ser possível cogitar da regra do abuso do direito para culpar o cônjuge responsável pela má-gestão dos bens comuns e privativos, diante de um exercício abusivo de um consorte que

³⁵ COSTA, María Josefá Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 415.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto; LÔBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade civil do cônjuge pela má gestão dos bens comuns e privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 352.

extrapolou com seus atos de má administração a proteção que dele era esperada em relação ao patrimônio e aos interesses familiares comuns.³⁷

Antes do advento da teoria da cessação dos efeitos jurídicos do casamento com a separação de fato ou de corpos, ao tempo em que vigiam em sua plenitude os atos culposos da separação litigiosa previstos nos incisos do artigo 1.571, e artigos 1.575 e 1.576, todos do Código Civil brasileiro,³⁸ quando também só o consorte inocente podia promover a ação de separação judicial, valendo-se desta vantagem o cônjuge inocente porque deixava de promover a ação de separação judicial, porque seguindo formalmente casado, embora separado de fato, permanecia meeiro dos bens comprados no curso da separação de fato, pelo cônjuge culpado e assim se beneficiava injustamente com as riquezas construídas em um casamento meramente formal e com corpos fisicamente separados.

Com o surgimento do divórcio sem causa esta prática abusiva de não permitir o acesso ao processo de separação ou de divórcio ao cônjuge culpado perdeu seu sentido, na medida em que qualquer cônjuge agora pode desencadear a dissolução unilateral da sociedade conjugal com o divórcio direto e sem causa. Melhor do que isto, basta a simples existência de uma precedente separação de fato para dar termo final à comunicação dos bens.³⁹

Também é abusiva a negativa injustificada de um dos cônjuges em prestar o seu assentimento para a venda de um bem comum, forçando o consorte a promover uma ação de suprimento de outorga, se a venda não for perdida em razão dos embaraços causados pelo cônjuge relutante, e desistência do potencial comprador. Age com excesso o cônjuge que extrapola pelos seus gastos no cartão de crédito no qual figura como dependente do titular, realizando compras supérfluas ou excessivas, para onerar o consorte em tempos de crise conjugal, o que caracteriza a figura do abuso que está no ato de causar um dano financeiro propositalmente. Agregado quase sempre por um componente subjetivo de vingança e de ressentimentos característicos das relações de família.

Na esfera da administração dos bens conjugais, viola seus deveres o consorte que abusa dos poderes que seu cônjuge lhe confiou com a outorga de uma procuração, em cujas circunstâncias o abuso assume um caráter de negócio jurídico, como a venda ou a locação de bens e a confissão de dívida; com a cessão de crédito, ou qualquer ato que se revista da mesma quebra de confiança daquele que maneja o patrimônio do outorgante em seu próprio benefício e assim aumenta

³⁷ LÓBO, Paulo Luiz Netto; LÓBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade civil do cônjuge pela má gestão dos bens comuns e privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 356.

³⁸ Código Civil do Brasil – Art. 1.571 – A sociedade conjugal termina: I – Pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio.

Art. 1.575 – A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Art. 1.576 – A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

³⁹ MADALENO, Rolf. Efeito patrimonial da separação de fato. In: *Direito de família, aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 99-112.

o passivo do patrimônio que lhe foi confiado. Rompe com seu dever de cuidado inerente ao mandato outorgado, especialmente no âmbito conjugal, que deflui de uma confiança cega dos cônjuges ou conviventes entre si, pois pensam que suas ações tencionam a salvaguarda dos interesses materiais que deveriam ser comuns.

É igualmente abusivo o ato de abandono, destruição ou de inutilização dos bens e valores entregues pelo consorte para a administração, ou daquele parceiro que se desvia do seu dever e utiliza de forma irregular, em seu próprio proveito dos investimentos que lhe foram confiados pelo companheiro ou cônjuge, à semelhança do abuso que pratica um advogado que emprega o dinheiro de seu cliente de maneira contrária às instruções recebidas.⁴⁰

6 O ABUSO DO DIREITO DO PROGENITOR QUE NEGA, OCULTA, DESCONHECE, PROCRASTINA, OU MENTE SOBRE OS VÍNCULOS BIOLÓGICOS DE SEUS FILHOS

Negar a existência de um filho, diz Úrsula Cristina Basset, é quase como desmentir a vida dada e, tirante a excludente de o progenitor não ter sido informado de sua paternidade biológica, a negativa da existência de um filho implica considerar este ato como um verdadeiro e deliberado abuso do direito.⁴¹

Abusa do direito o pai que rejeita a existência de seu filho e que para agravar a situação tampouco registra sua prole, ou se o filho foi registrado pela presunção de paternidade matrimonial o pai não toma nenhum conhecimento do filho e não esboça nenhuma relação de afeto, e de convivência que ao menos se aproximasse do inerente dever constitucional de cuidado, e assim **não** participa do desenvolvimento, da formação e da educação do seu descendente, pessoalmente convencido de que o amor não pode ser exigido.

Este genitor se olvida da clássica jurisprudência que, no Brasil foi iniciada pela Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, quando apontou existir a obrigação constitucional, como dever fundamental de cuidado, cuja tarefa tem todo o genitor de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CFB, art. 227).

O abandono afetivo causado a partir da omissão do registro de nascimento de um dos genitores e o conseqüente descaso da prole acarretam uma presunção

⁴⁰ CARRERA, Daniel Pablo. *Administración fraudulenta*. Deslealtad de resguardadores de patrimonio ajeno. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 108-115.

⁴¹ MADALENO, Rolf. Efeito patrimonial da separação de fato. In: *Direito de família, aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 391.

objetiva de culpa reportada no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil brasileiro, cometendo ao réu provar alguma excludente de responsabilidade civil, como por exemplo, que foi a mãe quem escondeu dele a existência de um filho, pois caso contrário tem contra si a presunção de uma responsabilidade objetiva.⁴²

Além da mulher que esconde de seu companheiro a paternidade de um filho, também age de forma abusiva e de má-fé, aquela que atribui ao seu parceiro a paternidade de filho que sabia ser de terceiro.

A esposa ou a companheira que com tal expediente enganam o marido, ou seu parceiro quanto à filiação, incide na cláusula geral do artigo 187 do Código Civil brasileiro, que encontra eco no artigo 10 do Código Civil e Comercial da Argentina, ou na construção doutrinária do Chile, em cuja legislação não existe norma legal expressa que a descreva, mas são feitas referências jurisprudenciais que aplicam o abuso do direito como fundamento. A atitude deliberada desta esposa ou companheira que engana o parceiro permite ao genitor ludibriado pleitear indenização por dano moral, ou como já procedeu o Tribunal Supremo alemão, ao condenar mulher que ocultou a verdadeira paternidade da filha a devolver toda a quantidade de pensões pagas pelo marido para a manutenção de filha que acreditava ser sua.⁴³ Contudo, descabe a punição acaso ocorra evidente equívoco, não se afigurando a ocorrência do abuso porque a progenitora tinha fundados motivos para acreditar que realmente seu esposo ou companheiro fosse ou não fosse o progenitor da criança.⁴⁴

Para Flávio Tartuce a reparação dos danos morais é a alternativa de ressarcimento do progenitor enganado que pagou alimentos àquele que não era seu filho, não tendo direito a pleitear os alimentos pagos, pois estes são irrepetíveis, não cabendo a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*). Dado que a progenitora agiu em flagrante má-fé objetiva, sabendo que o marido ou companheiro não era o pai da criança, entraria em cena o conceito de abuso do direito, com a consequente reparação civil prevista no artigo 886 do Código Civil brasileiro, no sentido de que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei

⁴² CASSETTARI, Christiano. Presunção de abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral *in re ipsa*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

⁴³ CAPARRÓS, María Belén Sáinz-Cantero; VALLEJO, Ana María Pérez. *Valoración y reparación de daños entre familiares*. Fundamentos para su reclamación. Granada: Comares, 2012, p. 63.

⁴⁴ “Responsabilidade civil. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp. 412.684/SP, Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 20.08.2001).

[...] Mérito. Pretendida condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da atribuição de paternidade que se revelou de origem biológica diversa. Insustentabilidade. Reconhecimento da filiação por ato voluntário do pai registral que prescinde da prova da origem genética. Partes que mantiveram relacionamento íntimo sem compromisso. Ausência de dever de fidelidade. Inexistência de prova acerca da ciência prévia da requerida quanto ao equívoco mantido em relação à paternidade atribuída. Genitora que, assim como o pai registral, em face das mesmas circunstâncias concretas e a partir das regras de experiência, acreditou ser o apelante o pai biológico de sua filha. Ilícitude não caracterizada. Dever de indenizar não configurado. Sentença mantida...” (TJSC. Apelação Cível 0005953-10.2013.8.24.0045. Sexta Câmara de Direito Civil. Relatora. Desembargadora Denise Volpato. Julgado em 17.09.2019).

conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, responderá pelo dano moral causado⁴⁵ em solução claramente diversa do direito alemão.

Para Francisco A. M. Ferrer a conduta hesitante do progenitor que obriga o indigitado filho a iniciar a ação judicial de investigação de paternidade e, se com esta sua atitude se esquia das provas biológicas que de plano afastariam quaisquer dúvidas pessoais remanescentes, este recalcitrante progenitor deve ser condenado pelo dano moral ocasionado, pois nada o impedia de alcançar de imediato a certeza da relação filial e, diante do dever genérico de não causar dano ao outro e de obrar com diligência para dissipar as dúvidas, mas não o faz, esta sua passividade se torna abusiva e torna procedente a indenização pelo dano causado.⁴⁶

7 O ABUSO DO DIREITO E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial, ou do adimplemento mínimo questiona se seria possível ordenar a resolução de um contrato quando resta apenas uma pequena parcela em aberto, não se mostrando adequado desfazer a relação contratual diante de um insignificante descumprimento da avença. Trazida esta hipótese para o direito de família, praticaria abuso do direito o credor de alimentos que insistisse na prisão civil do devedor alimentar e que deixou em aberto um valor muito pequeno dos alimentos postos em processo de execução?

Seria desproporcional impor o sacrifício da custódia corporal do devedor de alimentos que se encontra em débito unicamente com uma pequena parcela alimentar, que por seu irrisório valor residual estaria anos luz de causar qualquer prejuízo alimentar ao credor da pensão alimentícia? O valor pendente poderia ser perfeitamente garantido com a penhora de algum bem pessoal do devedor, que o credor ignora porque, com espírito emulativo recorre à medida extrema da prisão apenas para causar constrangimento ao alimentante.

O tema foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* 439.973/MG, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, cujo foi voto vencido na Quarta Turma, prevalecendo a visão do Ministro Carlos Ferreira, cujo acórdão foi lavrado em 16 de agosto de 2018.⁴⁷

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, p. 336-337.

⁴⁶ FERRER, Francisco A. M. *Daños en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 254.

⁴⁷ *Habeas Corpus*. Direito de Família. Teoria do adimplemento substancial. Não incidência. Débito alimentar incontroverso. Súmula n. 309/STJ. Prisão civil. Legitimidade. Pagamento parcial da dívida. Revogação do decreto prisional. Não cabimento. Irrelevância do débito. Exame na via estreita do *writ*. Impossibilidade. 1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar. 2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes. 3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5478/1968, art. 15; CC/2002, art. 874).

Disse o Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto vencido, que a *teoria do inadimplemento mínimo* tem como finalidade impedir o uso desequilibrado do direito de resolução do contrato por parte do devedor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável, e se for do interesse dos contraentes.⁴⁸ É teoria que ainda não foi positivada pela legislação brasileira, mas que se sustenta em princípios como a função social do contrato; a equivalência das obrigações, *na vedação ao abuso do direito*, que não se confunde com o ato ilícito., ainda que aparentemente o ato seja legal, se mostra contrário à legítima expectativa e à legítima confiança gerada na outra parte.⁴⁹

Daí a referência do Ministro Luis Felipe Salomão no citado *habeas corpus*, admitindo a aplicação da teoria do adimplemento mínimo para conceder o *writ*, quando verificado que, diante de uma relação obrigacional, houve por parte do devedor um substancial adimplemento, permitindo relativizar a ordem de prisão por débito alimentar residual, ao utilizar a teoria do adimplemento substancial.

Pedindo vistas, divergiu o Ministro Antonio Carlos Ferreira para conduzir o voto vencedor em que alegou se tratar de teoria com aplicação apenas no estreito espaço do direito contratual, incompatível com o rito da impetração em sede de obrigação alimentar intimamente ligada à subsistência do alimentando, cuja relevância ensejou fosse incluído como exceção à regra geral que veda a prisão civil, e que o mínimo pode ser insignificante para determinado alimentando, mas pode ser essencial para outro mais necessitado, e o *habeas corpus* não desce à planície valorativa do *error in iudicando*, da injustiça do ato e da valoração da prova, haja vista que o remédio heroico não comporta dilação probatória e somente admite provas pré-constituídas.⁵⁰

Em contrapartida, Rafael Calmon argumenta que, se no campo das obrigações patrimoniais do direito contratual é utilizada a teoria do adimplemento substancial por que não aplicá-la nas execuções de alimentos, coibindo assim o ato abusivo de direito material ou processual, quando o que está em jogo são prestações de cunho patrimonial que foram pagas em valor suficiente para garantir as necessidades e a sobrevivência com dignidade do alimentando, especialmente daqueles maiores e capazes.⁵¹

1.699). 4. A ação de Habeas Corpus não é seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional. 5. Ordem denegada. (STJ. *Habeas corpus* 439.973/MG, de 16 de agosto de 2018, STJ, Quarta Turma, 16 ago. 2018).

⁴⁸ SALOMÃO, Luis Felipe. *Habeas corpus* 439.973/MG, de 16 de agosto de 2018, STJ, Quarta Turma do STJ.

⁴⁹ SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial. Parâmetros para a sua configuração*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019, p. 33.

⁵⁰ FERREIRA, Antonio Carlos. *Habeas corpus* 439.973/MG, de 16 de agosto de 2018, STJ, Quarta Turma do STJ.

⁵¹ CALMON, Rafael. A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 27, p.77, maio/jun. 2018.

8 O ABUSO DO DIREITO E O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

O *venire contra factum proprio* é o comportamento contraditório lembrado pelo Enunciado 362 do Conselho de Justiça Federal do Brasil, ao estabelecer que *a vedação do comportamento contraditório se funda na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil*, existindo notório abuso de direito do genitor devedor de alimentos que acordou o valor da pensão alimentícia com suporte na efetiva apuração das necessidades financeiras do filho credor da pensão, ou mesmo quando os alimentos são judicialmente arbitrados na mensuração do binômio da necessidade e das possibilidades do devedor e, no entanto, reiteradamente o obrigado alimentar promove ações de prestações de contas endereçadas à ex-mulher que administra os alimentos do filho comum, ajuizadas com a evidente intenção de importuná-la, desgastá-la psicologicamente e onerá-la com dispendiosas demandas judiciais.

Segundo Cristiano Chaves de Farias, o abuso do direito se caracteriza pela passagem de limites no exercício dos direitos, sujeitando às sanções civis aquele que ultrapassa as fronteiras do seu direito, mantendo inclusive, comportamento contraditório ou incoerente com sua conduta anterior, cultivando dois diferentes comportamentos, embora sejam ambos lícitos. Configura abuso o cônjuge que na separação renunciou aos alimentos e posteriormente os reivindica de seu ex-consorte valendo-se da redação do artigo 1.707 do Código Civil brasileiro, que diz serem irrenunciáveis os alimentos. Também em sentido contraditório atua o cônjuge que perdoo o adultério de seu esposo, mas prossegue seu casamento e depois alega em ação judicial o ato infamante da infidelidade, e não seria diferente o cônjuge que concordasse assinar contrato particular de compra e venda de imóvel conjugal com financiamento imobiliário e depois se negasse a assinar a escritura definitiva.⁵²

Age com abuso do direito o casal que promove o seu divórcio e a liquidação dos bens em um acordo fraudulento, mas não rompe de fato a sua vida conjugal, e se movimenta em juízo para excluir os bens conjugais da garantia dos credores de um dos consortes. Por sua vez abusa do direito sucessório o cônjuge ou o companheiro sobrevivente que já se encontrava separado de fato e intenta herdar como se ambos convivessem como esposos ou companheiros ao tempo da abertura da sucessão, omitindo do juízo sucessório a preexistência de uma fática separação que lhe retira a vocação hereditária (CC brasileiro, art. 1.830).

Na teoria do atos próprios só se sanciona o comportamento objetivamente contraditório e na teoria do abuso do direito se castiga toda conduta que se

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de. Latitudes e longitudes do *venire contra factum proprium* nas relações de família. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91-97.

considere abusiva, como o abuso também castiga a inação da pessoa, enquanto a teoria dos atos próprios não considera o silêncio.⁵³

Por isto existem muitas semelhanças e claras diferenças entre as duas teorias, sendo certo que a teoria dos atos próprios, quer se aproxime da ideia de abuso ou dela se afaste, pode gerar uma pluralidade de consequências que não necessariamente importam em indenização, existindo condutas lícitas que no entanto, aguçam a responsabilidade objetiva pelo seu resultado lesivo, e geram o efeito de indenizar ou de invalidar o ato, afora seu efeito *caducificante*.⁵⁴

9 O ABUSO DO DIREITO NOS ALIMENTOS

Há características clássicas no instituto dos alimentos, entre elas as máximas de serem incomensuráveis e irrepetíveis, e uma vez pagos não podem ser devolvidos e tampouco compensados com pensões futuras. Alimentos existentes entre cônjuges, conviventes, filhos maiores e capazes e não estudantes, e irmãos, só serão devidos quando realmente o alimentando não encontra condições pessoais de prover o seu próprio sustento, sendo abusiva qualquer demanda de um consorte contra o outro se trabalham e percebem ingressos destinados a satisfazerem suas necessidades, pois nestas condições estabelecer alimentos seria privilegiar uma pessoa em detrimento do outro, quando os alimentos pagos se perdem e não são devolvidos se o alimentando, por exemplo, vive em união estável ou contrai novas núpcias depois do divórcio.⁵⁵

Nesta faceta alimentaria pode haver abuso do credor de alimentos quando deles usufrui mesmo não mais tendo direito à pensão alimentícia por ter casado com outra pessoa, ou por estar vivendo em união estável, mas não informa este relevante fato ao novo ao devedor de alimentos que segue pagando a pensão alimentícia pela qual se comprometeu, ou a hipótese de uma ex-esposa que passou a trabalhar e percebe renda suficiente para a sua subsistência, e omite esta acentuada informação para se beneficiar de um crédito alimentar que sabe ser irrepetível.

Obra com abuso o filho maior que continua recebendo alimentos do genitor que acredita que seu filho continua estudando e não dispõe de recursos próprios, ou ignora que o rebento casou e está trabalhando.

Presente algum destes exercícios abusivos do aparente direito alimentar e deveriam possibilitar a devolução dos alimentos pagos indevidamente, desde a

⁵³ SCHNEIDER, Lorena R. *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 60-61.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. Latitudes e longitudes do *venire contra factum proprium* nas relações de família. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

⁵⁵ COSTA, María Josefá Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 386.

citação da ação exoneratória, e que foram percebidos pelo credor de forma abusiva pelo ex-cônjuge ou convivente que já vive em novo relacionamento estável, ou em outro matrimônio, ou que está trabalhando, ou que exerce qualquer atividade rentável, tipificando esta sua conduta desleal um incontestável ato abusivo.

Pablo Stolze Gagliano lembra a hipótese contida na Lei n. 11.804/2008 (Lei dos Alimentos Gravídicos), que no Brasil prevê a fixação de pensão quando o juiz se convence da existência de simples indícios de paternidade ainda durante a gestação da mãe da criança, e se ao final da gestação o juiz concluir pela improcedência do pedido, pois comprovadas situações de abuso do direito processual de demandar, o ato pode ensejar a aplicação das regras da responsabilidade civil diante da falsa atribuição de paternidade derivada de um processo temerário.⁵⁶

É condição de qualquer crédito alimentar que o alimentante careça de recursos e que não tenha contraído novo relacionamento afetivo, pois se ausente a relação de dependência, obviamente não mais se propaga o direito aos alimentos, sendo dever do alimentando operar com boa-fé processual, tanto quando colaciona seus informes pessoais e alega a sua condição de dependente alimentar, como quando desaparece esta condição de dependência, aferindo o juiz a licitude de sua conduta. A lei despreza qualquer manobra realizada para obter vantagens financeiras claramente indevidas, agindo fora dos fins que motivaram o reconhecimento legal do pleito alimentar.

Por isto, diante do notório abuso do direito de quem segue recebendo alimentos que sabe totalmente indevidos, pode se sujeitar a ter de devolver os valores recebidos, sendo relativizados os conceitos da irrepetibilidade e de incompensabilidade dos alimentos, se o seu pagamento resulta em um enriquecimento ilícito do alimentando, vale dizer, o empobrecimento ilícito do alimentante.

10 O ABUSO DO DIREITO NA AUTORIDADE DOS PAIS E A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Os pais têm o dever de corrigir a conduta de seus filhos menores, e este poder de correção deve ser exercido com moderação em favor da prole, proibidos maus tratos físicos ou psicológicos e exercendo os pais sobre seus filhos a responsabilidade do poder familiar. O poder familiar outorga aos progenitores uma autoridade sobre seus descendentes menores e incapazes, que deve ser exercida no sentido de ajudar os filhos a crescerem mentalmente hígidos e fisicamente saudáveis, atuando os pais sempre em favor do integral desenvolvimento dos filhos.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade civil pela falsa imputação de paternidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 343.

O artigo 646 do Código Civil e Comercial da Argentina enumera dentre os deveres dos progenitores, o de cuidarem dos filhos, com eles convivendo, prestando-lhes a educação e alimentos, além de considerarem as necessidades específicas da prole, segundo suas características psicofísicas, aptidões, desenvolvimento e maturidade. Os pais também devem respeitar o direito de suas crianças e adolescentes serem ouvidos, assim como cuidarem de todos os direitos personalíssimos da prole, prestando orientação e direção adequada para a efetividade de seus direitos, respeitando e facilitando suas relações pessoais com os avós, outros parentes ou pessoas com as quais tenham um vínculo afetivo, afora representá-los e de administrarem o patrimônio da prole.

O Código Civil brasileiro em nada diverge destes mesmos valores e considera abuso da autoridade dos pais faltarem aos deveres que lhes são inerentes ou se arruinarem os bens dos filhos, pois toda a violação aos direitos dos filhos vulneráveis prejudica o correto e normal desenvolvimento da prole e gera a obrigação de ressarcir algum dano causado, sem prejuízo de outras sanções corretivas de privação ou de suspensão do poder familiar, além do pagamento de eventual dano moral ou material por eles causados.

Quando um dos progenitores detém a custódia unilateral do filho o outro tem o dever da convivência e de se comunicar com o rebento, exercendo na íntegra da expressão o dever constitucional de cuidado, ocupando-se os ascendentes de uma comunicação fluída e voltada para plena conservação dos vínculos afetivos entre os pais e seus filhos. O Código Civil e Comercial da Argentina prevê no seu artigo 653 que, na excepcional hipótese de uma guarda unilateral, o juiz deve alertar que o guardião precisa facilitar o direito do outro genitor manter convivência regular com o filho comum; considerar sua idade, levar em conta sua opinião, preservar a manutenção da situação preexistente e respeitar o centro de vida do filho, permitir e colaborar para que o ascendente não guardião seja parte ativa no processo de formação e de educação dos filhos comuns, no exercício pleno da responsabilidade parental dos pais, cuidando ambos da saúde, educação, dos progressos e das dificuldades no desenvolvimento da formação da sua prole.⁵⁷

Pratica abuso do seu direito de guarda ou do exercício isolado do poder familiar, e atenta contra a responsabilidade dos pais todo ascendente que não assegura a convivência dos filhos com ambos os genitores e até dos parentes próximos. Aquele progenitor que com manobras priva o outro do exercício efetivo do seu poder familiar e restringe ou inibe sua convivência com seu filho abusa do seu direito. É papel dos tribunais corrigirem com eficiência o desvio deste direito que têm os filhos de desenvolver plenamente o seu crescimento pessoal na companhia de seus pais. Constitui um incontestável abuso do direito, salvo que esta convivência se mostre comprovadamente contrária aos superiores interesses do menor, restringir a convivência dos filhos com seus pais.

⁵⁷ FERRER, Francisco A. M. *Daños en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 537.

Mas nesta senda de conflitos o magistrado precisa analisar o caso concreto e aplicar as medidas mais idôneas e razoáveis, inclusive preventivas, quando lhe pareçam próprias e adequadas, atentando para o fato de que a intervenção no direito penal deve ser sempre a última solução.⁵⁸ A intervenção do direito penal pode ocorrer naquelas situações em das chamadas *falsas memórias*, com acusações de estupro ou de agressão intrafamiliar, quando um genitor alienante atua no extremo desumano da falsa denúncia, que utiliza sem qualquer freio ou pudor, para cercar à margem de todos os riscos e hipóteses a convivência do outro genitor com seu filho.

O direito de comunicação é antes de tudo um dever do progenitor não convivente, a ser cumprido no interesse e benefício do filho, cuja falta pode ocasionar um dano que vulnera o direito subjetivo familiar de o rebento manter comunicação com ambos seus genitores, sendo esta lesão objeto de uma indenização, porque a ausência da figura do progenitor não convivente pode influir de modo prejudicial na capacidade psíquica e evolutiva do infante, e na formação harmônica de sua personalidade, provocando sofrimento e afetando o seu equilíbrio emocional, afetivo e psicológico nesta etapa básica de seu desenvolvimento existencial e conseqüentemente alterar sua vida e suas relações.⁵⁹

Existem situações extremas abuso, como ocorre nas hipóteses de alienação parental e constantes do artigo 3º, da Lei n. 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), que no Brasil diz constituir abuso moral contra a criança ou o adolescente, e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, prejudicar a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar. Qualquer conduta contrária aos melhores interesses da criança e do adolescente constitui abuso de direito (CC brasileiro, art. 187) um ato ilícito passível de ser financeiramente ressarcido e capaz de justificar a suspensão ou destituição do poder familiar.⁶⁰

Apenas para bem situar a larga e nefasta prática do abuso do direito no direito de família, lembra Ana Carolina Carpes Madaleno que, na esfera da alienação parental pode ser facilmente identificado o uso abusivo de um direito parental, buscando medidas preventivas que impeçam que o abusador se utilize de seu direito de custódia com a finalidade distinta daquela a que se destina a sua responsabilidade parental,⁶¹ que nas relações de convivência podem causar sérios e irreversíveis prejuízos aos inocentes filhos que precisam ser protegidos com rapidez e eficácia da nefasta desinteligência de seus pais.

⁵⁸ VILLANUEVA, Horacio J. Romero; VITA, Sebastián da. *Delitos contra las relaciones parento-filiales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 71.

⁵⁹ FERRER, Francisco A. M. *Daños en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 540.

⁶⁰ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108.

⁶¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

Opera igualmente de forma abusiva o progenitor que obtém autorização para viajar com o filho para o exterior e transforma esta autorização em uma permanência definitiva do rebento em território estrangeiro, tipificado como sequestro internacional de um filho.

11 O ABUSO DO DIREITO NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ABUSIVA

Rui Portanova chama de *investigatória abusiva* de paternidade em que o investigador renuncia sua filiação socioafetiva (adoção de complacência ou *adoção à brasileira*), para buscar efeitos registraes e patrimoniais de uma paternidade biológica sem nenhuma repercussão socioafetiva.⁶²

Ricardo Calderón e Camila Grubert também fazem menção às investigatórias abusivas e admitem ser até mesmo frequentes, que em realidade representam a quase totalidade das demandas de investigação de paternidade *post mortem*, cujo propósito está concentrado no interesse patrimonial sucessório de filhos que, de longa data não ignoram a existência do pai biológico que esperam falecer para ingressarem em juízo com uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, contudo, os citados autores entendem que o maduro estágio alcançado pelo direito de família brasileiro permite conter em juízo os excessos patrimoniais que, não podem ser negados.⁶³

O real valor jurídico está na verdade afetiva, que jamais pode ser sustentada unicamente na mera realidade genética, que nada representa quando desligada do afeto e da convivência. A simples verdade biológica significa apenas um efeito da natureza, quase sempre fruto de um contrariado acaso ou obra de um indesejado descuido, que logo se torna produto da rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e que sob todos os aspectos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação, uma vez que, quem investiga os vínculos cromossômicos de um pai biológico morto ou deliberadamente ausente, realmente não procura um genitor, sendo seu confessado foco os benefícios argentários de mais uma herança,⁶⁴ pois este investigador pretende apenas realizações materiais, eis que aspira receber uma dupla herança, e torna a sua investigatória uma ação abusiva, de interesse puramente financeiro,⁶⁵ refugado pelo Código Civil brasileiro, que proíbe no parágrafo único, do artigo 1.609, que um pai reconheça um filho morto que não tenha deixado descendentes, justamente para evitar uma

⁶² PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 95.

⁶³ CALDERÓN, Ricardo; GRUBERT, Camila. Projeções sucessórias da multiparentalidade. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 294-295.

⁶⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 531.

⁶⁵ PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.101.

tardia declaração de paternidade argentária, realizada apenas para que este pai se habilite como herdeiro do filho que reconheceu depois de morto. A recíproca é igualmente abusiva e verdadeira, quando um filho vivo investiga a ascendência biológica de um pai morto, com o qual nunca estreitara laços afetivos, mas que deixou uma herança, a qual sob nenhum aspecto ajudou a construir.

12 O ABUSO DO DIREITO NO USO DO APELIDO CONJUGAL

Abusa do direito o cônjuge que continua usando o sobrenome de casado e do qual abdicou no divórcio, mas se aproveita do uso profissional do apelido, por vezes em franca concorrência profissional com seu ex-consorte, quando os dois atuam na mesma atividade, ou quando o ex-cônjuge mancha socialmente o sobrenome com o seu comportamento desregrado e injurioso, mantendo uma conduta que se encontra em desarmonia com o emprego do sobrenome que há muito renunciou e nada providencia para a alteração da sua identidade, podendo ser alvo de uma ação de obrigação de fazer culminada com multa diária (*astreintes*) enquanto persistir sua omissão.

13 O ABUSO DO DIREITO NO DIREITO SOCIETÁRIO

No âmbito do direito societário, é assíduo deparar com o abuso do direito, com calamitosos efeitos diretos ou indiretos no Direito de Família, especialmente nas sociedades empresárias familiares de capital fechado, quando presente a intenção de prejudicar o cônjuge sócio ou meeiro de quotas sociais ou ações. Pode ser abusivo um agressivo aumento do capital social, operado com a finalidade de diluir a participação societária e o poder de administração do outro cônjuge sócio ou que recebeu quotas sociais em sua meação.

Também há abuso no sistemático ato de não pagar dividendos que ficam retidos na conta de reservas da empresa, com a desculpa de atenderem a investimentos futuros, ou para suportarem eventuais perdas ou prejuízos, ou quando ordena o pagamento parcelado e diluído destes dividendos, cujo pagamento era esperado em uma quota única, prevalecendo-se o sócio majoritário do fato de deter a maioria do capital votante, movido por artifícios jurídicos e contábeis destinados a ganhar poder e vantagens,⁶⁶ nada havendo de razoável na decisão da assembleia que permite transitar um ato abusivo do sócio administrador.

Sob o nome genérico de *dividendos* são considerados aqueles benefícios da sociedade que serão distribuídos entre os sócios ou acionistas, conforme os

⁶⁶ SCHNEIDER, Lorena R. *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 135.

estatutos e os resultados do balanço que encerra a cada ano o exercício social, mas que podem ser mantidos na sociedade por deliberação do capital majoritário, encabeçado pelo cônjuge que assim, e de forma abusiva, bloqueia o pagamento de dividendos para que sobre eles a sua ex-esposa não tenha acesso à custa de sua meação. Lorena Schneider alerta que não existe a favor do sócio um crédito contra a sociedade pela distribuição dos lucros ganhos, mas existe a obrigação social de distribuir os lucros gerados, desde que a distribuição dos lucros não provoque dificuldades financeiras e nem embaraços às reais necessidades de autofinanciamento da sociedade.⁶⁷

São movimentos que desalentam o consorte que conta com a distribuição destes dividendos em sua meação, não somente às vésperas do divórcio, mas também depois que se divorcia e recebe em pagamento de sua partilha quotas sociais da empresa que prossegue sob o autoritário comando do ex-marido.

Aliás, o abuso do direito tem larga prática na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quando a sociedade empresária caçoa da sua personalidade jurídica e com seu uso ilícito intenta obter vantagens em detrimento dos direitos de família e das sucessões, fraudando meações, créditos de alimentos ou a legítima sucessória, sob a aparência de uma legalidade escorada na mera formalidade dos atos societários que dissimulam resultados claramente fraudulentários.

Releva, no entanto, distinguir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quando ocorre a fraude à lei em contraponto com o abuso do direito, dado que na primeira hipótese o autor consegue seu intento simulando a fraude por meio de contrato aparentemente válido, ao passo que o abuso é o uso antissocial do direito utilizado em detrimento dos legítimos direitos da meação do cônjuge.

Há abuso do direito societário no Direito de Família ou das Sucessões quando o ex-cônjuge ou um herdeiro ingressam, com sua meação ou com o seu quinhão hereditário no quadro social da empresa e o outro consorte, ou o sócio majoritário aumenta deliberada e abusivamente o capital social, com o fim de diluir a porcentagem de participação deste sócio minoritário, sabendo que ele não poderá desembolsar a quantidade de dinheiro que lhe permita subscrever novas quotas ou ações.

Para superar estes atos abusivos a doutrina e a jurisprudência elaboram remédios jurídicos que tendem a evitar a ingerência indevida do cônjuge sócio nos assuntos societários, buscando interferir na distribuição dos dividendos pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quando existem indícios claros de uso abusivo da figura societária em fraude aos direitos conjugais derivados das sociedades empresárias.

⁶⁷ SCHNEIDER, Lorena R. *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 137.

Diante do reconhecimento de que o cônjuge sócio ou possuidor de quotas societárias que compõem sua meação conjugal, mas que se vê impedido de receber os dividendos que em proporção lhe correspondam, em razão do domínio das decisões exercidas em assembleia por quem titula e manipula o capital social, o cônjuge prejudicado tem o direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos pelo não pagamento infundado e abusivo dos dividendos, em ação direcionada contra os sócios ou acionistas majoritários, detentores de uma posição dominante, pois se movesse a **ação de indenização contra a sociedade**, estaria suportando parcialmente a carga econômica da reparação.⁶⁸

14 MEDIDAS COERCITIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS NO ABUSO DO DIREITO

Intenta o direito material sancionar e estabilizar uma atitude jurídica abusiva pelas mais diferentes facetas que penalizem e evitem os efeitos deste exercício abusivo ou da situação jurídica abusiva (CCC argentino, art. 10), pois comete ato ilícito aquele que excede os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes, (CC brasileiro, art. 187), ou que contraria os fins do ordenamento jurídico e excede os limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes (CCC argentino, art. 10).

O juiz deve ordenar as medidas necessárias para evitar o exercício abusivo de um direito e para repor o estado anterior fixando uma indenização quando for o caso, como poderá impor multas ou simplesmente suspender ou reverter o exercício de um direito quando depara, por exemplo, com o abuso no exercício da responsabilidade parental, existindo um rol muito representativo destas medidas no artigo 6º da Lei da Alienação Parental Lei n. 12.318/2010),⁶⁹ ou nos artigos 129 e 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).⁷⁰

⁶⁸ SCHNEIDER, Lorena R. *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 140.

⁶⁹ Art. 6º - Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou a sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

⁷⁰ Art. 129 - São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar. Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

Art. 130 - Verificada a hipótese de maus tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judicial poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor.

Nem todas as sanções possuem as mesmas características e objetivos e se diferenciam entre as sanções processuais, sanções executivas, sanções decorrentes da atividade coercitiva e sanções civis de natureza material,⁷¹ existindo inúmeros exemplos de sanções processuais impostas em razão de determinadas condutas das partes, como a multa é um de seus exemplos mais frisantes, que não se mostra estranha no abuso do uso do sobrenome de casado do cônjuge que retorna ao apelido de solteiro e promove averbação do nome de solteiro e segue circulando socialmente com o sobrenome alheio.

Sanções processuais ostentam caráter punitivo contra aquele que praticou ato proibido, ou que deixou de praticar um ato que dele era esperado pelo ordenamento processual. Punem quem violou determinada norma jurídica, e punem quem excede seu direito e viola expressa norma jurídica, servindo como um instrumento para ameaçar e pressionar a pessoa obrigada.⁷²

O inciso IV, do artigo 139 do Código de Processo Civil brasileiro autoriza o juiz a impor todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive as ações que tenham por objeto prestação pecuniária e têm em mira o devedor resistente, que atenta contra a dignidade da justiça e põe em risco a eficiência da prestação jurisdicional. São meios executórios atípicos que ficam ao arbítrio do juiz, mas devem ser adequados e proporcionais à sua finalidade coercitiva, realizada com o único propósito de dar efetividade a determinação judicial que está sendo descumprida, de forma que ao mesmo tempo funcionam como punição e execução, coagindo o devedor ao cumprimento de uma determinação judicial que talvez estanque a tempo, e com eficácia certos direitos abusivos que não se resumem a mera indenização.

15 REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4.

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

⁷¹ BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. Parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 202.

⁷² BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. Parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 204.

- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Parte general. 13. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, t. I.
- BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. Parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- CALDERÓN, Ricardo; GRUBERT, Camila. Projeções sucessórias da multiparentalidade. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.
- CALMON, Rafael. A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 27, maio/jun. 2018.
- CAPARRÓS, María Belén Sáinz-Cantero; VALLEJO, Ana María Pérez. *Valoración y reparación de daños entre familiares*. Fundamentos para su reclamación. Granada: Comares, 2012.
- CARRERA, Daniel Pablo. *Administración fraudulenta*. Deslealdad de resguardadores de patrimonio ajeno. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. IV.
- CASSETTARI, Christiano. Presunção de abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral *in re ipsa*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CATALÁN, Marcos. Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; SIMÃO, José Fernando. *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2011, v. 2.
- COSTA, María Josefa Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Introdução ao estudo do direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Latitudes e longitudes do *venire contra factum proprium* nas relações de família. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Antonio Carlos. *Habeas corpus* 439.973/MG, de 16 de agosto de 2018, STJ, Quarta Turma do STJ.

FERRER, Francisco A. M. *Daños en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade civil pela falsa imputação de paternidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

GREZ, Pablo Rodríguez. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

HARIRI, Juan Carlos *et al.* El abuso del derecho en la obra del Doctor Abel M. Fleitas. In: *Abuso del derecho y otros estudios en homenaje a Abel M. Fleitas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

HERRERO, Asunción de André *et al.* *Código Civil con jurisprudência sistematizada*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LÔBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade civil do cônjuge pela má gestão dos bens comuns e privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. Efeito patrimonial da separação de fato. In: *Direito de família, aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MADALENO, Rolf. *Direito de família, aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERAL, Santiago J. Reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial. In: *Código Civil y Comercial en debate*. Buenos Aires: La Ley, 2017, t. I.

PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Habeas corpus* 439.973/MG, de 16 de agosto de 2018, STJ, Quarta Turma do STJ.

SCHNEIDER, Lorena R. *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Buenos Aires: Astrea, 2017.

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial*. Parâmetros para a sua configuração. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

VILLANUEVA, Horacio J. Romero; VITA, Sebastián da. *Delitos contra las relaciones parento-filiales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

QUAL A EFICÁCIA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE NAMORO?

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva

Advogado. Mestre em Direito Constitucional – com enfoque no Direito de Família. Professor – Titular I – de Direito Civil da Universidade da Amazônia – UNAMA e de Direito Civil da Faculdade Maurício de Nassau – FAUNI, da Graduação e Pós-Graduação. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Seção do Pará. Membro do Instituto dos Advogados do Pará – IAP, Seção do Pará. Autor de várias obras jurídicas.

Sumário: 1. Introdução. 2. A eficácia jurídica dos contratos de namoro, ainda mais com o advento do namoro qualificado e a sua diferença da união estável. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das novidades que proliferou em muitos escritórios de advocacia do Sul e Sudeste do País, no início do século XXI – mais precisamente de 2002 em diante –, tratou-se de uma modalidade de contrato que em muito passou a se assemelhar ao pacto antenupcial: o pacto de namoro.

Sua finalidade em muito se parece com a do pré-nupcial: objetiva proteger, patrimonialmente, na esfera das uniões não matrimonializadas, a parte que melhores condições tem – em caso de eventual ruptura – daquela menor aquinhoadá; diferenciando-se, contudo, do pré-nupcial, já que este tem o objetivo de regular, patrimonialmente, as uniões matrimonializadas.

À época, o fato gerador que levou à criação desse peculiar tipo de contrato decorreu, notadamente, das consequências trazidas com o advento da segunda lei que regulamentou a união estável – Lei n. 9.278/1996, que em seu texto (art. 1º) preceituava, para caracterizá-la, simplesmente, a existência de uma relação – entre um homem e uma mulher – “duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir família”. Havia deixado de existir, assim, a exigência de 5 (cinco) anos

de vida em comum ou sob o mesmo teto – previsto na lei anterior, de 1994 (art. 1º da Lei n. 8.971/1994) – entendimento este derogado pela lei de 1996.

Com o advento do Código Civil de 2002, seguiu-se a mesma linha da segunda lei – Lei n. 9.278/1996.

É ler:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Daí a razão do surgimento desse tipo de contrato; e a importância do tema no universo jurídico da atualidade ainda mais porque – a partir de 2015 – foi conferido e reconhecido, pelo STJ, efeitos jurídicos ao namoro qualificado, notadamente diferenciando-o da união estável.

De assinalar-se que, pela legislação e decisões jurisprudenciais, ainda vigentes, a união estável se aplica às pessoas casadas, que se encontrem, porém, separadas de fato.

As razões e requisitos do contrato de namoro, sua distinção da união estável, suscitam a necessidade de lhe ser dada eficácia jurídica, mais ainda a partir do advento do namoro qualificado. Há de se mudar, nesse aspecto, o entendimento de nossas Cortes.

Antes tarde do que mais tarde.

2 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE NAMORO, AINDA MAIS COM O ADVENTO DO NAMORO QUALIFICADO E A SUA DIFERENÇA DA UNIÃO ESTÁVEL

Já dissemos que a finalidade do contrato de namoro assemelha-se muito com a do pacto antenupcial: proteger, patrimonialmente, na esfera das uniões não matrimonializadas, o partícipe que possui melhores condições econômico-financeiras em face do outro, menos aquinhado –, prevenindo eventual ruptura da relação.

Reiteramos que a razão de emergir desse peculiar tipo de contrato resultou das consequências trazidas com o advento da Lei n. 9.278/1996, que, em segundo momento, regulamentou a união estável, estabelecendo, para a sua configuração e

admissão jurídica, a existência de uma relação – entre um homem e uma mulher – “duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir família”.

Foi, assim, suprimida, como se pôde perceber, para tal configuração, a exigência do lapso temporal, de 5 (cinco) anos de vida em comum – prevista na lei anterior (Lei n. 8.971/1994) –, disposição, conseqüentemente, derogada pelo texto legal posterior – Lei n. 9.278/1996 –, ratificada, depois, pelo Código Civil de 2002.

O conteúdo semântico de expressões como “duradoura”, “pública”, “contínua”, gerou, entre os namoradores inveterados – mas “desconfiados” –, a preocupação de não ensejar o reconhecimento, logo após, de uma união estável indesejada.

Assim, o “pacto de namoro” visa, na realidade, deixar claro e indubitado que ambas as partes desfrutariam uma tão só eventual relação de afeto, entretanto, sem compromisso, sem ânimo de constituir uma família, circunstância ou pormenor a não admitir quaisquer conseqüências patrimoniais.

Nada, além disso!

Se um dia viesse a acabar o afeto, o lado hipossuficiente desse namoro não poderia exigir, extrajudicialmente, tampouco judicialmente, supostos direitos (pensionamento, divisão de bens, herança) como se ex-companheiro ou ex-cônjuge fosse; liberdade jurídica advinda das mudanças no tratamento infraconstitucional da união estável, especialmente a partir da promulgação da lei de 1996 e do Código Civil de 2002, vigente.

Importante lembrar que, naquela época – início e meados da década de 2000, ainda não se cogitava nem se falava em namoro qualificado.

Já minutamos muitos contratos nesse sentido; e o público-alvo que nos vem procurando tem sido, na maioria, de homens já maduros que, tendo patrimônio a proteger, separados judicialmente ou divorciados – muitos, recentemente –, têm sofrido prejuízos econômicos, financeiros e emocionais, decorrentes de relações anteriores frustradas. Este é o perfil da maioria das pessoas que buscam consultar-se acerca dessa situação.

O contrato pode seguir tanto a via particular quanto a pública. Há de se respeitar, em ambos os casos, todos os requisitos do art. 104¹ do Código Civil,

¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

além dos princípios trazidos nos arts. 421 e 422² de nossa codificação, norteadores do Direito Contratual, como bem aponta nosso Mestre Zeno Veloso.

Independentemente do instrumento a ser utilizado, tem que ficar assentado, de modo expresso, em cláusulas próprias na avença, que: a) o objetivo do casal é simplesmente namorar, sem intenção de que esse relacionamento, pelo menos no tempo presente, transmute-se ou evolua para uma união estável; b) que a convivência comum, nas residências dos namorados, não caracteriza, nem configurará, de forma alguma, a intenção de constituir uma entidade familiar, permanecendo assim o relacionamento com o perfil de, unicamente, namoro; c) que os namorados declaram não haver vínculo financeiro algum entre ambos, sendo ambos independentes, saudáveis, aptos para o trabalho e para desenvolver atividades profissionais remuneradas, devendo cada um gerir, individual e particularmente, seu próprio patrimônio, não se comunicando coisa alguma.

O jurista Zeno Veloso defende juridicamente sua possibilidade. Vale citar artigo³ publicado em sua coluna semanal do jornal *O Liberal*, de 09.11.2017:

[...]

Então, para prevenir situações constrangedoras e delicadas, evitar explorações, golpes pedidos motivados de pensão alimentícia, divisão de bens, participação na herança, e deixar o relacionamento bem claro e seguro, definindo criteriosamente os seus limites, expondo claramente a situação em que os dois se acham, os objetivos que colimem, sempre defendi a possibilidade de os figurantes celebrarem um contrato de namoro, que expresse o conteúdo, a extensão, o nível do vínculo afetivo que vivenciam. Até pelo princípio da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, da boa-fé, esse contrato é juridicamente possível, e pode ser conveniente, útil (ver Código Civil, art. 104, 421, 422 do Código Civil).

[...]

Em muitos estados, advogados e notários preferem chamar este tipo de contrato de outra forma, como “Declaração de Intenções Afetivas Recíprocas”, valendo citar que, desde 2006, foram registrados mais de 70 contratos de namoro – 44 assinados nos últimos 2 (dois) anos, nos vários Cartórios de Notas de todo o País.

² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória n. 881, de 2019).

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³ VELOSO, Zeno. Namoro não gera direito patrimonial. *Jornal O Liberal*. 09.11.2017.

Vale lembrar que o Código Civil, de 2002 – no art. 112⁴ –, muito mais social do que o individualista já revogado, de 1916, traz o entendimento de que, nas declarações de vontade, prevalecerá mais a intenção das partes declarantes que a literalidade da linguagem; embora a codificação revogada já trouxesse, em seu art. 85, tratamento semelhante.

Enfim, estes os aspectos contratuais que envolveriam uma relação de afeto baseada no namoro, afastada qualquer possibilidade de vir a ser, no futuro, caracterizada uma união estável. A não ser, por óbvio, que as partes mudem sua vontade e intenção.

E nossos tribunais ainda caminham em passos lentos em relação a sua validade jurídica como tal, não o admitindo, o que é um absurdo, com a devida vênia.

É obvio que a minuta – assim como sua eficácia jurídica – desta nova modalidade contratual suscitou novo debate, a partir de 2015, com o advento do namoro qualificado.

O namoro qualificado, terminologia esta primeiramente trazida pelo nosso diretor nacional Zeno Veloso – criticado à época pela nomenclatura da expressão –, tornou-se público e aceito com o julgamento do REsp. n. 1.454.643, do Relator Marco Aurélio Belizze, da Terceira Turma, em 2015, pelo STJ; diferenciando seus efeitos jurídicos dos da união estável.

Justamente porque o que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 classificam e protegem como união estável não é a simples relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, mas, além disso, que essa relação guarde como objetivo uma entidade familiar imediata, respeitando-se os pressupostos legais exigidos nas referidas leis. Assim, de se ter o requisito de intenção de se constituir uma entidade familiar, imediata, maior diferença da relação oriunda do namoro qualificado.

Assim, elaborando um conceito moderno⁵ do que viria a ser a união estável, podemos conceituá-la como: entidade familiar entre 2 (duas) pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, imediata; objetivamente: uma relação afetiva pública – portanto, não clandestina, notória –, cuja convivência tenha que ser contínua – sem termos, hiatos ou “tempos” –, estável, duradoura e perpetrada no tempo, uma vez que não há prazo (o que pretendemos mudar), mas, óbvio, com algum tempo de convivência para que se estabeleça, já que o que se espera ser duradouro não pode jamais ser breve ou transitório; uma comunhão de vida em que os conviventes vivam como se cônjuges fossem, porém, sem necessariamente ser exigido que seja

⁴ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

⁵ SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pacto dos namorados: o namoro qualificado e a diferença que você gostaria de saber da união estável*, mas tem receio em perguntar. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2018, p. 14-15.

sob o mesmo teto; subjetivamente: a intenção, de imediato, de constituição de uma família, a postura de se assumir um verdadeiro e firme compromisso, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes aos do casamento.

Em artigo⁶ publicado na *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, do IBDFAM, o jurista Zeno Veloso, ao tratar da expressão namoro qualificado, aduz:

[...]

Essa expressão – namoro qualificado – tem sido utilizada na doutrina e jurisprudência. Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf observam que, para a constituição de união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família, vivendo nesse sentido como se casado fosse, o que significa dizer que deve assistência moral e material recíproca e irrestrita, esforço conjunto para concretizar sonhos em comum, participação real nos problemas e desejos do outro etc. No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida:

[...]

Logo, ao conceituar o namoro qualificado poderíamos dizer tratar-se de: toda convivência íntima – sexual – de 2 (duas) pessoas podendo ou não haver coabitação, em que os namorados podem frequentar as respectivas casas, eventos sociais, eles viajam – passam férias – juntos, comportam-se no meio social ou profissional como se encontrando num relacionamento amoroso; objetivamente: assemelha-se muito a uma união estável, mas falta um elemento inarredável, que adentra no critério subjetivo – a constituição imediata como entidade familiar; subjetivamente: a ausência da vontade atual de constituição de uma entidade familiar; mesmo que o namoro seja longo, consolidado, daí a nomenclatura “namoro qualificado”, não há nos namorados o desejo imediato de constituir uma família, ainda que se cogite futuramente, mas não o é no momento.

Por tais razões, não há de se falar em direitos e deveres jurídicos, notadamente de ordem patrimonial entre os namorados, portanto não se cogitando falar em regime de bens e partilhas, assim como alimentos, pensão, direitos sucessórios e outros.

O feliz termo “namoro qualificado”, a enriquecer a nomenclatura jurídica brasileira, foi – como dissemos – originariamente criado pelo paraense Zeno Veloso – criticado à época.

⁶ VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; CRISARD FILHO, Waldyr (Coords.). *Concurso de artigos*. Belo Horizonte; IBDFAM, 2017, p. 18.

Contudo, só se tornou público, e hoje consagrado, a partir do julgamento do REsp. n. 1.454.643, do Relator Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma, em 2015, pelo STJ.

Segue ementa do acórdão referido acima, que deu publicidade à expressão. Vale a pena a leitura:

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.454.643 - RJ (2014/0067781-5)
RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
EMBARGANTE : P A D E O B
ADVOGADOS : ANA PAULA LIMOEIRO SILVA
CELSO FERREIRA E OUTRO(S)
MÔNICA MACEDO SANTOS E SOUZA E OUTRO(S)
EMBARGADO : M A B
ADVOGADOS : LILIBETH DE AZEVEDO E OUTRO(S)
RAFAEL FERREIRA MENDES E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. 1. ERRO MATERIAL NO RELATÓRIO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. RECONHECIMENTO. CORREÇÃO. NECESSIDADE. DETIDO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO VERTIDA NO PARECER MINISTERIAL. VERIFICAÇÃO. 2. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. OBSERVÂNCIA. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE APENAS PARA PROCEDER À RETIFICAÇÃO, SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Em que pese a existência de erro material constante no relatório do aresto embargado, consistente na menção de que o Parquet, instado para tanto, deixou de apresentar parecer, certo é que o posicionamento nele vertido, no sentido de que o recurso especial não poderia ser conhecido ante a incidência do enunciado n. 7 do STJ, foi expressamente sopesado e rechaçado no acórdão embargado, a evidenciar a insubsistência de argumentação ora expendida. Portanto, não procede o argumento de que o aresto embargado desconsiderou a argumentação expendida pelo Ministério Público Federal em seu parecer, havendo, no relatório da decisão, mero erro material, cuja retificação não enseja atribuição de efeitos infringentes.

2. O julgado embargado em sua parte dispositiva expressamente determina a observância da regra constante do art. 12 da Lei n. 1.060/50, considerado o benefício da gratuidade deferido à parte, à fl. 181, e-STJ, o que infirma a alegação de omissão do aresto.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para retificar o julgado embargado, em seu relatório, para constar que o Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 964-973 pelo não conhecimento dos recursos especial e adesivo, sem atribuição de efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher em parte os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de março de 2016 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de embargos de declaração opostos por P. A. de O. B. contra acórdão proferido por esta Terceira Turma, da lavra deste relator, que conferiu provimento ao recurso especial interposto por M. A. B., na parte conhecida, para julgar improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. partilha do imóvel adquirido em período anterior ao casamento; e julgar prejudicado o recurso adesivo manejado pela ora embargante.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO

QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E

VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

1. O conteúdo normativo constante dos arts. 332 e 333, II, da lei adjetiva civil, não foi objeto de discussão ou deliberação pela instância precedente, circunstância que enseja o não conhecimento da matéria, ante a ausência do correlato e indispensável prequestionamento.

2. Não se denota, a partir dos fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da *affectio maritalis* e, por conseguinte, da configuração da união estável.

2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado “namoro qualificado” -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas edos estigmas, adequar-se à realidade social.

3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não viveram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro – e não para o presente –, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento.

4. Afigura-se relevante anotar que as partes, embora pudessem, não se valeram, tal como sugere a demandante, em sua petição inicial, do instituto da conversão da união estável em casamento, previsto no art. 1.726 do Código Civil. Não se trata de renúncia como, impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem.

Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. A celebração do casamento, com a eleição do regime de comunhão parcial de bens, na hipótese dos autos, bem explicita o termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento.

4.1 No contexto dos autos, inviável o reconhecimento da união estável compreendida, basicamente, nos dois anos anteriores ao casamento, para o único fim de comunicar o bem então adquirido exclusivamente pelo requerido. Aliás, a aquisição de apartamento, ainda que tenha se destinado à residência dos então namorados, integrou, inequivocamente, o projeto do casal de, num futuro próximo, constituir efetivamente a família por meio do casamento. Daí, entretanto, não advém à namorada/noiva direito à meação do referido bem.

5. Recurso especial provido, na parte conhecida. Recurso especial adesivo prejudicado. Nas razões dos presentes embargos de declaração, P. A. de O. B.

sustenta, em suma, que o acórdão embargado revela-se omissivo e contraditório, na medida em que, a despeito de a insurgente ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Afirma, ainda, que, a despeito de constar no relatório que não houve manifestação do Ministério Público Federal, certo é que o Parquet ofertou

parecer pelo não conhecimento do recurso especial, o que foi ignorado no aresto embargado (e-STJ, fls. 1.004-1.018).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

Os presentes embargos de declaração devem ser parcialmente acolhidos, apenas para retificar erro material constante no relatório do *decisum* embargado, sem atribuição de efeitos infringentes. Efetivamente, em que pese a existência de erro material constante no relatório do aresto embargado, consistente na menção de que o Parquet, instado para tanto, deixou de apresentar parecer, certo é que o posicionamento nele vertido, no sentido de que o recurso especial não poderia ser conhecido ante a incidência do enunciado n. 7 do STJ, foi expressamente sopesado e rechaçado no acórdão embargado, e evidenciar a insubsistência da argumentação ora expandida.

É o que claramente se constata do seguinte excerto do acórdão recorrido: No mérito, controverte-se no presente recurso especial, a partir das circunstâncias fáticas delineadas na origem - e imutáveis na presente via especial -, sobre a configuração, entre as partes litigantes, de união estável, ou de mero namoro qualificado, relativo ao período imediatamente anterior ao casamento destes (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), em que se elegeu, de modo livre e voluntário, o regime da comunhão de bens.

Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, em grande medida para viabilizar a consecução, cada qual, dos projetos particulares no exterior (trabalho e estudo), a ponto de ficarem noivos e, posteriormente, de celebrarem o casamento, seria possível inferir, nesse período, o propósito presente – e não futuro – de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável.

Assim delimitada a controvérsia, deve-se deixar assente que sua apreciação, tal como devolvida nas razões do presente recurso especial, não demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, pois, justamente a partir dos contornos fáticos gizados pela instância precedente, analisar-se-á a presença dos requisitos legais à configuração da união estável.

A corroborar a conclusão de que a questão centra-se exclusivamente na valoração jurídica dos fatos, oportuno anotar que o Tribunal de origem, sobre a mesma moldura fática, conferiu interpretação jurídica diversa por ocasião dos julgamentos dos recursos de apelação e dos embargos infringentes.

Portanto, não procede o argumento de que o aresto embargado desconsiderou a argumentação expendida pelo Ministério Público Federal em seu parecer, havendo, no relatório da decisão, mero erro material, cuja correção não enseja atribuição de efeitos infringentes.

De todo modo, deve-se, pois, retificar o julgado embargado, em seu relatório, para constar que o Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 964-973 pelo não conhecimento dos recursos especiais e adesivos. Por fim, quanto à alegação de que o julgado embargado deixou de observar o fato de que a embargante é beneficiária da assistência judiciária gratuita, razão, de igual modo, não assiste à recorrente. É o que, claramente, se constata da parte dispositiva do aresto embargado, assim conformada:

4. Em conclusão, na esteira dos fundamentos expostos, dou provimento ao recurso especial interposto por M. A. B., na parte conhecida, para julgar improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. partilha do imóvel adquirido em período anterior ao casamento; e julgar prejudicado o recurso adesivo manejado por P. A. de O. B. Em face de tal desfecho, condena-se a demandante P. A. de O. B. a responder pelas custas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC, observada a regra constante do art. 12 da Lei n. 1.060/50 considerado o benefício da gratuidade deferido à parte, à fl. 181, e-STJ.

Em arremate, acolho parcialmente os presentes embargos de declaração, apenas para retificar o julgado embargado, em seu relatório, para constar que o Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 964-973 pelo nãoconhecimento dos recursos especial e adesivo, sem atribuição de efeitos infringentes.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

EDcl no

Número Registro: 2014/0067781-5 PROCESSO ELETRÔNICO REsp
1.454.643 / RJ

Números Origem: 00239949520098190209 20092090166297
20092090246402 201424550645
239949520098190209

EM MESA JULGADO: 10/03/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M A B

ADVOGADOS : LILIBETH DE AZEVEDO E OUTRO(S)

RAFAEL FERREIRA MENDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : P A DE O B

ADVOGADOS : CELSO FERREIRA E OUTRO(S)

MÔNICA MACEDO SANTOS E SOUZA E OUTRO(S)

ANA PAULA LIMOEIRO SILVA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União estável ou Concubinato -
Reconhecimento / Dissolução

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : P A DE O B

ADVOGADOS : CELSO FERREIRA E OUTRO(S)

MÔNICA MACEDO SANTOS E SOUZA E OUTRO(S)

ANA PAULA LIMOEIRO SILVA

EMBARGADO : M A B

ADVOGADOS : LILIBETH DE AZEVEDO E OUTRO(S)

RAFAEL FERREIRA MENDES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Bem, alinhavadas estas considerações, vejamos, a nosso ver, a eficácia jurídica do contrato de namoro, ainda mais com o advento do namoro qualificado.

O Direito sempre anda de mãos dadas com: 1) os fatos/relações sociais ([...] *as situações fáticas, comportamentos ou atitudes que se verificam na sociedade, espontaneamente,*

*não havendo necessidade da celebração de qualquer contrato para caracterizá-las*⁷ [...]); 2) e a possibilidade de formalização de contratos decorrentes desta.

No que concerne à união estável – terminologia esta adotada desde o advento da Constituição Federal de 1988 – ou mesmo sua nomenclatura anterior, concubinato, isso não foi diferente.

Via de regra, primeiro se verificam os fatos/relações sociais e, depois, nasce a possibilidade de formalização de seus contratos.

Nesse sentido, vale aduzir que o Supremo Tribunal Federal (STF), em 3 de abril de 1964, editou a Súmula n. 380,⁸ que permitiu a dissolução da sociedade de fato entre os concubinos com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. A partir deste momento, nossa Corte maior passou a reconhecer a sociedade de fato, porém, a fim de ensejar a partilha dos bens adquiridos na constância da relação, exigiu a prova efetiva da contribuição financeira de cada concubinário na constituição do patrimônio comum. A referida súmula não reconhecia, portanto, os efeitos patrimoniais tão só em face da simples relação concubinária afetiva, mas em razão da sociedade de fato existente, desde que comprovada. Havia, destarte, a necessidade de ser comprovado o esforço comum de modo a ensejar a partilha do patrimônio. Como se via, a solução se dava no Direito das Obrigações.

No mesmo dia, o STF editou também a Súmula n. 382,⁹ que trouxe a prescindibilidade da convivência sob o mesmo teto, como requisito para o concubinato, estendendo-se tal entendimento, hoje, para a união estável.

Ora, após o reconhecimento destes fatos/relações sociais – que acabaram por dar origem às Súmulas n. 380 e 382 do STF, a possibilidade da formalização de contratos – objetivando regulamentar suas regras – praticamente só veio a existir com o advento das leis que regulamentaram infraconstitucionalmente a união estável – a Lei n. 8.971/1994 e notadamente a Lei n. 9.278/1996.

Não nos recordamos de ter ouvido falar em contratos, anteriores a 1988, regulamentando uma sociedade de fato decorrente do concubinato; e se existiram, foram poucos.

Portanto, no que diz respeito à união estável, primeiro verificaram-se os fatos/relações sociais decorrentes desta para, depois, nascer a possibilidade de formalização de suas modalidades contratuais, seja por escritura ou declaração pública, seja por instrumento particular.

⁷ Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3723/o-contrato-namoro-ordenamento-juridico-brasileiro>>.

⁸ Súmula n. 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

⁹ Súmula n. 382 do STF: Vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

E aí a razão deste artigo, de defendermos a necessidade de se conferir eficácia jurídica ao contrato de namoro. Já que, no que concerne a este, verificou-se uma ordem de forma absolutamente inversa, justificando assim nosso questionamento inicial e suscitando um novo: como não se conferir eficácia jurídica aos contratos de namoro, ainda mais com o advento do namoro qualificado?

E se deu de forma inversa na medida em que primeiro nasceu a efetiva possibilidade de formalização do contrato de namoro, no início do século XXI – mais precisamente de 2002 em diante –, para, mais de uma década depois – precisamente em 2015 –, serem conferidos efeitos jurídicos ao namoro qualificado, oriundo da repercussão dos fatos/relações sociais decorrentes deste – com o julgamento do acórdão acima, pelo STJ.

O objetivo do contrato de namoro, desde a década passada, nasceu com o mesmo fim dos efeitos jurídicos conferidos e reconhecidos ao namoro qualificado: deixar claro que não existe naquele relacionamento uma união estável.

Ora, se, com base nos fundamentos que norteiam o Direito Contratual no Código Civil de 2002, já era possível formalizar e conferir efeitos jurídicos ao contrato de namoro antes, como não admiti-lo hoje, ainda mais com o reconhecimento jurídico do namoro qualificado?

Não há como!

Ele – o contrato – representa uma prudência maior. Uma segurança a mais ao fazê-lo, notadamente aos namoradores, inveterados, mas “desconfiados”, em não dar azo a ver reconhecida, no futuro, uma união estável. Visa deixar o relacionamento bem claro e seguro, mostrando cristalinamente a situação em que as partes se encontram, ficando definidos os limites e os objetivos que desejam. Neste sentido, o contrato de namoro exteriorizaria o conteúdo, a extensão, o nível de vínculo afetivo que vivenciariam.

Diante deste contexto, sempre é prudente contratar.

Daí a razão de nos posicionarmos, desde a década passada, no sentido de se conferir, sim, eficácia jurídica ao contrato de namoro. No mínimo uma eficácia de sentido negativo: deixar evidente que não existe naquele relacionamento uma união estável.

3 CONCLUSÃO

Ante as considerações acima, e, repita-se, ante o modo como o nosso ordenamento jurídico tutela a união estável, o pacto de namoro acaba se

constituindo uma alternativa eficaz – juridicamente falando – para proteger, patrimonialmente, na esfera das uniões não matrimonializadas, a parte que melhores condições tem – em caso de eventual ruptura – daquela menor aquinhoadada.

E com o advento do namoro qualificado, não há como as Cortes Superiores continuarem a negar efeitos jurídicos a este contrato.

Há de se lembrar que o Direito de Família é o que mais evolui, justamente porque “[...] as questões que envolvem a família evoluem em uma progressão geométrica em relação a outros ramos do direito, menos dinâmicos, que evoluem em uma progressão aritmética [...]”.¹⁰

Se, assim, já houve a sua evolução – do Direito de Família – no sentido de que as Cortes Superiores, por meio do namoro qualificado, definam não existir, em determinado relacionamento, uma união estável (ante a ausência de intenção de constituição de uma família), como continuar a se admitir negar efeitos jurídicos ao contrato de namoro?

Não há como!

Nossas Cortes precisam mudar esse entendimento, dando eficácia – ainda que de sentido negativo – ao contrato de namoro. Seja pelo princípio da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, da boa-fé, esse contrato é juridicamente possível, e pode tornar-se conveniente, útil.

Antes tarde do que mais tarde.

E este é nosso humilde entendimento.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. ADPF n. 132-RJ e ADin. 4.277-DF, julgamento conjunto, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, decisão unânime, em 5 de maio de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.157.273/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 7 de 07.06.2010.

¹⁰ SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 42.

CAHALI, Yussef Said (Org.). *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAHALI, Yussef Said (Org.). *Lei 10.406/2002 (novo Código Civil)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. I a VI.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. V.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HADDAD, Orlando Maluf *et al.* O modelo jurídico aberto. *Jornal O Estado de S. Paulo*, Caderno “Direitos e Deveres”, p. A12, 11.01.2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado – Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson *et al.* *Código civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. *In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família – “Família e Dignidade Humana”*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha *et. al* (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Apoio, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da família anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Curso de direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. Contrato antenupcial e regime de bens. *Jornal O Diário do Pará*, Caderno “Brasil Hoje”.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. Contrato de namoro e a união estável. *Revista Movendo Ideias*, da UNAMA – Universidade da Amazônia, v. 15, n 1, jan./jun. 2010.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. Contrato de namoro. *Jornal O Diário do Pará*, Caderno “Brasil Hoje”, p. 4, 16.06.2002.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. Inclusão do nome no casamento. *Jornal O Diário do Pará*, Caderno “Brasil Hoje”, p. 5, do dia 29.04.2001.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pacto dos namorados: o namoro qualificado e a diferença que você gostaria de saber da união estável, mas tem receio em perguntar*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pacto dos noivos: o que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receio em perguntar*. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Paulo Lins e. *O casamento: antes, durante e depois*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. São Paulo: Método, 2006, v. 5.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: UNAMA, 2005.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; CRISARD FILHO, Waldyr (Coords.). *Concurso de artigos*. Belo Horizonte; IBDFAM, 2017.

VELOSO, Zeno. *Direito civil – temas*. Belém: ANOREG/PA, 2017.

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

VELOSO, Zeno. Namoro não gera direito patrimonial. *Jornal O Liberal*. 09.11.2017.

VELOSO, Zeno. *Separação, extinção de união estável, divórcio, inventário e partilha consensuais – De acordo com o novo CPC*. Belém: ANOREG/PA, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Novo Código Civil: texto comparado – Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916*. São Paulo: Atlas, 2003.

Sites:

<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3723/o-contrato-namoro-ordenamento-juridico-brasileiro>>

<<https://pt.wikipedia.org/wiki/Namoro>>

<<https://www.dicio.com.br/namorar/>>

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Amizade_colorida_\(desambigua%C3%A7%C3%A3o\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Amizade_colorida_(desambigua%C3%A7%C3%A3o))>

NOVAS VIOLAÇÕES NA DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER – A PORNOGRAFIA DA VINGANÇA PODE SER CONSIDERADA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

Adélia Moreira Pessoa

Presidente da Academia Sergipana de Letras Jurídicas. Presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM. Profa. de Direito de Família. Advogada. Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. Integrante do Conselho Estadual de Direitos da Mulher de Sergipe e do Conselho Nacional de Direitos da Mulher.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Internet e violação da intimidade da mulher: nova forma de violência de gênero. 3. Direito brasileiro: o enfrentamento ao registro e divulgação de cenas sexuais sem anuência de uma das partes. 3.1. Área cível. 3.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a tipificação de crimes de registro e divulgação de imagens eróticas. 3.3. Vítimas maiores de 18 anos. 3.4. Avanços significativos: alteração do Código Penal e Lei Maria da Penha. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os registros jurídicos antigos, conforme se avista em Lima¹ que remontam ao Código de Hamurabi (da Babilônia), de Manu (da Índia Antiga), à própria Bíblia Sagrada, à Lei das XII Tábuas, em que, muitas vezes, o jurídico, o moral e o religioso se fundem, registram regras de conduta que esculpem um perfil da mulher inferiorizada, servil, dominada e coisificada.

¹ LIMA, J. B. de Souza. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Valença, 1980, p. 24-44.

A concepção da mulher em condição de inferioridade saiu da antiguidade, atravessou o medievo, a idade moderna e chegou à contemporaneidade.

No Direito brasileiro anterior, vê-se claramente a discriminação nas leis – Código Civil, CLT, etc – e na jurisprudência dos tribunais – apesar de estar nas constituições brasileiras, desde 1934, que “todos são iguais perante a lei”, com acréscimo da expressão “sem distinção de sexo”, o que significa dizer que o legislador constituinte explicitara que o sexo era fator irrelevante para desigualar as pessoas.

A violência contra a mulher, há tempos, é tema de preocupação de segmentos sociais que percebem nessa face de agressão e desrespeito uma perversa ideologia de dominação, talhada pacientemente pela história. A violência de gênero repercute na família, na área da saúde, no trabalho e na sociedade em geral.

No século XX, especialmente no pós-guerra, ocorreu o processo de emancipação da mulher, com a inclusão feminina no mercado de trabalho, permeada pelas reivindicações de igualdade. A revolução feminista remete às raízes da sociedade e da opressão e a transformação da conscientização da mulher traz consequências para toda a humanidade.

No dizer de Castells,² o desmoronamento da família patriarcal sintetiza a transformação de toda a vida da sociedade por meio da transformação da economia e do mercado de trabalho associada à abertura de oportunidade para mulheres (pela educação) e transformações tecnológicas – biologia, farmacologia e medicina – que possibilitaram o controle da reprodução.

Com as mudanças econômico-sociais e, conseqüentemente, mudança de valores culturais, pressões e interesses manifestados de diversas formas pela sociedade civil tornaram possível a ocorrência de transformações no Direito, não só brasileiro, mas também internacional, especialmente a partir das convenções e tratados internacionais, da Constituição de 1988, e mais especificamente, com a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

Além disso, o Brasil ratificou as várias convenções internacionais, incorporando tais normas ao ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o período pós-guerra, especialmente a partir da década de 1970 do século XX, foi marcado por uma série de tratados, resoluções e declarações internacionais que reconhecem os direitos das mulheres, em suas especificidades.

A Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulher, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra

² CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 169-172.

Mulheres (1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – denominada Convenção de Belém do Pará (1994), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher (1999), entre outros, são indicadores do longo caminho percorrido e do avanço global do direito relativo à proteção da mulher, em suas especificidades. Nesses vários instrumentos internacionais ratificados, comprometeu-se o Brasil a garantir esses direitos a todas as mulheres, buscando sua plena efetividade.

Na história da humanidade, sempre ocorreu a marginalização da sexualidade da mulher, sendo o prazer feminino um assunto proibido e sua sexualidade, regra geral, restrita ao casamento e com a finalidade de reprodução.

Apesar de o Direito atual abrigar normas de igualdade de gênero, a cultura milenar deixou marcas muito fortes que ainda permanecem na sociedade contemporânea que continua a conviver com estereótipos, preconceitos, silêncios, e ainda muita discriminação de gênero.

Assim, o registro e/ou a divulgação de fotos e vídeos íntimos, com violação da privacidade, produzem prejuízos muito maiores para a população feminina e os impactos na vida das vítimas são muitos e envolvem vários efeitos danosos, chegando às vezes até ao suicídio. Já se disse que “há algumas décadas o <macho> se vingava da rejeição sofrida com violência física; hoje tem a alternativa de reagir com violência simbólica, que opõe intenso sofrimento emocional à vítima ao expor cenas e imagens de sua intimidade ao público.”³

2 INTERNET E VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER: NOVA FORMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A revolução digital trouxe inúmeros benefícios para a humanidade, facilitando a comunicação global, estudos, difusão de conhecimentos e a diminuição da distância existente entre pessoas, empresas, entidades etc, proporcionando mudanças inimagináveis há menos de um século.

Entretanto, não trouxe apenas benefícios – uma tecnológica modalidade de violência que afeta especialmente as mulheres, considerada violação a sua dignidade sexual, apresenta-se atualmente: o registro e a divulgação de imagens ou vídeos que envolvem conteúdo sexual sem o consentimento de pelo menos uma das pessoas envolvidas, sujeitando a outra pessoa a situações de exposição, vulnerabilidade e ou constrangimento.

³ CARTA CAPITAL. *Intimidade na internet e a violência contra a mulher*. 2 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/intimidade-na-internet-e-a-violencia-contra-a-mulher-5565/>>.

Esta ação altamente danosa é chamada por alguns, impropriamente, de ‘pornografia de vingança’ – *revenge porn* – pornografia de revanche, pornografia não consensual (*nonconsensual pornography*). Vale salientar que, muitas vezes, o registro dessas imagens pode ter sido feito em contextos de confiança e intimidade. A pornografia não consensual consiste nessa divulgação de imagens ou vídeos sem consentimento da pessoa e está normalmente associada às condutas de *sexting*⁴ e *revenge porn*.

Ressalte-se, entretanto, que o agente pode igualmente obter tal material por meio de furto ou outras condutas criminosas como invasão de dispositivos informáticos. Há casos que não necessariamente chegam à internet, e podem se desenrolar totalmente fora dela – a ameaça de divulgação *on-line*, chantagens e até as extorsões.

Esse tipo de conduta é anterior à disseminação da internet, tendo o primeiro caso repercutido na mídia mundial no ano de 1980 – Lajuan e Billy Wood X Steve Simpson.⁵ Essa prática alcançou, entretanto, enorme dimensão e visibilidade, nos últimos anos, com os avanços da tecnologia de comunicação. Com efeito, as divulgações de fotos em revista, com público restrito, passaram à exposição em *sites*, redes sociais e outros, atingindo um número muito grande de indivíduos, aumentando a facilidade de se cometer esse tipo de violação, que se configura como violência de gênero.

Segundo vários estudos realizados,⁶ tal violência, na maior parte dos casos, atinge mulheres que têm, muitas vezes, sua intimidade e privacidade violadas por namorados, companheiros, especialmente em momento de briga/separação, revelando um caráter não só ofensivo como também uma cultura sexista-machista. Verifica-se que as ocorrências, majoritariamente, são de homens que divulgam imagens de mulheres, usando desse artifício para chantageá-las, coagi-las e vulnerabilizá-las.

Essa exposição da intimidade na internet reveste-se de contornos dramáticos, em função tanto da velocidade de disseminação da informação quanto da dificuldade de se excluir totalmente um determinado conteúdo dos aplicativos e *sites* da internet.

⁴ *Sexting* (*sex* – sexo e *texting*; escrever texto): enviar fotos, frases ou vídeos sensuais para parceiros ou colegas.

⁵ O fato ocorreu nos Estados Unidos: o casal La Juan e Billy Wood decidiram tirar fotografias nuas um do outro, em sua intimidade. Entretanto, um vizinho, Steve Simpson, encontrou as fotos em uma gaveta e as enviou para a revista Beaver Hunt, especializada em imagens pornográficas para o público masculino. Para isso, Steve Simpson fraudou um cadastro em que fingia ser o marido de Lajuan, dando informações falsas sobre preferências da “esposa” na cama. (FREITAS, Kamila Katrine Nascimento de. *A pornografia de vingança e a culpabilização das vítimas pela mídia*. UFPB. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2316-1.pdf>>).

⁶ Na pesquisa “Violência contra a Mulher: o Jovem está ligado”: 59% dos homens receberam fotos/vídeos de mulheres nuas desconhecidas; 41% <https://dossies.agenciapatriagalvao.org.br/violencia-em-dados/como-a-cultura-da-violencia-contra-as-mulheres-e-transmitida-desde-cedo-dentro-de-casa/> dos homens receberam fotos/vídeos de mulheres nuas conhecidas; 28% passaram essas imagens.

Vale lembrar que, na década de 1970, ocorreu um movimento denominado *Women Against Pornography*, encabeçado pelas feministas Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon, que entendia estar o aparato pornográfico a serviço da dominação sobre as experiências e corpos femininos, construído em uma lógica masculina, reforçando a ideia de mulher – objeto servindo ao deleite masculino.⁷ Assim, a pornografia caracteriza-se como uma série de saberes e fazeres que se constroem a partir de relações desiguais de poder, reforçando a assimetria nas relações sociais.

Com a disseminação da internet e popularização das redes sociais, estudos mostram que a prática da pornografia assume novos contornos, conforme explicitado na Recomendação da Clínica de Direitos Humanos da UFMG sobre o PL 5555/2013,⁸ que sintetiza muito bem a questão, como salientado a seguir:

- Há exposição pública e a sexualização do corpo feminino, tornando-o objeto de desejo. – No imaginário social perpassa desde as impressões morais e de expectativas até as padronizações de condutas e experiências disponíveis como legítimas para o feminino. – Todos esses arranjos culminam, na maioria dos casos, na culpabilização da mulher vítima da pornografia não consensual, aportado por um argumento machista de que a vítima não deveria ter se mostrado ou se exibido diante de fotos e imagens. – Pornografia não consensual produz prejuízos muito maiores para a população feminina. – Os impactos na vida das vítimas são muitos e envolvem desde um aspecto intrapsíquico, até vários efeitos danosos em suas vidas: suicídio, abandono de suas redes de relações em diferentes ambientes – trabalho, família, bairro, escola, etc.

3 DIREITO BRASILEIRO: O ENFRENTAMENTO AO REGISTRO E DIVULGAÇÃO DE CENAS SEXUAIS SEM ANUÊNCIA DE UMA DAS PARTES

Na Constituição de 1988, a intimidade e a imagem foram elevadas a direitos fundamentais, salvaguardando os momentos íntimos de qualquer divulgação que possa resultar constrangimento.

⁷ Sobre objetificação da mulher vale conferir “Erotismo e Beleza do Corpo Feminino Objetificado: A Publicidade de Lingerie na Construção das Identidades das Mulheres na História”. (FRIZZERA; Mariana Paiva; PAZÓ Cristina Grobério. *Erotismo e beleza do corpo feminino objetificado: a publicidade de lingerie na construção das identidades das mulheres na história*. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502808937_ARQUIVOEROTISMO-E-BELEZA-DO-CORPO-FEMININO-OBJETIFICADO\(comimagens\).pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502808937_ARQUIVOEROTISMO-E-BELEZA-DO-CORPO-FEMININO-OBJETIFICADO(comimagens).pdf)>).

⁸ MINAS GERAIS. Clínica de Direitos Humanos da UFMG. *Recomendação da Clínica de Direitos Humanos da UFMG sobre o PL 5555/2013*. Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito e Ciências do Estado – Clínica de Direitos Humanos da UFMG – CDH/UFMG. Belo Horizonte, set. 2015.

Walber de Moura Agra⁹ assinala que esses direitos que não figuravam expressamente na Constituição anterior, “demoraram a entrar no amparo constitucional porque nasceram em decorrência da inovação tecnológica. São garantias para a proteção dos cidadãos contra os avanços tecnológicos”.

A Constituição ainda assegurou que os atos atentatórios à intimidade e à imagem podem implicar indenização por dano moral. Com efeito, estabelece o seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

3.1 Área cível

Na área cível, o Direito brasileiro admite que o registro e a publicação não autorizada de imagens íntimas em redes sociais constitui ato ilícito que enseja indenização por danos morais. A jurisprudência vem considerando a reprovabilidade da conduta de expor uma mulher de forma vil e vexatória, condenando os ofensores ao pagamento de indenização por danos morais.¹⁰

Também na esfera cível, em relação especificamente ao Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965/2014 – a única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet está relacionada a “*vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*” (grifo nosso). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando. Veja-se abaixo o conteúdo do art. 21 do Marco Civil da internet:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela *violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado* quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material

⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 196.

¹⁰ Cf. TJDFT - Acórdão 1134314, 20170110163286APC, Rel. Des. Carlos Rodrigues - 6ª Turma Cível, j. 17.10.2018, pub. DJe: 6.11.2018; Ap. Cível n. 70078417276, Décima Câm. Cível, TJRS, Rel. Catarina Rita Krieger Martins, J. 27.09.2018 Décima Câmara Cível, Publ: *Diário da Justiça* de 05.10.2018.

apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. (Grifo de quem)???

A jurisprudência¹¹ vem reconhecendo que:

(a) a atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos;

(b) como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas por usuários, especialmente em situações que: (I) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (II) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta;

(c) mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas. E ainda: na hipótese de “exposição pornográfica não consentida” é cabível para proteção da vítima a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela.

3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a tipificação de crimes de registro e divulgação de imagens eróticas

Na esfera penal, se a vítima for menor de dezoito anos, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e os tipos penais ali presentes. Com efeito, o ECA – Lei n. 8.069/90 – com a redação dada pela Lei n. 11.829/2008, tipificou várias condutas relativas às vítimas com faixa etária inferior a dezoito anos de maneira mais gravosa, tendo em vista o princípio maior da proteção integral da criança e do adolescente, presente na Constituição de 1988 e nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, valendo cotejar alguns artigos do ECA que dispõem sobre essa matéria.

O artigo 240 tipifica a conduta de “Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente” cominando a pena de reclusão, de 4 (*quatro*)

¹¹ Vale conferir o voto da Rel. Ministra Nancy Andrighi, no STJ – REsp n. 1.679.465 - SP (20160204216-5). Recorrente Google Brasil Internet Ltda.

a 8 (oito) anos, e multa. Prescreve ainda, no seu § 1º que incorre nas mesmas penas quem agenciar, facilitar, recrutar, coagir, contracenar ou de qualquer modo intermediar a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* desse artigo. Estabelece, no § 2º do mesmo artigo, o aumento de pena de 1/3 (um terço) se o agente cometer o crime I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

O artigo 241 do ECA, por sua vez, tipifica conduta também de grande dano à infância, de “vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente,” cominando pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Tipifica o artigo 241-A da mesma lei as condutas de “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”, estabelecendo pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Em ações judiciais sobre a matéria, observa-se que o assédio virtual tem grande impacto na vida estudantil e social das crianças e adolescentes vítimas, desestruturando sua vida e a de sua família.¹²

E o ECA foi mais longe para abranger todas as possíveis violações sexuais nessa seara, criminalizando, no artigo 241-B, as condutas de “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”, *cominando pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa*. Observe-se que este tipo penal inclui também a posse e o armazenamento do referido material, – por qualquer meio, mesmo fotografia ou vídeo – que contenha cenas de sexo ou pornográficas, com menores de 18 anos, o que torna muito amplo o seu alcance.

¹² Adolescente é condenado por divulgar fotos íntimas de menina pelo WhatsApp. Divulgar fotos íntimas de adolescente pelo WhatsApp é crime de distribuição de pornografia infantil. Com esse entendimento, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplicou a medida socioeducativa de liberdade assistida a um jovem que usou o aplicativo para enviar imagens de sua colega de escola de 13 anos. Os desembargadores também determinaram que o adolescente pague tratamento psicológico à vítima pelo período mínimo de um ano. [...] A autoria foi comprovada por meio de documentos e depoimentos da vítima e de testemunhas. As consequências destes atos, segundo a acusação, continuarão mesmo após a menina ter mudado de colégio. Para os magistrados, o assédio virtual teve grande impacto na vida estudantil e social da vítima, violando sua imagem e desestruturando sua vida e a de sua família. [...] Assim, os integrantes da 3ª Câmara Criminal concluíram que o adolescente cometeu o crime fixado pelo artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), sobre distribuir fotografia ou vídeo que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo menor de 18 anos. (TJRJ. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/adolescente-condenado-divulgar-fotos-intimas-menina>>. Uma das mais importantes organizações não governamentais com trabalhos nesse sentido é a SaferNet Brasil. Detalhes sobre sua atuação podem ser encontrados em: <<http://www.SaferNet.org.br/site/institucional>>.

Ademais, o art. 241-C tipifica a conduta de “simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual” *cominando pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

Como se vê, a modalidade simulada caracteriza-se por conduta diferente da prática de pornografia infantil real, dispensando o abuso sexual de crianças ou adolescentes para ensejar a sua configuração. Com efeito, a simulação pode se caracterizar por diversos meios: montagens ou adulterações de imagens de menores, representações eróticas de adulto fingindo ser criança ou adolescente, desenhos animados pornográficos infantis, etc.

Estabelece o parágrafo único do referido artigo 241-C que “incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do *caput* deste artigo”, incriminando não só quem produz o material, mas também quem divulga ou tem a posse do mesmo.

Em seu artigo 241-E, esclarece o ECA que, para efeito desses crimes contra crianças e adolescentes a expressão “*cena de sexo explícito ou pornográfica*” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Assim, o legislador não deixou margem a dúvidas, com a interpretação autêntica¹³ do que se considera para os efeitos penais *cena de sexo explícito ou pornográfica*.

Pesquisas apontam que grande parte dos acontecimentos que envolvem a pornografia de vingança têm como vítimas adolescentes, entre doze a dezesseis anos,¹⁴ havendo várias notícias de condenações na internet,¹⁵ bem como julgados sobre a matéria.

¹³ Ensina CARLOS MAXIMILIANO (1991, p. 87-88) : “denomina-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara.”

¹⁴ MOTA, Bruna G. Nunes. *Pornografia de vingança em redes sociais: perspectivas de jovens vitimadas e as práticas digitais*. 2015. 169f – Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Educação Brasileira, Fortaleza (CE), 2015, p. 31. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/11358>>.

¹⁵ Várias notícias: “Justiça de Goiás condena homem que ameaçou menor com fotos íntimas -A 1ª Câmara Criminal do TJGO reformou sentença da comarca de Luziânia e condenou A.S.S.O. pelo estupro de menina de 13 anos, e pelos crimes de ameaça e posse de material pornográfico de menor. Em 2014, as partes teriam trocado mensagens e fotos íntimas. Posteriormente, o réu usou o material para forçar a menina a manter relações sexuais com ele, ameaçando divulgar as fotos nas redes sociais. a divulgar as fotos nas redes sociais e, por medo, ela cedeu. O crime foi denunciado quando a mãe da menina descobriu as fotos e as conversas no celular, após ela se recusar a ir ao colégio. O réu foi condenado a oito anos e oito meses de reclusão em regime fechado. (Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/tags-semanario/eca/>>).

3.3 Vítimas maiores de 18 anos

Para as vítimas que não se enquadrem nas disposições do Estatuto da Criança e Adolescente, houve avanço significativo na esfera criminal, com as leis editadas em 2018; anteriormente a conduta, quando se tratasse de vítima adulta, era tipificada, muitas vezes, como injúria ou difamação, crimes de ação penal privada.¹⁶

Registre-se, entretanto, que desde 2012, a matéria já era regulada, em parte, pela Lei n.12.737/2012, que incluiu no Código Penal o crime de invasão de dispositivo informático, no artigo 154-A, quando a informação (ou imagem) é subtraída da vítima.

Vale lembrar que essa Lei n. 12.737/12, chamada Lei Carolina Dieckmann, resultou de um PL proposto diante de situação experimentada pela atriz em maio de 2012, que teve 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima e conversas copiadas de seu computador pessoal que acabaram divulgadas na internet, sem autorização. Com isso, houve alteração do Código Penal – art. 154-A tipificando a conduta de quem *invade dispositivo informático alheio*, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. E o seu § 1º pune também aquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

No que se refere à retirada das imagens nas redes sociais, já havia previsão legal, desde o Marco Civil da Internet, dispensando a chancela judicial para retirada do conteúdo impróprio da rede mundial de computadores.

Essa norma legal representara avanço importante, conforme registra Valente e outros¹⁷ que constatou, em pesquisa empírica realizada, que ocorriam mais demandas na esfera cível, e especialmente contra provedores de aplicação, entendendo que esse fato pode indicar o “interesse primordial das vítimas pela paralisação da disseminação ou bloqueio dos conteúdos, ou ainda que, uma vez que as imagens param de circular, as vítimas querem ‘enterrar’ o assunto”, aventando que as causas poderiam ser também as “dificuldades de processamento”.

¹⁶ Para exemplificar, vale observar a seguinte decisão do TJPR - ACR: 7563673 PR 0756367-3, Rel. Lillian Romero, J. em 07.07.2011, 2ª Câmara Criminal, *Df*: 681 PENAL. Apelação. Crimes de Injúria e de Difamação. Arts. 139 e 140 do Código Penal. Agente que posta e divulga fotos íntimas da ex-namorada na internet. Imagens e textos postados de modo a retratá-la como prostituta expondo-se para angariar clientes e programas. Prova pericial que comprovou a guarda no computador do agente, do material fotográfico e a origem das postagens, bem como a criação e administração de blog com o nome da vítima. Conduta que visava a destruir a reputação e denegrir a dignidade da vítima. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação confirmada. Recurso não provido. 1. [...] 2. [...] 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c./c. 141, II do CP – o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta.

¹⁷ VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil. *InternetLab*, São Paulo, p. 176, 2016.

Sem dúvida, quando a violação da privacidade e da sexualidade da mulher era enquadrada nos tipos criminais contra a honra, difícil para a vítima enfrentar todo o aparato estatal por sua conta e risco: sendo crime de ação penal privada, a vítima deveria suportar o ônus de contratar advogado para intentar a ação penal privada, produzindo as provas.

Há vários anos, diversos projetos de lei sobre o enfrentamento da violação da intimidade tramitavam no Congresso Nacional em regime ordinário, sujeitos à apreciação do Plenário, após análise de mérito das Comissões de Seguridade Social e Família – CSSF e de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC: PL 5555/2013 e apensados: PL 5822/2013; PL 6630/2013; PL 6713/2013; PL 6831/2013; e PL 7377/2014.

Esses projetos pretendiam punir os autores e defender as vítimas de “pornografia de vingança”, de conduta que consiste em expor para grupos ou de forma massiva, sem autorização da vítima, imagens, vídeos ou demais informações íntimas, tomadas em confiança, em geral durante fase em que o autor do crime e a vítima mantinham relação afetiva; ou, de forma ainda mais violenta, expor imagens de atos perpetrados contra a vítima, muitas vezes estupro.

Movimentos de mulheres pugnavam por uma tipificação específica no Código Penal, não apenas como crime contra a honra, mas sim contra a dignidade sexual. Não se pode tipificar esta violência como lesão ao bem jurídico honra, como queriam alguns parlamentares, pois esta conduta tem servido de instrumento de manutenção de poder e domínio masculino sobre os corpos e a sexualidade das mulheres – assim os projetos de lei que indicavam a tipificação desta conduta como crime contra a dignidade sexual foram os mais adequados e que lograram êxito, sendo aprovados pelo Congresso Nacional e sancionados.

Assim, em 2018, finalmente foram aprovados vários projetos de lei estabelecendo regras mais duras para melhor proteção à mulher – e entre essas, figuram a Lei n. 13.718/2018 e Lei n. 13.772/2018, com significativas alterações do Código Penal e da Lei Maria da Penha, trazendo um novo instrumento que pode significar um avanço no enfrentamento a este tipo de conduta que tem provocado consequências terríveis para as vítimas.

3.4 Avanços significativos: alteração do Código Penal e Lei Maria da Penha

Novas leis foram editadas em 2018, tipificando condutas de registro e divulgação de cenas eróticas sem o consentimento de uma das partes, como crimes contra a dignidade sexual.¹⁸

¹⁸ Saliente-se que, anteriormente, eram enquadrados como crimes contra a honra, de ação penal privada.

Assim, atualmente a chamada *revenge porn*, violando a dignidade sexual, é considerada violência de gênero, podendo ser enquadrada como violência doméstica e sujeita à ação penal pública incondicionada, conforme previsto no Código Penal, artigo 225, com a redação dada pela Lei n. 13.718, de 2018.

Importante inovação, incluída na nova Lei n. 13.772, de 19 de dezembro de 2018, altera o Código Penal, acrescentando o capítulo I-A- DA EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL no TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL , tipificando o registro não autorizado da intimidade sexual, com a seguinte dicção:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Vale observar que na tipificação do artigo 216- B, não consta a conduta de divulgação da intimidade sexual, que figura em outro artigo do Código Penal que houvera sido incluído pela Lei n.13.718, de 24 de setembro de 2018.

Ressalte-se que a Lei n. 13.772, de 19 de dezembro de 2018, em seu art. 1º. “reconhece que a violação da intimidade da mulher *configura violência doméstica e familiar* e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”.

Essa Lei n. 13.772/2018, ainda incluiu, no artigo 7º, II, da Lei Maria da Penha, entre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a conduta de violação de sua intimidade, na modalidade violência psicológica, entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima,

Quais as consequências dessas disposições legais? Ao reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar, afastou a competência dos Juizados Especiais, não se aplicando a transação penal, a composição civil e os demais institutos da Lei n. 9.099/95, independentemente da pena prevista, incidindo a Lei Maria da Penha, e dessa forma, sujeitando o autor a medidas mais severas.

Nesse passo, vale lembrar ainda que o artigo 5º da Lei Maria da Penha define e violência doméstica e familiar como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero

que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, ocorrida:

I - no âmbito da unidade doméstica compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III -em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Importa lembrar que a norma abrange também casais já separados ou namorados, sendo desnecessária a coabitação para a configuração de violência doméstica. A Súmula 600 do STJ estabelece que “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. (Terceira Seção, *DJe* 27.11.2017)”.

A Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, altera o Código Penal, tipificando a “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, no art. 218-C, com a seguinte dicção:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Nesse crime que se pretende coibir pelo artigo 218-C, a imagem é tomada com ou sem o consentimento da vítima, ou com uso de violência contra a vítima, na hipótese de crime sexual. Sua exposição, entretanto, ocorre sem o consentimento da vítima, tanto na hipótese de vingança como na divulgação de violência sexual.

É preciso repetir que a consensualidade no momento da gravação não implica concordar com a divulgação das imagens. A responsabilidade é de quem violou a intimidade ao divulgar imagens eróticas femininas, ocorrendo muitas vezes após o rompimento da relação afetiva.

A lei também prevê aumento de pena, quando tratar-se de violência doméstica, estabelecendo, no § 1º do artigo 218 C, que a “pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação”. Ainda outro aumento de pena é incluído, estabelecendo o artigo 226, inciso II do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.718, de 2018:

A pena é aumentada:

[...]

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

Sem dúvida, as novas leis vêm reconhecer que a exposição pornográfica não consentida constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos.¹⁹

É necessário também ressaltar que, se não fosse caracterizada como violência doméstica na forma da Lei Maria da Penha, e tendo em consideração que muitos projetos de lei previam a pena menor que um ano, seria julgada pelos Juizados Especiais Criminais e o velho debate sobre a ineficácia da lei se repetiria: admitiria a transação, a composição pecuniária e a suspensão do processo – e ainda, as “cestas básicas” que a Lei Maria da Penha vedou.

Os números mostram casos recorrentes de homens que mantinham algum relacionamento afetivo e, para se “vingarem” de alguma rejeição oposta pela parceira, usam da divulgação de imagens, da intimidade do casal ou da nudez da companheira, colhidas por confiança, provocando irreparáveis danos à vítima – a violência aí perpetrada contra a mulher deixa maiores cicatrizes do que a violência física.

Com a tipificação dessas condutas violadoras da intimidade e também sua inclusão na Lei Maria da Penha como uma das formas de violência doméstica,²⁰ ocorreu uma proteção mais eficaz ao bem jurídico tutelado que – repetimos – é a liberdade e dignidade sexual.

¹⁹ Vale conferir o voto da Rel. Ministra Nancy Andrighi, no STJ – REsp n. 1.679.465 – SP (2016/0204216-5) Recorrente Google Brasil Internet Ltda.

²⁰ Isso não exclui a proteção aos homens e as mulheres que não chegaram a ter uma relação afetiva com o autor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *porn revanche* é conduta altamente danosa, e a exposição descontrolada da intimidade e vida sexual pela rede mundial de computadores e por aplicativos de dispositivos móveis tem tido repercussões muito graves para as vítimas, resultando relatos de suicídios, de vidas reclusas e com sintomas severos de depressão, pânico e ansiedade, de necessidade de esconder-se e adotar novas identidades.

Interessante observar que, em muitos casos a captura da imagem foi consentida, feita em um momento de afeto, mas a divulgação é feita, muitas vezes, como vingança, chantagem ou extorsão. Essa conduta, portanto, é uma violação dos direitos à liberdade e à dignidade sexual configurando repressão da expressão sexual feminina – a mulher sendo punida por se deixar ser registrada em um momento de intimidade e por sentir prazer.

A sexualidade feminina ainda sofre formas específicas de repressão, muito mais fortes que a do sexo masculino, com rejeição e pressões sociais maiores do que o homem na mesma situação, pois há uma ‘culpabilização’ velada ou explícita da mulher que se deixou fotografar, em vez de o foco ser naquele que realizou a exposição das imagens – o único culpado.

É preciso ter em conta que a lei tem significado simbólico, especialmente a lei penal, produzindo efeitos relevantes na sociedade, com a incorporação e confirmação de valores sociais, exercendo influência sobre a conduta dos indivíduos em sociedade, fortalecendo a consciência jurídica, contribuindo para provocar uma movimentação de instituições e setores organizados da sociedade no sentido de oferecer suporte político-social aos valores reconhecidos na lei.

Assim, o efeito educativo da lei com a tipificação destas condutas tão gravosas no Código Penal, como crime contra a liberdade e dignidade sexual e sua inclusão como forma de violência doméstica na Lei Maria da Penha – poderão produzir efeito simbólico relevante e impacto cultural positivo no combate à violência de gênero.

5 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUI, Jacqueline. *O que é o feminismo*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

CARTA CAPITAL. *Intimidade na internet e a violência contra a mulher*. 2 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/intimidade-na-internet-e-a-violencia-contra-a-mulher-5565/>>.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FREITAS, Kamila Katrine Nascimento de. *A pornografia de vingança e a culpabilização das vítimas pela mídia*. UFPB. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2316-1.pdf>>.

FRIZZERA; Mariana Paiva; PAZÓ Cristina Grobério. *Erotismo e beleza do corpo feminino objetificado: a publicidade de lingerie na construção das identidades das mulheres na história*. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502808937_ARQUIVOEROTISMO-E-BELEZA-DO-CORPO-FEMININO-OBJETIFICADO\(comimagens\).pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502808937_ARQUIVOEROTISMO-E-BELEZA-DO-CORPO-FEMININO-OBJETIFICADO(comimagens).pdf)>

IKAWA, Daniela. Mulheres e direitos humanos. In: Cruz, Maria Helena Santana; ALVES Amy Adelina Coutinho de Faria (Org.). *Feminismo, desenvolvimento e direitos humanos*. Aracaju: REDOR, NEPIMG / UFS/ FAP-SE, 2005.

LECLERC, Annie. *Palavra de mulher*. Trad. Maria Luiza Cesar. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LIMA, J. B. de Souza. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Valença, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MINAS GERAIS. Clínica de Direitos Humanos da UFMG. *Recomendação da Clínica de Direitos Humanos da UFMG sobre o PL 5555/2013*. Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito e Ciências do Estado – Clínica de Direitos Humanos da UFMG – CDH/UFMG. Belo Horizonte, set. 2015.

MOTA, Bruna G. Nunes. *Pornografia de vingança em redes sociais: perspectivas de jovens vitimadas e as práticas digitais*. 2015. 169f – Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Educação Brasileira, Fortaleza (CE), 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/11358>>.

PESSOA, Adélia Moreira. Direitos humanos e família: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo, IOB Thompson, 2006.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo *Exposição pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. (Coleção Cybercrimes).

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil. *InternetLab*, São Paulo, 2016.

O SISTEMA DE ADOÇÃO NO BRASIL E A PREPONDERÂNCIA DA FAMÍLIA EXTENSA ATENDEM AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

Fernando Moreira Freitas da Silva

Doutorando em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Negocial (UEL). Juiz de Direito do TJ/MS. Professor de ECA da Escola da Magistratura de Mato Grosso do Sul. Vice-Presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM.

Sumário: 1. Adoção: a família construída pelo afeto. 2. As crianças e os adolescentes acolhidos no Brasil. 3. Estatuto da Adoção – O PLS 394/2017. 4. Família acolhedora e padrinhos: preferência na adoção. 5. Crianças invisíveis. 6. A criança busca a sua família ou a família busca a sua criança? 7. Busca ativa. 8. Caminhos possíveis. 9. Referências.

1 ADOÇÃO: A FAMÍLIA CONSTRUÍDA PELO AFETO

A adoção é a maior demonstração da importância do afeto nas relações jurídicas. Por meio dela, rompem-se os vínculos com a família biológica e solidificam-se novos vínculos com a família afetiva em um verdadeiro ato de ruptura e sutura.¹ Ao contrário das demais relações jurídicas, que permitem a sua desconstituição, a adoção é medida irrevogável² e irradia seus efeitos durante a vida e após a morte da pessoa humana.

¹ Sobre as dores da adoção provocadas pelas rupturas com os vínculos afetivos familiares e a consolidação de novos vínculos pelo afeto, ver SCHETTINI FILHO, Luiz. *As dores da adoção*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 70-71.

² Ver art. 39, § 1º, do ECA.

A adoção acompanha a própria evolução do Direito de Família, cujo principal modelo era a família patriarcal, desde a Colônia, o Império e considerável parte do século XX.³ Em uma família patriarcal, a adoção serviu para mascarar relações extraconjugais ou para camuflar a vergonha da família de não poder gerar um filho biológico em razão da infertilidade. Nesse período, não se contava à criança ou ao adolescente acerca de sua origem e os adotantes sempre procuravam os filhos que fossem capazes de reproduzir as suas características físicas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família patriarcal sofreu uma verdadeira crise com os novos valores sociais baseados em outro paradigma: a afetividade.⁴ Nesse contexto, amplia-se o conceito de família. Prestigia-se a realização pessoal, elevada à categoria de direito fundamental, o que permite falar em novos arranjos familiares, em uma verdadeira Virada de Copérnico.⁵

Giselda Hironaka, com sua peculiar didática, revela a diversidade de arranjos familiares ao ensinar que não há um rol exaustivo de estruturas familiares, destacando-se desde os modelos explícitos até aqueles implícitos na Constituição Federal/88:

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); (iii) e *família monoparental*, constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores e sua prole (art. 226, § 4º) [...] claro fica que existem arranjos familiares implicitamente abarcados no texto 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 chefe, como no caso de grupo de irmãos, ou 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.⁶

³ LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

⁴ LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 33.

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, p. 57.

Em uma perspectiva constitucionalizada, a adoção permite a construção de uma família socioafetiva. Passou à condição de um dos meios disponíveis às famílias para garantirem o direito à busca de um projeto de vida, à busca da felicidade, “espelhando a ideia básica da família *eudemonista*, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem”,⁷ tendo sempre como norte o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.⁸

É nessa novel perspectiva que se pretende analisar se o atual sistema de adoção no Brasil e a preponderância da família extensa atendem ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 AS CRIANÇAS E OS ADOLESCENTES ACOLHIDOS NO BRASIL

Os dados relativos às crianças e aos adolescentes acolhidos, quer em entidades de acolhimento, quer em família acolhedora, são alarmantes. Segundo revela o Conselho Nacional de Justiça, existem 42.509 pretendentes disponíveis para adoção e 47.370 crianças e adolescentes acolhidos no país, sendo que apenas 4.958 se encontram aptos a serem adotados.⁹

Entre as crianças e os adolescentes disponíveis à adoção, a maioria não se enquadra no perfil desejado pelos pretendentes por gozar de idade mais elevada, por pertencer a grupos de irmãos, cuja adoção será realizada de maneira conjunta, ou por portar algum tipo de doença.

Nesse contexto, não se discorda que se deva realizar um trabalho de conscientização dos pretendentes para ampliação do perfil de adoção e para a apresentação das crianças e dos adolescentes reais dos acolhimentos, conforme dispõem as recentes alterações realizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰ Aliás, a conscientização dos pretendentes acerca do perfil dos adotandos é fundamental para a mudança de realidade da adoção no país. Contudo, é preciso mais. Impõe-se preparar os pretendentes por meio do compartilhamento de dúvidas, de expectativas e da própria desconstrução das fantasias sobre o filho

⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 105.

⁸ Sobre o princípio do melhor interesse, é importante destacar as lições de Rodrigo da Cunha Pereira para quem: “O que interessa na aplicação desse princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se ao dos adultos, sejam tratados como sujeito de direitos e titulares de uma identidade própria e também uma identidade social. E, somente no caso concreto, isto é, em cada caso especificamente, pode-se verificar o seu verdadeiro interesse e sair da generalidade e abstração da efetivação ao princípio do melhor interesse” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151).

⁹ Ver relatórios do Cadastro Nacional de Adoção e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas. Disponíveis em www.cnj.jus.br. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁰ Nesse sentido, ver a redação do artigo 50, § 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente com a redação incluída pela Lei n. 13.509/2017: “Será assegurada prioridade no cadastro a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos”.

ideal,¹¹ trabalho que os grupos de apoio à adoção, filiados à Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção – ANGAAD, desempenham com maestria em nosso país.¹²

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário também precisa rever esse elevado número de acolhidos que ainda não está apto para adoção, totalizando 42.412 crianças e adolescentes,¹³ conforme dados anteriormente apresentados. Analisar o porquê de essas crianças e de esses adolescentes não retornarem para a sua família natural ou extensa, nem serem encaminhados para adoção, encontrando-se em um limbo afetivo, constitui uma urgente tarefa a ser cobrada do Poder Judiciário.¹⁴

O mandamento constitucional da prioridade absoluta no trato da infância e da adolescência implica em celeridade na busca de soluções para a situação dos milhares de crianças e adolescentes acolhidos. Deve-se lembrar que o tempo da criança não é o mesmo dos adultos ou do trâmite dos demais processos judiciais. O tempo na solução desse problema constitui uma tênue linha entre a concretização da adoção e a condenação da criança e do adolescente a permanecerem no acolhimento até a maioridade.

3 ESTATUTO DA ADOÇÃO – O PLS 394/2017

A partir do hercúleo trabalho desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, sob a competente batuta de Maria Berenice Dias e Silvana do Monte Moreira, tivemos a honra de participar de uma comissão de juristas¹⁵ que debateu e elaborou um dos mais importantes instrumentos legislativos em matéria de adoção no Brasil: o Estatuto da Adoção, o Projeto de Lei do Senado n. 394/2017, apresentado ao Congresso Nacional pelo Senador Randolfe Rodrigues.¹⁶

O Projeto do Estatuto da Adoção, em apertada síntese, de forma corajosa, pretendeu disciplinar por um meio de uma lei ordinária federal toda a matéria

¹¹ SOUZA, Hália Pauliv de; CASANOVA, Renata Pauliv de Souza. *Adoção e seus desafios*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 54.

¹² Sobre o trabalho realizado pelos Grupos de Apoio à Adoção na preparação e no acompanhamento das adoções, ver TOLEDO, Bárbara; BITENCOURT, Sávio. *Adoção e o direito de viver em família: famílias em concreto e os grupos de apoio à adoção*. Curitiba: Juruá, 2017.

¹³ Considerando que há 47.370 crianças e adolescentes acolhidos e que apenas 4.958 estão aptos para a adoção, pode-se concluir que há 42.412 crianças e adolescentes em acolhimento que não estão aptos à adoção.

¹⁴ Sobre o papel do Poder Judiciário e a morosidade do processo de adoção, ver o nosso artigo elaborado por ocasião da palestra de abertura do XXII Encontro Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção – Enapa, realizado pela Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção – ANGAAD, em Fortaleza/CE, no ano de 2017. (SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Família: direito de todos, sonho de muitos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 12 out. 2019).

¹⁵ “Além de Maria Berenice Dias e Silvana do Monte Moreira, o texto do Estatuto da Adoção contou com a colaboração de Antônio Carlos Parente (DF), Carlos Berlini (SP), Cinara Vianna Dutra Braga (RS), Fernando Moreira Freitas da Silva (MS), Iberê de Castro Dias (SP), João Aguirre (SP) Melissa Veiga (CE), Patrícia Cerqueira de Oliveira (BA), Paulo Léopore (SP), Paulo Lôbo (PE), Sávio Bittencourt (RJ) e Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM”. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6471>>. Acesso em: 13 out. 2019).

¹⁶ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

relativa à adoção de crianças e adolescentes, contando com o total de 181 artigos. Sem dúvida, é uma lei à frente de seu tempo, alinhada aos princípios protetivos da infância e da adolescência.

A reação de parcela da sociedade civil, inclusive de entidades ligadas à proteção da criança e do adolescente, não tardou. Diversas instituições, apesar de reconhecerem a importância da matéria, frisaram que o Estatuto da Adoção poderia conduzir a um enfraquecimento do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ele perderia uma de suas principais matérias: a adoção.

Na sequência, durante a campanha eleitoral de 2018, o atual presidente da República afirmou que o ECA deveria ser “rasgado e jogado na latrina”.¹⁷ A par de qualquer discussão de caráter político, o IBDFAM percebeu que, naquele momento histórico, a insistência na aprovação do Estatuto da Adoção conduziria à desestabilização na relação das instituições voltadas à proteção da infância e da adolescência no Brasil e desfocaria a principal função comum a todos os atores sociais que trabalham com a legislação protetiva: velar pelos direitos conquistados no ECA e colocá-los a salvo de qualquer tentativa de aniquilação.

Com pesar, mas ciente de que aquela atitude era fundamental para a união de esforços em torno do compromisso com a infância e a adolescência, o próprio IBDFAM apresentou Nota Pública sobre a Manutenção, a Aplicação e o Fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente e defendeu que a matéria da adoção não fosse tratada em apartado, conforme previa o seu Estatuto da Adoção:

[...] Entendemos que, no contexto atual, de fato, o melhor caminho é o de fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando que eventuais melhorias envolvendo a convivência familiar e a adoção sejam realizadas dentro do ECA, não em apartado. Compreendemos que nossa atuação tem como cerne as crianças e os adolescentes, e tudo o que estiver ao nosso alcance para permitir a garantia de seus direitos, certamente será feito [...].¹⁸

Atualmente, o Projeto de Estatuto da Adoção (PLS n. 394/2017) já recebeu parecer contrário da relatora, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, sendo que, desde 29.03.2019, aguarda data para pauta na comissão.¹⁹

¹⁷ Disponível em: <<http://revoluir.com/tem-que-jogar-esse-eca-na-latrina/>>. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6786>>. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁹ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131275>>. Acesso em: 12 out. 2019.

Embora o destino do Projeto de Estatuto da Adoção, em seu aspecto formal de separar a matéria da Adoção do ECA, seja a rejeição pelo Senado Federal, o que já conta inclusive com manifestação favorável do seu autor, o Senador Randolfe Rodrigues, não se pode deixar de enfatizar que ele, em seu aspecto material, apresenta diversos dispositivos que significam grandes avanços na matéria da adoção em nosso país e que não podem ser esquecidos.

Por sua relevância, tais principais direitos serão analisados em tópicos próprios, sendo esclarecida a forma como a matéria é tratada atualmente no ECA e como propõe o Projeto do Estatuto da Adoção.

4 FAMÍLIA ACOLHEDORA E PADRINHOS: PREFERÊNCIA NA ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê dois institutos para amenizar os nefastos efeitos do acolhimento institucional e para aproximar as crianças e os adolescentes acolhidos da convivência familiar e comunitária: *a família acolhedora* e o *apadrinhamento*.

A *família acolhedora* é um programa expressamente previsto no ECA (art. 34), que assegura à criança e ao adolescente a preferência por uma família a seu acolhimento institucional. Como características, citam-se a excepcionalidade e a transitoriedade da medida, já que o objetivo é o retorno à família de origem ou a colocação em família substituta por meio da adoção.²⁰ Assim, durante o trâmite processual, em vez de manter a criança acolhida em instituições de acolhimento, opta-se por uma família devidamente preparada e acompanhada pelo Poder Público para atender às necessidades da criança e do adolescente até posterior decisão judicial.

Já o apadrinhamento²¹ é outro programa previsto no ECA que implica em “estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro” (art. 19-B, ECA). A depender do tipo de auxílio prestado

²⁰ “O referido Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária esclarece que não se trata de solução em substituição à adoção, mas de acolhimento qualificado, enquanto a criança e o adolescente se encontram assistidos por uma família, de forma individualizada, submetida aos princípios da provisoriedade e excepcionalidade, até que seja possível o seu retorno à família biológica ou a sua colocação em adoção, o que deve ocorrer no menor tempo possível.” (KREUTZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente*: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131-132).

²¹ Não se pode falar em apadrinhamento sem mencionar o trabalho da Desembargadora Maria Isabel de Matos Rocha, que criou de forma pioneira o Projeto Padrinho na cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em 26 de junho de 2000, inspirando muitos tribunais de justiça a replicarem o trabalho, o que acabou por desembocar no Estatuto da Criança e do Adolescente por meio da Lei n. 13.509/2017. (Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100123764/reconhecimento-projeto-padrinho-recebera-premio-nacional>>. Acesso em: 13 out. 2019).

pelos padrinhos, existem as seguintes modalidades de apadrinhamento: a) *apadrinhamento afetivo*: proporciona afeto à criança e ao adolescente acolhidos, incluindo desde visitas ao acolhimento até finais de semana na casa dos padrinhos; b) *apadrinhamento financeiro*: requer contribuição com valores para que as crianças e os adolescentes acolhidos possam realizar cursos, adquirir materiais escolares, praticar esportes etc.; c) *apadrinhamento prestador de serviços*: oferecem-se serviços profissionais às crianças e aos adolescentes, destacando-se médicos, dentistas, psicólogos, professores etc.

Surge a seguinte questão: poderiam as famílias acolhedoras e os padrinhos adotarem? O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe que a família acolhedora (art. 34, § 3º) e os padrinhos (art. 19-B, § 2º) não estejam nos cadastros de adoção, ou seja, que não tenham a pretensão de adotar. Ainda, entre as hipóteses autorizadoras de adoção *intuitu personae*, eles também não estão incluídos (art. 50, § 13, ECA).

Ocorre que a prática forense tem demonstrado que é possível surgir vínculos de afeto entre membros da família acolhedora ou do apadrinhamento e a criança ou o adolescente. O Direito não pode desconsiderar esse fato da vida. A imposição de tal limitação constitui subtração de chances de milhares de crianças e adolescentes que se encontram acolhidos de terem uma família.²² Frise-se que não se está falando de bebês cujos milhares de pretendentes aguardam na fila da adoção. Fala-se das crianças reais dos acolhimentos: maiores de 3 anos de idade, grupos de irmãos e crianças com algum tipo de enfermidade.

Desse modo, razão assiste a Maria Berenice Dias ao afirmar que tanto os membros da família acolhedora quanto os padrinhos deveriam ser estimulados à adoção, já que o convívio com a criança poderia levá-los a mudar o perfil e a adotá-la,²³ outorgando-lhe uma chance que a modalidade tradicional de adoção brasileira jamais conseguira.

É por essa razão que o Estatuto da Adoção prevê a preferência da família acolhedora e do padrinho afetivo na adoção da criança e do adolescente ao assentar que “os acolhedores familiares terão preferência para adotá-lo”²⁴ e “[...] os padrinhos afetivos terão preferência para adotá-lo [...]”.²⁵ Frise-se que nem a família acolhedora, nem os padrinhos entrarão nos respectivos programas para adotar. Entretanto, se surgir vínculo afetivo no curso do processo, a preferência será sempre deles.

²² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 164.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*: questões jurídicas. São Paulo: RT, 2016, p. 114-115.

²⁴ Ver artigo 36 do Estatuto da Adoção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

²⁵ Ver artigo 45, § 5º, do Estatuto da Adoção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

5 CRIANÇAS INVISÍVEIS

A Lei n.13.509/2017 perdeu uma grande oportunidade de promover uma alteração substancial no artigo 197-C, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente,²⁶ que trata do contato entre os pretendentes à adoção com as crianças e os adolescentes acolhidos.

A expressão “sempre que possível e recomendável” é comumente entendida como uma mera faculdade da equipe técnica. No entanto, em realidade, trata-se de um direito da criança e do adolescente acolhido que precisa de imediata implementação. Não podem os acolhimentos continuarem a ser “casas de Meninos Invisíveis”,²⁷ desconhecidos da população e sem cumprirem o mandamento constitucional da convivência familiar e comunitária (art. 227, CF). Conforme já dissemos em outras oportunidades, “é preciso mostrar as caras de crianças e adolescentes acolhidos”.²⁸

O IBDFAM, ciente da necessidade de defender o contato de pretendentes e da sociedade com o acolhimento, apresentou o “Projeto Crianças Invisíveis” com o objetivo de dar visibilidade aos milhares de crianças e de adolescentes que crescem em acolhimentos no Brasil.²⁹

Na mesma linha, o Projeto do Estatuto da Adoção não deixa dúvidas ser direito da criança e do adolescente acolhido e dos pretendentes o contato entre eles ao assegurar que “a etapa preparatória inclui o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados [...]”.³⁰

A convivência entre os pretendentes e as crianças e os adolescentes acolhidos aumenta a chance de futuras adoções. Não é possível a constituição de vínculos de afeto sem prévia convivência. Os futuros pais e os futuros filhos não podem ter o encontro marcado no ambiente gélido dos fóruns brasileiros. Os acolhimentos precisam abrir suas portas para os pretendentes e para a sociedade, a quem também

²⁶ “Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”.

²⁷ Em alusão à obra de Sávio Bittencourt: *Nino e a casa dos Meninos Invisíveis*, que retrata o ambiente do acolhimento institucional cinzento, desconhecido e alijado da convivência familiar e comunitária. (BITTENCOURT, Sávio. *Nino e a casa dos Meninos Invisíveis*. Rio de Janeiro: SRB Estudos, 2014).

²⁸ Conforme tivemos a oportunidade de sustentar na série “Um Olhar sobre a Adoção”, do IBDFAM: “Entendo que é preciso abrir as portas dos abrigos brasileiros e mostrarmos as caras de nossas crianças e adolescentes acolhidos. A população não sabe quem está lá dentro e quais os seus desejos, os seus sonhos e os seus projetos de vida. Se não há convivência comunitária, quais as chances dessas crianças serem adotadas? É preciso também incentivar os pretendentes à adoção a mudarem de perfil, adequando-o à realidade das crianças e dos adolescentes dos abrigos. Mas, para isso, os pretendentes devem ter o direito assegurado de visitarem os abrigos. Não é possível admitirmos que os próprios habilitados tenham sua visita aos abrigos tolhida”. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6385>>. Acesso em: 13 out. 2019).

²⁹ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6436>>. Acesso em: 13 out. 2019.

³⁰ Ver artigo 98, § 2º, do Estatuto da Adoção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

foi imposto o dever constitucional de zelar pelas crianças e pelos adolescentes com absoluta prioridade.

6 A CRIANÇA BUSCA A SUA FAMÍLIA OU A FAMÍLIA BUSCA A SUA CRIANÇA?

Uma das maiores perversidades do Estatuto da Criança e do Adolescente é a exigência de que o Poder Judiciário vá atrás da família extensa das crianças e dos adolescentes acolhidos.

Entende-se por família extensa ou ampliada, segundo o próprio ECA, “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Ora, se família extensa é aquela com a qual a criança ou o adolescente conviva e com a qual mantenha vínculos de afinidade e afetividade,³¹ qual a razão para o Judiciário sair em busca desses familiares? Eles que deveriam, tão logo tomassem ciência do acolhimento, reclamar a guarda, a tutela ou a adoção de seus pequenos.

Assim, a insistência no vínculo consanguíneo em detrimento do vínculo afetivo faz com que sejam buscadas pessoas que nunca tiveram qualquer contato com a criança ou o adolescente, além de não possuírem, em muitas das vezes, qualquer preparo prévio. “A cada um é concedida mais de uma chance para dizer se deseja ou não ficar com a criança. A cada negativa, mais uma frustração, um novo abandono.”³² Não se deve olvidar que tal procedimento é realizado por meio de cartas precatórias, “expedidas país afora na busca por tais familiares, tolhendo, ainda mais, a chance da adoção”,³³ na medida em que tornam tal busca morosa.

De forma precisa e alinhada a todos os princípios protetivos da infância e da adolescência, o Projeto do Estatuto da Adoção preconiza que será a família extensa quem buscará pela criança ou pelo adolescente acolhido, e não o Poder Judiciário que sairá em busca da família: “Caso a criança ou o adolescente recolhido não seja reclamado pelo núcleo familiar ou pela família extensa, no prazo de 15 (quinze) dias, será entregue à guarda de quem está habilitado à adoção daquele perfil”.³⁴

³¹ Deve-se destacar que a afetividade não se trata de mero recurso retórico ou norma programática, mas como critério a ser observado no caso concreto, dotado de força normativa e objetividade jurídica (CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 85).

³² DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. São Paulo: RT, 2016, p. 111.

³³ SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Família: direito de todos, sonho de muitos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁴ Ver artigo 23, § 1º, do Estatuto da Adoção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

Além de fixar um prazo razoável para a busca da criança ou do adolescente pela família extensa, o Projeto do Estatuto da Adoção consigna também, de forma irretocável, que a inércia familiar implicará em imediata concessão de guarda à pessoa devidamente habilitada para adoção daquele perfil. Nada mais acertado que entregar a criança ou o adolescente, rejeitado por sua família, a quem estiver previamente preparado para dar-lhe amor, carinho, educação, sustento etc.

7 BUSCA ATIVA

Conforme o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o termo busca ativa “é utilizado para designar o ato de buscar famílias para crianças e adolescentes em condições legais de adoção, visando garantir-lhes o direito de integração a uma nova família, quando esgotadas as possibilidades de retorno ao convívio familiar de origem”.³⁵

A matéria ainda não está regulamentada no ECA. Contudo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a sociedade têm desenvolvido ferramentas para buscar pretendentes para as crianças e para os adolescentes acolhidos. Tal busca vai desde aplicativos mediante senha, com acesso restrito a pretendentes habilitados à adoção,³⁶ até a divulgação de imagem de crianças e adolescentes no *Facebook* para todos os interessados, independentemente de senha.³⁷

A Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude – Abraminj elaborou diretrizes para os magistrados no desenvolvimento de projetos de busca ativa, traçando, entre outras, as seguintes orientações: 1) oitiva da criança e o consentimento do adolescente; 2) não divulgação do nome completo ou do local de moradia da criança, evitando-se a sua localização sem intermediação judicial; 3) vedação à narrativa da história de vida; 4) prévio estudo psicossocial; 5) prioridade na habilitação de eventual interessado pela adoção das crianças e dos adolescentes divulgados para adoção.³⁸

Recentemente, houve grande repercussão nacional o evento intitulado “Adoção na Passarela”, realizado em Cuiabá, promovido pelo Grupo de Apoio à Adoção Ampara, pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso e pela Seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil. O evento consistiu no desfile

³⁵ Disponível em: <file:///C:/Users/Fernando/Downloads/PLANO%20DE%20CONVIVENCIA.PDF>. Acesso em: 13 out. 2019.

³⁶ Nesse sentido, ver o aplicativo do TJ-RS em parceria com a PUC-RS; o aplicativo A.DOT do TJ-PR; o Programa Quero uma Família do MP/RJ;

³⁷ CEJA-PE (Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Pernambuco). Do mesmo tribunal, não se pode olvidar o trabalho pioneiro realizado pelo juiz Élio Braz, titular da Vara da Infância do Recife/PE, que autorizou a entrada em campo de crianças e adolescentes disponíveis à adoção, durante uma partida de futebol do Sport Clube do Recife. O projeto foi intitulado “Adote um Pequeno Torcedor” e inspirou diversos outros projetos no mesmo sentido país afora.

³⁸ Disponível em: <http://abraminj.org.br/noticia.php?id=2436>. Acesso em: 13 out. 2019.

de crianças e de adolescentes acolhidos em Cuiabá, de famílias adotivas e de simpatizantes da causa. Tudo com a pretensão de divulgar a causa da adoção.

O resultado ganhou repercussão negativa na imprensa local, nacional e estrangeira, chegando a anunciar que, em Mato Grosso, estariam distribuindo crianças como se fossem coisas. Na oportunidade, escrevemos sobre o assunto e explicitamos a nossa opinião no sentido de que eventos como o de Cuiabá apenas dão visibilidade às nossas “crianças invisíveis” e chamam a atenção para a necessidade do fomento da adoção no Brasil:

[...] Não compreendem, contudo, que se trata de uma forma criativa de mostrar à sociedade que há crianças como as nossas dentro dos acolhimentos brasileiros. São crianças que sorriem, que brincam, que se emocionam e que também desfilam. Se fosse um desfile dos nossos filhos, ninguém diria nada, pois as crianças e os adultos se divertiram. Mas, no caso de Cuiabá, foi um desfile das crianças silenciosas, das crianças enfeitadas, das crianças invisíveis que sequer imaginamos que existam [...].³⁹

O caso de Cuiabá foi analisado pelo Conselho Nacional de Justiça que, embora reconhecesse a necessidade de regulamentação da matéria para não causar maiores danos às crianças e aos adolescentes, assentou não se tratar de um evento exclusivo para ofertar crianças e adolescentes a pretendentes à adoção, mas de sensibilização à causa da adoção. Ademais, reconheceu não haver infração disciplinar nas condutas dos magistrados que autorizaram o evento.⁴⁰

O Projeto do Estatuto da Adoção, desde 2017, já trata da matéria, autorizando a exposição de imagens de crianças e de adolescentes, desde que a sua utilização seja consentida: “Não há restrição na divulgação de atos judiciais que se referem a crianças e adolescentes aptos a serem adotados ou colocados sob guarda para fins de adoção, que se encontram em programas de acolhimento familiar ou institucional, havendo a necessidade de manifestarem concordância com o uso da imagem”.⁴¹

Episódios como o ocorrido em Cuiabá apenas demonstram a urgência de regulamentação do assunto, trazendo clareza e segurança para a atuação dos magistrados da infância e da juventude do país e, o mais importante, ofertando oportunidades de crianças e de adolescentes terem a visibilidade e a oportunidade de uma família.

³⁹ SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Desfile de crianças e adolescentes*: busca ativa e direito à felicidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6951>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Autos n. 0003635-52.2019.2.00.0000*, rel. Ministro Humberto Martins, julgado em: 4 set. 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/decisoescnj/decisao_2019_09_04_cnj_adocao_na_passarela.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁴¹ Ver art. 134 do Estatuto da Adoção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

8 CAMINHOS POSSÍVEIS

Diante do atual andamento do Projeto do Estatuto da Adoção, com parecer pelo arquivamento, e com manifestação do próprio IBDFAM para que a matéria da adoção permaneça dentro do ECA, defendo que é necessário condensar as principais mudanças introduzidas pelo Projeto do Estatuto da Adoção e propor uma nova lei ordinária com modificações pontuais no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, compatibilizam-se as posições de vanguarda dos membros do IBDFAM na tutela do direito à adoção para os milhares de crianças e adolescentes que estão em acolhimento no país sem qualquer risco em relação à temida fragilização do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precisamos alterar o ECA, precisamos mudar as nossas práticas em favor da adoção. Não podemos deixar as ideias do Estatuto da Adoção morrerem. Essa é uma tarefa de todos nós.

Para concluir, vale lembrar as lições de Arthur Schopenhauer, que, em sua obra *As dores do mundo*, afirmava a existência de dois tipos de pessoas. De um lado, as almas atormentadas; de outro, os diabos atormentadores. Desejo que, em matéria de adoção, sejamos almas atormentadas, almas angustiadas na busca de solução conjunta para as nossas inúmeras crianças e adolescentes que estão em acolhimento pelo país. Isso porque, de diabos atormentadores, de pessoas que lutam contra o processo de adoção, o inferno já está cheio.

9 REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sávio. *Nino e a casa dos Meninos Invisíveis*. Rio de Janeiro: SRB Estudos, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Autos n. 0003635-52.2019.2.00.0000*, rel. Ministro Humberto Martins. julgado em: 4 set. 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/decisooes/cnj/decisao_2019_09_04_cnj_adocao_na_passarela.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. São Paulo: RT, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

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.

KREUTZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHETTINI FILHO, Luiz. *As dores da adoção*. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Desfile de crianças e adolescentes: busca ativa e direito à felicidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6951>>. Acesso em: 13 out. 2019.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Família: direito de todos, sonho de muitos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 12 out. 2019.

SOUZA, Hália Pauliv de; CASANOVA, Renata Pauliv de Souza. *Adoção e seus desafios*. Curitiba: Juruá, 2018.

TOLEDO, Bárbara; BITENCOURT, Sávio. *Adoção e o direito de viver em família: famílias em concreto e os grupos de apoio à adoção*. Curitiba: Juruá, 2017.

A INFLUÊNCIA DA ESTÉTICA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS VULNERÁVEIS: BELEZA É FUNDAMENTAL?

Cristiano Chaves de Farias

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

Sumário: 1. A influência da estética sobre o convívio humano: de uma mera contemplação a um instrumento de reflexão filosófica. 2. A estética e a hermenêutica jurídica: a beleza como grau de influência na interpretação do direito. 3. Os julgamentos influenciados pela estética: o efeito *halo*. 4. Uma justa preocupação: a influência negativa da estética em relação aos julgamentos que envolvem interesses de pessoas em situação de vulnerabilidade. 5. A alteridade como fator de controle da influência da estética sobre a hermenêutica jurídica. 6. Referências.

*“Não deixe sua visão encoberta por um pano; quem repara só por fora, vive a vida por engano;
porque o melhor do osso, eu garanto, é o tutano;
Quem é belo só por fora por dentro não tem valor; já vi bonito odiando e feio
espalhando amor;
já vi passarinho preso, cantando e sentindo dor; [...] Ninguém no mundo é igual, é grande a variedade;
O corpo é só aparência, a alma é identidade; Beleza não tem padrão, bonito é ser de verdade.”*

(BESSA, Bráulio. Aparências. In: *Um carinho na alma*. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 104).¹

1 A INFLUÊNCIA DA ESTÉTICA SOBRE O CONVÍVIO HUMANO: DE UMA MERA CONTEMPLAÇÃO A UM INSTRUMENTO DE REFLEXÃO FILOSÓFICA

“A beleza está nos olhos de quem vê.”

Dúvida inexistente acerca da necessidade de reflexão sobre a influência da estética na dinâmica da vida em sociedade, servindo como um juízo de valor favorável ou desfavorável a certas pessoas e/ou situações.

Exatamente por isso, a Filosofia, desde priscas eras, envida esforços para compreender a sua importância na existência humana.

Primitivamente, tributa-se ao filósofo e educador germânico Alexander Gottlieb Baumgarten (1714-1762), da Universidade de Frankfurt, a criação do vocábulo *estética* (*Aesthetica*), bem assim como a sua admissibilidade como matéria digna de uma investigação filosófica. A sua obra *Estética*, publicada originalmente em 1750, é considerada a mais substancial contribuição ocidental a conjugar a filosofia e as artes, após a *Poética de Aristóteles*, datada do século IV, antes de Cristo.

A ideia principal de Baumgarten, deixada como legado permanente no transcurso dos tempos, foi conferir uma nova dimensão à estética, desatrelada de uma compreensão sensorial, tornando-se idônea de reflexões filosóficas.² A explicação de Arthur Martins Cecim é didática:

Antes de Baumgarten, o belo estava distanciado da reflexão filosófica, e era considerado à margem de análises temáticas exclusivas. Essa irrelevância se devia ao fato do belo ser sobrepujado pelas questões éticas, cuja tradição remonta a Sócrates no século V a.C. [...] Até então, a estética era considerada sob dois pontos de vista dominantes, que remontam àquelas concepções de arte das filosofias de Platão e Aristóteles: a primeira diz respeito a um preconceito da reflexão filosófica com relação à índole sensível da arte, a segunda, faz alusão à arte concebida apenas sob um conjunto de preceitos e sob o aspecto de regras racionais passíveis de aplicação nesta ou naquela produção

¹ Nascido em 1985, em Alto Santo, no Ceará, Bráulio Bessa é um conhecido poeta, escritor e palestrante que vem assumindo a relevante missão de resgatar a tradicional literatura de cordel, tão representativa da beleza cultural do Nordeste brasileiro.

² Propunha que determinados objetos são captados pelos humanos e transformados, mentalmente, em *imagens*, representando a formação do conhecimento a partir da estética que se fixou. (BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*. Trad. Miriam Sutter Medeiros. Petrópolis-RJ: Vozes, 1993, p. 119).

artística. De qualquer modo, em um ou outro sentido, a arte era considerada como refugiada ao âmbito sensível e não passível de ser apreendida pelo intelecto, este, em verdade, muito mais preocupado com as questões religiosas, metafísicas e morais.³

Propunha uma compreensão da estética a partir do objeto de contemplação. Nessa perspectiva, uma frase de Baumgarten é particularmente enfática: “Nenhuma beleza pode ser percebida sem a representação das verdades estético-lógicas por parte do análogo da razão”.⁴

Na mesma tocada, Immanuel Kant (1724-1804) endossou a relevância da estética para a vida em sociedade. Contudo, conferindo um novo viés, nela reconhece uma finalidade formal (*Zweckmäßigkeit*), ligada mais ao meio de raciocínio do que ao resultado. Assim, percebe que o juízo de gosto estético é uma representação apenas subjetiva, de alta variabilidade, e não objetiva. Trata-se, pois, de um “juízo formal e não material, pois o que possibilita a sensação de prazer estético é a forma, e não a matéria”.⁵ Enfim, conforme o adágio popular, “a beleza está nos olhos de quem vê”.

O objetivo do filósofo prussiano era demonstrar que a reflexão estética integra, em uma perspectiva ampla, a própria *faculdade de julgar*, carregando consigo, a toda evidência, uma carga de conhecimento empírico. Há, pois, influências da estética sobre as valorações da vida.

Conquanto, na visão kantiana não seja possível “submeter a princípios racionais o julgamento crítico do belo, elevando as suas regras à dignidade de uma ciência”, é inegável a existência de uma aproximação clara com a proposta baumgartiana, na medida em que ambos estabelecem como premissa o reconhecimento da estética como uma representação do sentimento de prazer e desprazer, que é interno e formal e não uma propriedade material das coisas. Isto é, é *subjetiva*, e não objetiva.⁶

Tempos depois, também partindo da premissa de que a estética tem evidente importância para o conhecimento, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) propõe que a beleza se liga à arte, decorrendo de uma produção espiritualizada, metafísica. E o espírito “sendo superior à natureza, sua superioridade se comunica igualmente aos seus produtos, e por consequência, à arte”.⁷ Assim, emanaria a estética de uma perfeita simbiose entre a forma e o conteúdo, como consectário da superioridade do espírito, que pode ser identificada na arte:

³ CECIM, Arthur Martins. “Baumgarten, Kant e a teoria do belo: conhecimento das belas coisas ou belo pensamento?”. *Paralaxe – Revista de Estética e Filosofia da Arte*, v. 2, n. 1, p. 4, 2014.

⁴ BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*. Trad. Miriam Sutter Medeiros. Petrópolis-RJ: Vozes, 1993, p. 130.

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018, p. 39.

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018, p. 37.

⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Estética*. Trad. Álvaro Ribeiro e Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editora, 1993, p. 2.

[...] Consolida em duração o que na natureza é passageiro; um sorriso que desvanece rapidamente [...], um olhar, um brilho de luz fugaz, bem como traços espirituais na vida dos seres humanos, [...] acontecimentos que vão e passam [...] tudo e cada coisa ela arranca da existência momentânea e também neste sentido supera a natureza.⁸

Ao lado da religião e da filosofia, a estética, enquanto arte, é considerada como uma das etapas para a liberdade, que é o seu eixo fundamental de pensamento.

Mais contemporaneamente, Hans-Georg Gadamer (1900-2002) resgata, de certo modo, as premissas elaboradas por Kant, para ampliar os horizontes da beleza, não se restringindo à influência da estética. Com esse propósito, alcançando um novo viés, propõe uma hermenêutica da estética: “a estética deve subordinar-se à hermenêutica”, a fim de que permita “fazer justiça à experiência da arte”⁹ e, dessa maneira, seja possível ao intérprete experimentar uma compreensão mais abrangente do mundo, por meio da efetiva compreensão da arte e da estética.

Nessa linha de intelecção, nota-se, com certa facilidade, a influência da estética sobre os juízos de cognição (pensamentos humanos), a partir de diferentes perspectivas. Aliás, esse percurso evolutivo serve para comprovar, inclusive, uma *dimensão histórica da estética*, fazendo com que o belo mereça reflexões filosóficas com diferentes valorações e embasamentos, no transcorrer dos tempos. Até porque o *pensar é atividade tipicamente humana*, permeável a diversos graus de influência e de percepções. Assiste razão, portanto, ao adágio popular ao assegurar que “a beleza está nos olhos de quem vê”.

2 A ESTÉTICA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA: A BELEZA COMO GRAU DE INFLUÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

“A beleza de um corpo nu só a sentem as raças vestidas. O pudor vale sobretudo para a sensibilidade como o obstáculo para a energia.”
(*Livro do Desassossego*. Fernando Pessoa)

Se as influências da beleza sobre o pensamento humano são, como visto alhures, incontroversas, considerando que o Direito é ciência humana aplicada, via de consequência, deflui, inexoravelmente, que os padrões de estética também sugestionam a hermenêutica jurídica.

⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 175.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais da hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 231.

Não raro, o Direito serve-se da estética; e ela, dele. Isso porque “como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão da linguagem, dos gestos, do traje, dos símbolos e edifícios”. Por isso, “como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito *está submetida à avaliação estética*”, conforme a aguda percepção de Gustav Radbruch, de Heidelberg.¹⁰ Na mesma direção, Luiz Alberto Warat é enfático:

As normas e os discursos jurídicos como são linguagem também se fazem corpo. Incorporamos os sentidos deonticos que se fazem carne, parte de nosso imaginário e de nosso simbolismo [...] As normas são constantemente faladas pelos nossos corpos e isso é algo que não se leva muito em conta, nem pelos operadores, nem pelos doutrinadores. O que está escrito nas normas vai mais além do texto. E esse mais além é o que o corpo fala, o que os corpos falam entre eles.¹¹

Um exemplo é substancialmente eloquente: a imagem da Justiça representada no emblema simbólico da espada e da balança. Observando como espectador, Aulus Gellius define a sensação que assoma ao espírito: “[...] beleza e forma virginais; olhar austero e terrível; olhar penetrante, nem humilde nem atroz, mas com a dignidade de respeitosa tristeza”. O problema a ser levado em conta é que, como toda imagem simbólica, a espada e a balança proporcionam múltiplas e variadas (às vezes, paradoxais) possibilidades interpretativas.

Exatamente por isso, avultam temores. O objetivo específico da ciência jurídica impede que a sua aproximação da estética cause instabilidades, inseguranças. Em consequência, a constatação de uma zona de interseção entre os dois domínios se destina à construção de um conhecimento vivo, dinâmico, atual e aberto, dissociado da frieza estritamente técnica e formalista. Contudo, sem gerar um fascínio pela alegoria, de modo a fragilizar a segurança dos seus resultados.

Na Filosofia do Direito, muitos têm-se preocupado em compreender este ponto de interseção entre a estética e a interpretação e aplicação da norma jurídica. Um dos mais enfáticos é, exatamente, o alemão Radbruch que, se avizinando da estética proposta por Hegel, vaticina: “A propriedade que *torna o Direito uma matéria sedutora da arte é a multiplicidade de antíteses que lhe é intrínseca*, a oposição entre o ser e o dever ser, entre direito positivo e natural, direito legítimo e direito revolucionário, entre liberdade e ordem, justiça e equidade, direito e graça etc”. E, em arremate, dispara com acidez:

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 156.

¹¹ WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização Vivians Alves de Assis, Júlio César Marcelino Júnior e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 61.

Aquela elegância nas soluções jurídicas pode se expressar na fórmula *simplex sigillum veri*; mas isto significa *que a beleza é entendida como indício da verdade*, que, como medida de um valor lógica, emprega-se uma medida estética.¹²

Na Literatura brasileira, a obra mais substanciosa sobre a influência da estética sobre o Direito é do catarinense Osvaldo Ferreira de Melo (1929-2011). Explorando uma perspectiva distinta, mais humanista e de conteúdo social, afirma que a estética influi na interpretação jurídica não apenas por conta das obras de arte (literatura, poesia, música, pintura etc), mas por conta da própria socialidade. Isto é, da projeção dos efeitos jurídicos perante a coletividade. É o que, pioneiramente, denominou de *estética da convivência*, como a “harmonia e beleza que rescende dos atos de convívio social que se apoiam na ética e no respeito à dignidade humana”. Propõe que a entronização da ética nas relações jurídicas serve para “ensejar o belo na convivência social, em atendimento a necessidades espirituais latentes em todo ser humano”.¹³

Trata-se, sem dúvida, de uma proposição assemelhada à do filósofo lituano, radicado na França, Emmanuel Lévinas, cujo fio condutor aproximava a estética e a ética como “a serva e sua mestra”. Advertindo para os perigos de uma interpretação aprisionada ao ideal de beleza (no caso da literatura e das artes, de modo geral), asseverou que as ferramentas que permitem juízos estéticos precisam estar refinadas para compreensões e deliberações éticas.¹⁴

A toda evidência, a hermenêutica jurídica há de se alinhar à perspectiva de uma *estética objetiva*, desatrelada de um conceito subjetivo de beleza, propenso, certamente, a despertar uma sensação de bom ou de ruim, de simpatia ou de antipatia, de prazer ou de desprazer cognitivo.¹⁵ Em suma: no campo das relações jurídicas, a estética não pode se atrelar ao culto ao belo, por conta de seu exacerbado subjetivismo.

Nessa ordem de ideias, a relação entre a *norma jurídica* e a *norma estética* tem de ser permeada por uma compreensão racional da estética, com vistas à formação de juízos valorativos livres de subjetivismos (morais, religiosos, sexuais...), decorrentes de padrões imaginários satisfatórios, ligados a pessoas e/

¹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 159.

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 37-38.

¹⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Les imprévus de l'histoire*. Montpellier: Fata Morgana, 1994, p. 116.

¹⁵ A advertência de Kant é particularmente propícia: “há bastante tempo, porém, tornou-se habitual chamar a um modo de representação estético, isto é, sensível, também no sentido de que se entende com isso não a relação de representação com a faculdade de conhecimento, mas com o sentimento de prazer e desprazer. Agora, ainda que nos tenhamos habituado a chamar esse sentimento (em conformidade com tal denominação) também de sentido (modificação do nosso estado), porque nos falta outra expressão, ele não é todavia em sentido objetivo, cuja determinação pudesse ser usada para o conhecimento de um objeto (pois intuir ou conhecer algo com prazer *não é uma mera relação de representação com o objeto, mas uma receptividade do sujeito*), mas um sentido que, pelo contrário, nada aporta para o conhecimento dos objetos. Justamente porque todas as determinações do sentimento têm significado meramente subjetivo, não pode haver uma estética do sentimento como ciência do mesmo modo há uma estética da faculdade de conhecimento”. (KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018, p. 37).

ou a objetos. O saudoso (e multifacetado) Rubem Alves (1933-2014), em uma de suas instigantes reflexões, põe em evidência a elevada carga de subjetivismo presente na beleza:

Tenho andado meio triste. Alguns amigos perceberam e ficaram preocupados. Eu quero tranquilizá-los. De fato, estou doente. Mas não é doença grave. Sofro de beleza. Não é por acidente que beleza rima com tristeza. Albert Camus dizia que a beleza é insuportável. Rafael Cansinos Assens, poeta judeu-espanhol, pedia a Deus que não houvesse tanta beleza. Vinícius confessava que a beleza lhe dava vontade de chorar. A Adélia Prado confirma, dizendo que o que é bonito enche os olhos d'água. E a Cecília Meireles, aquela que 'às areias e gelos quis ensinar a Primavera', se descrevia como 'essa que sofreu de beleza'. É isso: eu também sofro de beleza. A beleza me produz uma tristeza mansa.¹⁶

Com vistas a expurgar os perigos oriundos de variações sentimentalistas em relação à ordem jurídica é preciso que se empreste racionalidade à interpretação de efeitos jurídicos que podem decorrer, direta ou indiretamente, das expressões estéticas que se abeiram da ciência do Direito.

Alguns exemplos são propícios à percepção do ponto de encontro entre o Direito e a Estética, como nas imagens mitológicas de Têmis e de Diqué, nos densos textos da Filosofia clássica (como *Antígona* e *Édipo Rei*),¹⁷ nas substanciosas obras literárias a abordar temas conflituosos,¹⁸ no (sempre atual) teatro de Shakespeare (valendo a lembrança de *Medida por medida* e de *O Mercador de Veneza*),¹⁹ entre outras hipóteses que demonstram, com clareza solar, que, assim como qualquer outro fenômeno humano, a ciência jurídica promove valoração estética – inclusive a partir das belas artes.²⁰

¹⁶ ALVES, Rubem. *Concerto para corpo e alma*. 17. ed. Campinas-SP: Papirus, 2012, p. 21.

¹⁷ Em *Édipo Rei*, integrante da trilogia tebana de Sófocles, as figuras míticas de Édipo (o filho) e Jocasta (a mãe) são projetadas no ciclo de mitos narrativos das sortes da cidade de Tebas, projetando a propagação de deletérios efeitos decorrentes do incesto na estrutura psicológica das pessoas envolvidas e a repugnância do meio social, trazendo luzes para a justificativa legal de sua proibição nos sistemas jurídicos atuais.

¹⁸ Richard A. Posner, referência da Universidade de Chicago na tese de análise econômica do Direito, vislumbrou uma relação binária e simbiótica entre o Direito e a Literatura, garantindo a existência de um “direito na literatura”, de um “direito como literatura” e de uma “literatura no direito”, tomando como exemplos os clássicos *Passagem para Índia*, *A fogueira das vaidades*, *O estrangeiro*, *O processo* e *Os irmãos Karamázov*. (POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 496-497). A título de curiosidade, o autor informa que, em 1988, publicou o texto *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (Direito e Literatura: uma relação mal compreendida), propondo uma análise interdisciplinar do fenômeno jurídico.

¹⁹ Na Literatura brasileira, encontra-se a consistente obra de José Roberto de Castro Neves, analisando a carga de propensões jurídicas nas variadas obras do dramaturgo britânico. Já no prólogo, o autor confessa: “Shakespeare é instigante. Na sua obra, encontra-se uma fonte generosa de prazer intelectual. As suas peças vêm carregadas de sabedoria. Nelas, avultam todos os sentimentos humanos, desde os simples aos mais complexos. Descobri-las, interpretá-las, senti-las, tudo isso é experiência riquíssima. Na minha percepção de advogado e professor de Direito Civil, o jurídico permeia a obra do dramaturgo. Não há sociedade sem o Direito. O homem é responsável pelos seus atos. A misericórdia compõe e integra a justiça. O conteúdo sobrepõe-se à forma. O poder deve ser exercido legitimamente. A observância do devido processo legal. Todos esses temas, dentre outros, têm acentuado relevo na obra de Shakespeare, provocando no leitor um raciocínio jurídico e reclamando uma interpretação inteligente”. (NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016, p. 19).

²⁰ Nas primeiras décadas do século passado, o professor germânico Theodor Stemberg (que colaborou, decisivamente, para a

Note-se, porém, que, identificada essa indúvidosa interseção entre o Direito e a Estética (incluída a que advém das Artes), aquele (não ostentando a abertura, a porosidade e a capilaridade desta) precisa apresentar produtos de suas atividades com níveis de segurança e de racionalidade rigorosos, a partir de uma hermenêutica normativa que apresente soluções concretas, palpáveis, para os problemas que lhe são ofertados. Não lhe basta *pretensão e cogitação*, é preciso *efetividade social*, a partir de interpretações (= compreensões) das normas plasmadas por elementos exógenos, inclusive estéticos. Exatamente por isso, exige-se uma parametrização para a Estética do Direito, com o objetivo de impedir que a hermenêutica jurídica receba influências premidas por sensações personalíssimas do intérprete e do aplicador,

O que se impõe advertir é que o padrão estético (de belo, agradável, prazeroso...) de cada jurista não pode atuar sobre a interpretação (= compreensão) da norma jurídica, sob pena de concretização da advertência de Radbruch de ocorrência de uma possível “rebelião do sentimento subjetivo sobre o direito contra a ordem jurídica”.²¹ Por óbvio, não se quer com isso reduzir, sequer em um mínimo espaço, o ponto de interseção entre o Direito e a Arte. Ao revés, louva-se, efusivamente, uma ativa interação entre ambas, apenas sobreleva estabelecer limites para que uma estética idealizada não conduza a resultados hermenêuticos tendenciosos.

Até mesmo porque as sensações decorrentes da beleza são de uma multiplicidade infinita e inalcançável, plasmadas de emoções, não sindicáveis juridicamente. Bem por isso, assim como Fernando Pessoa, em seu *Livro do Desassossego*, percebia que definir o belo “é não o compreender”, interpretar o Direito pelo padrão pessoal de estética também importa em compreendê-lo.

3 OS JULGAMENTOS INFLUENCIADOS PELA ESTÉTICA: O EFEITO *HALO*

“Tira a máscara que cobre o seu rosto, se mostre e eu descubro se eu gosto do seu verdadeiro jeito de ser, ninguém merece ser só mais um bonitinho; nem transparecer consciente inconsequente, sem se preocupar em ser adulto ou criança, o importante é ser você, mesmo que seja estranho, seja você, mesmo que seja bizarro.”
(*Máscara*. Pitty)

A expressão efeito *halo* (ou efeito *auréola*, na língua de Machado de Assis) foi concebida pelo psicólogo norte-americano Edward Lee Thorndike (1874-1949),

elaboração do Código Civil do Japão) já constatava que o Direito utiliza a Arte e ela o utiliza reciprocamente. E, em seguida, asseverava que, por serem fenômenos culturais, *o Direito sempre penetrará nos domínios das Artes*. (STEMBERG, Theodor. *Introducción al la ciencia del derecho*. Barcelona: Labor (Biblioteca de Iniciación Cultural), 1930, p. 178).

²¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 160. E acrescenta que, indevidamente, o direito positivo é visto, sob o prisma estético, como o “poder insensível, contra o qual uma justiça suprema iça a bandeira da sublevação, talvez até mesmo simplesmente a estupidez burocrática, da qual a piada zomba com bom humor”.

em estudos datados de 1920, com a intenção de descrever a inclinação humana de estabelecer conclusões (juízos valorativos), aparentemente seguros, a partir de uma imagem ou característica fixada como referencial. Cuida-se do estabelecimento de um verdadeiro estereótipo, dotado de uma falsa veracidade, com larga influência sobre decisões.²²

Em síntese apertada, porém completa, é a tendência humana de pressupor um conhecimento específico sobre fatos e/ou pessoas, a partir de acontecimentos simbólicos. O problema é que o conhecimento pressuposto não corresponde à realidade fenomenológica da vida...

A teoria foi desenvolvida durante a Primeira Guerra Mundial, a partir dos critérios utilizados por militares em posição de comando para a seleção e avaliação de seus soldados. A estética caracterizada pela beleza, pela habilidade, pela força, pela *performance* etc terminavam sendo fatores decisivos para o reconhecimento dos mais hábeis.

Volvendo a visão para o campo jurídico, infere-se, com absoluta segurança, que o efeito *halo* está presente nas decisões judiciais. Muita vez, um acontecimento pontual e episódico, ou mesmo uma imagem, deita efeitos conclusivos (com aparência de segurança) sobre todo o processo de julgamento. Trata-se, a toda evidência, de uma clara influência da estética sobre as deliberações judiciais. Com foco na seara do processo penal, Alexandre Morais da Rosa alerta para o fato de que

O modo como se articula o discurso pode gerar empatia ou antipatia em face dos argumentos que, ditos de outro modo, podem convencer. Demarcar as fronteiras e definir os sentidos de maneira estratégica será um ganho...

A abordagem estética do desenho do jogo processual situado (tempo/ espaço/contexto/jogadores) exige que se adote uma perspectiva dinâmica dos momentos de atribuição de sentido. O que temos são fragmentos (informações) do mundo trazidos para o ambiente processual e com o qual se estabelecem narrativas consolidadas pelo poder de estabelecer a versão prevalecente. Isso porque é no dispositivo do processo singularizado habitado por jogadores humanos, com DNA e mapa mental diferenciados, que os sentidos acontecem.²³

²² Analisando o efeito *halo* no campo empresarial, Phil Rosenzweig descreve uma imagem que reputa corriqueira na análise do desempenho de certas corporações: quando uma empresa vai bem, tendemos a achar que é por sua estratégia brilhante, um CEO visionário, empregados motivados e cultura organizacional vibrante; quando há crises, a estratégia era equivocada, o CEO era arrogante, as pessoas eram acomodadas e a cultura, pesada; quando a performance cai, temos a tendência a achar que a estratégia estava equivocada, o CEO tornou-se arrogante, as pessoas ficaram preguiçosas e a cultura, pesada demais. (ROSENZWEIG, Phil. *Derrubando mitos*: como evitar os nove equívocos básicos do mundo dos negócios. São Paulo: Globo, 2008, p. 16).

²³ ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos jogos e processo penal*: a short introduction. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018, p. 139-140. Na seara processual penal, é possível exemplificar com o aspecto cênico da sala de audiências e com a credibilidade dada às declarações prestadas, a partir da postura comportamental do declarante.

Certamente, toda essa lógica tem perfeito cabimento nos julgamentos das ações de família. O vestuário das partes, os gestos, o semblante, a tristeza ou alegria, as reações [...] tudo é signo, é código, é simbólico. Enfim, é a estética, produzindo consequências hermenêuticas sobre os profissionais, afinal ela é idônea para conduzir interpretações. O problema é que, não raro, a conclusão produzida por elementos estéticos (materiais ou imateriais) é dissociada da realidade viva daqueles sujeitos. É uma aparência.

Aliás, a respeito das aparências, vale a ácida ressalva do filósofo e jurista italiano Giorgio Agamben:

A aparência errante tornou-se compreensível graças às hipóteses, ficou liberta de toda necessidade de explicação científica ulterior, de todo ‘por quê?’ que a hipótese chamou a si. A hipótese, dando conta disso, mostra a errância da aparência como a aparência da errância. O que não significa que a hipótese seja verdadeira, que ela se possa substituir à aparência como um fundamento real em torno do qual devesse girar o conhecimento. A bela aparência, não explicável ulteriormente através de hipóteses, é assim entesourada, poupada, salva para uma outra compreensão, que a capta agora por ela e nela própria, onipoteticamente, em seu esplendor.²⁴

Enfim, como diz o antigo provérbio, *as aparências enganam*.

Dois exemplos se mostram particularmente ilustrativos quanto à incidência do efeito *halo* nas deliberações jurídicas, lançando projeções mentais sobre a aparência das pessoas e conduzindo a certas ilações, não verdadeiras.

Primus, faça-se alusão às tatuagens – que, desde tempos remotos, eram associadas à ilicitude ou imoralidade. Em um interessante julgamento, o Pretório Excelso assentou uma tese vigorosa ao Tema 838 de sua repercussão geral: “*editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais*”. Discutiu-se, na espécie, se o edital de um certame para preenchimento de vagas em corporação militar pode, ou não, conter restrições a candidatos que tenham, visível ou não, tatuagens. Partindo de uma análise histórica da estética corporal, o voto condutor se apercebe como a primeira imagem de uma pessoa que produz conclusões a partir do imaginário, inclusive nas relações jurídicas:

Arte corporal milenar, a tatuagem, introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, foi associada, no século XIX, a setores ‘marginais’ da sociedade,

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Ideia da prosa*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 120.

como prostitutas e prisioneiros, sendo conhecida, por estes últimos, como a 'flor do presídio' (GROGNARD, Catherine. *Tatouages. Tags à l'âme*. Paris: Syros Alternatives, 1992). Sua associação à prática de ilícitos e a setores marginais da sociedade não é, assim, fenômeno recente.

Deveras no século XX, a tatuagem teve seu significado expandido, porém sem ser timbrada exclusivamente pelo estigma social de marginalidade. No final da década de 1960, era marca corporal comum entre roqueiros, hippies, punks e motociclistas (LE BRETON, David. *Signes d'identité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Paris: Métailié, 2002).

Nesse contexto, e como é de conhecimento geral, o imaginário social a respeito do tema tatuagem foi, inevitavelmente, acompanhado, por mais de um século, da marca de marginalidade e da delinquência. Era, deveras, entrevista como o instrumento que determinados grupos sociais detinham para romper os padrões sociais e se declarar dissidentes das regras de convivência.

Não é despidendo atentar para alguns trechos da ementa do acórdão, particularmente propícios ao tema *sub oculis*:

[...] 5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, art. 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.

[...]

12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.

13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.

14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma

interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade.

15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional. (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 898.450/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.8.16)

Secundus, vale trazer a lume as percepções despertadas a partir da nudez – que ainda termina sendo correlacionada com libertinagem, quase com a prostituição. Infere-se, com tranquilidade, essa conclusão de um julgamento no qual a estética, claramente, produziu influências sobre uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao apreciar o duplo pedido indenizatório (por danos morais e por danos à imagem) formulado pela atriz Maitê Proença, por conta do indevido uso de sua imagem seminua, sem autorização. Na oportunidade, o Sodalício negou a cumulação indenizatória, sob a alegação de que a beleza da atriz não poderia gerar um dano à sua imagem:

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não.

[...]

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado. (TJ/RJ, Ac. II Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Des. Wilson Marques, j. 29.9.99, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 41: 184-187).

A decisão, por óbvio, foi reformada pela Corte Superior de Justiça,²⁵ reparando a falta de juridicidade – certamente, decorrente, também, das influências estéticas sobre a hermenêutica.

²⁵ “É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de autoestima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. Tem o condão de violar o decoro, a

Os exemplos falam por si, deixando claro que a estética (compreendida em sua mais larga dimensão) é um fator de influência da interpretação jurídica, estabelecendo, não raro, inclinações apriorísticas favoráveis ou desfavoráveis a determinadas pessoas e/ou fatos – o que pode comprometer a solução da demanda.

No ponto, Conrado Paulino da Rosa, atento à influência das aparências sobre a relação familiar, assevera que “antigamente, os sentimentos (afetivos) eram demonstrados em duelos para que a partir da virilidade do mocinho, o coração da donzela fosse conquistado. Hoje, a demonstração se faz por *hashtags*, *emoticons* e quantidade infindáveis de fotos”.²⁶

Nessa ordem de ideias, o que se pretende alcançar para uma correta hermenêutica das normas jurídicas que disciplinam as relações de família é a compreensão do que está além do padrão estético. É alcançar o ser humano, mesmo que seja estranho, mesmo que seja bizarro.

4 UMA JUSTA PREOCUPAÇÃO: A INFLUÊNCIA NEGATIVA DA ESTÉTICA EM RELAÇÃO AOS JULGAMENTOS QUE ENVOLVEM INTERESSES DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

“Ó beleza! Onde está tua verdade?”
(William Shakespeare)

Diante do quadro pintado nos tópicos anteriores, não há dúvida de que a estética é fator de influência psicológica sobre os julgamentos de demandas judiciais, inclusive das ações de família. E não apenas sobre a *decisão* a ser prolatada. A influência é mais abrangente, alcançando o juízo de valor presente nas mentes e corações dos advogados e defensores públicos, promotores de Justiça, serventuários, peritos, auxiliares da Justiça... Todos que se abeiram de uma ação de família podem ser sugestionados a uma determinada conclusão a partir do simbolismo decorrente de padrões estéticos referentes aos sujeitos e/ou às situações.

Demonstrando claramente essa atuação de símbolos sobre os juízos (aparentemente) de razão dos humanos, Shakespeare, em *Timon de Atenas* (*The life of Timon of Athens*, no original), narra a história de um homem rico e perdulário,

exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo. A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos. A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.” (STJ, Ac. 3ª T., R.Esp. 270.730/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.00, DJU 7.5.01, p. 139).

²⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 38.

esbanjador de seu poder e fortuna com bajuladores. Advindo a miséria, é abandonado por todos, tendo de mendigar até mesmo comida. Transforma-se em misantropo, antes de seu falecimento.²⁷ No contexto da peça, aborda-se, também, como trama paralela, a tensão estabelecida entre Alcebiades, um general grego, e o Senado, por conta do pedido de perdão a um soldado de sua confiança, acusado de homicídio, feito pelo militar.

A sustentação oral do Suplicante explicita como certas imagens são simbólicas em julgamentos, como se visualiza da narração de José Roberto de Castro Neves:

[...] como fundamento para seu pleito, Alcebiades apresenta o passado do réu, pleno de méritos [...] ‘A misericórdia é a virtude da lei’. Assim começa a peroração. A partir disso, o comandante expõe que o protegido dele, embora inicialmente comedido, perdeu os sentidos, agindo em ‘nobre fúria’ para proteger a ‘reputação mortalmente atingida’.²⁸

Nota-se, pois, com clareza solar, que determinados estímulos estéticos podem conduzir a resultados decisoriais, com uma aparente convicção de acerto.

Volvendo a atenção para as demandas familiaristas, não se pode negar, exemplificativamente, que o vestuário das partes pode atuar como um indicativo de condição econômica, a influir nas ações que envolvem pensão alimentícia e que a aparência física dos interessados, não raro, desperta simpatia ou antipatia, nas causas sobre tutela e curatela. Como negar, outrossim, o (lamentável) simbolismo do adultério da mulher em dissoluções afetivas?²⁹

Sobre a influência da estética sobre as famílias, o historiador francês Philippe Ariès (1914-1984), em festejada obra, a partir de uma substanciosa pesquisa iconográfica, chama a atenção para um simbolismo estético: ao longo dos tempos, a sociedade “via mal a criança e pior ainda o adolescente. A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança, então, mal adquiria algum desembaraço físico era logo misturada aos adultos e partilhava seus trabalhos”.³⁰ Isso porque prevalecia a imagem estética da força de trabalho masculina, a partir da puberdade, com a aquisição de massa muscular.

²⁷ “Trata-se de uma peça amarga. Não há herói, mas avulta a mesquinhez da natureza humana (e coitado de quem não enxerga isso!). Podem-se identificar três temas em *Timon*: a perda da inocência, a natureza humana e a decadência da sociedade”. (NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016, p. 329).

²⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016, p. 331-332.

²⁹ Nessa direção, em tempos pretéritos, pouco saudosos, chegou a se reconhecer em sede jurisprudencial: “comete ato inegavelmente injurioso a esposa que se desavém em plena rua com um terceiro por questões de ciúmes. Se bem que disto não resulte caracterizado o adultério, as suspeitas do marido injuriado não podem ser desprezadas”. (TJ/SP, Ac. 6.ª Câm. Cív., ApCív.57.840, rel. Des. Fernandes Martins, *Revista dos Tribunais* – RT, 200:366).

³⁰ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dóris Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 10.

Nessa arquitetura exsurge uma relevante advertência: não se pode permitir que a imagem decorrente de fatores estéticos, por variados motivos, seja instrumento conducente de conclusões indevidas em relação a pessoas em situação de vulnerabilidade em litígios de família. Isso porque a função da proteção especial dos vulneráveis é compensar as diferenças existentes no plano fático e concretizar a igualdade substancial. Ou seja, interpretam-se as normas com o objetivo de tratar desigualmente quem se encontra em posição de inferioridade.

É o caso das pessoas com deficiência, dos idosos, das crianças e adolescentes, das mulheres vitimadas por violência doméstica, entre outras pessoas. A própria essência da norma aponta no sentido do tratamento desigual como compensação.

Afinal de contas, “a isonomia exige que se trate de forma igual quem está na mesma posição jurídica, mas desigualmente aqueles que se encontram em patamares desiguais”. O que autoriza a conclusão de que “a verdadeira igualdade é o respeito às diferenças”.

A projeção de atributos estéticos – materiais ou imateriais – sobre vulneráveis, contudo, pode conduzir a interpretações indevidas, em face de uma aparente fragilidade. É o que se pode denominar “estética da piedade ou estética da compaixão ou estética do coitado” ou “estética da misericórdia” etc. Juízos de valor extraídos da simples existência da situação de vulnerabilidade, conduzindo, não raro com absoluta boa-fé e vontade de proteção, a conclusões equivocadas, porque permeadas da influência estética.

Algumas situações concretas ilustram a necessidade de uma correta hermenêutica das normas jurídicas que regulamentam situações envolvendo pessoas vulneráveis, ressaltando a necessidade de efetiva proteção, escapando aos sinais que são captados pelo radar dos padrões estéticos.

Um primeiro exemplo diz respeito aos idosos. É comum, no imaginário popular, aproximar as pessoas idosas da incapacidade. A senilidade, não raro, é antevista como uma causa incapacitante ou, quando menos, diminutiva da perfeita compreensão mental e intelectual. Talvez por conta da figura estereotipada do idoso que precisa de auxílio físico até para se locomover.

A conjunção dos arts. 71 do Estatuto do Idoso³¹ e 1.048 do Código de Processo Civil³² conduz à prioridade de tramitação processual em favor de pessoas idosas.³³ Em um interessante caso do Estado de São Paulo, uma empresa

³¹ Art. 71, Estatuto do Idoso: “É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.”

³² Art. 1.048, Código de Processo Civil: “Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988”.

³³ A norma é justificável. Como pondera Fernanda Tartuce, “a longa duração do processo pode comprometer a oportunidade de que o jurisdicionado receba em vida a resposta a sua pretensão, sendo esta conhecida apenas pelas futuras gerações”. (TARTUCE,

promoveu uma execução, baseada em título extrajudicial, em desfavor de um idoso e encareceu a prioridade de tramitação processual, na medida em que o executado tem mais de sessenta anos de idade. Ou seja, pretendia ter prioridade para executá-lo, para excutir o seu patrimônio. Em louvável deliberação, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que o beneplácito legal é deferido em favor do idoso e, por conseguinte, somente pode decorrer da vontade expressa dele mesmo, como autor ou réu:

- [...] 2. Cinge-se a controvérsia a definir quem legitimamente pode postular a prioridade de tramitação do feito atribuída por lei ao idoso.
3. A prioridade na tramitação do feito é garantida à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos que figura como parte ou interveniente na relação processual (arts. 71 da Lei nº 10.471/2003 e 1.048 do CPC/2015).
4. A pessoa idosa é a parte legítima para requerer a prioridade de tramitação do processo, devendo, para tanto, fazer prova da sua idade.
5. Na hipótese dos autos, a exequente - pessoa jurídica - postula a prioridade na tramitação da execução de título extrajudicial pelo fato de um dos executados ser pessoa idosa, faltando-lhe, portanto, legitimidade e interesse para formular o referido pedido. (STJ, Ac. 3ª T., REsp 1.801.884/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21.5.19, DJe 30.5.19).

Como se vê, não se pode projetar uma (falsa) ideia de falta de autonomia dos idosos em casos tais. O fato de se tratar de uma norma protecionista não pode induzir à conclusão de sua aplicação dissociada da vontade do sujeito especial protegido. Significa, então, que a estereotipada imagem do idoso como pessoa incapacitada para manifestações volitivas há de ser afastada em casos tais. Até porque, sem medo de erro, “a autonomia privada é a marca registrada das relações jurídicas de família nos dias que correm”, declinando elementos estranhos, “como a moral e a religião”, conforme a constatação lúcida de Otávio Luiz Rodrigues Júnior.³⁴

Noutra ilustrativa situação, debateu-se sobre a correta exegese do § 1º do art. 756 do Código Instrumental, que estabelece um rol de legitimados para a ação de levantamento de curatela: “o pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição”. Ora, é indiscutível que o curatelado, considerado relativamente incapaz (CC, art. 4º),³⁵ está em situação de vulnerabilidade. Entretanto, não se pode projetar uma visão incapacitada para declarar vontade ou mesmo para se

Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 249).

34 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p.70.

35 Art. 4º, Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos”.

autodeterminar, quando possível. Por isso, justifica-se reconhecer, como bem o fez a normatividade processual, a sua legitimidade. E, por igual, o seu grupo familiar também precisa estar legitimado, na medida em que há uma solidariedade presente na relação. Por isso, a orientação jurisprudencial apontou na direção do caráter não taxativo (*numerus apertus*) da legitimidade:

[...] 4- O art. 756, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, ampliou o rol de legitimados para o ajuizamento da ação de levantamento da curatela previsto no art. 1.186, §1º, do Código de 1973, a fim de expressamente permitir que, além do próprio interdito, também o curador e o Ministério Público sejam legitimados para o ajuizamento dessa ação, acompanhando a tendência doutrinária que se estabeleceu ao tempo do código revogado.

5- Além daqueles expressamente legitimados em lei, é admissível a propositura da ação por pessoas qualificáveis como terceiros juridicamente interessados em levantar ou modificar a curatela, especialmente àqueles que possuam relação jurídica com o interdito, *devendo o art. 756, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, ser interpretado como uma indicação do legislador, de natureza não exaustiva, acerca dos possíveis legitimados.*” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.735.668/MT, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 11.12.18, DJe 14.12.18)

Toda a lógica do raciocínio (protecionista, a partir de um prisma ético, não por sentimento de pena) serve, igualmente, para a compreensão das normas quando se tratar de pessoa com enfermidades diversas. Afinal de contas, essa vulnerabilidade pode prejudicar a sua plena atuação judicial na defesa de seus próprios interesses. Calha, no ponto, por sinal, a explicação de Fernanda Tartuce:

Se (uma das partes) estiver acometida por doença, poderá ser inviável comunicar-se de forma produtiva com seu advogado e comparecer a juízo, por exemplo. Reitera-se a necessidade de que o julgador permita sensibilizar-se a graves situações de saúde experimentadas pelos litigantes e por seus advogados que comprometem sua presença e atuação em juízo. Conclui-se que as previsões diferenciadas têm base na vulnerabilidade processual decorrente de problemas de saúde.³⁶

Não é despiciendo apresentar um outro exemplo. Em uma execução de alimentos promovida contra os avós, que assumiram espontaneamente a obrigação pecuniária, foi requerida a técnica de prisão civil, como medida coercitiva. A Corte Superior, usando a variabilidade de técnicas executivas, converteu a prisão civil em

³⁶ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 252.

outra técnica executiva, com o escopo de não agravar a situação de vulnerabilidade em que se inseriam os idosos. A decisão é particularmente didática:

1 - O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos.

2 - A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes.

3 - O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores.

4 - Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida. (STJ, Ac. unân. 3ª T., HC 416.886/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.12.17, DJe 18.12.17)

Ora, a atenta leitura do *decisum* revela que a louvável interpretação (= compreensão) da norma pelo Pretório Superior não levou em conta a imagem simbólica de idosos como pessoas desprotegidas, mas, sim, o fato de *i*) estarem à disposição, na hipótese, outras técnicas adequadas para a solução do conflito (como a penhora de bens idôneos), que satisfazem o crédito exequendo e *ii*) a natureza subsidiária e complementar da obrigação alimentícia avoenga,³⁷ conduzindo à conclusão de que os meios executivos não podem ser tão drásticos quanto àqueles direcionados à satisfação do crédito contra os devedores primários (os pais).

Realmente, a vulnerabilidade impõe uma hermenêutica jurídica que realce uma ética convivencial entre as partes, sem que a proteção especial sirva como um *favor do sistema jurídico*, mas como instrumento promocional de efetivação da igualdade. É imperativa uma atenção especial do jurista para que a interpretação de normas que envolvam interesses de pessoas em situação de vulnerabilidade não seja conduzida (e, sequer, influenciada) por fatores estéticos – que, muita vez, formam juízos valorativos equivocados. Por se tratar de um elemento inconsciente,

³⁷ Súmula 596, Superior Tribunal de Justiça: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

a tarefa é hercúlea, exigindo sabedoria e sensibilidade para saber que “nem tudo é o que parece...”.

5 A ALTERIDADE COMO FATOR DE CONTROLE DA INFLUÊNCIA DA ESTÉTICA SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA

“A beleza salvará o mundo.”
(*O idiota*. Fiodor Mikhailovitch Dostoiewski, 1821-1881)³⁸

Ao revés do que pode ter aparentado, em uma leitura perfunctória, o que aqui se propõe é um brado em favor da proximidade da norma jurídica e da norma estética, enquanto fator de concretização da cultura, e não um discurso pelo seu distanciamento.

Sem dúvida, a beleza representa muito para os humanos. Conjugando a simetria, a proporção e a harmonia de elementos diversos, o conhecimento artístico, por exemplo, revela novas formas de compreensão do mundo, refinando o pensar – que se eleva, por meio do conhecimento sensitivo, para alcançar novas representações estéticas e, conseqüentemente, novos modos de percepção e de possibilidades.

A partir dessa abertura cognitiva propiciada pela estética (e pelas artes em geral) arremata-se, com segurança, que a beleza pode, realmente, salvar o mundo, como vaticinou Dostoiewski, e, conseqüentemente, salvar o Direito. Isso porque a ciência jurídica é ciência humana aplicada e por isso, inexoravelmente, “depende de elementos sociais (comunitários) para produzir conhecimento e técnica”. Não se exaure em individualidades interpretativas ou em meras técnicas científicas. Ora, considerada a natural limitação do conhecimento humano, geralmente represado somente em suas vivências (excluindo o que não conheceu, afinal de contas “Narciso acha feio o que não é espelho e a mente apavora o que não é mesmo velho”, como adverte Caetano Veloso), com a contribuição decorrente da capilaridade e da porosidade das belas artes o jurista pode alcançar conhecimentos que não estavam na tela de sua imaginação, ultrapassando as suas fronteiras cognitivas primitivas e, seguramente, lapidando a sua hermenêutica normativa.³⁹

³⁸ Explica o escritor, filósofo e jornalista russo que a “beleza é mais do que estética, possui uma dimensão ética e religiosa”. A beleza lhe era um tema tão caro que, segundo a narrativa de Leonardo Boff, deslocava-se “pelo menos uma vez ao ano até Dresde, na Alemanha, só para contemplar na capela a formosa *Madona Sixtina* de Rafael. Permanecia longo tempo em contemplação diante daquela esplêndida figura. No romance *Os irmãos Karamazov*, aprofunda a questão (da salvação do mundo pela beleza). Um ateu Ipolit pergunta ao príncipe Mynski como ‘a beleza salvaria o mundo?’ O príncipe nada diz, mas vai junto a um jovem de dezoito anos que agonizava. Aí fica cheio de compaixão e amor até ele morrer. Com isso nos quis dizer: beleza é o que nos leva ao amor compartilhado com a dor; o mundo será salvo hoje e sempre enquanto houver essa atitude. [...] Para ele, o contrário do belo não era o feio mas o espírito utilitarista e o uso dos outros, roubando-lhe assim a dignidade”. (BOFF, Leonardo. *A beleza salvará o mundo*: Dostoiewski nos ensina como. 27abr. 2014. Disponível em: <https://leonardoboff.org/2014/04/27/a-beleza-salvara-o-mundo-dostoiewski-nos-ensina-como/>).

³⁹ Gustav Radbruch observa que um bom jurista “deixaria de sê-lo se a cada momento de sua vida profissional não se conscientizasse tanto da necessidade, quanto, ao mesmo tempo, da profunda fragilidade”. Por isso, assegura ser necessário “crer na profissão de nossa vida e, concomitantemente, em alguma das camadas mais profundas da nossa essência, duvidar dela todo o tempo”. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 160).

Por isso, a estética, enquanto elemento de concretização da beleza, pode salvar o Direito, por conferir ao jurista algo que não lhe é inerente, a sensibilidade. Até porque, como detecta Luiz Alberto Warat, “os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo”.⁴⁰

Aqui, todavia, não se incorpora a estética enquanto padrão subjetivo de beleza, ligado ao ânimo individualizado do humano. Acolhendo a ponderação de Immanuel Kant, não se pode fazer ciência da estética a partir de sentimentos pessoais, abstratos.⁴¹ A necessidade de segurança na interpretação da norma jurídica exige que a estética sirva como elemento de influência hermenêutica a partir de uma compreensão ética, marcada pela *alteridade*, pela *empatia*.

Assim, afastam-se raciocínios açodados de correlação da beleza como fonte reveladora da verdade e do caminho. Gustav Radbruch, um dos precursores na análise do tema, percebe que é comum ao jurista reverenciar a estética no Direito por meio de algumas fórmulas. Fala-se, por exemplo, da “‘elegante’ solução de um problema jurídico, tomando-se a beleza como critério de verdade. Valores estéticos, como as medidas simétricas na elaboração de sistemas, números preferidos ou rejeitados na divisão, aversão a linhas quebradas e preferência por curvas sem fraturas na exposição histórica e no desenvolvimento lógico, influenciam as pessoas com sensibilidade artística na avaliação do conhecimento jurídico. Esta avaliação estética pode representar um perigo”. Afinal de contas, ter apenas “elegância na solução, com frequência, é sintoma enganador de correção”.

Nessa linha de intelecção, o esforço que se há de fazer é evitar que a estética seja instrumento condutor de interpretações açodadas, de formação de juízos valorativos ligados a padrões subjetivos – de beleza física, de beleza moral, de beleza religiosa, de beleza emocional [...], que estão entrelaçados, conforme o alerta de Kant, mencionado alhures, ao sentimento de prazer ou desprazer. O perigo é real e imediato, até porque as aparências, não raro, não correspondem à realidade, como indicam os estudos referentes ao efeito *halo*.

A estética, seguramente, pode contribuir com a interpretação das normas jurídicas, e em particular no campo do Direito das Famílias, a partir da entronização da *ética da alteridade*, permitindo um olhar sobre a beleza da diversidade e da pluralidade de possibilidades que marcam a espécie humana e,

⁴⁰ WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização Vivians Alves de Assis, Júlio César Marcelino Júnior e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49. E vai mais longe o jusfilósofo, *mezzo brasileiro, mezzo argentino*: “ideias e autores sobre as formas de interpretar ou de conceber as normas jurídicas são discutidos, porém de uma forma absolutamente autista, o exterior termina manchado junto ao interior que se ressignifica”.

⁴¹ “Para distinguir se algo é belo, ou não, não relacionamos a representação ao objeto através do entendimento, visando o conhecimento, mas sim ao sujeito e ao seu sentimento de prazer ou desprazer, através da imaginação (talvez ligada ao entendimento). O juízo de gosto não é, portanto, um juízo de conhecimento, um juízo lógico, mas sim um juízo estético, pelo qual se entende aquilo cujo fundamento de determinação só pode ser subjetivo.” (KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018, p. 99).

consequentemente, as famílias. Máxime em tempos atuais, em que “o diferente é agora o inimigo”, não se escondendo uma tentativa de “homogeneizar tudo e a todos os homens, cobrindo as aparências com as formas abstratas de razão”, como denuncia Warat.⁴² Olhar para o outro com respeito, em particular para pessoas em situação de vulnerabilidade,⁴³ é o instrumento ético para uma correta hermenêutica jurídica, valorizadora de sua dignidade.⁴⁴

O que se pretende é bem dotar o jurista da sensibilidade de interpretar a norma familiarista pela perspectiva do outro, até mesmo porque, historicamente, eles se mostram “com uma inquietante incapacidade de escutar os sentimentos das pessoas”, “terminam só escutando, de modo autorreferencial, as vozes e crenças de suas ideologias funcional ou institucional; as escutam e ficam fascinados por elas a ponto de gerar um processo em que terminam devorando-se a si mesmos por conta de suas ideologias”, como percebe Luiz Alberto Warat.⁴⁵

É, de certo modo, o que propôs o saudoso professor catarinense Osvaldo Ferreira de Melo: *a estética da convivência*, a partir de uma perspectiva “ética e de respeito à dignidade humana”, para “ensejar o belo na convivência social, em atendimento a necessidades espirituais latentes em todo ser humano”.⁴⁶

Sem dúvida, é lindo conseguir olhar para o outro com o mesmo nível de respeito que se pretende para si.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Ideia da prosa*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

ALVES, Rubem. *Concerto para corpo e alma*. 17. ed. Campinas-SP: Papirus, 2012.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dóris Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. *Poética. Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁴² WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio*: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vivians Alves de Assis, Júlio César Marcelino Júnior e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

⁴³ “A vulnerabilidade emerge como critério caracterizador de justa causa para a promoção da igualdade real.” Por isso, uma vez constatada, impõe-se ao jurista “superá-la com amparo no sistema normativo vigente”. (TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 363).

⁴⁴ “O objeto da norma é valorizar a pessoa humana”. Ou seja, é ressaltar a “compreensão de sua dignidade como cerne do sujeito e, consequentemente, das relações jurídicas”, consoante as pertinentes palavras de Conrado Paulino da Rosa. (ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 36).

⁴⁵ WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio*: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vivians Alves de Assis, Júlio César Marcelino Júnior e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 37-38.

BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*. Trad. Miriam Sutter Medeiros. Petrópolis-RJ: Vozes, 1993.

BESSA, Bráulio. *Aparências*. In: *Um carinho na alma*. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

BOFF, Leonardo. *A beleza salvará o mundo: Dostoiévski nos ensina como*. 27abr. 2014. Disponível em: <<https://leonardoboff.org/2014/04/27/a-beleza-salvara-o-mundo-dostoiévski-nos-ensina-como/>>.

CECIM, Arthur Martins. “Baumgarten, Kant e a teoria do belo: conhecimento das belas coisas ou belo pensamento?”. *Paralaxe – Revista de Estética e Filosofia da Arte*, v. 2, n. 1, 2014.

DOSTOIEVSKI, Fiodor. *O idiota*. Trad. José Geraldo Vieira. São Paulo: Martin Claret, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte geral e LINDB*. 18. ed, Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais da hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Estética*. Trad. Álvaro Ribeiro e Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editora, 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018.

LEVINAS, Emmanuel. *Les imprévus de l'histoire*. Montpellier: Fata Morgana, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*. Lisboa: Ática, 1982.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction*. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROSENZWEIG, Phil. *Derrubando mitos: como evitar os nove equívocos básicos do mundo dos negócios*. São Paulo: Globo, 2008.

STEMBERG, Theodor. *Introducción al la ciencia del derecho*. Barcelona: Labor (Biblioteca de Iniciación Cultural), 1930.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização Vivians Alves de Assis, Júlio César Marcelino Júnior e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O QUE É ALIENAÇÃO FAMILIAR INDUZIDA E COMO ELA PODE CONTRIBUIR PARA RESSIGNIFICAR A RELAÇÃO DE GUARDA/CONVIVÊNCIA?

Bruna Barbieri Waquim

Diretora Cultural do IBDFAM/MA. Doutoranda e Mestre em Direito. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Professora do Curso de Direito e Coordenadora da Especialização em Direito de Família e da Infância e Juventude do Centro Universitário UNDB. Palestrante, articulista e autora dos livros “Relações simultâneas conjugais: o lugar da Outra no Direito de Família” (Café & Lápis Editora) e “Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental” (LumenJuris).

Sumário: 1. Introdução. 2. Compreendendo a Alienação Familiar Induzida. 3. Algumas considerações sobre parentalidade tóxica, convivência familiar e a proteção integral das crianças e adolescentes. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A estreita influência do exercício da autoridade parental com o desenvolvimento infantojuvenil tem sido alvo de reflexões e adágios tão antigos quanto a história do mundo. Do livro bíblico de Provérbios, capítulo 22, versículo 6, extrai-se o ensinamento de Salomão: “Instrui o menino no caminho em que deve andar, e até quando envelhecer não se desviará dele”.

Mais do que palavras de fé e sabedoria, os versículos citados representam uma verdade científica: a família é a primeira agência socializadora¹ do ser humano,² a primeira agência educacional que prepara o sujeito para a vida socioeconômica e cultural,³ e tudo aquilo que é agregado ao desenvolvimento psicossocial de uma criança ou adolescente frutificará em toda a sua existência adulta.

À família compete então uma dupla função: proporcionar o afeto e o apego⁴ necessários a imbuir a criança/adolescente de segurança emocional suficiente para enfrentar os desafios do crescer, mas também transmitir-lhe a disciplina, a urbanidade e os valores que a convivência em sociedade exige.

Nessa dupla função, de cuidado e correção, os pais são protagonistas no espaço da família, tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente insculpe como princípio do próprio Direito da Criança e do Adolescente a chamada “responsabilidade parental” (art. 100, parágrafo único, inciso IX), que orienta aos pais que assumam os seus deveres para com a criança ou o adolescente.

Da mesma forma, o **Código Civil** confere aos pais, seguindo a indicação constitucional do artigo 229 da Carta Magna,⁵ o exercício do poder familiar, segundo o qual devem dirigir-lhes a criação e a educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, representá-los e assisti-los judicial e extrajudicialmente, além de outras atribuições previstas no artigo 1.634.

A autoridade parental contemporânea foge da perspectiva de “poder e dever”, para exercer a sublime função de “instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”. O processo de educar os filhos é ressignificado a partir da conjugação dos princípios da parentalidade responsável e da doutrina

¹ Entende-se como socialização o processo de transformação do ser biológico em um ser social típico, processo este dividido em socialização primária (a cargo da família) e secundária (realizado pela escola). A contribuição da família no processo de socialização do indivíduo é cumprido pela primeira inserção da criança no mundo social objetivo, à medida que promove a aprendizagem de elementos culturais mínimos: linguagem, hábitos, usos, costumes, papéis, valores, normas, padrões de comportamento e de atitudes, entre outros, além de promover a formação das estruturas básicas da personalidade e da identidade da pessoa em desenvolvimento.

² GOMES, Jerusa Vieira. Família e socialização. *Psicol.*, São Paulo, USP, v. 3, n. 1-2, p. 93-105, 1992. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2019.

³ OLIVEIRA, Cynthia Bisinoto Evangelista de; MARINHO-ARAÚJO, Claisy Maria. A relação família-escola: interseções e desafios. *Estud. psicol.* (Campinas), Campinas, v. 27, n. 1, p. 99-108, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2010000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2019.

⁴ Citando os trabalhos de J. Bowlby e de Bretherton e Munholland, Dalbem e Dell’Aglío (2005) tratam da Teoria do Apego, descrevendo o processo de construção dos modelos internos de funcionamento que a criança constrói, como um modelo representacional interno de si mesma, dependendo de como foi cuidada, e que, mais tarde, em sua vida, esse modelo internalizado permite à criança, quando o sentimento é de segurança em relação aos cuidadores, acreditar em si própria, tornar-se independente e explorar sua liberdade. Cada indivíduo forma um “projeto” interno a partir das primeiras experiências com as figuras de apego, mas essas representações, ainda que tenham sua origem cedo no desenvolvimento, continuam em uma lenta evolução, sob o domínio sutil das experiências relacionadas ao apego da infância. A imagem interna, instaurada com os cuidadores primários, é considerada a base para todos os relacionamentos íntimos futuros. Sua influência aparece já nas primeiras interações com outras pessoas, afora as figuras de apego, e expressa-se nos padrões de apego e de vinculação que o indivíduo apresentará em suas interações interpessoais significativas.

⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

da proteção integral, ambos com sede constitucional e, por isso, detentores de prioridade absoluta.⁶

Nem sempre esse exercício ocorre com a maturidade necessária dos genitores nem com a devida preocupação com a estabilidade emocional das crianças e adolescentes, especialmente diante de situações-crise que transformam o espaço do lar em um campo de batalha e os filhos em instrumentos de ataque. A representação por excelência de situações dessa natureza se dá na prática da alienação parental, em que, no afã de atingir o ex-parceiro ou outro familiar, o outro genitor ou pessoa significativa na vida da criança/adolescente provoca graves danos ao desenvolvimento psicológico deste que é exposto aos conflitos de lealdade e à intensa beligerância familiar.

A alienação parental tem sido associada à parentalidade tóxica,⁷ que, por sua vez, é descrita na literatura especializada como um potencial causador dos transtornos psiquiátricos. Estes, giram em torno da combinação de fatores genéticos, química cerebral anormal, experiências relacionadas à parentalidade tóxica ou experiências dolorosas na infância e padrões negativos de pensamento.⁸

A expressão “tóxico/tóxica” tem sido hodiernamente utilizada para designar relacionamentos que, em analogia à toxicidade de substâncias entorpecentes, tem alto poder destrutivo e nocivo às pessoas. Como reflete Leirner, “**A medida** que uma expressão entra em vigor, ela se torna consciente e quando envolve percepção e raciocínio, este é o primeiro passo para que todos se armem e defendam. Quem tem esse problema em casa, deve pedir ajuda”.⁹

Objeto da Lei n. 12.318/2010, o ato de alienação parental é definido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º).

Pela doutrina, a alienação parental tem sido conceituada como o mecanismo por meio do qual um dos genitores (geralmente aquele empoderado da condição de único guardião) passa a promover o desprestígio do outro genitor perante o(s) filho(s) e a dificultar e até impedir o convívio entre esses, levando a profundo sofrimento e perdas do outro genitor e principalmente da criança ou adolescente.¹⁰

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 220.

⁷ SOUZA, Juliana Rodrigues de. *Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. 2. ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

⁸ SILVA, Daniele Reis e. *EMDR como possibilidade de psicoterapia para o luto*: um estudo de caso instrumental coletivo. 308 f. 2019. Tese (Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

⁹ LEIRNER, Sheila. ‘Mãe tóxica’, o assunto que ainda é tabu. *O Estadão*. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/blogs/sheila-leirner/mae-toxica-o-assunto-que-ainda-e-tabu/>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

¹⁰ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

A partir da Lei n. 12.318/2010, “as queixas existentes no pós-ruptura, relativas ao relacionamento paterno-materno-filial ganharam uma nova expressão e passaram a ser examinadas pelo Poder Judiciário com maior cuidado e atenção”,¹¹ com a especial advertência de que “não há a necessidade donexo causal entre o ato e os efeitos de alteração psicológica no menor, o mero fato de dificultar a convivência parental já é passível de punição nos termos da Lei”.¹²

Não obstante, a toxicidade nos relacionamentos que em um polo figure uma criança ou adolescente e, do outro, um familiar, não é exclusivo das relações parentais. A influência perniciosa de comentários, reprimendas, atos simbólicos, conflitos de lealdade, que tantos prejuízos causam à saudável construção psicossocial de um infantojuvenil pode ser causada também por pessoas que, no âmbito familiar, sejam significantes e representativas para o infante.

O cenário tradicional da alienação parental, é fato, se descortina como a disputa, pelos genitores, pela lealdade e convivência de uma criança ou adolescente, porém a dinâmica familiar brasileira tem demonstrado que o potencial do transbordamento dos conflitos da conjugalidade para a parentalidade vai além das meras relações parentais-filiais e pode alcançar outros cenários e outros atores.

E mais: extrai-se da realidade brasileira que, não raro, difunde-se o exercício da autoridade destinada à criação das crianças e adolescentes com outros atores do sistema familiar, como avós¹³, tios¹⁴, padrastos e madrastas¹⁵, que atuam no mesmo cuidado e correção que o Poder Público estabelece como obrigação apenas dos pais. Não sem razão o ECA inaugurou o conceito de família extensa, aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (parágrafo único do art. 25). Essa atuação

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

¹² ANDRADE, Hanrikson de. *Citadas pela 1ª vez no Censo 2010, famílias com enteados são 2,5 milhões no Brasil*, p. 189, 17.10.2012. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/10/17/pesquisa-inedita-do-ibge-mostra-que-mais-de-25-milhoes-de-familias-brasileiras-tem-enteados.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

¹³ Pesquisas apontam diversos problemas relacionados aos pais das crianças que motivam as avós a assumirem a criação dos menores: pais adolescentes despreparados para cuidar dos filhos, desempregados, usuários de drogas, em conflito com a lei, portadores de doenças mentais, falecidos precocemente, separados sem a aceitação das crianças por parte do novo cônjuge e ainda, abuso infantil e/ou abandono por parte dos progenitores (MAINETTI, Ana Carolina; WANDERBROOCKE, Ana Claudia Nunes de Souza. *Avós que assumem a criação de netos*. *Pensando fam*. Porto Alegre, v. 17, n. 1, p. 87-98, jul. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2013000100009&lng=pt&nrm=i-so>. Acesso em: 15 ago. 2019). Por oportuno, registra-se a informação da ONU de que, pela primeira vez na história, há mais idosos no mundo do que crianças pequenas. São 705 milhões de pessoas acima de 65 anos contra 680 milhões entre zero e quatro anos (DUARTE, Fernando. *Pela 1ª vez, mundo tem 'mais avós do que netos'*. 3 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47799778>>. Acesso em: 15 ago. 2019).

¹⁴ Dias (sd) entende que a convivência familiar dos parentes colaterais recebe o nome de família pluriparental, não importando a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Assim, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental

¹⁵ Dados do Censo Demográfico 2010 do IBGE mostram que mais de 2,5 milhões de famílias brasileiras têm filhos de apenas um dos cônjuges. Essa foi a primeira vez que o IBGE considerou a existência de enteados. O desdobramento censitário foi pensado, segundo o IBGE, para refletir uma nova realidade do processo de formação familiar. Embora o modelo tradicional seja dominante, com quase 23 milhões de famílias nas quais os filhos moram com pai e mãe biológicos, os enteados representam 5,8% do total de casal com filhos (ANDRADE, Hanrikson de. *Citadas pela 1ª vez no Censo 2010, famílias com enteados são 2,5 milhões no Brasil*. 17.10.2012. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/10/17/pesquisa-inedita-do-ibge-mostra-que-mais-de-25-milhoes-de-familias-brasileiras-tem-enteados.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2019).

informal conduz à preocupação sobre a mesma possibilidade de que o exercício dessa autoridade familiar possa transbordar em excessos, inclusive na prática – ou na vulnerabilidade – do fenômeno da alienação parental.

Durante o desenvolvimento do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema da Justiça junto à Universidade Federal do Maranhão, a autora empreendeu pesquisa de campo objetivando preencher lacuna sobre estudos empíricos relacionados à dinâmica da prática da alienação parental no país. Afinal, seria possível a mera importação da teorização de Richard Gardner,¹⁶ idealizador da chamada Síndrome da Alienação Parental, para a realidade do Brasil? Não haveriam matizes próprias da dinâmica familiar brasileira, que demandassem a atualização ou reformulação da teorização sobre o fenômeno descrito por Gardner?

Para responder a tais questionamentos, promoveu-se a aplicação de questionário virtual junto a Plataforma Survio, contendo texto de apresentação, 21 perguntas e texto de agradecimento, disponibilizado o link na rede mundial de computadores, cujos principais resultados serão comentados a seguir.

2 COMPREENDENDO A ALIENAÇÃO FAMILIAR INDUZIDA¹⁷

A pesquisa de campo que será a partir de agora apresentada foi divulgada na internet sob o título “Questionário para Adultos Filhos de Pais Separados”. Escolheu-se o público determinado de filhos de pais separados em virtude de, com este corte, aumentar as possibilidades de alcançar participantes que realmente tenham sido expostos de forma abusiva aos conflitos familiares, base da definição da alienação parental. Durante o período da pesquisa, de 30 de janeiro de 2014 a 4 de março de 2014 (34 dias), foram registradas 1.557 visitas ao questionário, no entanto, somente 134 participantes responderam integralmente às perguntas, configurando a amostra da pesquisa.

Dos 134 participantes, 81 se declararam como residentes no Maranhão (Estado de onde partiu a pesquisa), 14 em São Paulo, 8 no Rio de Janeiro, 6 no Distrito Federal, 4 no Paraná, 4 em Minas Gerais, 3 na Bahia, 2 no Pará, 2 no Rio

¹⁶ Richard Alan Gardner foi o responsável por cunhar o termo “Síndrome da Alienação Parental” para descrever o processo de lavagem cerebral, por ele identificado, em crianças e adolescentes objeto de disputas de guarda por seus genitores junto aos tribunais dos Estados Unidos da América, em meados na década de 1970. O referido psiquiatra observou que as crianças e adolescentes que, antes da separação dos seus pais, não nutriam qualquer ressentimento contra qualquer dos genitores, após a ocorrência da separação, passavam a repudiar a figura do outro genitor, desenvolvendo ódio ou medo fanáticos, sem justificativa em maus tratos ou abusos reais, razão pela qual identificou o conjunto de sintomas da sua chamada Síndrome da Alienação Parental, que representaria o resultado da programação de um dos genitores para romper o vínculo afetivo dos filhos com o(a) ex-consorte. A SAP, porém, até o momento não foi reconhecida pelos órgãos oficiais de Psicologia ou Psiquiatria como um transtorno mental, o que não invalida o reconhecimento do chamado “ato de Alienação Parental” como todo ato de um adulto voltado a interferir na convivência familiar entre crianças e adolescentes e outros adultos que lhe são significantes.

¹⁷ Item extraído da obra de Waquim, em que são apresentados os resultados integrais da referida pesquisa. (WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo da alienação parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

Grande do Norte, 2 no Rio Grande do Sul, 2 no Ceará, 1 no Amazonas, 1 em Santa Catarina, 1 em Sergipe, 1 no Mato Grosso do Sul e 1 na Paraíba.

Do total de participantes, 83 relataram que seus genitores findaram o relacionamento quando possuíam entre 0 a 11 anos, enquanto 34 participantes relataram que isto aconteceu entre seus 12 a 18 anos e 17 participantes apontaram que já possuíam mais de 18 anos quando seus genitores se separaram. É relevante atestar que, destes 17 participantes maiores de 18 anos, 14 se reconheceram, em pergunta posterior, como vítimas de alienação parental, o que pode levantar duas hipóteses: a primeira, de que a prática da alienação parental não deve ser desconsiderada perante filhos maiores de idade, também titulares do direito fundamental à convivência familiar, assim como crianças e adolescentes; e a segunda, de que a prática da alienação parental pode ocorrer quando o casal ainda está unido, ou seja, antes mesmo da ocorrência da separação do casal.

Perguntados se já haviam vivenciado alguma experiência em que alguém da família havia tentado colocar o participante contra outro membro da família (neste momento inicial da pesquisa, evitou-se a utilização do termo “alienação parental” para não influenciar os participantes), 36 pessoas afirmaram não ter vivido nenhuma experiência dessa natureza, enquanto os demais 98 participantes reportaram situações desse jaez, apontando como familiares que tentaram colocar o participante contra outro familiar: mãe, pai, avô/avó, tios, vizinho, prima, madrasta, padrasto. A pergunta seguinte (“E quem sofreu?”) buscou identificar quais familiares sofreram os efeitos dessa tentativa de colocar o participante contra alguém da família, sendo apontados: mãe, pai, avô/avó, irmão, madrasta, padrasto, o próprio participante.

Na pergunta específica sobre a existência de irmãos e de atos de familiares que tentaram obstaculizar a convivência dos participantes com seus irmãos, 43 participantes (cerca de 59%) responderam que possuíam irmão(s), mas que não haviam sofrido qualquer interferência no seu relacionamento com estes, ao passo que 29 participantes (cerca de 41%) relataram experiências de um familiar que interferiu diretamente na convivência fraternal.

Treze participantes relataram atos que a mãe praticou para afastá-los dos irmãos (filhos dos pais) e 1 participante relatou que a própria mãe tentou colocá-lo contra sua irmã mais velha, filha da mesma mãe com outro pai. Um participante indicou a tia materna como praticante dos atos de interferência contra os irmãos e também apenas 1 participante apontou os avós maternos nessa prática. Cinco participantes informaram ter sido o pai quem praticou atos dessa natureza, ao passo que 10 participantes relataram que a madrasta tentou interferir no relacionamento destes com os irmãos por parte de mãe, 1 participante apontou o padrasto e 1 participante relatou que a família do padrasto tentou interferir no seu relacionamento com o irmão unilateral.

Estes dados indicam, por parte dos genitores, a dificuldade que muitos possuem em elaborar o luto da separação e, por parte dos demais familiares, a dificuldade de aceitar e conviver com o cenário de famílias reconstituídas, grande realidade no Brasil.

Dos 85 participantes que confirmaram ter tido ou ter padrasto/madrasta, 35 participantes (cerca de 42%) narram que estes não interferiram no seu relacionamento com seus pais/mães, enquanto 44 participantes relataram que seus padrastos/madrastas praticaram, sim, atos de interferência no relacionamento entre o participante e seu pai/mãe (cerca de 53%). Trinta e um participantes, em suas respostas, referiram-se à figura da madrasta, enquanto 9 se referiram à figura do padrasto.

As razões apontadas pelos participantes para os atos negativos supramencionados foram, em síntese, medo de perder atenção, ciúmes do(a) antigo(a) parceiro(a) (mãe/pai dos participantes), ciúmes do relacionamento entre parceiro e filhos unilaterais, medo de perder recursos financeiros, sentimento de preterição, egoísmo.

Estes dados despertam a atenção para a omissão da cultura jurídica em atribuir responsabilidades aos componentes das famílias reconstituídas quanto aos filhos dos relacionamentos anteriores dos parceiros. Não há previsões legais e nem expectativas alimentadas no seio social para que madrastas e padrastos assumam funções no cuidado, proteção e muito menos manutenção dos filhos exclusivos do parceiro, o que tem dado azo à falta de ética e de responsabilidade quanto à preservação tanto da integridade psicológica quando da convivência familiar de filhos e genitores.

Perguntados se o pai ou a mãe já havia tentado prejudicar o relacionamento do participante com seu padrasto/madrasta, 39 participantes relataram de forma clara que seu pai ou sua mãe já havia tentado prejudicar seu relacionamento com o(a) novo(a) parceiro(a) do seu outro pai/mãe, injustificadamente. Destes, 15 se referiram especificamente à atuação da mãe e 11 se referiram à figura do pai.

Na pergunta “Você sente que seu avô/avó já tentou prejudicar seu relacionamento com o seu pai/mãe [...]”, dos 134 participantes, 28 relataram atos dos avós em que tentaram prejudicar o relacionamento paterno ou materno-filial. Desses, 2 participantes justificaram os atos de interferência dos avós por ser o pai uma pessoa violenta ou que tratava mal a mãe.

Os avós, como bem ressalta Sousa,¹⁸ desempenham atualmente importante papel no âmbito das relações familiares e na consideração do Direito de Família,

¹⁸ SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Direito dos avós. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 25, dez./jan. 2012.

tanto que a figura dos avós está cada vez mais presente nos direitos invocados perante os tribunais pátrios quanto a alimentos, guarda e investigação de relação avoenga. Contudo, muitas vezes os próprios avós entram no círculo de litígio dos genitores quando da separação, exacerbando a prática da alienação parental ou sofrendo suas consequências. Nas separações em que um dos cônjuges for imaturo, seus pais têm influência decisiva no trato com os filhos/netos. Ao revés, muitos avós são punidos por conta da separação dos filhos, ficando privados do contato com seus netos, podendo até serem rejeitados por eles.

Questionados sobre “Por que você acha que esse familiar agiu assim”, as respostas dos participantes permitem identificar que o discurso das mães alienadoras possui como pano de fundo a mágoa sentida, enquanto que o discurso dos pais está mediado pelo sentimento negativo advindo da perda do controle, em virtude da nova constituição de relacionamento pela ex-consorte, o que parece confirmar o resultado da pesquisa de Féres-Carneiro¹⁹ de que os homens enfatizam mais os sentimentos de frustração e fracasso no processo de separação, enquanto as mulheres ressaltam sobretudo a vivência da mágoa e da solidão. Isto ajuda a esclarecer porque as motivações mais apontadas pelos participantes, na seleção das opções disponíveis no questionário (Figura 1), foram “Vingança” (38,81%) e “Disputa de Poder” (39,55%).

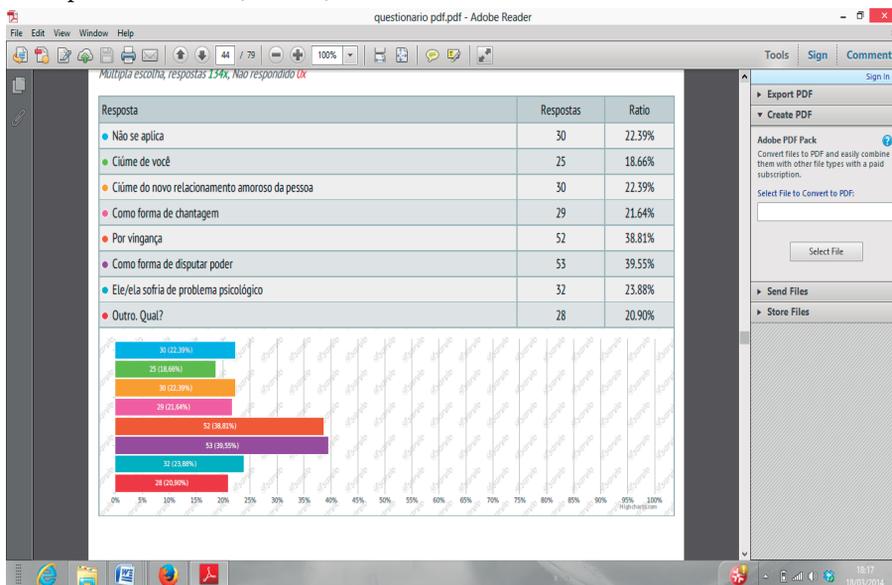


Figura 1 - Motivações dos familiares alienadores
Fonte: elaborado pela autora.

¹⁹ FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Alienação parental: uma leitura psicológica. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

Quando instados sobre “Marque as opções que você recorda ter testemunhado” (figura 2), o “falar mal” do familiar alienado se demonstrou a estratégia mais recorrente para induzir a alienação parental. Não sem razão essa tática se apresenta como a campeã de incidência, pois não implica em maiores esforços a serem despendidos pelo alienador, é de difícil comprovação material perante as autoridades e não possibilita a defesa do alienado, que invariavelmente não está presente para rebater os argumentos do alienador.

A segunda estratégia mais apontada pelos participantes foi a exposição de fatos íntimos e pessoais do relacionamento conjugal aos filhos. A terceira estratégia mais apontada refere-se ao impedimento da realização do afeto por parte da criança ou adolescente quanto ao familiar alienado, pois o familiar alienador se ressentia das manifestações de carinho e vontade de estar junto demonstrada pelo infante.

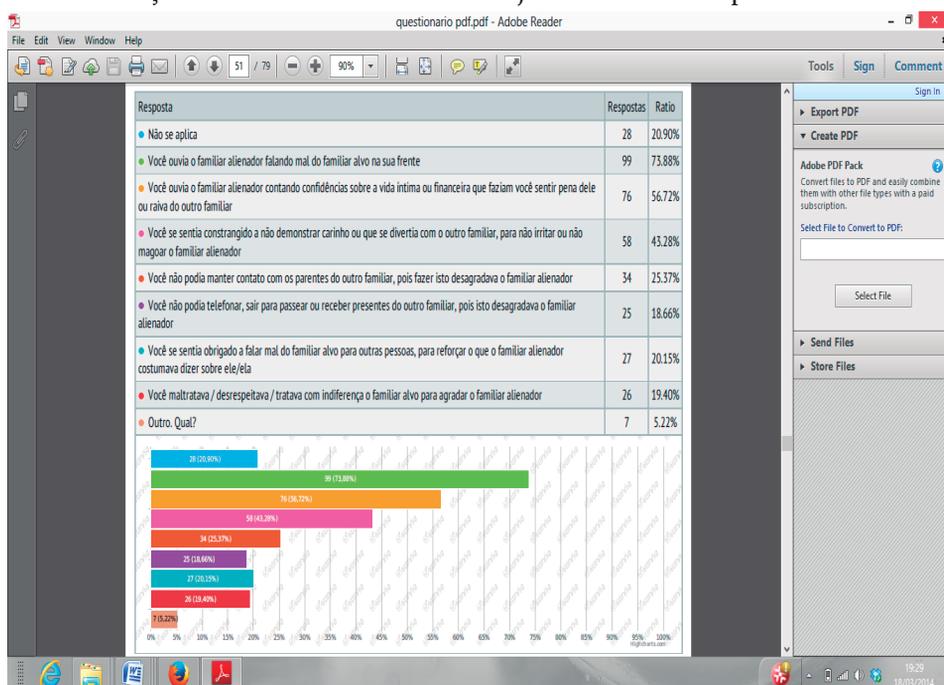


Figura 2 - Atitudes do familiar alienador
Fonte: elaborado pela autora.

Perguntados se achavam os participantes que o comportamento do familiar alvo contribuiu para que o familiar alienador praticasse esses atos, 54 participantes responderam que o comportamento do familiar alvo não contribuiu para que o familiar alienador praticasse esses atos, ao passo que 60 participantes confirmaram que o comportamento do familiar alvo contribuiu para que o familiar alienador praticasse esses atos. Para justificar essa afirmação, alguns participantes relataram

os comportamentos do familiar alvo que acreditam terem contribuído para a alienação.

Os três comportamentos mais apontados pelos participantes foram: (1) o familiar alienado ter se afastado por vontade própria (geralmente em função da constituição de uma nova família); (2) o familiar alienado era omissivo, passivo, evitando confrontos com o familiar alienador; e (3) o familiar alienado também se tornou alienador, gerando um círculo vicioso de agressões e vitimizações.

Do total de 134 participantes, 78 afirmaram de forma contundente que reconhecem prejuízos ao seu bem-estar psicológico, a exemplo: dificuldade em confiar nas pessoas; baixo aprendizado à época na escola; dificuldade em se relacionar com o sexo oposto; insegurança; ansiedade, entre outros.

Diante de todos os dados coletados na presente, o vocábulo específico da “Alienação Familiar Induzida” foi proposto a partir da ampliação dos enunciados que compõem a compreensão psicojurídica da alienação parental. O termo ora sugerido visa estabelecer a distinção necessária entre o gênero alienação parental e as espécies “Síndrome da Alienação Parental”, “Alienação Parental Induzida” e “Alienação Familiar Induzida”.

Entende-se a Síndrome da Alienação Parental como o conjunto de sintomas desenvolvido por crianças e adolescentes que sofrem programação para rejeitar ou temer um dos familiares. Sua validade científica, porém, ainda é discutida, considerando que a referida síndrome ainda não foi reconhecida formalmente pelas entidades de Psicologia.

Por Alienação Parental Induzida entende-se o conjunto de comportamentos de um genitor que visa especificamente prejudicar o convívio do outro genitor com a prole em comum, sem que essa prática interfira na constelação familiar como um todo.

Por fim, a terceira espécie, Alienação Familiar Induzida, deve ser entendida como o conjunto de comportamentos de um ou mais familiares que visa(m) prejudicar o exercício do direito fundamental à convivência familiar entre crianças e adolescentes e outros familiares.

Contrariamente ao significado que evoca o uso do termo “Síndrome da Alienação Parental”, a denominada “Alienação Familiar Induzida” busca focar a análise jurídica do tema no comportamento nocivo do adulto, seja consciente ou inconsciente, que provoque prejuízos ao relacionamento da criança ou adolescente com outro componente familiar, além de despertar a atenção para o fato de que ocorre, nessa situação, um induzimento à rejeição ou ao temor que pode ou não favorecer a instalação da síndrome tal como descrita por Gardner e que representa, esta sim, a interferência na formação psicológica do infante.

Não só crianças e adolescentes, mas todos aqueles membros da família que, por vivenciarem um estado de imaturidade ou senilidade, sejam suscetíveis a processos de programação ou manipulação para afastarem-se de outros membros cuja convivência lhe seria fundamental para manutenção da saúde e segurança, podem ser vítimas da prática da Alienação Familiar Induzida, como o próprio idoso.

Nessas situações, o que se observa é que alguém, em posição privilegiada por ser membro da família ou considerado como tal, aproveita-se da situação de fragilidade física e/ou mental do idoso com o fito de obter vantagens, ainda que para isso precise afastar o idoso daqueles que lhe prestem assistência moral e material. Afinal, em muitos casos “tradicionais” de alienação parental (no contexto de crianças e adolescentes), o interesse de majorar a pensão alimentícia ou de conseguir benefícios financeiros serve de motor para a própria prática da alienação, motor esse que também pode ser vislumbrado na manipulação de afeto de idosos.

Com este exemplo, pretende-se demonstrar a potencialidade do fenômeno, que demanda uma ressignificação dos próprios institutos protetivos à filha e à infância e juventude. Não só genitores como todos os componentes da entidade familiar, pois podem ser alvo da alienação induzida não apenas um pai ou uma mãe, mas irmãos de outro relacionamento, avós, padrastos e todos aqueles membros da família extensa que tenham significância no emocional da criança ou adolescente, o que desqualifica o uso genérico do termo “alienação parental”.

Da mesma forma, a prática da alienação induzida não atinge apenas a figura do outro genitor, isoladamente, mas prejudica o relacionamento do infante com toda a esfera familiar desse genitor, daí por que o vocábulo ora proposto se mostra mais alinhado à realidade dos sujeitos passivos desse mal.

A partir da denominação ora sugerida, o cenário tradicional de deflagração da “Síndrome da Alienação Parental”, em que um dos parceiros faz uso da imaturidade da prole em comum para atingir o antigo parceiro, por meio da interferência no desenvolvimento psicológico do filho, resta superado por uma definição mais abrangente, que não está associado à situação de crise conjugal apenas, nem está adstrito à comprovação dos sintomas enumerados por Gardner quanto às manifestações psicossomáticas da criança ou adolescente.

A sugestão desse vocábulo, assim, intenta tornar o tema mais objetivo, ao elevar como pedra de toque para a atuação das instituições da Justiça o induzimento de um afastamento familiar injustificado, que será a partir de agora tratado como a violação ao direito fundamental à convivência familiar saudável, além de evitar que as discussões (e processos judiciais) sejam prejudicadas pela necessidade de se obter, em definitivo, o diagnóstico da síndrome associada – que invariavelmente escapa ao conhecimento técnico dos membros das instituições do Sistema da

Justiça e que nem sempre pode ser obtido de forma conclusiva pelos profissionais da Psicologia.

Por isso, ampliada a compreensão do fenômeno da Alienação Familiar Induzida, cumpre ressignificar as relações de custódia física e emocional das crianças e adolescentes, especialmente diante das diretrizes constitucionais da proteção integral.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE PARENTALIDADE TÓXICA, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como demonstrado no item anterior, a prática da alienação parental, na dinâmica familiar brasileira, cede lugar ao reconhecimento da Alienação Familiar Induzida como constelação de comportamentos de adultos encarregados da custódia ou que tenham sob sua autoridade (jurídica ou afetiva) o cuidado de crianças e adolescentes ou idosos, e que, valendo-se da vulnerabilidade emocional e psicológica destes, interferem no sadio desenvolvimento da convivência familiar e do estabelecimento de vínculos afetivos com outro(s) familiar(es).

Como bem reflete Montaña,²⁰ essa prática é claramente diversa e variada: pode ser desenvolvida durante a relação conjugal do casal ou pode ser posterior à separação desse; pode se apresentar em ambos os genitores ou apenas em um desses; pode ser desenvolvida pelo pai ou pela mãe; pode ser desencadeada por outro familiar que não os genitores diretos, como avós, tios, padrastos ou madrastas, entre outros. Contudo, a prática de alienação parental está muito mais presente em casos de pais separados e em litígio, nos quais o “guardião único”, empoderado por tal condição, em função dos sentimentos malresolvidos da separação, pratica atos dessa natureza como forma de atingir o outro genitor.

Durante muitos anos, a realidade jurídica brasileira contribuiu para fomentar a prática de alienação parental: a regra jurídica da guarda unilateral e o senso comum jurídico que atribuía às mães – por serem mulheres – o cuidado exclusivo dos filhos, durante décadas alijou os pais e a família paterna do direito à convivência familiar com a prole comum.

Atualmente, as Ciências Psi reconhecem o preconceito que a própria Psicologia fomentou, ao longo do tempo, quando da ênfase à relação da díade mãe/criança como primordial nos estudos de desenvolvimento da criança. Sendo atribuída menor importância ao pai no que tange ao desenvolvimento infantil,

²⁰ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

as teorias da Psicologia acabaram por se ajustar ao tradicional conceito de um pai ausente e distante. A produção psicanalítica muito contribuiu para fazer da mãe o personagem determinante da saúde ou da doença psíquica da criança.

Na coleta dos dados relatados na obra “Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental”,²¹ vários exemplos de parentalidade tóxica foram relatados pelos participantes. Desde discursos em prejuízo à convivência com o outro genitor, como o participante que ouvia de sua mãe que “pai só é pai enquanto dorme com a mãe”; até a atuação de ambos os genitores em promover o conflito de lealdade, como no caso em que “Os pais do participante o faziam escolher com qual dos dois passaria festas e eventos, pois um não podia estar no mesmo local que o outro em virtude das brigas”; até na prática de atos de interferência de forma reflexa, dirigido à pessoa de irmãos unilaterais, como em determinado relato de que o pai do participante “manteve os filhos em casa para forçar a mãe a voltar e, permanecendo separados, proibia que o participante nutrisse carinho ou falasse da mãe em sua presença, ou que fosse amigos dos irmãos por parte de mãe”.

Bem certo que muitos pais, com a separação do casal, demitem-se das suas funções parentais, muitas vezes resistindo até ao cumprimento da obrigação alimentar, porém também é certo que as recentes revoluções socioculturais quanto ao empoderamento feminino (maior participação das mulheres no espaço público) e a superação dos rótulos da masculinidade (com maior participação dos homens no espaço doméstico) influenciaram diretamente em um novo pensar sobre as relações parentais-filiais. Daí a lúcida observação de Calçada: “Da mesma forma que a sociedade, o direito de família mudou sua forma de pensar a relação entre pais e filhos, colocando a convivência com ambos – pais e mães – no mesmo patamar de importância”.²²

Não só os tempos modernos trouxeram um novo pensar sobre as relações parentais-filiais, como também inauguraram o debate sobre a coparticipação de padrastos e madrastas na harmonia do ambiente familiar. Embora existente, desde sempre, o dever ético de contribuir com a boa formação dos filhos do seu(suas) parceiro(a), o dever jurídico não se encontra previsto expressamente na legislação. Todavia, isto significa a irresponsabilidade dos padrastos e madrastas quanto ao bom desenvolvimento biopsicossocial dos seus enteados? Por certo que não.

Ao estabelecer o dever de colocar as crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, o artigo 227 da Constituição Federal não atribui esse encargo apenas aos “pais”,

²¹ WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo da alienação parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²² CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2014, p. 16.

mas sim à “família”, que, por dicção expressa do ECA, engloba tanto a família natural quanto a família extensa.

Por isso, questionar o que é Alienação Familiar Induzida e como ela pode contribuir para ressignificar a relação de guarda/convivência é reconhecer a força latente da família extensa como fonte de ganhos e perdas ao desenvolvimento infantojuvenil, bem como seu potencial de servir de instrumento de cura ou mal-estar.

Ainda que a parentalidade tóxica seja a nota mais marcante do fenômeno, as violações aos direitos à convivência familiar e à integridade psicológica de uma criança ou adolescente não são promovidas apenas pelos genitores (alienação parental), como também pode ser realizadas por outros membros da família, seja com quem detenham com as crianças e adolescentes **vínculos consanguíneos ou meramente afetivos/de afinidade (Alienação Familiar Induzida)**.

Familiares, e não apenas genitores, podem ser praticantes e vítimas de atos de interferência à sadia convivência familiar, representando essa prática, independente do adulto que praticar ou sofrer, graves prejuízos ao desenvolvimento emocional e psicológico do infantojuvenil exposto a essa situação, que representa verdadeira situação de risco (art. 98 do ECA), vez que já foi a ideia padrão de “alienação parental” considerada pela legislação em vigor como violência psicológica, pela Lei n. 13.431/2017.

Com essas reflexões, espera-se despertar a comunidade jurídica para o que significa realmente garantir a proteção integral das crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, como exige o artigo 227 da Constituição Federal, garantindo-lhes que o espaço da família possa cumprir com suas funções afetivas e psicossociais de forma salutar.

4 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Hanriikson de. *Citadas pela 1ª vez no Censo 2010, famílias com enteados são 2,5 milhões no Brasil*. 17.10.2012. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/10/17/pesquisa-inedita-do-ibge-mostra-que-mais-de-25-milhoes-de-familias-brasileiras-tem-enteados.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ANDRADE, Murillo. Reflexões processuais sobre a ação declaratória de alienação parental. In: ANDRADE, Murillo; RICARDO, Rodrigo (Org.). *Alienação Parental: VI Congresso Nacional e IV Congresso Internacional*. Belo Horizonte: Poesias Escolhidas, 2017.

CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2014.

DALBEM, Juliana Xavier; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. *Arq. Bras. Psicol.*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 12-24, jun. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672005000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

DUARTE, Fernando. *Pela 1ª vez, mundo tem 'mais avós do que netos'*. 3 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47799778>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Alienação parental: uma leitura psicológica. In: *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

GOMES, Jerusa Vieira. Família e socialização. *Psicol.*, São Paulo, USP, v. 3, n. 1-2, p. 93-105, 1992. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2019.

LEIRNER, Sheila. 'Mãe tóxica', o assunto que ainda é tabu. *O Estadão*. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/blogs/sheila-leirner/mae-toxica-o-assunto-que-ainda-e-tabu/>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAINETTI, Ana Carolina; WANDERBROOKE, Ana Claudia Nunes de Souza. Avós que assumem a criação de netos. *Pensando fam*. Porto Alegre, v. 17, n. 1, p. 87-98, jul. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494-2013000100009X&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 ago. 2019.

MONTAÑO, Carlos. *alienação parental e guarda compartilhada: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Cynthia Bisinoto Evangelista de; MARINHO-ARAÚJO, Claisy Maria. A relação família-escola: intersecções e desafios. *Estud. psicol.* (Campinas), Campinas, v. 27, n. 1, p. 99-108, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2010000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2019.

SILVA, Daniele Reis e. *EMDR como possibilidade de psicoterapia para o luto: um estudo de caso instrumental coletivo*. 308 f. 2019. Tese (Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Direito dos avós. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 25, dez./jan. 2012.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. *alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. 2.ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo da alienação parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COPARENTALIDADE E EXERCÍCIO DO DIREITO À PROCRIAÇÃO SEM RELACIONAMENTO SEXUAL, UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DEVERES PARENTAIS

Simone Tassinari

Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mediadora de conflitos. Membro do IBDCIVIL e Secretária-Geral Adjunta do IBDFAM-RS.

Sumário: 1. Introdução e apresentação das noções fundamentais. 2. Da vinculação jurídica tradicional entre conjugalidade e parentalidade. 3. Reflexões sobre coparentalidade e seus efeitos. 4. Dos limites jurídicos ao exercício da geração de filhos sem relacionamento sexual. 5. Conclusões e desafios para o futuro. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO DAS NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A expressão “parentalidade” pode ser reconhecida como uma derivação do termo original em inglês *parenting*.¹ Embora tenha o mesmo radical da expressão em português “parentesco”, significa mais do que isso, pois envolve atitudes que os adultos de referência de uma de uma criança – aqueles que convivem com ela no dia a dia e que desenvolvem os vínculos afetivos mais próximos durante os seus

¹ Segundo o dicionário de ideias afins Thesaurus.com, a expressão *parenting* refere-se a: “1. *the rearing of children*. 2. *the methods, techniques, etc., used or required in the rearing of children*. 3. *the state of being a parent; parenthood*. 4. *of or concerned with the rearing of children: good parenting skills*.” (Disponível em: <<http://www.dictionary.com/browse/parenting>>, Thesaurus.com. Acesso em: 29 abr. 2018). Tradução livre da autora: “1. criação de filhos. 2. os métodos, técnicas, etc., usados ou requeridos na criação de crianças. 3. o estado de ser pai ou mãe; parentalidade. 4. ou preocupado com a criação de filhos: boas habilidades parentais.”.

primeiros anos de vida. Abrange as atitudes de cuidar, fortalecer a autonomia, oferecer estímulos, amar, educar, impor limites, enfim, preparar a criança para os desafios e oportunidades da vida atual e adulta.

Há uma expectativa social e jurídica que atribui, primeiramente, aos pais biológicos as responsabilidades por facilitar o desenvolvimento de seus filhos nos níveis social, intelectual, físico e psicológico, entretanto a parentalidade pode ser desempenhada por outros adultos que sejam responsáveis pela criança. Embora se constate que há variações culturais decorrentes do exercício da parentalidade, podem-se destacar duas dimensões para esta noção, uma relacionada às atividades e outra, às áreas funcionais. No âmbito das atividades, estão aquelas realizadas pelo adulto de referência relacionadas aos cuidados físicos, emocionais, sociais, a educação, a disciplina e o desenvolvimento da criança. Nas áreas funcionais estão os aspectos relacionados à saúde física, saúde mental, ao comportamento social, funcionamento cognitivo tanto do adulto de referência quanto da criança.

Para o desenvolvimento saudável de uma criança ou um adolescente são essenciais as interações de parentalidade. Na Psicologia, define-se como parentalidade “um conjunto de atividades propostas no sentido de assegurar a sobrevivência e o desenvolvimento da criança, num ambiente seguro, de modo a socializar a criança e atingir o objetivo de torná-la progressivamente mais autônoma”.²

Constatada a relação entre o exercício da parentalidade e crescimento saudável, muitos autores procuraram investigar quais seriam os fatores a serem considerados como positivos ou negativos neste aspecto.³ E, em alguns modelos, já se podem apresentar alguns fatores significativos desta relação.

No modelo proposto por Barroso e Machado,⁴ adaptado de Belsky, encontram-se presentes os seguintes determinantes para exercício da parentalidade: a

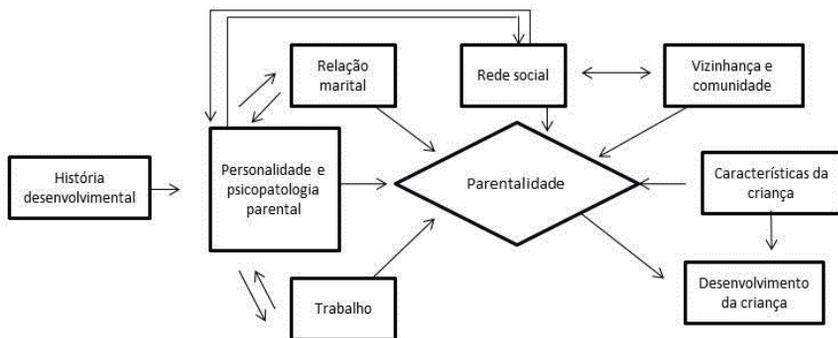
² BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 17.

³ Nesse sentido, é consenso entre os pesquisadores que o conflito conjugal pode se expressar em problemas no desenvolvimento saudável dos filhos (Gerard, Krishnakumar, & Buheler, 2006; Margolin, Gordis, & Oliver, 2004). Igualmente, estudos têm documentado as associações entre a qualidade do relacionamento conjugal e a relação parental (Mosmann, Zordan, & Wagner, 2011) e, apesar de as variáveis da conjugalidade e da parentalidade atuarem de forma interdependente, aquelas do subsistema conjugal são preditoras de consequências no subsistema parental. Entre as variáveis preditoras, alguns autores destacam a adaptabilidade e a coesão (Davies, Cummings, & Winter, 2004a; Olson, 2000) e a satisfação conjugal (Mosmann et al., 2011).

Uma pesquisa realizada em 2008, com 149 casais com filhos adolescentes, traçou um perfil discriminante entre variáveis da relação conjugal e os estilos educativos parentais. Os resultados obtidos comprovaram que os casais com maiores níveis de coesão, adaptabilidade e satisfação conjugal caracterizam o estilo educativo parental autorizante, altamente responsivo e exigente, e o estilo indulgente, em que existe proximidade afetiva, porém, não se consegue monitorar e estabelecer limites aos filhos (Mosmann, Wagner, & Sarriera, 2008). Esses resultados evidenciam que o equilíbrio entre coesão e adaptabilidade conjugal e a resolução satisfatória dos conflitos conjugais podem estar associadas ao estilo educativo autorizante. Nesse sentido, o estudo corrobora o que a literatura tem apontado sobre as características da interação entre o casal de cônjuges perpassar a relação entre pais e filhos (Gerard et al., 2006; Margolin et al., 2004). (MOSMANN, Clarisse Pereira; COSTA, Crístopher Batista da; EINSFELD, Priscila; SILVA, Allana Gessiele Mello da; KOCH Cristiane. Conjugalidade, parentalidade e coparentalidade: associações com sintomas externalizantes e internalizantes em crianças e adolescentes. *Estudos de Psicologia*, Campinas, n. 4, v. 34, out./dez. 2017).

⁴ BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 16-33.

personalidade e as psicopatologias parentais, o trabalho e a qualidade relação marital, rede social, vizinhança, além das próprias características das crianças. Ou seja, segundo os autores há fatores que determinam significativamente o exercício da parentalidade, e que, portanto, influenciam no desenvolvimento infantil.



Modelo de Belsky: determinantes da parentalidade. Adaptado de Besiki (1984), Belsky e Vonfra (1989) e Belsky e Jafee (2006)

Figura 1: Determinantes de parentalidade.⁵

Em um modelo mais contemporâneo de investigação, desenvolveu-se o conceito ecológico de parentalidade proposto por Kotchick e Forehand (2002) e Luster e Okagaki (2005), também trabalhado por Barroso e Machado.⁶ Nele, verifica-se uma maior complexidade nas redes de relações de parentalidade e, portanto, uma maior rede de abrangências capazes de influenciar significativamente o desenvolvimento infantil.

O mapa procura apresentar contexto social, rede familiar, as questões relacionadas à própria criança, o exercício efetivo da parentalidade e também os próprios pais. Destacam-se como conteúdo relevante para reflexões neste artigo as situações atinentes aos pais: o relacionamento marital, a história de vinculação dos mesmos, os eventos da vida, os locais de trabalho, equilíbrio financeiro, crenças sobre educação infantil, bem-estar psicológico em geral, habilitações educacionais, o estresse familiar, além das doenças e da rede de suporte.

⁵ BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 23.

⁶ BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 16-33.

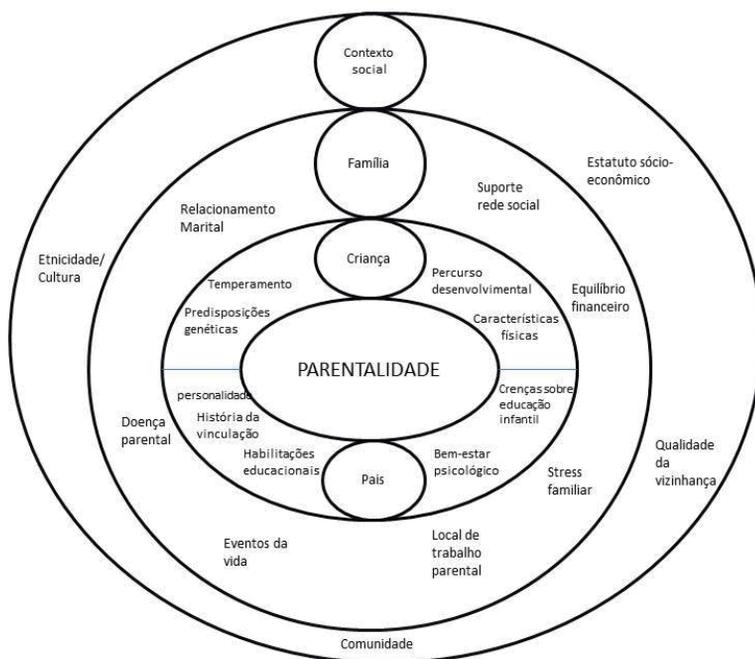


Figura 2: Modelo Ecológico de parentalidade adaptado de Kotchick e Forehand (2002) e Luster e Okagaki (2005).⁷

Estes esquemas, da área da saúde mental, destinam-se a investigar a parentalidade em geral, entretanto, ganham maior complexidade no momento da ruptura conjugal, pois além do exercício da parentalidade individual, há necessidade de acomodar as relações conjuntas relacionadas ao exercício parental. Nesta situação especial da vida há seres humanos com memórias de falência conjugal, raivas mútuas, ou, no mínimo, sensação de falência marital.

O exercício de parentalidade conjunta após o encerramento do vínculo conjugal recebeu a designação de coparentalidade. Tradicionalmente, o termo coparentalidade esteve destinado a designar o vínculo que subsiste após a dissolução de uma sociedade marital,⁸ ou família civil.⁹ Trata-se do momento em que os pais deixam de ser cônjuges ou companheiros para dedicar-se à parentalidade conjunta com relação aos seus próprios filhos.

⁷ BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 25.

⁸ Entende-se como tal o vínculo afetivo-sexual que originou o grupamento familiar, esteja ele enquadrado no *status* jurídico de casamento, união estável, família simultânea, poliafetiva, ou outra.

⁹ Exemplo disso é a publicação específica: MSW, Peter K. Gerlach, MSW, Peter K. Build a Co-Parenting Team: After Divorce Or Remarriage. USA: Xlibreis Corporation, 2002.

As noções de parentalidade e a própria coparentalidade também foram apresentadas em sua dimensão ecológica.¹⁰ Segundo o autor, esta última pode ser definida como a relação entre os genitores na partilha de deveres e cuidados com os filhos. A relação coparental está associada ao manejo e suporte dos cuidados do filho que os genitores têm entre si na díade coparental, sem envolver dimensões da conjugalidade e da parentalidade individual.¹¹ O termo também tem origem na língua inglesa no vocábulo *co-parenting*.

Entretanto, o desenvolvimento da sociedade apresenta outro sentido para o termo, pois o relaciona às escolhas de procriação conjunta sem vínculo afetivo ou amoroso. Em 2013, o *New York Times* publicou reportagem intitulada “Making a Child, Minus the Couple”,¹² que apresentou o desejo de procriação de dois seres humanos – um homem e uma mulher – ele, homossexual e ela heterossexual. Esta modalidade familiar vem sendo nominada de *Family by design*, ou, simplesmente famílias coparentais.¹³ Em síntese, pessoas que desejam procriar, mas que refutam um elo afetivo de caráter amoroso, disponibilizam-se na *internet*, em bancos de dados específicos para esta finalidade,¹⁴ preenchendo formulários que contêm informações amplas com características, predileções, desejos e disponibilidades. O banco de dados, por meio de um algoritmo, realiza o cruzamento destas informações, oferecendo, a cada um, perfis que seriam considerados “compatíveis” com a proposta inicial. Afasta-se a tradicional correlação entre vínculo de conjugalidade e vínculo de parentalidade.

2 DA VINCULAÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL ENTRE CONJUGALIDADE E PARENTALIDADE

Historicamente, na Grécia antiga, a noção de família esteve ligada à sobrevivência, à satisfação das necessidades mais básicas humanas, sendo esta tarefa a que reinava sobre todas as atividades do lar.¹⁵ A família do século XIX

¹⁰ FEINBERG, M. E. The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention. *Parenting: Science and Practice*, n. 3(2), p. 95-131, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1207/S15327922PAR0302_01>. Acesso em: 01 mar. 2016.

¹¹ FEINBERG, M. E. The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention. *Parenting: Science and Practice*, n. 3(2), p. 95-131, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1207/S15327922PAR0302_01>. Acesso em: 01 mar. 2016.02_01 [Links]

¹² Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/02/10/fashion/seeking-to-reproduce-without-a-romantic-partnership.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

¹³ Em estudo recente, o pesquisador Guilherme Wusch apresentou a tese “Do suporte fático ao suporte constitucional como fundamento para o desvelar biotecnológico das famílias contemporâneas: os contratos de co-parentalidade nas famílias design entre a estirpe tradicional e a façanha internética”. No programa de pós graduação da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em 2017. A tese está disponível na íntegra em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6258/Guilherme+W%C3%BCnsch_.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁴ Nos Estados Unidos, existem muitas plataformas especializadas nesta vinculação, como exemplos: PollenTree.com, Coparents.com, Co-ParentMatch.com, MyAlternativeFamily.com, Modamily.com. Com abrangência nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Sul da África, destaca-se a plataforma <<https://www.coparents.com/>>. No Brasil, há cerca de 12 comunidades no Facebook destinadas a esta finalidade, as maiores com 1.826, 1.774 e 904 membros. Além disso, é possível encontrar esta modalidade familiar em comunidades de Portugal, Barcelona, Chile, Equador, com a simples busca pela expressão “coparentalidade”.

¹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 40

teve na função procriacional seu objetivo principal.¹⁶ Cumprindo os desígnios do Código Canônico,¹⁷ sob a máxima do “crescei-vos e multiplicai-vos,” encontrava nos filhos a tarefa de apresentar-se como núcleo de representação social, sendo responsabilidade familiar a formação de bons cidadãos e patriotas conscientes. Nela, as funções do feminino e masculino estavam bem definidas e, não raras vezes a escolha do parceiro era realizada pelos pais, representando muito mais uma aliança do que vínculo afetivo amoroso.¹⁸ Seguramente, [...] não se pensava em termos de amor, de escolhas movidas por reciprocidades afetivas. Interesses econômicos, envolvendo sobrevivência, conforto e riquezas, justificavam tais transações. A ninguém era dado se rebelar.¹⁹

O final do século XIX assistiu uma culminação de um processo de dissociação ligado à noção de felicidade. Ideias “como ser a gente mesmo”, “escolher a profissão, os amores”, resistir às decisões paternas, desejos de casar por amor, ser independente e criar passaram a povoar o imaginário social.²⁰ E, no século XX, a partir das noções de felicidade individual, retomada do hedonismo e desenvolveu-se o que se concebe, hoje, como família formada a partir amor romântico, do vínculo de afeto e da autossatisfação.²¹

No sistema jurídico brasileiro, a codificação civil de 1916, embora não fizesse referência às escolhas individuais, solidificou seu Direito de Família sobre as bases da legitimação do matrimônio. Nuclear, heterossexual, monogâmica, hierarquizada, patriarcal e essencialmente matrimonializada e indissolúvel, a família burguesa estendia legitimação à prole oriunda do casamento e deixava fora de tutela quem não satisfizesse a unicidade de formação familiar esperada pela legislação. A distinção entre os filhos assegurava direitos somente aos oriundos do matrimônio. Ou seja, havia uma indissociável conexão entre o vínculo de conjugalidade e o de parentalidade. Para ter acesso aos direitos, os filhos deveriam vir concebidos na constância das justas núpcias, ou pelo menos, deveriam ser legitimados por elas.

De certa forma, o conjunto de direitos da filiação era deferido e aumentado não por sua própria definição, mas por vir fixado a partir de uma “escolha”

¹⁶ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos reflexões para o futuro*. Rio de Janeiro: Abril, 1993, p. 76.

¹⁷ Esse direito é reconhecido explicitamente no Cãnon 1058, fazendo cumprir a missão estabelecida no livro dos Gênesis 1,28 e 2,24. (Vide HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu: lições e direito matrimonial canônico*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 69).

¹⁸ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos reflexões para o futuro*. Rio de Janeiro: Abril, 1993, p. 77-78.

¹⁹ ANTON, Iara L. Camaratta. *A escolha do cônjuge*. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 30.

²⁰ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos reflexões para o futuro*. Rio de Janeiro: Abril, 1993, p. 78-79.

²¹ Evidentemente, o amor enquanto tal não é um princípio novo – ele habita a humanidade desde que Ela existe. O que é novo, como dissemos, é sua introdução, sob a forma de paixão como ideal, na vida cotidiana da família, na qual, antigamente, ele não era bem-vindo. [...] Inicialmente, trata-se de um sentimento que tende a se tornar universal, pelo menos nas civilizações que se afastaram da lógica tradicional do casamento por conveniência. [...] talvez o essencial seja o seguinte: quando instalado, mesmo que apenas como ideal, ou realidade, na vida cotidiana e familiar, o amor compromete a totalidade do ser humano. Como a água ou o ar que se respira, ele se infiltra por toda a parte, ele irriga a todos os compartimentos do jogo da existência, ele toma conta de todas as dimensões. [...] O amor, pelo menos quando ele toma conta de nós, nos acompanha por toda a parte. Onde quer que estejamos e não importa o que façamos, acontece de pensarmos naqueles que amamos, em nossos filhos, em nossos parentes, nas paixões que nos habitam e nos levam a refletir na construção de nossa vida. (FERRY, Luc. *A revolução do amor*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 248-249).

realizada pelos pais. Cada um dos filhos não poderia receber a gama de proteção legislativa. Estas estavam prefixadas a partir do conjunto de relações jurídicas realizadas pelos genitores. Se casados os pais, filhos legítimos ou legitimados *a posteriori*. Se não, apenas filhos naturaes (*sic*). Ou, caso os genitores já tivessem sido casados, concederiam ao filho o título vexatório de espúrio.

Exemplo disso pode ser dado a partir de decisão interessante do Supremo Tribunal Federal sobre a legitimidade ou não de filho nascido de mulher divorciada com homem solteiro.

Recurso Extraordinário 2323

Ementa: Casamento; indissolubilidade do vínculo matrimonial. – Filhos adulterinos; sua filiação. Sendo indissolúvel, segundo o nosso direito, o vínculo matrimonial, são adulterinos os filhos de mulher desquitada e como tal, ficam desprovidos de ação contra o pae (*sic*) ou seus herdeiros para pleitear o reconhecimento de filiação. [...] o desquite não faz cessar o vínculo matrimonial, apenas separa pessoas e bens, mantido o dever de fidelidade. (...) O Código Civil Brasileiro, a exemplo de outras legislações separou nitidamente os filhos simplesmente naturaes (*sic*) dos filhos espúrios, compreendendo (*sic*) nestes os adulterinos e os incestuosos. (REVISTA JUSTIÇA, 1933, Rex 2323).

Ou seja, o filho, não tem qualquer responsabilidade ou influência no que tange a sua condição jurídica. O fato de um de seus pais ter sido casado anteriormente envenena sua legitimidade, contamina seu *status* perante o Direito para sempre. E, naquela época, restava sem ação para reconhecimento de outro modo. Paulatinamente, a legislação foi abandonando o regime discriminatório de filiação até suprimir absolutamente todas as distinções, com a disciplina jurídica da Carta Constitucional de 1988. Entretanto, embora a Constituição tenha determinado a igualdade plena entre os filhos e a liberdade para constituição familiar, foi somente em 2010, a partir de uma leitura prospectiva da mesma que o rol do art. 226 foi lido de forma exemplificativa e que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que há norma geral inclusiva e não exclusiva em tal dispositivo.

A noção de família mudou, e no que tange às mudanças podem-se identificar três grandes grupos: (a) um que atinge a formação familiar no ambiente das opções de autorrealização e autorregulação, pois diz respeito às escolhas relacionadas à sexualidade, desenvolvimento de vida em par, em conjunto, com conjugalidade, companheirismo, ou mesmo sem eles. Trata-se de um primeiro grupo pautado por, pelo menos, dois princípios basilares o da liberdade de constituição e desconstituição familiar e o do livre desenvolvimento da personalidade. Para facilitar a compreensão, opta-se por denominar de “conjugalidade” este vínculo que une relações afetivo-sexuais de família, seja ele unido ou não pelo matrimônio, nas mais plurais formas que a contemporaneidade admite. O (b) segundo grupo

de mudanças diz respeito aos vínculos de parentesco. Neste aspecto, princípio da liberdade de planejamento familiar e nas escolhas familiares. Todavia, destaca-se, encontra-se densificado no estabelecimento de vínculo parental – no sentido de constituir-se em pai e mãe – tem-se vínculo perene, por conta do princípio da maternidade e paternidade responsáveis, aliados ao princípio da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes. Esta vinculação receberá, para fins deste artigo, a denominação genérica de vínculo parental. Já o (c) terceiro grupo de alterações importa na mudança de paradigma que pode atingir tanto os vínculos de conjugalidades quanto o de parentalidade, com propostas, eventualmente, ainda nem apresentadas à sociedade, ou mesmo com opções de não procriação, e grupamentos solidários de convivência comunitária, sem relações amorosas.

O espaço para afirmar o livre desenvolvimento da personalidade individual e na família estava aberto. Nas últimas décadas, o vínculo afetivo é o que tem recebido atenção jurídica no Direito brasileiro, a ponto de afirmar-se a afetividade como valor jurídico relevante e fundamental para a formação familiar. Neste sentido, estudos sobre afetividade desenvolvem-se afirmando a singular a alteração do enfoque que se exige do direito de família: que sua centralidade vá da família como instituição, para o sujeito, como pessoa (o interesse primordial deve ser a realização existencial de cada um dos integrantes da família).²² E o mesmo autor afirma, que “a família deve ser plural e eudemonista, um verdadeiro instrumento para satisfação afetiva das pessoas”.²³

Não mais, parece possível a concessão de legitimidades apriorísticas aos seres humanos por elementos externos a eles e vinculados a outros sujeitos. Escolher qual modalidade familiar satisfaz a noção de felicidade individualmente perseguida por cada um dos seres passa a ser núcleo central do Direito de Família brasileiro. Outros princípios regem esta relação que não o da exclusão. Diante da mudança de paradigma, houve necessidade de uma concepção instrumental da comunidade familiar, um novo cenário axiológico é redesenhado pelo texto constitucional, firmando-se o Direito de Família brasileiro sob um robusto tripé composto pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade familiar.²⁴

Afirmou-se na afetividade um sentido objetivo capaz de construir significados na contemporaneidade. A jurisprudência tem se dedicado a este tema e, por vezes, não encontra sentido uniforme. Guilherme Wunsh²⁵ (2017, p. 289) realizou pesquisa de fôlego procurando encontrar no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, os usos para a afetividade e em quadro esquemático resumiu, que segundo os dados levantados

²² CALDERON, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

²³ CALDERON, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

²⁴ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 35-36.

²⁵ Guilherme Wunsh (2017, p. 289)

na modalidade de censo, a afetividade apresenta-se “como o centro de realização humana na família (proposição), em que “não seria possível de se reconhecer família sem afeto (garantia)”.

Entretanto, ao tratar do tema da família coparental – que o autor preferiu intitular como família biotecnológica (WUNSCH, 2017, p. 289),²⁶ resta a pergunta de quais os limites interpretativos da questão da afetividade, uma vez que na formação, a família coparental parece estar mais distante da afetividade e vinculada às relações contratuais?

Pietro Perlingieri parece oferecer reflexão vantajosa ao tema, ao apresentar a noção da família instrumento, vinculando livre desenvolvimento individual e reciprocidade de interesses dos demais conviventes.

A unidade da família exprime o momento essencial da comunidade, é que torna ‘comum’ (justamente, no sentido de ‘unitária’, não certo de ‘ordinária’) a vida de cada componente do grupo familiar. Desse modo não se corrói a função serviente da formação social, mas antes se evidencia o momento da responsabilidade, o fato que o interesse individual de cada um, encontre o fundamento no próprio livre desenvolvimento, em constante reciprocidade com os interesses dos outros conviventes. [...] que deve perseguir a função social à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida. A unidade torna-se o mais genuíno instrumento para a atuação do respeito, pleno e integral, da personalidade dos cônjuges e da prole: o fundamento no qual se inspira para uma interpretação moderna das exigências da tutela do sujeito no âmbito da comunidade familiar.²⁷

Afirma-se, portanto, o interesse individual e de cada um com fundamento no livre desenvolvimento e em constante reciprocidade com os demais. Destacam-se os interesses mútuos, a liberdade, a reciprocidade e a satisfação dos membros da família.

Assim, a sistemática da família coparental contemporânea parece alinhar-se a outros princípios tão dignos quanto o da afetividade. De modo prático, a formação da família coparental exige dois projetos individuais de procriação, com disponibilidade de participação parental e planejamento do *modus operandi* da coparentalidade, na via pactual. O sistema de busca de alguém compatível para este projeto parental específico é o tecnológico, pois se utiliza do ferramental altamente pulverizado e impactante que é a internet – entretanto, poderia

²⁶ WUNSCH, 2017, p. 289

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 251-252.

utilizar outro – como a proposta entre amigos e o seu círculo de relações. Cada um dos candidatos a pais (pai e mãe) busca outro ser humano que tenha os mesmos interesses, pois declinam o relacionamento padrão afetivo-amoroso com aquele par específico. Da mesma forma rechaçam qualquer espécie de “produção independente”. Ao colocar-se disponível para criação da família coparental, deseja-se a parentalidade conjunta (no sentido como trabalhado no item 1 deste artigo). E, por via factual, refletem e densificam juridicamente suas expectativas.

Pietro Perlingieri reafirma a situação múltipla familiar, a partir dos seus próprios vínculos. Para ele, “a situação do indivíduo é complexa, comporta tanto direitos como deveres em relação aos componentes do núcleo familiar, uns e outros fundados na unidade e na solidariedade familiar e nas obrigações juridicamente relevantes”.²⁸ E, ao afirmar o espaço de atuação em que estes deveres e direitos se impõem, afirma ser “nas especiais relações (de cônjuge, de filiação) reforçadas pela convivência”.²⁹ Ou seja, se outrora a legitimação jurídica da filiação esteve totalmente conectada com a conjugalidade, os dias contemporâneos separam-se tais vínculos. Um feixe de direito e deveres decorre o vínculo de conjugalidades e outro feixe decorre da filiação. Esta cisão abre espaço para arranjos familiares anteriormente não pensados pelos juristas.

Destacam-se, portanto, dois momentos significativos da história familiar contemporânea, o primeiro em que as pessoas serviam à instituição e o segundo, no qual a função *serviente* é da família para com seus indivíduos e de cada um para com os demais. Houve alteração nos modelos familiares, isso é fato. E, a partir deles, também se constatam mudanças nas funções tradicionais dentro da família, entre elas, a forma de interação entre os membros. Isso sem referir às alterações trazidas pelo desenvolvimento tecnológico que relativizam o tempo e o espaço familiar.³⁰ É este o caso da família com parentalidade conjunta e sem vínculo afetivo-sexual.

Entretanto, se no âmbito da vinculação inicial a família coparental apresenta-se embasada nos princípios da autodeterminação, decorrente de autonomia privada, com interesse na autossatisfação existencial de cada um dos membros e conjunta, também é fato que a pactuação para procriação tem por objetivo final a existência humana de um terceiro. Neste sentido, cumpre refletir quais os limites e possibilidades desta modalidade familiar no que tange à criação e manejo destes vínculos.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 849.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 849.

³⁰ Hoje, é possível afirmar família com convivência estreita em locais completamente distintos do globo terrestre e vivendo em horários também diferentes, uma vez que a conexão síncrona por meio da internet torna isso possível. Não há mais temporalidades fixas e nem grupos espaciais fixados. Tem-se, portanto, uma das reflexões trazidas na obra *I-family*, de Conrado Paulino da Rosa.

3 REFLEXÕES SOBRE COPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS

A família coparental propõe-se à procriação mediante combinados prévios – devidamente instrumentalizados ou não por pacto jurídico. Nas plataformas que intermediam as relações coparentais há destaque de vantagens deste vínculo. São elas:

– Seu filho pode crescer ao lado de seus pais biológicos. Ao contrário da adoção ou da doação anônima de esperma, ele ou ela sabe de onde vêm, o que os ajuda a construir sua própria identidade.

– Ter um filho com um coparente reduz os encargos legais e administrativos, já que este é um arranjo particular.

– Você pode realmente ter tempo para encontrar um copai com a mesma mentalidade e confiança e, portanto, oferecer um ambiente estável e amoroso ao seu filho.

– Se você estiver procurando por um pai / mãe, é essencial que você reserve um tempo para selecionar a pessoa com quem você terá um filho. Seu pai deve ser confiável e responsável. Eles devem ser alguém que você respeita e aprecia, alguém que você seria feliz em ter e criar um filho com, pelo menos durante a infância.³¹

Sobre os combinados jurídicos, as plataformas americanas apresentam modelos de contratos parentais, com elementos significativos para o acordo, até mesmo na modalidade de *template*.³² De acordo com o modelo originado na plataforma *Family by design*, são dados importantes de discussão e devem integrar o pacto os seguintes elementos: dados das partes, história dos mesmos relacionados à coparentalidade, cláusulas para estabelecer a substância do acordo, as intenções com relação ao resguardo dos direitos em relação ao filho, se serão direitos iguais ou distintos, as obrigações para com o filho, a declaração de parentesco legal, ou não, o espírito a partir do qual se relacionam, tais quais mútuo respeito, honestidade, comunicação aberta, cooperação entre outros, objetivos comuns para os filhos, funcionamento da coparentalidade, nome da criança, certidão de nascimento, residência (inicial, após infância, se permanecerão na mesma cidade, ou não), direito de visitas e compartilhamento do tempo, tempo de férias,

³¹ No original: “There are many advantages to co-parenting: - Your child can grow up alongside each of their biological parents. Unlike with adoption or anonymous sperm donation, he or she knows where they come from, which helps them to build their own identity. Having a child with a co-parent reduces legal and administrative burdens, as this is a private arrangement. The opposite is true with adoption or surrogacy. - You can really take the time to find a like-minded and reliable co-parent and, therefore, offer a stable and loving environment to your child. If you are looking for a co-parent, it’s essential that you take the time to select the person with whom you will have a child. Your co-parent should be trustworthy and responsible. They should be someone you respect and appreciate, someone you would be happy to have and raise a child with, for at least the duration of their childhood.” (Disponível em: <<https://www.coparents.com/>>-. Acesso em: 30 abr. 2018).

³² Disponível em: <<http://familybydesign.com/content/wp-content/uploads/2012/10/FBD-Co-Parenting-Agreement.pdf>>-. Acesso em: 30 abr. 2017.

aniversários e feriados, questões de cuidados, doenças e situações operacionais em dias de emergências, tempo com a família extensa, autoridade para decisão sobre saúde, hábitos de televisão, maneiras à mesa, entre outros.

Também destacam que devem ser incluídas no pacto as questões relacionadas às finanças e gastos – divididos em geral, cuidados, educação, de saúde, atividades extraclasse, contribuições para poupanças futuras, deduções de impostos e reembolsos. As expectativas relacionadas à religião, educação, uso de disciplina, dieta, animais de estimação, promoção de estabilidade na vida do filho (tema de casa, inclusão com relação aos pares afetivos dos pais. Apontam que as partes devem pensar nos planos de contingência, situação de morte ou incapacidade de um dos coparentes. Com relação à vida futura dos pais, como relacionamentos amorosos, situações financeiras, mudanças para lugares distantes, novas paternidades/maternidades. Entendem ser necessárias reuniões regulares para revisão do acordo, por conceber que o instrumento é mutável e, como tal, merece definição para futuras revisões conjuntas.

Ao final, apresentam a necessidade de oferecerem formas de resolução de conflitos futuros, como intervenção de conselheiros, mediadores, ou advocacia colaborativa, arbitragem e os custos para estas disputas. Por fim, informam as opções legislativas elencadas para o acordo especificamente, com ou sem homologação judicial.

Tem-se, como se vê, uma ampla gama de liberdade de ajuste decorrente da autonomia privada das partes. Entretanto, destaca-se que o modelo americano comporta ajuste de vontade relacionado aos mais variados termos de parentalidade. A liberdade de contratação na coparentalidade é inversamente proporcional ao modelo de intervenção estatal para este tema. Se a Ordem Jurídica americana respeita e assegura pactos desta natureza com tamanha dimensão de tratativas, o mesmo não se pode dizer do Direito brasileiro. Questiona-se, portanto, quais os limites deste pacto com relação à ordem jurídica nacional?

Em um primeiro momento destaca-se que o pacto de coparentalidade não apresenta a mesma natureza jurídica de um contrato negocial, posto que trabalha com bens jurídicos outros que precisam ser interpretados na lógica familiarista e não o direito obrigacional puro. Por esta razão, optou-se pela expressão pacto e não contrato.

Se com relação ao ajuste de formação familiar, a ordem jurídica brasileira adere ao princípio da liberdade aliado à dignidade,³³ o que concretiza a noção de que neste especial, a intervenção estatal deve ser subsidiária à vontade dos integrantes da família, o mesmo não se pode afirmar com relação à parentalidade. O princípio

³³ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado do Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 475-501.

basilar desta disciplina é o do melhor interesse da criança e do adolescente. O legislador brasileiro dispôs que cabe aos pais o exercício do poder familiar, podendo exigir-lhes respeito, obediência e até mesmo restringir-lhes liberdade, com a finalidade de atender ao seu melhor interesse.³⁴

Aqui, tem-se um hábito estatal interventivo.³⁵ Não raramente, o Estado evoca para si, por meio de disciplina legal, ou mesmo decisões judiciais, o direito de decidir sobre certas questões, principalmente, no que toca a tutelar situações de vulnerabilidade, decidindo sobre a permanência ou não na companhia dos pais, o tempo de convivência com cada um, o *quantum* devido de alimentos, entre outros. Se por um lado isso se justifica pela função promocional de proteção à infância e à adolescência, de outro, a heteronomia na autoridade parental deve ser exceção. Entende-se que o melhor interesse da criança esteja inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, o conseqüente respeito a sua dignidade.³⁶ Não há como justificar o hábito interventivo, como se o Estado sempre soubesse o que é melhor para os infantes.

Tem-se, portanto, uma importante conclusão de que nem sempre o melhor interesse da criança coincidirá com a vontade estatal, ou mesmo com a vontade do infante ou adolescente. A análise necessita ser tópica e calcada nas vicissitudes de cada caso.³⁷

Sob este ponto de vista, as implicações jurídicas atinentes à parentalidade ora estarão mais vulneráveis à autonomia privada, ora não. Por vezes, os Estados fixou limites claros de autonomia sobre os quais as opções podem ocorrer,³⁸ outras, afirmou a garantia pontualmente.³⁹ E isso não diz respeito à forma como os pais se conheceram – se por coparentalidade ou não – ao contrário – destina-se a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente e este segue sendo o princípio fundamental para nortear estas questões.

Os principais efeitos decorrentes das responsabilidades parentais dizem respeito à fixação do poder familiar e suas conseqüências, como sustento, guarda e educação, o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, fixação da base de residência se os pais não vivem sob o mesmo teto, fixação do regime de guarda. E, especificamente, fixação do regime de convivência familiar, incluindo-se a família estendida, fixação dos alimentos e a forma como serão

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 17, n. 5, jan./mar. 2004

³⁵ Em pesquisa em desenvolvimento, destaca-se o volume de decisões interventivas nesta área. No prelo.

³⁶ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família* – limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 121.

³⁷ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família* – limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 122.

³⁸ Tem-se como exemplo as modalidades de guarda que podem ser definidas pelos pais para concretizar as melhores opções para os filhos.

³⁹ Com relação à existência do vínculo de filiação, não cabe à vontade privada renúncia ou mesmo redução de conceito. Uma vez que filho é, mesmo que se discipline por contrato o “abrir mão da paternidade ou maternidade,” isso não é possível na Ordem Jurídica pátria. A garantia constitucional prevista no artigo 227 CF assegura prioridade absoluta e com isso, proteção especial à infância e adolescência.

prestados. Com relação a estes direitos tem-se que são relacionados à titularidade das crianças e adolescentes e eventual pacto de coparentalidade pode disciplinar exatamente o mesmo que uma família tradicional poderia.

Ao pensar-se na coparentalidade, entende-se ser possível liberdade ampla com relação aos vínculos entre adultos. Estes decidem como vai se dar a procriação, de que forma, em que momento, qual o método a ser utilizado e opções gerais de sua própria convivência. A ampla autonomia privada é assegurada na formação familiar. Todavia, o mesmo não pode ser afirmado com relação às possibilidades de pactuação relacionadas ao filho. Não está nos ditames de autonomia individual a possibilidade de renúncia ou restrição da abrangência parentalidade. Não se encontra ao arbítrio das partes a disposição dos direitos dos infantes e adolescentes nem na família coparental, nem na família tradicional. Aqui o Estado brasileiro é interventor,⁴⁰ pois atua como garante na concretização do melhor interesse.

Logo, duas opções de interpretações são possíveis para a família coparental. Ou a reconhecemos como um novo modelo de família, que tem a mesma dignidade que as demais, e deve submeter-se, como todas as outras às relações de parentalidade exigidas pela legislação, ou a entendemos como uma nova modalidade de encontro dos seres humanos que desejam procriar, não tão distinta em efeitos práticos de uma relação sexual eventual da qual se originaram filhos sem relacionamento amoroso. A partir disso, a regra geral de que, mesmo que os pais tenham vontade de renunciar aos direitos dos filhos, encontrarão limites na Ordem Pública e nos direitos dos próprios filhos também é válida para a família coparental. Assim, eventual pacto de coparentalidade que limite direitos das crianças e adolescentes, com cláusulas de renúncia a alimentos, ou à convivência, por exemplo, deve ser considerado antijurídico. Em conteúdo, a autonomia privada dos adultos é plena, enquanto a proteção jurídica da infância e da adolescência ainda obedece aos ditames da prioridade absoluta.

Retomando-se as noções trazidas no capítulo 1 deste escrito, tem-se que a relação marital e a forma como os pais se conheceram atuam de forma significativa no desenvolvimento infantojuvenil, assim como as dificuldades na ruptura do vínculo são elementos estressores de ordem muito impactante na vivência dos filhos. Considerando-se a família coparental como a família em que as propostas de paternidade e maternidade serão discutidas antecipadamente, tem-se um comportamento importante para a preservação da saúde do filho. Longe das idiossincrasias dos desejos humanos nos relacionamentos, talvez os coparentes apresentem maior maturidade no enfrentamento prévio dos temas que poderiam ser conflitivos em procriações tradicionais. Da mesma forma, jamais existiria ruptura afetivo-amorosa para complexificar a relação parental, o que pode ser uma vantagem. Entretanto, o fato de discutir antecipadamente sobre temas relacionados aos filhos não traz segurança de que conflitos não existirão.

⁴⁰ Embora seja necessário repisar a necessidade de ponderação desta intervenção, como já foi referido anteriormente.

Ao contrário, considerada a condição de humanidade que acompanha a todos enquanto seres, novos desafios serão propostos nesta modalidade familiar.

4 DOS LIMITES JURÍDICOS AO EXERCÍCIO DA GERAÇÃO DE FILHOS SEM RELACIONAMENTO SEXUAL

Muita curiosidade é gerada a partir de propostas de renúncia das conjugualidades e implemento de projeto parental autônomo. Entretanto, longe de afirmar eventos futuros, tal modalidade familiar já se encontra presente nos tempos atuais. Pessoas já escolhem suas modalidades procriativas sem necessidade de convivência amorosa ou relação conjugal.

A primeira pergunta que se faz é se existe alguma vedação legal à implementação desta modalidade familiar perante o sistema jurídico contemporâneo? Uma análise possível parte de alguns pressupostos constitucionais para tratamento do tema. A disciplina constitucional organiza a tutela à família a partir do vértice do Ordenamento Jurídico, que é o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e, de acordo com a agenda contemporânea, Estado Socioambiental e Democrático de Direito. A partir dele – encadeados a partir do grau de abstração –, densificam-se os princípios fundamentais, gerais, especiais e especialíssimos, abrangendo os que estão positivados explicitamente e aqueles implícitos (art. 5º CF). A partir do princípio estruturante do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, densificam-se os princípios fundamentais, dentre os quais estão a cidadania (art. 1º, II, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF). Entre os princípios gerais, que se configuram em direitos fundamentais, estão os direitos de liberdade e os de igualdade e seus consectários. Assim, destaca-se como essencial a necessidade de existência de lei para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo (art. 5º, II, CF). Já no ambiente dos princípios especialíssimos, a Constituição Federal dedica um capítulo à proteção da família e regula, a partir do art. 226 da CF, em seu capítulo VII, a proteção à família e das pessoas na família.

Assim, abandonando a tutela deferida anteriormente somente ao casamento, a Constituição inaugura a proteção à família em sua pluralidade⁴¹ e mais, concede a cada pessoa da família especial proteção individual. Crianças, adolescentes, jovens, mulheres, idosos e homens encontram tutela individual no grupamento familiar, a partir da noção de família instrumento.⁴²

Há de se afirmar, portanto, a existência de princípios especialíssimos para este grupamento social: pluralidade e liberdade para a constituição e para a

⁴¹ Entendimento a partir do julgamento da ADI 142 e ADPF 4277 que concedeu tutela jurídica a outra modalidade familiar que não apenas às expressamente previstas no catálogo.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

desconstituição familiar⁴³ (art. 226, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 6º, CF). A igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, CF), os princípios do livre planejamento familiar e da paternidade e maternidade responsáveis, associados à dignidade humana (art. 226, § 7º, CF), a proteção individual no seio familiar (art. 226, § 8º, CF), a prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF), o princípio da solidariedade familiar a partir dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos, bem como o dever filial de ajuda e amparo dos filhos em relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade, (art. 229, CF), bem como a proteção dos idosos (art. 230, CF).

A partir deste encadeamento principiológico, algumas mudanças significativas no enquadramento normativo familiar e que têm relação com o tema em debate podem ser destacadas: (a) de um lado a vertente protetiva de dignidade humana que se densifica em (a1) igualdade e (a2) liberdade. No ambiente da primeira está a proteção com mesma densidade da pluralidade de formas familiares (a1). No ambiente da segunda, destaca-se a proteção da autonomia privada e da liberdade de planejamento familiar. (a2) Estas escolhas são completamente personalísimas e podem envolver ou não um projeto afetivo-amoros.⁴⁴

Se é fato que a liberdade sustenta a opção de conjugalidades – seja para constituição de casamento, união estável ou outra modalidade familiar, como a família anaparental, também é verdade que a função procriacional estava ligada à família clássica. A máxima do *cresci-vos e multiplicai-vos* não é atinente ao Direito Civil. É eleição de vida a ser respeitada em densidade e valor. Assim, a opção – em ambiente de autonomia privada – pela não realização de atividade parental pela procriação merece a mesma tutela de dignidade que a anterior. A existência ou não de filiação está contemplada no livre projeto de vida e, sobretudo, no livre projeto de vida familiar.

Nesta esteira, a escolha pela procriação ou não, é direito atinente à liberdade de planejamento familiar (a2) e este direito envolve opções no tocante à forma de filiação que se quer realizar – se biológica, civil, socioafetiva e até mesmo se o método de procriação será o tradicional, ou se haverá necessidade de fecundação medicamente assistida –, ou outra medida.⁴⁵ Nenhum Estado democrático pode obrigar alguém às relações sexuais. Neste espaço de liberdade é que parece se situar a coparentalidade, no espaço de não ingerência estatal, em que dois seres humanos capazes decidem pelo ato de procriar.

Neste especial, a escolha é personalíssima, humana, autônoma e densifica-se a partir de condutas que não podem dizer respeito à tutela estatal, afinal, trata-se do

⁴³ A liberdade de desconstituição familiar diz respeito à esfera de conjugalidades.

⁴⁴ Há certas opções de livre planejamento da própria personalidade que envolvem votos religiosos de castidade e renunciam a vida familiar em conjugalidades. Embora não se possa afirmar que esta é a maioria das opções da população brasileira, destaca-se que no espaço de livremente desenvolver-se, não há dúvidas acerca da renúncia à vivência em par.

⁴⁵ Neste aspecto encontram-se os limites éticos atinentes às seleções genéticas, bem como as discussões atinentes à clonagem, híbridos humanos, entre outros.

elemento distintivo entre os animais e as matérias brutas – a capacidade reprodutiva. Há uma separação entre a intimidade sexual e a procriação. Não pode haver presença estatal na escolha de realizar ou não a intimidade sexual para procriar.

Entretanto, o exercício do direito ao livre planejamento familiar implica, necessariamente, nos deveres parentais decorrentes deste exercício. Assim, é possível afirmar um exercício de autonomia privada para a escolha de procriar ou não, também é possível afirmar que esta escolha vem acompanhada de deveres parentais. Para além da dignidade dos adultos capazes a procriação ocupa-se com a dignidade da vida por vir. Há direitos subjetivos do filho a ser gerado sem vinculações de conjugalidade. Portanto, o exercício de autonomia privada que abarca o livre planejamento familiar com opção de procriação sem vínculo de conjugalidades vem acompanhado de toda a responsabilidade parental decorrente da maternidade e paternidade responsáveis.

Há dever de sustento, educação, guarda, bem como proteção, sobre os quais não se admite transação. Assim, o pacto entre adultos capazes pode optar por exercer a faculdade de procriação, mas encontra limites claros e específicos nos direitos filiais.

Reafirma-se, portanto, que qualquer exercício de autonomia privada para a escolha da forma de filiação que se deseja encontra firme restrição de direitos e imposição de deveres decorrente dos princípios da prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227 CF), bem como da solidariedade familiar a partir dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos. Se os adultos podem escolher a vinculação afetivo-amorosa de par e decidir com condutas sobre a procriação, não têm a mesma liberdade no tocante aos deveres dos pais e mães com relação aos seus filhos. Aqui qualquer contratação em sentido de renúncia ou restrição de exercício de direitos dos filhos, pode ser considerada nula. Há pacto quanto às opções de conjugalidades ou não, mas jamais pacto para limitar os direitos dos filhos.

5 CONCLUSÕES E DESAFIOS PARA O FUTURO

Embora as implicações jurídicas pareçam ser as mesmas na família coparental e na família tradicional, há de se reconhecer um certo hábito social em aliar conjugalidade à parentalidade, assim, tem-se, de fato, um modo diferente de ser família, que vai necessitar ajustes de convivências sociais e jurídicas. Neste sentido são importantes algumas considerações.

I. Vive-se em uma sociedade de polarizações, como se existisse um “nós” compartilhado e um “eles” dedicados aqueles que não compartilham de ideias comuns. Um modelo de encontro diferente com objetivo de procriação pode levar

os seres humanos à adesão ao rechaço completo, atitudes que polarizam o discurso jurídico e não contribuem para o respeito das escolhas individuais e plurais.

II. Do mesmo modo como o discurso do “nós” e “eles” se apresenta, cada vez mais assume-se o convite do exercício da alteridade. Este exercício procura fazer perceber o mundo sob as vestes do outro, e a partir de suas virtudes e dissabores. Para nortear a discussão sobre novos modelos familiares é essencial o manejo de alteridade.

III. Relacionada à noção de alteridade resta o convite para o afastamento das dimensões individuais dos valores próprios e a tentativa de democratização do significado social solidarizante que a Constituição ofereceu ao Direito de Família. Individualidade, alteridade, solidariedade e compromisso ético no sentido da construção do coletivo, plural e incluyente.

IV. A família coparental pode ser entendida como uma modalidade de encontro familiar, a partir das redes sociais, a partir das quais eleger-se-á um núcleo familiar serviente a cada um dos membros e colaborativo e cooperativo com cada um. Trata-se de um fenômeno de autorrealização de projeto parental. Ou pode ser reconhecido como um novo modelo familiar, sem, contudo, abandonar a dimensão da cooperação e da solidariedade.

V. Embora possa se reconhecer como modelo diferente, é de se reconhecer que os filhos podem ter vantagens de saúde e desenvolvimento neste modelo familiar, pois não estarão desafiados aos limites dos relacionamentos amorosos e das tríades psíquicas trabalhosas de ajustamento, além disso, os genitores terão pensado previamente em variáveis que os pais das famílias tradicionais não costumam pensar. Entretanto, isso não os afasta dos conflitos, pois estes são essenciais a humanidade e resta indagar quais serão estes?

VI. É tradicional nas famílias coparentais a existência de pactuação escrita relacionada a detalhes pormenorizados dos relacionamentos. Esta possibilidade existe no Brasil, entretanto, enquanto o vínculo familiar em formação atenta à autonomia privada, as consequências jurídicas da parentalidade obedecem a ditames de ordem pública e estão implicados no princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes. Assim, o pacto de coparentalidade deve obedecer a estes ditames.

VII. Os limites de pactuação encontram-se nos princípios constitucionais, sobretudo com relação ao próprio filho e também nos direitos de terceiros, a saber a família estendida. Ou seja, as implicações da paternidade e maternidade na família coparental também geram efeitos gerais das relações de parentesco e não podem ser afastadas pela autonomia privada.

VIII. A disciplina pactual de conteúdo existencial e patrimonial deve estar alinhada aos demais princípios da legalidade constitucional, a saber: Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes, Prioridade Absoluta das Crianças e Adolescentes e Paternidade e Maternidade Responsáveis, além, é claro, da Liberdade de Planejamento Familiar.

6 REFERÊNCIAS

ANTON, Iara L. Camaratta. *A escolha do cônjuge*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BARROSO, Ricardo; MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. In: PLUCLIENNIK, Gabriela Aratang; LAZZARI, Marcia Cristina; CHICARO, Marina Fragata. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil: parentalidade em foco*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, 2015, p. 16-33.

CALDERON, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FEINBERG, M. E. The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention. *Parenting: Science and Practice*, n. 3(2), p. 95-131, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1207/S15327922PAR0302_01>. Acesso em: 01 mar. 2016.

FERRY, Luc. *A revolução do amor*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidades civil na relação paterno-filial. In: *III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania*. Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2001, p. 403-432.

HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu*: lições e direito matrimonial canônico. São Paulo: Loyola, 2006.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOSMANN, Clarisse Pereira; COSTA, Crístoper Batista da; EINSFELD, Priscila; SILVA, Allana Gessiele Mello da; KOCH Cristiane. Conjugalidade, parentalidade e coparentalidade: associações com sintomas externalizantes e internalizantes em crianças e adolescentes. *Estudos de Psicologia*, Campinas, n. 4, v. 34, out./dez. 2017.

MSW, Peter K. Gerlach; MSW, Peter K. *Build a Co-Parenting Team: After Divorce Or Remarriage*. USA: Xlibreis Corporation, 2002.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos*, n. 2, v. 20, p. 501-532, 2015.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família – limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NUSO, Mário. Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti. Autonomia privata e diritto di famiglia. Attività negoziale e composizione alternativa delle liti. In: *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*. Turino: Giappichelli, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos reflexões para o futuro*. Rio de Janeiro: Abril, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 9-36, abr./jun.2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 17, n. 5, jan./mar. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado do Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 475-501.

A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SOCIOAFETIVIDADE NA SUCESSÃO COLATERAL COM DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestra, Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex-Procuradora Federal. Fundadora e Diretora Nacional do IBDFAM (Região Sudeste). Diretora Nacional do IBDCivil (Região Sudeste).

Sumário: 1. Introdução. 2. O fenômeno da desbiologização da paternidade 3. Tipos de filiação. 4. Multiparentalidade. 5. Direito de representação. 6. Caso hipotético envolvendo afetividade e direito de representação na sucessão dos colaterais. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A filiação e as consequentes relações de parentesco consistem em fenômenos de elevada importância e que são explorados pelo Direito. Símbolo de cada época, a filiação evolui de acordo com a evolução da sociedade na qual está inserida. Quem hoje vive poderia olhar com estranheza para as sociedades de outrora, e muito certamente a mesma estranheza se seguirá com relação às sociedades vindouras, quando volverem sua atenção para nós.

¹ Para este trabalho, auxiliou-me Rommel Andriotti, que é mestrando em Função Social do Direito com concentração em Direito Civil pela FADISP. Mestrando em Efetividade do Direito com concentração em Processo Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela EPD e graduado em Direito pela FMU.

Entre essas evoluções, uma das mais marcantes foi a ascensão da socioafetividade. A filiação, que outrora era nucleada somente na consanguinidade e na adoção enquanto ato formal, passou a admitir a socioafetividade, que não apenas entra no rol dos valores encampados pelo Direito de Família como, mais que isso, torna-se símbolo de um dos mais importantes princípios fundantes do Direito de Família brasileiro, sobretudo quando avistado enquanto desdobramento de um *supravalor* deste subsistema, que é o valor da *afetividade*.

Contudo, há de se considerar que este fenômeno é relativamente recente, e o atual Código Civil, muito embora publicado no ainda não tão distante ano de 2002, fora concebido e pensado principalmente na década de 1970, sendo certo que muitas de suas disposições refletem o pensamento que existia naquela época.

Isso gera algumas incongruências com os valores familiares pós-modernos, de modo a se fazer refletir sobre a extensão jurídica de fenômenos como a socioafetividade em determinadas situações, como é o caso da socioafetividade da sucessão colateral em que há direito de representação. Afinal, a socioafetividade, enquanto valor jurídico, deve ser abraçada em todas as suas possíveis consequências jurídicas, ainda que possa causar conflitos familiares até então não pensados? É esse tipo de reflexão que este artigo pretende suscitar. Para isso, passa-se à fixação das premissas necessárias à compreensão do problema.

2 O FENÔMENO DA DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Em primeiro lugar, como bem sabemos, vivemos o fenômeno da *desbiologização da paternidade*, anunciado desde os anos 1970 por João Baptista Villela, que naquele tempo já afirmava que a socioafetividade poderia gerar relação de filiação. Foram as palavras do civilista:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo,

tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na ideia de liberdade.²

Esse fenômeno foi de grande relevância para as relações familiares e, por conseguinte, para o Direito de Família. O conceito jurídico de família, que sempre esteve atrelado a relações formais originadas de interesses sociais e/ou econômicos, sai desse eixo para se ajustar ao que acontece na realidade, concedendo juridicidade para as relações *de fato* que existem entre os *indivíduos*, sobretudo aquelas causadas pelo *afeto*, que por sua vez é eleito como um valor importante para o sistema.

Desde então, a relevância da filiação socioafetiva só vem crescendo. Nunca o ditado popular brasileiro “pai é quem cria” foi tão forte e relevante. O esmaecimento da estrutura familiar estanque de outrora e a liquidez das novas relações familiares, formadas entre pessoas divorciadas entre si, viúvos com separadas, mães solteiras com seus filhos, “*avôbais*”³ com seus netos, entre outras formas de família nessa plêiade de novas entidades familiares, tudo isso faz com que as *relações de afeto* ganhem cada vez mais relevância em comparação com os outros tipos de vínculo filial.

Sobre o tema *afeto*, Rodrigo da Cunha Pereira explica que

[...] para a psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Para a Filosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo, ao amor. Espinosa diz que somos construídos por nossos afetos e pelos laços que nos unem a outros seres. [...]. desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente, em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto, tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. [...]. O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que recebeu força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família.⁴

Analisando conceitos correlatos como *amor*, *afeto*, *afetividade* e *socioafetividade*, Ricardo Calderón elaborou a sistematização afirmando que *amor* é estranho ao Direito e às suas atuais categorias jurídicas; *afeto* é sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito);

² VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, p. 1. 9 maio 1979. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1156/1089>>. Acesso em: 3 maio 2019.

³ Avôs que servem também como pais, para usar o termo eternizado por Zé Ramalho em sua bela canção, “*Avôbai*” (avô & pai).

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.

afetividade é atividade que exterioriza o afeto, isto é, trata-se de um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito pelos meios de prova); e *socioafetividade* é o reconhecimento social de uma dada manifestação de afetividade, relacionando-se, pois, a uma percepção de determinada coletividade sobre a existência de uma relação afetiva, sendo certo que a socioafetividade também é captável pelo Direito pelos meios ordinários de prova.⁵ O mesmo autor indica que a afetividade jurídica apresenta duas dimensões, uma objetiva, apreciável pelos sentidos (e, portanto, passível de ser provada porque é exteriorizada no mundo fenomênico), e outra subjetiva, que consiste nos ânimos que arrebatam o espírito daqueles afetivamente envolvidos. São suas palavras:

[...] a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a *objetiva*, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a *subjetiva*, que se refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que constatada a presença da *dimensão objetiva* da afetividade, restará desde logo presumida a sua *dimensão subjetiva*.⁶

E, realmente, a afetividade tem-se projetado de forma ascendente no cenário do Direito de Família brasileiro. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por exemplo, tem vários enunciados sobre o assunto:

Enunciado 6 – Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

Enunciado 7 – A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

Enunciado 8 – O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

Enunciado 9 – A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

Enunciado 10 – É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

Também nas Jornadas de Direito Civil realizadas no Conselho da Justiça Federal, ligado ao Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), que congregam parcela

⁵ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 152. [eBook]. (minhabiblioteca).

⁶ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 153. [eBook]. (minhabiblioteca).

significativa da doutrina nacional, foi aprovado enunciado interpretativo sobre afetividade (n. 339), no qual consta que “a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.⁷

Assim sendo, a afetividade como valor jurídico veio para ficar, e a filiação socioafetiva é um dos corolários mais importantes e relevantes desse movimento.

3 TIPOS DE FILIAÇÃO

Levando-se em consideração a ascensão da *afetividade* enquanto valor jurídico, verifica-se que esses movimentos sociais, além do avanço da Medicina, acarretaram o cenário atual da filiação no sistema civil brasileiro,⁸ que contém os seguintes tipos de filiação:

- (i) a filiação consanguínea;
- (ii) a filiação por adoção;
- (iii) a filiação oriunda de reprodução assistida heteróloga;
- (iv) a filiação socioafetiva.

Também em consideração a esses vários tipos possíveis de filiação, a doutrina conceitua filiação de maneira mais ampla, contemplando tanto aquelas de origem biológica como as de origem não biológica. Nesse sentido, Paulo Lôbo define filiação como “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace”.⁹

A filiação consanguínea, a mais antiga de todas, refere-se ao vínculo de filiação gerado pelo compartilhamento de material genético em virtude de os filhos descenderem biológica e diretamente dos pais.

A filiação por adoção se refere àquela em que existe um ato jurídico formal que inaugura relação jurídica de filiação entre pessoas que originalmente não possuíam esse vínculo e que não descendem em primeiro grau uma da outra.

⁷ Enunciado n. 339. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conselho da Justiça Federal. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil do CFF/STJ*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁸ Conforme se extrai, com adaptações, de: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito da família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, p. 430. [eBook]. (minhabiblioteca).

⁹ LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 211. [eBook]. (minhabiblioteca).

Filiação oriunda de reprodução assistida heteróloga se trata da situação na qual determinado casal recorre a um procedimento de inseminação artificial com material genético que não pertence a pelo menos um deles, sendo absolutamente necessário o consentimento de ambos ao procedimento para que ele gere o efeito de criação de vínculo de filiação entre o nascituro e o casal que está se submetendo ao procedimento inseminatório.¹⁰

Finalmente, a filiação socioafetiva – é a mais relevante para este trabalho – consiste naquela adquirida pela *posse de estado de filho*.

Como diz Flávio Tartuce, a posse de estado de filho é o âmago da parentalidade socioafetiva,¹¹ e se trata de uma situação de fato pautada pela exteriorização da condição de filho, seja por ele levar o nome da família do pai ou mãe socioafetivos, seja por ser assim reconhecido publicamente pela sociedade, seja por haver, entre tais familiares, o tratamento tipicamente existente entre pais e filhos.¹² Trata-se, então, da situação em que existem durante determinado tempo aqueles três vetustos critérios tão conhecidos por nós: *nominatio*, *reputatio* e *tractatus*.¹³

Assim, em existindo a situação da *posse de estado de filho*, que é uma situação de fato, haverá a criação do vínculo de filiação, desencadeando, portanto, todos os efeitos jurídicos pertinentes, incluindo todos os direitos e deveres recíprocos que existem entre os pais e filhos, como poder familiar, dever de alimentos, direitos sucessórios, previdenciários, civis etc.

4 MULTIPARENTALIDADE

A existência desses quatro tipos diferentes de filiação nos trouxe a consideração sobre a possibilidade de multiparentalidade.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito da família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, p. 442. [eBook]. (minhabiblioteca).

¹¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito da família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, p. 481. [eBook]. (minhabiblioteca).

¹² “Ação declaratória. Adoção informal. Pretensão ao reconhecimento. Paternidade afetiva. Posse do estado de filho afetivo. Investigação de paternidade socioafetiva. Princípios da solidariedade humana e da dignidade da pessoa humana. Ativismo judicial. Juiz de família. Declaração da paternidade. Registro. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desprezo ao vínculo biológico, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a ‘posse de estado de filho’, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredito declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários” (TJRS, Apelação provida por maioria. *Apelação Cível 70008795775*, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 23.06.2004).

¹³ Conforme artigo de Marcos Salomão, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2019.

Multiparentalidade é a situação em que uma pessoa possui formalmente mais de um pai e uma mãe, tendo todos os direitos decorrentes da filiação com relação a todos eles.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário n. 898.060, no qual ficou acordada a conclusão de que é possível cumular parentalidade socioafetiva e biológica, com todos os efeitos jurídicos relacionados. A tese fixada foi a seguinte: “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”.¹⁴

Entre esses “efeitos jurídicos próprios” estarão o direito à herança, direito a alimentos e aqueles decorrentes do próprio poder familiar relacionados ao cuidado, criação, educação etc. Ilustrando, isso significa que, em tese, é possível a uma pessoa no Brasil herdar *quatro* vezes de cada um de quatro pais diferentes, incluindo uma mãe biológica, uma mãe socioafetiva, um pai biológico e um pai socioafetivo, entre outras combinações possíveis.

É relevante notar que o julgado não traz nenhuma limitação com relação ao reconhecimento dessa multiparentalidade, aparentemente estendendo seus efeitos para toda e qualquer situação que envolva filiação, seja de direito de família ou de direito das sucessões. O julgado em nenhum momento procura limitar ou modular a eficácia da decisão, tampouco fixou restrições interpretativas quanto a até onde se estenderia a filiação criada em multiparentalidade.

Então, esse acaba se tornando um norte interpretativo para este tipo de matéria. Assim, a regra é que, uma vez reconhecida a filiação, seja de qual tipo for, ela gera de forma plena todos os efeitos jurídicos que são próprios dessa categoria. Essa premissa é relevante para a conclusão do raciocínio que se empregará neste artigo.

5 DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Finalmente, como último tema necessário ao entendimento da questão que se colocará, há o direito de representação.

Como se sabe, há duas formas de herdar. A primeira forma é a herança “*por cabeça*”. Herda-se por cabeça quando a herança se reparte um a um, no sentido de cada parte vir a ser entregue a um sucessor direto. Essa é a regra geral do sistema.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (RE) n. 898.060*. Relator: Luiz Fux. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Tribunal Pleno. 24 ago. 2017 (publicação). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9q8b7l>>. Acesso em: 9 out. 2018.

Neste sentido, o falecimento de um pai gera direitos sucessórios para os seus filhos diretos, o falecimento de uma avó sem filhos vivos gera direitos sucessórios para seus netos; o falecimento de um filho que não tem descendentes ou cônjuge gera direitos sucessórios para seus pais, e assim por diante. Todas essas pessoas herdam “por cabeça”, em nome próprio e por direito sucessório próprio.

Depois, temos a herança “*por stirpe*”, que se dá pela existência de *direito de representação*. Neste caso, alguém possui o direito de herdar no lugar de pessoa que não poderá fazê-lo por ser premorto ou por alguma outra razão elencada na lei. O direito de representação pode ocorrer na linha reta descendente, conforme afirma o artigo 1.852 do Código Civil de 2002. Nesses casos, por exemplo, os filhos herdam no lugar do pai junto de seus tios na sucessão de seu avô.

Só que o direito de representação também pode ocorrer na linha *transversal*, isto é, envolvendo sucessão entre colaterais, consoante o artigo 1.853 do Código Civil de 2002, que afirma que, “na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem”.¹⁵ Então, na sucessão dos colaterais, os sobrinhos do *de cujus* podem herdar no lugar do pai deles na sucessão do tio, concorrendo com o outro irmão do falecido.

6 CASO HIPOTÉTICO ENVOLVENDO AFETIVIDADE E DIREITO DE REPRESENTAÇÃO NA SUCESSÃO DOS COLATERAIS

Fixadas essas premissas, é possível explorar os reflexos da socioafetividade no âmbito da sucessão dos colaterais com direito de representação.

Suponha-se a existência de um casal. Esse casal tem dois filhos. Tomando como base dessa análise a figura *paterna*, diremos, com relação a ele, que seus dois filhos são o Filho Biológico 1 e o Filho Biológico 2; ou, para facilitar, simplesmente *FB1* e *FB2*.

Infelizmente, esse casal se separou. Em razão disso, o *homem* se casou novamente, sendo que a nova esposa dele já tinha um filho de relacionamento anterior que ela mantivera. Os três passaram a conviver juntos como uma família e o *pai* começou a se relacionar diariamente e afetuosamente com o *filho* de sua *segunda esposa*.

Com o passar do tempo, a afetividade surge entre o pai e o filho de sua nova esposa, e a relação deles se estreita e se estreita até o ponto em que eles começam

¹⁵ BRASIL. União. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [CC/02 - Código Civil]*. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 abr. 2019.

a se tratar publicamente como pai e filho, e começam a assim serem vistos pela sociedade. Em dado momento, o *pai* chama o garoto de “*filho*”. E o jovem lhe responde: “sim, *pai*...”. E essas palavras, com a força que lhes é própria, que em tão poucas sílabas carregam talvez todo o sentimento do mundo, esses signos linguísticos reverberam nessas pessoas, e sua força ecoa dia após dia de convivência, até chegar ao ponto em que, de fato, eles assim passam a se enxergar, e a sociedade também os passa a ver da mesma forma – como *pai* e *filho*.

Surge entre eles, então, a relação de *filiação por socioafetividade*.

Tendo em vista o valor da afetividade no sistema de Direito de Família atual, a socioafetividade inaugura entre eles uma relação de filiação. Desse modo, esse pai, que até então tinha dois filhos biológicos (o FB1 e FB2), passa a ter um terceiro vínculo de paternidade, pois ele agora tem um filho socioafetivo, a quem nomearemos FS (Filho Socioafetivo).

Pois bem. Com o passar do tempo, esse *pai* falece em 2005, deixando três filhos (FB1, FB2 e FS). Naturalmente, é indiscutível que o *Filho Socioafetivo* (FS) será herdeiro desse pai, juntamente com os herdeiros biológicos. Não se faz diferença entre os filhos em razão da origem deles, conforme bem estabelece nossa Constituição Federal (CF/88, art. 227, § 6º). Considerando que a filiação gera descendência de primeiro grau, e dada a ordem de vocação hereditária (CC/02, art. 1.829), é indubitável que os três filhos herdaram *por cabeça* e sem distinções entre eles. Assim, nessa situação hipotética, e supondo que o cônjuge desse *pai* era premorto, temos que cada um dos três filhos herdará, igualmente, um terço cada um.

Agora é preciso incluir um elemento sociológico e psicológico nessa situação. Suponhamos que o *pai* se dava muito bem com todos os seus filhos (FB1, FB2 e FS). Contudo, vamos supor que os filhos não se davam bem entre si, de modo que FB1 e FB2 se ressentiam da existência de FS, e vice-versa. Ora, a suposição não é nada distante da realidade. Bem o sabemos, quem trabalha com Direito de Família ou observa atentamente as relações sociológicas ao seu redor, que a regra é justamente a existência dessa atmosfera, e não o inverso.

Mesmo assim, os três filhos herdaram igualmente na sucessão do pai, pois, afinal de contas, filho é filho. Então, apesar do eventual desconforto que isso possa gerar entre os envolvidos, trata-se de uma situação mais fácil de ser aceita socialmente. Praticamente ninguém argumentaria, hoje, que os três filhos são legítimos herdeiros,¹⁶ independentemente de dois deles serem biológicos e o outro socioafetivo.

¹⁶ Digo isso em termos sociológicos, pois em termos jurídicos é claro que essa circunstância está fora de dúvida.

Depois desse evento, o Filho Socioafetivo (FS) tem, ele mesmo, dois filhos, que seriam, portanto, os Netos Socioafetivos do nosso personagem originário. Esses dois netos denominaremos de NS1 (Neto Socioafetivo 1) e NS2 (Neto Socioafetivo 2).

Então, neste momento, a situação é a seguinte: o *pai*, nosso personagem originário, falecera em 2005. Ele deixou três filhos, sendo dois biológicos (FB1 e FB2) e um socioafetivo (FS1). O Filho Socioafetivo tem, por sua vez, dois filhos biológicos e que seriam netos socioafetivos do personagem originário. Esses netos são NS1 (Neto Socioafetivo 1) e NS2 (Neto Socioafetivo 2). Neste momento é preciso supor, também, que nem FB1 e tampouco FB2 têm cônjuge ou companheiro(a), e a mãe deles, primeira esposa do personagem originário, também já faleceu.

Nesse contexto, em 2012, o Filho Socioafetivo (FS) falece.

Os Netos Socioafetivos (NS1 e NS2) eram seus filhos biológicos e, por isso, herdarão naturalmente. Aqui serão aplicadas as regras da sucessão dos *descendentes*, de modo que não há de se pensar em qualquer direito sucessório dos tios daqueles Netos Socioafetivos. Sendo pai deles, não há dúvidas de que eles herdarão o patrimônio de FS.

Seguindo em nossa história, e alcançando, enfim, o ponto almejado, em 2019 ocorre o falecimento do *Filho Biológico 1* (FB1), sem deixar cônjuge, descendentes e nem tampouco ascendentes.

Consideremos, ainda, que o *Filho Biológico 1* (FB1), além de não possuir cônjuge ou companheiro(a) vivo(a), tampouco deixou testamento. Sua sucessão se dará, portanto, na forma *ab intestato* em favor dos colaterais, ou seja, seus irmãos.

Acontece que o Filho Socioafetivo (FS1) é premorto, pois ele falecera em 2012. E observe-se que ele faleceu deixando dois filhos – que são os sobrinhos do falecido, o NS1 e o NS2.

Então, a situação é de sucessão entre colaterais que envolve três irmãos, sendo um o próprio autor da herança e havendo dois irmãos que aparentemente herdariam: o Filho Biológico 2 (FB2) e o Filho Socioafetivo (FS). Só que o Filho Socioafetivo (FS), como já foi colocado, falecera antes, tendo deixado NS1 e NS2. Ora, pelas regras de direito de representação já vistas, existe direito de representação na linha transversal, ocorrendo para que os sobrinhos participem, por direito de representação, da sucessão de seu tio, concorrendo assim com seus outros tios irmãos do falecido (autor da herança). No caso em tela, a simples aplicação das regras de direito de representação transversal fariam com que se chegasse à conclusão de que NS1 e NS2 participarão da sucessão de FB1.

Então, a pergunta que surge é: neste caso, haverá realmente direito de representação? Qual é a *extensão* da socioafetividade?¹⁷ Esse alargamento da socioafetividade, na linha colateral, também estaria a admitir o direito de representação dos sobrinhos socioafetivos na sucessão de seu tio, o FB1?

A relevância dessas indagações está principalmente no fato de que é a socioafetividade que gera parentesco. Acontece que, neste caso, não há socioafetividade entre os tios e os sobrinhos, o que pode tornar um pouco despropositada a existência de direito sucessório entre eles.

Há de se notar que a afetividade enquanto valor jurídico criador de parentesco havia se criado apenas entre o *Pai* e o *Filho Socioafetivo* (FS), que se tornara irmão do falecido Filho Biológico 1 (FB1).

Outro fato digno de nota é que o Filho Socioafetivo (FS) é de outro casamento do *Pai*, o que por si só poderia gerar uma inimizade ou atrito com os filhos anteriores. Isso fica ainda mais relevante quando se trata da prole do Filho Socioafetivo (FS). Vejam que é possível que os Filhos Biológicos (FB1 e FB2) não tenham qualquer contato ou vínculo com os sobrinhos deles (NS1 e NS2)!

Então, em uma situação como a descrita, é natural que houvesse um desconforto com a afirmação pura e simples de que esses sobrinhos herdariam do tio que eles mal conheciam, dessa forma subtraindo a oportunidade do outro irmão, que era bem mais próximo do falecido, de herdar a integralidade dos bens do *de cuius*. Certamente o FB2 se sentiria imensamente injustiçado de partilhar a herança com sobrinhos que ele e o próprio *de cuius* mal conheciam, e que foram gerados a partir de ramo da família que derivou de uma relação que o pai deles mantivera e com a qual eles jamais concordaram, muito embora sempre respeitassem. A questão é mais que patrimonial: é sociológica mesmo. Envolve a forma como as pessoas envolvidas enxergam a si mesmas e o contexto da situação em que estão envolvidas.

Ainda assim, entendo que prevalecerá em nossas cortes e em nossa doutrina a solução segundo a qual a socioafetividade gera todos os efeitos sucessórios que seriam originados caso o vínculo fosse biológico, inclusive gerando direito de representação dos sobrinhos no caso da sucessão dos colaterais.

De fato, não haveria um critério de *discrimen* válido para distinguir as duas situações. No mais, a desequiparação entre filhos é muito mais do que vedada na

¹⁷ Como já tivemos ocasião de antes referir, neste estudo, reavaliemos as noções de afetividade e de socioafetividade, conforme a sólida lição de Ricardo Calderón: “*afetividade* é atividade que exterioriza o afeto, isto é, trata-se de um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo direito através dos meios de prova); e *socioafetividade* é o reconhecimento social de uma dada manifestação de afetividade, relacionando-se, pois, a uma percepção de determinada coletividade sobre a existência de uma relação afetiva, sendo certo que a socioafetividade também é captável pelo direito através dos meios ordinários de prova”. (CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [eBook]. [minhabiblioteca]).

legislação; ela é *inconstitucional* mesmo, eis que, conforme mencionado, a CF/88 diz, no art. 227, § 6º, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.¹⁸

Entretanto, é digna de nota a constatação de que os efeitos da socioafetividade continuaram reverberando por muito mais tempo depois do fato que gerou a filiação socioafetiva originária, chegando ao ponto de gerar repercussão hereditária na sucessão colateral dos filhos biológicos. Ou seja, a socioafetividade impactará pessoas que, em princípio, não tinham nada que ver com as relações de afetividade que foram formadas.

Há de se pontuar que o direito de representação fará com que o Filho Biológico 2 (FB2), em vez de herdar toda a herança do Filho Biológico 1 (FB1), herdará apenas dois terços, sendo que o outro terço será dividido entre os outros dois sobrinhos do falecido (NS1 e NS2) e que eram filhos do irmão socioafetivo do *de cujus* (FS). Cada um dos sobrinhos socioafetivos (NS1 e NS2) ficará, portanto, com um sexto da herança.

Considerado o caso hipotético analisado – cuja ocorrência é praticamente difícil, mas teoricamente possível –, penso que a solução que irá acontecer, por causa das normas constitucionais, por causa das normas de Direito de Família, e por tudo o que se fala sobre socioafetividade, é aquela que prega que, *na sucessão dos colaterais, assiste direito de representação aos sobrinhos socioafetivos com relação à sucessão de seu tio falecido, ainda que com ele não tenham diretamente qualquer vínculo de socioafetividade*. Essa conclusão vale, desde logo, como enunciado interpretativo que sintetiza o pensamento ora esposado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção deste escrito – e que foi tema da palestra que o originou – foi responder esta questão: “Qual a extensão da afetividade na esfera do Direito das Sucessões, especialmente na sucessão dos colaterais, associado ao fato do direito de representação?”

Assim, ao cabo desta exposição, minha resposta a esta pergunta é a seguinte: *a extensão da afetividade na esfera do Direito das Sucessões é a mesma da consanguinidade ou da adoção, isto é, a filiação socioafetiva gerará, via de regra, todas as consequências jurídicas que seriam naturalmente geradas se se tratasse de filiação biológica, adotiva ou por inseminação artificial heteróloga*.

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]*. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

Por causa das normas constitucionais, legais e principiológicas sobre o assunto, não seria possível estabelecer um critério legítimo de *discrimen* para desigualar as situações jurídicas sucessórias dos filhos de diversas origens.

Com relação ao que toca especialmente à sucessão dos colaterais associada ao fato do direito de representação e socioafetividade, minha resposta é afirmativa, no sentido de que a socioafetividade torna o sobrinho herdeiro do tio socioafetivo se houver sucessão dos colaterais, por incidência das normas sobre direito de representação. Essa situação existe mesmo que entre o falecido e os herdeiros não haja qualquer vínculo direto de socioafetividade. Neste ponto, fixo a seguinte tese: *na sucessão dos colaterais, assiste direito de representação aos sobrinhos socioafetivos com relação à sucessão de seu tio falecido, ainda que com ele não tenham diretamente qualquer vínculo de socioafetividade.*

Pode ser que este fator agrida um pouco o sentimento de justiça de algumas pessoas. Pode ser que, pelo contrário, outras pessoas considerem esta situação muito justa. O fato é que eventualmente ela será levantada, e quando ela for levada ao Poder Judiciário é que poderemos saber com certeza sobre a solução que será gerada no contexto da Justiça brasileira. De qualquer forma, casos assim serão raríssimos. Se já são naturalmente raros os casos de sucessão dos colaterais, quicê um que envolva socioafetividade e direito de representação, tudo ao mesmo tempo. Depois, vejam que no exemplo dado não havia qualquer socioafetividade entre o *de cujus* e os sobrinhos socioafetivos, mas isso não necessariamente corresponderá à realidade. É perfeitamente possível que os irmãos socioafetivos sejam felizes na companhia um do outro, e os filhos de um sejam acolhidos pelo outro, e vice-versa. Pelo menos, em uma situação como esta, era isso que eu desejaria para essa família. Eu desejaria que ela se mantivesse unida e feliz, apesar das reverberações das escolhas que alguns dos familiares fizeram no passado.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]*. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conselho da Justiça Federal. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil do CJF/STJ*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (RE) n. 898.060*. Relator: Luiz Fux. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Tribunal Pleno. 24 ago. 2017 (publicação). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9q8b7l>>. Acesso em: 9 out. 2018.

BRASIL. União. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [CC/02 – Código Civil]*. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 abr. 2019.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [eBook]. (minhabiblioteca).

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [eBook]. (minhabiblioteca).

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

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito da família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5. [eBook]. (minhabiblioteca).

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 6. [eBook]. (vitalsource).

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. 9 maio 1979. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1156/1089>>. Acesso em: 3 maio 2019.

A PROPOSTA LEGISLATIVA DE RETORNO À DIGNIDADE VULNERABILIDADE: ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DO PROJETO DE LEI N. 757 DE 2015 DO SENADO FEDERAL QUE PROPÕE ALTERAÇÕES NO ATUAL SISTEMA DE INCAPACIDADES E NA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Fernando Gaburri

Especialista pela UERN. Mestre pela PUC/SP e Doutor pela USP. Professor Adjunto na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN e do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-RN. Procurador do Município de Natal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no sistema de incapacidades do Código Civil. 2.1. Incapacidade absoluta. 2.2. Incapacidade relativa. 3. A tomada de decisão apoiada como instrumento de afirmação da capacidade civil da pessoa com deficiência. 3.1 A tomada de decisão apoiada: de sua estrutura à sua função. 3.2. Objeto e legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada. 3.3. Natureza jurídica e procedimento. 3.4. Validade da declaração de vontade da pessoa apoiada. 3.5. Extinção do acordo de apoio. 4. *Sistemas de apoio às pessoas com deficiência no direito comparado.* 4.1. O *amministratore de sostegno* da Itália. 4.2. O sistema de *Apojo al ejercicio de la capacidad* da Argentina. 4.3. O maior acompanhado de Portugal. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146, de 06.07.2015, baseado na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, com prazo de *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor em 03.01.2016, alterando profundamente o sistema de incapacidades do Código Civil.

Ainda no período de *vacatio legis* do Estatuto, deflagrou-se, no Senado Federal, o processo legislativo que deu origem ao Projeto de Lei n. 757, de 01.12.2015, de autoria dos Senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, que visa a alterar, entre outros dispositivos, a redação dos arts. 4º e 1.783-A do Código Civil.

O objeto do Projeto de Lei, nos termos do substitutivo apresentado pela Senadora Lídice da Mata, em 11.10.2017, é de alinhar os dispositivos do Código Civil, do Código de Processo Civil e da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme se infere de seu art. 1º.

Em 29.11.2018 encerrou-se sua tramitação no Senado Federal, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramita sob n. 11.091/2018. Nesta Casa, o Projeto de Lei conta com parecer pela aprovação da Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em que aguardava proposições de emendas na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, desde 23.08.2019, por cinco sessões. Encerrado o prazo em 05.09.2019, duas emendas foram apresentadas.

Esse diálogo entre as leis materiais e instrumentais pode se fazer sentir com a proposta de revogação dos §§ 6º a 10 do art. 1.783-A do Código Civil e com a proposta de inserção dos arts. 747-A, 749-A, 749-B, 755-B e 756-A, no Código de Processo Civil, além da alteração de seu art. 1.012.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL

Relacionada ao exercício de direitos patrimoniais, capacidade é a possibilidade de discernimento da pessoa natural, que lhe permite administrar sua pessoa e seus bens de maneira consciente, sem necessitar da intervenção de terceiros para a tomada de decisões válidas.

Em um sentido mais amplo, a capacidade pode ser bifurcada em capacidade de fato ou de exercício, e capacidade de gozo ou de direito.

Pondera Orlando Gomes,¹ que, do princípio de que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, não se segue que os direitos adquiridos sempre possam ser exercidos pelo titular, porque a ordem jurídica priva certas pessoas do exercício, por elas mesmas, daqueles direitos, estabelecendo um sistema de incapacidades.

A incapacidade é instituto de proteção à pessoa privada, no todo ou em parte, do discernimento, que visa resguardar o patrimônio e demais direitos da pessoa lançada ao universo das relações jurídicas. Visa, portanto, a proteger o vulnerável que se lança no mundo dos negócios jurídicos.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a mensuração da capacidade baseava-se em um critério biopsicológico e era graduada de acordo com o nível de discernimento da pessoa. Assim, considerava-se absolutamente incapaz aquela pessoa que não tinha o necessário discernimento; relativamente incapaz aquela cujo discernimento era existente, porém reduzido e insuficiente; e plenamente capaz aquela que atingisse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Se a incapacidade liga-se à ausência, ou insuficiência, de discernimento, a pessoa com deficiência não pode ser considerada incapaz, quer relativa, quer absolutamente, só pelo fato da deficiência, se isso não lhe retira, ou diminui, o discernimento.

2.1 Incapacidade absoluta

A incapacidade absoluta priva por completo a pessoa de exercer, por si própria, os atos da vida civil, reputando-os nulos quando assim praticados. A lei prevê a figura do representante, pessoa legalmente designada para praticar tais atos pelo absolutamente incapaz, substituindo sua vontade.

O Código Civil, em sua redação original, assim arrolava os absolutamente incapazes em seu art. 3º:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 129.

Esse dispositivo foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que suprimiu os incisos II e III e integrou o inciso I ao *caput*, restando a seguinte redação: “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Desta forma, a partir de 03.01.2016, apenas os menores de 16 anos são considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como absolutamente incapazes, de modo que todas as demais hipóteses de incapacidade passam a ser consideradas como relativas, nos termos da nova redação do art. 4º do Código Civil.

2.2 Incapacidade relativa

A incapacidade relativa situa-se em uma zona intermédia entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena. Permite que a pessoa pratique, por si própria, alguns atos da vida civil, desde que devidamente assistida por quem de direito, porque a impossibilidade de discernimento é menor do que a dos absolutamente incapazes.

Segundo a redação original do art. 4º do Código Civil, o rol de pessoas relativamente incapazes era o seguinte:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV – os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Após as alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 4º do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

A norma do inciso II, a partir das alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringe seu alcance aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, deixando de fazer referência às pessoas com deficiência intelectual, antes tratadas como “*excepcionais sem desenvolvimento mental completo*”, deslocando sua disciplina para o inciso III.

O inciso III, segundo a nova redação, transfere do art. 3º (absolutamente incapazes) para o art. 4º (relativamente incapazes) as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau desse comprometimento intelectual.

O dispositivo faz exsurgir um ponto de interseção entre a teoria das incapacidades e as pessoas com deficiência. Se uma pessoa com deficiência, eventualmente, por algum fator pessoal, estiver impossibilitada de manifestar a sua vontade, temporária ou definitivamente, poderá ser considerada incapaz relativamente. Advirta-se, porém, que a causa incapacitante, nessa hipótese, não é a patologia ou o estado psíquico, mas a impossibilidade de exteriorizar a vontade.²

O que determinava a incapacidade relativa, na redação original da norma, era a aferição de discernimento reduzido. Assim, se as pessoas referidas como excepcionais conservassem a plenitude de seu discernimento para a prática dos atos da vida civil, deveriam ser consideradas plenamente capazes.

A norma, em sua redação original, considerava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo com uma limitação gradativamente menor àquela dos que, por deficiência mental, não possuíam o necessário discernimento.

As pessoas consideradas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo, como as com Síndrome de Down, guardam certa capacidade de compreensão, ainda que reduzida. A lei, por sua vez, reconhecia a relevância desse grau de compreensão, dispensando a essas pessoas tratamento menos severo em relação aos absolutamente incapazes.

Na nova sistemática, como anteriormente frisado, as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau de comprometimento intelectual, são consideradas relativamente incapazes.

O Projeto de Lei n. 757 de 2015 propõe a transformação do parágrafo único do art. 4º do Código Civil em § 1º, acrescentando-lhe os §§ 2º e 3º, com o seguinte teor:

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.911.

Art. 4º [...]

§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observar o seguinte:

I – a curatela, regulada pelos arts. 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;

II – a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do caput deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada no art. 1.783-A deste Código;

III – o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista neste Código e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo outorga ao curador o poder de representação, e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.

O inciso II do § 2º, do Projeto de Lei n. 757 de 2015, dispõe que a incapacidade relativa decorrente de deficiência mental, intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese do inciso III do caput do art. 4º do Código Civil. Contudo, antes da alteração levada a cabo pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a redação original do inciso III do art. 4º do Código Civil referia à incapacidade relativa dos excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo, ao passo que atualmente o inciso III refere-se àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Esclarecida a impropriedade da remissão e admitindo-se que o inciso II do novo § 2º possa referir-se ao atual inciso III do art. 4º, deve-se constatar que seu teor já consta do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo *caput* determina que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Essa norma em nada inova, pois a deficiência, por si só, nunca foi considerada causa de incapacidade.

O inciso III do novo § 2º dispõe que a concessão judicial da tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência e lhe confere a mesma proteção que a lei confere às pessoas relativamente incapazes.

Como será abordado mais adiante, a tomada de decisão apoiada, tal qual consta da atual redação do art. 1.783-A do Código Civil, fundamenta-se na

dignidade liberdade, podendo ser solicitada por qualquer pessoa com deficiência em gozo da capacidade civil plena que por ela optar, não se restringindo às pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade, tampouco às pessoas com deficiência grave. Portanto, a redação proposta não merece aprovação, sob pena de um retrocesso na tutela de direitos humanos.

A parte final do inciso III do novo § 2º equipara a proteção da pessoa com deficiência beneficiada pela tomada de decisão apoiada com a proteção dada pela lei aos relativamente incapazes. A alteração, igualmente, não merece aprovação, porquanto a tomada de decisão apoiada pressupõe a capacidade plena da pessoa com deficiência que, em virtude disso, dispensa a proteção patrimonial que a lei civil atribui aos relativamente incapazes.

Chega a ser um contrassenso pressupor a capacidade plena da pessoa com deficiência para requerer o benefício da tomada de decisão apoiada e, uma vez concedido, a lei passar a tratá-la como se relativamente incapaz fosse.

O novo § 3º dispõe que a sentença de curatela outorga ao curador poderes de representação. Entrementes, com as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela restringe-se às pessoas relativamente incapazes maiores de 18 anos. O instrumento jurídico de integração da vontade do relativamente incapaz é a assistência, ficando a representação reservada à transmissão da vontade dos absolutamente incapazes que, segundo a atual redação do art. 3º do Código Civil, restringem-se aos menores com 16 anos incompletos.

É importante ressaltar que a incapacidade é instituto relacionado à prática de atos patrimoniais, de caráter protetivo da pessoa natural, cujo objetivo é o de evitar que se lance aos atos da vida civil em geral com o risco de ter prejudicados sua pessoa e bens. Nesta ordem de ideias, os negócios e atos jurídicos praticados por absolutamente incapazes são considerados nulos, nos termos da norma do art. 166, I, do Código Civil.

Considerar como relativamente incapaz a pessoa sem nenhum discernimento não parece ter sido uma boa opção legislativa.³

Ao analisar o *caput* e os incisos do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência acima reproduzido, parece que o legislador de 2015 baralhou as ideias de personalidade e de capacidade, ao vinculá-las de maneira umbilical, como o faziam os autores clássicos, que afirmavam que a capacidade seria a medida da personalidade.

Enquanto o *caput* do art. 6º menciona que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, esta ligada à prática de direitos de natureza patrimonial, enumera

³ Neste ponto, há Emenda ao PL 11.091/2018, de autoria do Deputado Luiz Flávio Gomes, propondo a supressão do inc. III do art. 4º, realocando seu teor no inc. III do art. 3º, que trata dos absolutamente incapazes.

em seus 6 incisos uma série de situações jurídicas que não se referem à capacidade civil, mas a direitos da personalidade, de natureza existencial, tais como constituir família, exercer direitos sexuais e reprodutivos, conservar a fertilidade etc.

Essa confusão entre capacidade civil e direitos da personalidade, feita pelo art. 6º e incisos do Estatuto, trouxe prejuízos ao sistema de incapacidades até então vigente. Isso porque a incapacidade da pessoa, seja com deficiência ou não, embora possa afetar a forma de exercício de direitos patrimoniais, jamais poderia afetar seus direitos existenciais, como o de constituir família.

Já o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência parece não incorrer no equívoco de baralhar as noções de capacidade e de personalidade, ao dispor que “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Reafirma, no § 1º, que a incapacidade, restrita a atos negociais e patrimoniais, não afetam direitos da personalidade, tais como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com deficiência, em ruptura com o modelo médico, partiu da palavra de ordem *nothing about us without us*, em abandono às políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com deficiência a qualidade de meros coadjuvantes nas questões que lhes concerniam diretamente.

As decisões referentes à pessoa com deficiência eram, até então, tomadas por seus pais, demais familiares, amigos e simpatizantes que, embora com boas intenções, acabavam por cometer equívocos, geralmente lastreados em cuidados meramente assistenciais.

A participação da pessoa com deficiência nesse processo decisório é assunto que está na ordem do dia, cabendo aos Estados partes a adoção de comportamento positivo, no sentido de contemplarem, em âmbito doméstico, mecanismos jurídicos para que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em condições de igualdade com as demais pessoas, conforme determina o art. 12:

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Trata-se de norma com *status* constitucional, porquanto a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada pelo Brasil com observância do quórum do § 3º do art. 5º da Constituição. Deste modo, ao legislador infraconstitucional cabe imprimir a maior efetividade possível à afirmação de capacidade, autonomia e independência da pessoa com deficiência para a realização dos atos da vida civil, quer de natureza existencial, quer patrimonial.

No Brasil, o mecanismo adotado foi o da tomada de decisão apoiada, trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que *alterou o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a denominar-se Da Tutela, da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando-lhe o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, composto pelo novo art. 1.783-A, cujo caput define a tomada de decisão apoiada como sendo o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.*

3.1 A tomada de decisão apoiada: de sua estrutura à sua função

Doravante, a tomada de decisão apoiada será analisada não só em seu aspecto estrutural (o que é), mas também, e principalmente, em seu aspecto funcional (para que serve).

Do ponto de vista estrutural, o direito é um conjunto escalonado de normas, cujo fundamento último é a norma hipotética fundamental, que serve de fundamento para a própria Constituição e ao ordenamento jurídico como um todo.⁴

Estruturalmente, o direito é considerado o ordenamento normativo, que se diferencia dos demais ordenamentos, não pelo conteúdo de suas normas, mas pelo modo como se relacionam dentro do sistema.⁵

Sem negar o caráter estrutural do direito, consagrado por Kelsen, Norberto Bobbio acresce-lhe um caráter funcional, partindo da concepção de sistema aberto, que se contrapõe à de sistema fechado.

No sistema fechado, o direito é sistematizado em um corpo de regras que almejam a completude, em razão do que as fontes formais são rigidamente predeterminadas. Por outro lado, no sistema aberto a maioria das regras está em estado fluido e em contínua transformação. Nele não está estabelecida uma linha de demarcação clara entre fontes materiais e fontes formais, sendo atribuída ao jurista a tarefa de colaborar, com o legislador e com o juiz, no trabalho de criação do novo direito.⁶

3.2 Objeto e legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada

O objeto da tomada de decisão apoiada não se confunde com o da tutela e da curatela, que se destinam à regência de pessoas incapazes.

A incapacidade de que cuida a tutela decorre da tenra idade da pessoa, menor de 18 anos e que não esteja sob o poder familiar dos pais; já a curatela cuida da incapacidade de quem, sendo maior, está impossibilitado de reger, por si mesmo, assuntos existenciais e ou patrimoniais.⁷

⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 78-79.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 204.205.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 38.

⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 436.

Diversamente da tutela e da curatela, que são medidas voltadas à proteção da pessoa incapaz, a tomada de decisão apoiada guarda nítidos traços tanto de proteção a direitos existenciais como patrimoniais da pessoa capaz que apresente alguma deficiência.

A curatela é imposta, ao passo que a tomada de decisão apoiada é proposta, porquanto depende de manifestação da própria pessoa com deficiência; se a tutela e a curatela pressupõem a incapacidade de fato da pessoa vulnerável, seja em razão da tenra idade ou devido ao pouco ou nenhum discernimento, a tomada de decisão apoiada, por seu turno, pressupõe a capacidade de fato da pessoa a ser apoiada, pois é ela, pessoalmente, quem terá legitimidade processual para requerer tal medida. Assim, a pessoa com deficiência deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.

Todavia, se for aprovado o Projeto de Lei n. 757 de 2015, o instituto da tomada de decisão apoiada, há pouco acrescentado ao Código Civil, passará por uma brusca, indesejada e inconstitucional transformação.

De acordo com a nova redação, o instituto restringir-se-á às pessoas com deficiência mental, intelectual ou deficiência grave. Deixará o texto de exigir que a pessoa beneficiada pela tomada de decisão apoiada seja plenamente capaz, como se infere:

Art. 1.783-A. As pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de ato ou atos sucessivos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas.

O novo art. 1.791-A, a ser acrescentado ao Código Civil com o Projeto de Lei n. 757 de 2015 parece destoar da lógica da dignidade liberdade e retornar à liberdade vulnerabilidade, ao mencionar, em seu inciso I, que a curatela só será deferida no caso de não cabimento da tomada de decisão apoiada:

Art. 1.781-A. A curatela das pessoas previstas no art. 1.767:
I – constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses da pessoa sujeita a curatela e aplicada, sempre que possível, a tomada de decisão apoiada;
Parágrafo único. A curatela só é aplicável a pessoas com deficiência caso apresentem alguma das condições previstas nos incisos I, III ou V do art. 1.767.

Advirta-se, contudo, que não é em todos os casos de curatela que a tomada de decisão apoiada pode ser aplicada, já que esta destina-se apenas às pessoas com deficiência em gozo da capacidade plena, ao passo que aquela destina-se a todas as pessoas maiores relativamente incapazes. Logo, a expressão “sempre que possível” constante do inciso I deve ser compreendida como envolvendo pessoa com deficiência.

Por sua vez, o parágrafo único menciona que a curatela só será aplicada às pessoas com deficiência descritas nos incisos I, III e V do art. 1.767 do Código Civil. Todavia, o inciso III refere-se aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico, ao passo que o inciso V refere-se aos pródigos.

Aqui novamente há um descompasso entre o Projeto de Lei e o texto do Código Civil, nos pontos em que foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em sua redação original, o inciso I do art. 1.767 referia-se à curatela dos que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; e o inciso III mencionava, além dos ébrios habituais e dos viciados em tóxico, os deficientes mentais.

O único inciso do art. 1.767 do Código Civil que permanece inalterado é o V, que se refere aos pródigos. Todavia, a prodigalidade não pode ser considerada deficiência, como faria crer o parágrafo único do novo art. 1.781-A, que será acrescido ao Código Civil pelo Projeto de Lei n. 757.

Os pródigos, arrolados dentre os relativamente incapazes, são as pessoas que, desordenadamente, dissipam sua fortuna, de modo que sua incapacidade relativa restringe-se aos atos de disposição patrimonial.

A curatela do prodígio não lhe restringe a prática de atos pessoais, uma vez que a sua incapacidade relativa refere-se apenas a atos que possam diminuir o seu patrimônio.⁸

3.3 Natureza jurídica e procedimento

A análise da tomada de decisão apoiada não deve partir primeiramente, nem exclusivamente, do texto do Código Civil. O fundamento de validade do instituto são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia.

O operador jurídico da atualidade, quando se defronta com uma questão jurídica a ser solucionada, não pode apreciá-la apenas sob um determinado ponto

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 6, p. 736.

de vista ou aspecto jurídico (do direito público ou do privado). Deve, antes, ter amplitude de formação suficiente para encarar cada fato social como um todo, já que sua solução envolve, certamente, mais de uma disciplina jurídica.⁹

A análise do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais não faz com que o Direito Civil deixe de ser Direito Civil; nem que o Direito Constitucional deixe de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional é um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise em mão dupla.¹⁰

A ideia mestra da constitucionalização do Direito é a irradiação das normas (ou valores) constitucionais aos demais ramos do Direito.¹¹ Observa-se a constitucionalização do Direito Civil mediante a interpenetração dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Esses princípios seriam, principalmente, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a solidariedade (CF, art. 3º, I) e a isonomia (CF, art. 5º) em seu duplo aspecto (formal e material).

Assentada a premissa de análise constitucional da tomada de decisão apoiada, sua natureza é de negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, em que o interesse da pessoa com deficiência apoiada e dos dois ou mais apoiadores convergem para um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.

Diferentemente do que ocorre na curatela e na tutela, os apoiadores não representam ou assistem a pessoa do apoiado. Sua atividade é a de coadjuvante na tomada de decisões, cujos controle e protagonismo concentram-se na pessoa apoiada.¹²

Ao apoiador cabe auxiliar o apoiado nos moldes previstos no termo de apoio, atuando como facilitador da compreensão sobre os efeitos do negócio jurídico a ser firmado, como intermediador do diálogo com o interlocutor contratual e, se for o caso, como tradutor da comunicação, tudo para facilitar o exercício da capacidade na prática dos atos da vida civil.¹³

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 60.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 59.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

¹² ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 520.

¹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito de família entre o Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 614.

O termo de compromisso dos apoiadores em relação à pessoa apoiada deve ser tomado no bojo de um processo judicial de jurisdição voluntária, com intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, mesmo não havendo discussão sobre direitos de incapazes. A legitimidade para deflagrar o processo é personalíssima da pessoa a ser apoiada.

A pessoa com deficiência e os apoiadores peticionarão conjuntamente ao juízo competente, apresentando termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (CC, art. 1.783-A, § 1º).

A lei não exige que o acordo indique termo final de vigência, embora nada impeça sua inserção.

Na específica situação em que o beneficiário do apoio esteja indevidamente sob curatela, com base nas normas materiais anteriores ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, será possível que o requerimento inaugural seja judicialmente apresentado por um familiar, ou mesmo pelo curador da pessoa a ser apoiada, sem prejuízo de ela própria requerer a providência ao juízo onde tramitou o processo de curatela.¹⁴

Não parece razoável a exigência legal mínima de dois apoiadores. Neste particular, andou bem o Direito argentino, ao mencionar que o interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio.

Após ouvido o Ministério Público, constitui etapa obrigatória do procedimento de tomada de decisão apoiada a oitiva da pessoa apoiada e dos apoiadores pelo juiz, que deverá estar assistido por equipe multidisciplinar (CC, art. 1.783-A, § 3º).

O Projeto de Lei n. 757 de 2015 alterará o § 3º, que passará a ter a seguinte redação: “§ 3º Será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade por meio algum”.

Embora seu teor possa parecer óbvio à luz da legislação vigente, seu propósito é dar continuidade à lógica do retorno à dignidade vulnerabilidade, que é o de equiparar à pessoa beneficiária da tomada de decisão apoiada ao relativamente incapaz.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 531.

3.4 Validade da declaração de vontade da pessoa apoiada

Constatando que o termo de apoio atende aos interesses da pessoa com deficiência, o juiz proferirá decisão homologatória. Daí em diante, a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (CC, art. 1.783-A, § 4º).

O Projeto de Lei n. 757 de 2015 alterará os §§ 4º e 5º, para adequá-los à nova lógica que se pretende instaurar, qual seja, a de que os negócios compreendidos expressamente no termo de apoio só podem ser celebrados com a participação do apoiador, sob pena de anulabilidade:

[...]

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores.

§ 5º Nos atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, a qual é hábil para demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.

Com isso observa-se a tendência de se equiparar a pessoa beneficiada pela tomada de decisão apoiada ao relativamente incapaz. A esse respeito, o novo art. 749-A do Código de Processo Civil não deixará dúvidas:

Art. 749-A. Devem ser especificados, na petição inicial, os fatos que demonstram a necessidade de apoio ou de concessão da curatela. [...]

§ 2º Juntamente com o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores deverão apresentar termo em que constem:

I – os limites do apoio a ser oferecido;

II – as hipóteses de participação obrigatória dos apoiadores para a validade de ato ou de atos sucessivos.

O termo de apoio poderá contemplar atos da vida civil tanto de natureza existencial (envolvendo direitos da personalidade) como patrimonial.

Para parte da doutrina, interpretando o art. 1.783-A com a redação atual, “O beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo”, o que levaria à conclusão de que os atos constantes

do termo de apoio não poderiam ser praticados pela pessoa com deficiência sem a intervenção dos apoiadores sob pena de invalidade.¹⁵

Nesta ordem de ideias e na contramão da autonomia da pessoa com deficiência, o Projeto de Lei n. 757 de 2015 pretende acrescentar o inciso III ao art. 171 do Código Civil, para tornar anulável o negócio jurídico praticado com inobservância do termo de apoio:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...]

III – por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada homologada judicialmente e registrada em cartório.

Em complemento a essa alteração, será acrescentado o inciso III ao art. 178 do Código Civil, para prever o termo inicial do prazo de decadência

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...]

III – no caso de atos de incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio.

Percebe-se que haverá uma equiparação da pessoa com deficiência capaz beneficiada pela tomada de decisão apoiada aos relativamente incapazes.

A prevalecer tal entendimento e se for aprovada a alteração dos arts. 171 e 178 do Código Civil, a tomada de decisão apoiada deixará de ser um instrumento emancipatório, de reafirmação da capacidade civil plena da pessoa com deficiência, para tornar-se instrumento de limitação dessa capacidade.

Ademais, se a pessoa com deficiência pode o mais (requerer a instituição e a extinção da tomada de decisão apoiada), logicamente que pode o menos (praticar sozinha os atos constantes do termo de apoio).

Logo, a correta interpretação do § 4º indica que para os atos constantes do termo de apoio, não bastaria a intervenção dos apoiadores se estiver desacompanhada da manifestação de vontade da pessoa apoiada, o que de resto decorre da lógica do sistema, pelo que o dispositivo parece dispensável.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1913.

3.5 Extinção do acordo de apoio

O processo de tomada de decisão apoiada tem por pressuposto a capacidade civil da pessoa com deficiência, pois a pessoa apoiada é quem tem legitimidade processual exclusiva para deflagrá-lo, bem como para requerer em juízo, a qualquer tempo, a substituição dos apoiadores ou mesmo sua extinção (CC, art. 1.783-A, §§ 7º¹⁶ a 9º).

A pessoa com deficiência tem o direito potestativo de requerer a resilição unilateral do acordo de apoio. Diferentemente, se a solicitação partir de um dos apoiadores, seu desligamento está condicionado à manifestação do juiz.

Se a pessoa com deficiência perder a capacidade durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada deverá ser extinta e concomitantemente ser requerida a curatela do agora incapaz.

Por fim, não há previsão de inscrição da sentença de homologação da tomada de decisão apoiada no Registro Civil das Pessoas Naturais, instrumento que garantiria a publicidade perante os terceiros que estabelecerão relações jurídicas com a pessoa apoiada. Neste particular, o Projeto de Lei n. 757/2015 do Senado propõe alteração do art. 9º, III, do Código Civil, que passará a assim dispor: “Art. 9º Serão registrados em registro público: [...] III – a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como seus respectivos limites”.

A norma material encontrará correspondência no art. 755-B do Código de Processo Civil, que determinará a publicação da sentença concessiva do apoio na página da internet do tribunal por 6 meses, na imprensa local por uma vez e por três vezes no órgão oficial, com intervalo de 10 dias. Com a alteração do art. 1.012, § 1º, VI do Código de Processo Civil, a sentença que homologa a tomada de decisão apoiada terá efeito unicamente devolutivo.

A finalidade do registro e da publicação é a de proporcionar a anulabilidade dos negócios jurídicos compreendidos no termo de apoio praticados pelo beneficiário sem a assistência do apoiador.

¹⁶ Uma vez aprovado o Projeto de Lei n. 757 de 2015, o § 7º do art. 1.783-A do Código Civil será revogado, passando seu teor a constar do art. 756-A, que será acrescido ao Código de Processo Civil. O teor dos §§ 8º, 9º e 10 do art. 1.783-A do Código Civil passarão a constar dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 756-A do Código de Processo Civil.

4 SISTEMAS DE APOIO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

A análise do direito comparado torna-se relevante neste momento, para que se possa concluir, ao final, que a atual feição da tomada de decisão apoiada, fundamentada na dignidade liberdade, insere o Brasil no topo dos países cuja legislação franqueia maior autonomia e independência à pessoa com deficiência.

Entretanto, a prosperarem as propostas de alteração constantes do Projeto de Lei n. 757 de 2015, o Brasil aceitará o retorno à dignidade vulnerabilidade e passará a figurar entre os países que mais restringem a autonomia e independência da pessoa com deficiência.

No Direito comparado, destacam-se o *Codice Civile* italiano, que teve seus arts. 404 a 413 alterados em 2004, para prever a figura do *amministratore de sostegno*; o *Código Civil y Comercial de la Nación*, da Argentina, previu o instituto do *sistemas de Apoyo al ejercicio de la capacidad* em seu art. 43; e o Código Civil de Portugal, que passou a contemplar o instituto do maior acompanhado em seus arts. 139 e seguintes, incluídos pela Lei 49, de 14.08.2018.

Um ponto que merece relevo é que, na Itália e em Portugal, as alterações operadas nos respectivos Códigos Cíveis vieram acompanhadas de reformas nas respectivas leis processuais, o que não ocorreu no Brasil.

Para suprir a falta de normas processuais, o Projeto de Lei n. 757 de 2015, já aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, visa a alinhar as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil às disposições da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Todavia, o Projeto de Lei não se ateu a proporcionar um diálogo eficaz entre as leis materiais e instrumentais, indo além e restringindo a autonomia e independência da pessoa com deficiência.

Portanto, acaso aprovado na Câmara dos Deputados e convertido em lei, certamente sua constitucionalidade será contestada.

4.1 O administrador de apoio da Itália

Segundo lições de Guido Alpa,¹⁷ no Direito italiano há os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição pode recair sobre a pessoa maior de idade, ou que esteja no último ano da menoridade, acometida por enfermidade mental que a torne incapaz de prover os próprios interesses. Já a situação dos sujeitos à inabilitação é menos grave, identificando-se com cegueira, prodrigalidade, surdo-mudez, uso de tóxico e álcool.

O interdito é privado da capacidade de exercício, não podendo concluir negócios jurídicos, os quais são praticados em seu nome e em seu interesse por um tutor. Já o inabilitado, podendo praticar os atos ordinários de administração, devendo ser assistido por um curador.

A interdição e a inabilitação são meios que atingem mais profundamente a liberdade de autodeterminação da pessoa, só aplicável em casos graves. Para atenuar esse sistema demasiadamente rígido, o legislador italiano, após anos de discussão, introduziu um novo instituto denominado de *amministrazione di sostegno*.

O escopo do legislador italiano é um pouco diverso do brasileiro, pois visa proteger a pessoa que não está apta para prover, por si mesma, os próprios interesses. Não se trata de pessoa inexperiente, mas de pessoa com dificuldade na execução das funções da vida cotidiana, em caráter permanente ou temporário, ou seja, que não pode gerir a si mesma, necessitando de auxílio, devido a alguma enfermidade, deficiência física ou psíquica.

Portanto, a pessoa beneficiada pela *amministrazione di sostegno* é incapaz, não necessariamente com alguma deficiência, ao contrário do Brasil, que reservou a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência capazes.

Uma outra diferença entre o ordenamento brasileiro e o italiano é que neste o administrador de apoio também pode ser nomeado para o interdito, para o inabilitado e para o menor. Lá, o decreto de nomeação do administrador de apoio estabelece a duração do encargo (como se de um mandato tratasse) e os atos que o beneficiário só pode praticar com a assistência do administrador, bem como os limites de despesas. Diferentemente do interdito e do inabilitado, o beneficiário da administração de apoio conserva a capacidade de agir para todos os atos que não requerem a representação exclusiva ou a assistência necessária do administrador de apoio, sob pena de anulabilidade.

¹⁷ ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 6. ed. Padova: Cedam, 2009, p. 200-203.

4.2 O sistema de Apoio al ejercicio de la capacidad da Argentina

O *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, com vigência a partir de agosto de 2016, contempla o instituto denominado de sistemas de *Apoio al ejercicio de la capacidad* em seu art. 43.¹⁸

O instituto contemplado pelo Direito Civil da Argentina não substituiu, mas reforça a tomada de decisão pela pessoa com deficiência. Diferentemente do que se passa com a *amnistrazione di sostegno* do Direito italiano, o *sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad* do Direito argentino pressupõe e reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência e destaca sua autonomia para a tomada de decisões.

Conforme leciona Claudio Marcelo Alberete¹⁹ sobre os *apoyos*, “*el objetivo es promover y consolidar la autonomía de las personas con discapacidad, a partir de ello su participación plena e inclusión en la vida social, en todos sus aspectos*”.

4.3 O maior acompanhado de Portugal

Em Portugal, a Lei n. 49/2018 introduziu o instituto do maior acompanhado no Código Civil e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação.

O acompanhamento pode ser requerido pelo próprio beneficiário, por seu cônjuge ou companheiro ou outro parente sucessível, desde que com autorização do beneficiário. Igual legitimidade é atribuída ao Ministério Público, porém sem a necessidade de autorização do beneficiário.

É possível que a autorização do beneficiário seja judicialmente suprida, quando não lhe for possível concedê-la, donde conclui-se que o instituto aplica-se aos incapazes, diferentemente da tomada de decisão apoiada brasileira.

O art. 143 enumera algumas pessoas que serão nomeadas acompanhantes, para o caso de falta de escolha da pessoa acompanhada.

¹⁸ “ARTÍCULO 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

¹⁹ ALDERETE, Claudio Marcelo. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. *Propuestas y comentarios*. Disponível em: <www.saij.gov.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em: 30 maio 2016.

O objeto do acompanhamento será o menos restritivo possível. Todavia, pode contemplar restrição a direitos da personalidade, como a atribuição ao acompanhante do exercício do poder familiar até então exercido pelo acompanhado sobre seus filhos. É possível a limitação ao exercício de direitos pessoais e patrimoniais pelo acompanhado.

Os atos praticados pelo acompanhado em contrariedade ao regime estabelecido no acompanhamento são anuláveis, característica que diferencia o instituto português do brasileiro.

5 CONCLUSÕES

O Estatuto da Pessoa com Deficiência instaurou uma significativa alteração no sistema de incapacidades do Direito brasileiro, que deixou de ser fundado na dignidade vulnerabilidade para contemplar a ideia da dignidade liberdade.

Antes de encerrado o período de *vacatio legis* do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi proposto no Senado Federal o Projeto de Lei n. 757, em cujo texto constata-se um nítido retrocesso à dignidade vulnerabilidade, mediante nítida restrição da liberdade da pessoa com deficiência, cujo parâmetro superior de garantias é o art. 12, § 3º, da Convenção da ONU, que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, com *status* de emenda constitucional.

O Projeto de Lei n. 757 de 2015 alterará o *caput* e os §§ 1º a 5º do art. 1.783-A do Código Civil e revoga os §§ 6º a 10, partindo da lógica de que a pessoa beneficiada pela tomada de decisão apoiada equipara-se ao relativamente incapaz. Para tanto, criará nova causa de anulabilidade no art. 171, III, disciplinando o termo inicial da contagem do respectivo prazo decadencial, no art. 178, III, todos do Código Civil.

Restringe a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência mental, intelectual e com deficiência grave, ponto em que se distancia da norma da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que outorga liberdade a qualquer pessoa com deficiência para requerer a tomada de decisão apoiada, independentemente de ser a deficiência leve, moderada ou grave.

As pretendidas e profundas mudanças, em princípio indesejadas, constarão de norma de vigência imediata conforme o art. 8º do Projeto de Lei, sem o necessário período de *vacatio legis* exigido pela Lei Complementar n. 95, de 26.02.1998, para as leis de maior impacto social.

Por todo o exposto neste estudo, espera-se a rejeição do Projeto pela Câmara dos Deputados, ou seu veto integral pelo Presidente da República por contrariar a Constituição.

6 REFERÊNCIAS

ALDERETE, Claudio Marcelo. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios. Disponível em: <www.sajj.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg305-0-51fcanirtcod>. Acesso em: 30 maio 2016.

ALPA, Guido. Manuale di diritto privato. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; Manual de direito civil. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 6.

GOMES, Orlando. Direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito de família entre o Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2011.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1.

A ATUAÇÃO DE EQUIPES INTERDISCIPLINARES TEM SIDO UMA CONTRIBUIÇÃO EFICAZ? QUAIS AS TÉCNICAS VIÁVEIS DE AUDIÇÃO E INQUIRÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre, Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex-Procuradora Federal. Fundadora e Diretora Nacional do IBDFAM (Região Sudeste). Diretora Nacional do IBDCivil (Região Sudeste).

De início a resposta é interdisciplinar – não maniqueísta e... inconclusiva – depende.

A eficácia da contribuição das equipes depende do contexto, dos profissionais e do que se espera destas equipes.

Equipes que, na verdade, são multidisciplinares – atendem a uma demanda do Juízo de família.

Aliás, “depende do contexto”, “muito indica”, “parece que”, “há indícios de que” são expressões bastante usadas por psicólogos, psicanalistas e assistentes sociais em seus laudos.

E podem ser mesmo irritantes quando se busca uma certeza em meio a processos em que se quer diminuir e acabar com a dor e a angústia, e resolver a

incerteza. E muitas vezes isto se dá a todo o custo. E o remédio da certeza meio que pode matar o doente...

Contudo, isto não quer dizer que não haja luz no fim do túnel.

E, por sua vez, as técnicas de inquirição também dependem do contexto, em geral criminal, dos técnicos encarregados da oitiva e inquirição e do objetivo – punição.

Peço *vênia* por não trazer certezas em tempos em que se clama pela segurança jurídica. Contudo, esta só é efetivamente possível a partir do reconhecimento da complexidade inerente às relações.

Um reconhecimento difícil, sobretudo quando o sofrimento se apresenta em carne viva, e ainda com afetos tão áduos de lidar e reconhecer, como o são aqueles de natureza agressiva e destrutiva – não amorosa e construtiva –, e que ferem a finalidade mesma da família de cuidado e proteção dos mais vulneráveis.

Sendo que nos processos todos, repito, todos estão muito vulneráveis, sejam requerente e requerido, réu e vítima.

Certo é que a vulnerabilidade e o desamparo são inerentes ao ser humano. Contudo, quando se trata de crianças e adolescentes a vulnerabilidade é muito maior. Por isso se invoca tanto o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente. Aliás, posso dizer, um Princípio Interdisciplinar.

E com esta dose de incerteza, é que se dá esta conversa interdisciplinar – de encontro com profissionais de diferentes especialidades com vistas a pensar e a encaminhar um problema em comum.

Espero que o efeito colateral deste nosso encontro seja a compreensão de qual pode ser a contribuição das equipes multidisciplinares, e suas limitações. Espero também endereçar a outra questão: quais os limites das técnicas de oitiva e inquirição de crianças e adolescentes?

Para responder às duas questões cabe estabelecer as diferenças entre o que é ESCUTAR do ponto de vista da Psicologia e da Psicanálise e OUVIR – uma diferença sutil, porém essencial.

A primeira questão: a contribuição das equipes multidisciplinares diz respeito, sobretudo, às perícias nas Varas de Família, e Infância e Juventude, em que se escuta a criança e o adolescente. E a outra questão diz respeito a ouvir, inquirir, procedimentos previstos na Lei n. 13.431, de 2017, que cria o Sistema de Proteção para Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência.

Quanto à escuta, o reconhecimento da importância das equipes multidisciplinares tem sido crescente no Direito de Família. O afeto foi elevado à categoria de princípio ou valor jurídico; o Direito tem-se aproximado das famílias que efetivamente existem na realidade – multiparentalidade –, famílias simultâneas; há o claro reconhecimento da importância de ambos os pais no convívio com os filhos; a alienação parental – um conceito interdisciplinar – e por aí vamos caminhando com diversos avanços.

Todas estas são bandeiras do IBDFAM em atentar para a complexidade das relações. E com isto outras disciplinas como a Psicologia, a Psicanálise, o Serviço Social têm ganhado espaço com a crescente demanda por perícias.

É claro que escutar e compreender as comunicações da criança e do adolescente, considerar suas especificidades, vulnerabilidades e necessidades demanda especialistas. E, esta é a razão pela qual as perícias são feitas por especialistas, psicólogos e psicanalistas, assistentes sociais e médicos, que são chamados a avaliar alguns casos para subsidiar decisões.

A interpretação da realidade e a comunicação, sobretudo da criança, seguem regras próprias – é uma personalidade em construção, e assim deve ser compreendida e escutada.

Uma personalidade que precisa brincar, fantasiar, e que interpreta a realidade a partir de uma ótica própria, especial. E ainda, que se comunica de diversas formas que não a palavra.

E o que é escutar uma criança e um adolescente? É simplesmente dar-lhes a palavra?

Claro que não! Por mais que a palavra seja, sim, muito importante e deva, sim, ser mais do que considerada – ela deve ser interpretada de acordo com as especificidades, vulnerabilidades e necessidades da criança e do adolescente. Ela deve ser escutada.

A palavra da criança e do adolescente não pode ser tomada de modo exclusivamente literal, ferindo sua forma de comunicação e seus direitos, inclusive o de fantasiar.

Tomar a palavra da criança de forma literal, sem considerar as suas peculiaridades e seu contexto – familiar e social, e as influências que sofre, tira da criança a condição de sujeito de direitos. Ela tem direito a ser escutada a partir de quem ela é e de suas circunstâncias.

Tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos implica em compreender o que é o seu Superior Interesse, e isto não a partir de uma visão

adultomórfica. Aliás, infância vem de *infans*, é aquele sem o tipo de fala que é própria dos adultos – com sua forma, seus códigos, sua racionalidade e mesmo com os seus preconceitos.

Escutar uma criança ou adolescente é compreender suas especiais vulnerabilidades.

Todavia, cuidado para não confundir o ser vulnerável com ser vítima

Uma confusão que facilmente fazemos – vulnerável e vítima –, confusão que torna os mais vulneráveis ainda mais vulneráveis a uma visão adultomórfica e mesmo aos preconceitos e vieses ideológicos.

A confusão em considerar crianças e adolescentes como vítimas por serem mais vulneráveis pode-se dar com as melhores intenções de cuidado e proteção, mas como diz o ditado “o inferno delas cheio está”, como o estão as leis, os processos e muitos dos nossos melhores esforços.

Quanto às perícias – estas fazem uma avaliação quer psicológica, social e/ou médica a partir de um conhecimento que pode ser mais ou menos especializado, mas que de qualquer forma é especializado em escutar.

E há um ponto central neste tipo de produção de prova – a compreensão da família como composta de relações necessariamente complementares – por este motivo a avaliação deve ser 360 graus – o contexto é avaliado, os vínculos de cada pai com a criança ou adolescente são avaliados, o vínculo entre o casal parental, bem como a personalidade dos envolvidos no que toca o objeto da perícia.

E nesta sede – a da prova pericial – o direito ao contraditório se exerce na medida em que se avalia não só a criança, mas, sobretudo, o contexto. Todos na família devem ser escutados, avaliados, e não a criança transformada em prova-juiz da causa, a criança e o adolescente como objetos e não sujeitos de direitos que são.

O direito ao contraditório também se exerce com o concurso dos assistentes técnicos. Para o quê alerta. Ter assistentes técnicos é uma necessidade para questionar os laudos, além de serem assuntos com altíssima dose de subjetividade e passíveis de vieses ideológicos.

E, ainda, peritos podem sofrer de “juizite”.

E um laudo sem contraditório técnico pode ser como uma sentença sem possibilidade de recursos.

Sim, os assistentes técnicos representam um investimento a mais, e que deve ser considerado em termos dos riscos e custo-benefício. Nem preciso dizer minha opinião.

Os laudos periciais nas Varas de Família, sobretudo os psicológicos, devem incluir ainda sugestões de encaminhamento para promover a sensibilização e transformação dos conflitos.

Assim, têm sido sugeridas, por exemplo, mediações, psicoterapias familiares, acompanhamentos terapêuticos e visitas monitoradas. Trata-se de escutar e enxergar a criança e o adolescente em suas necessidades e inseridos em um contexto do qual eles dependem.

Trata-se, também, de escutar a família, a ela proteger e cuidar. O contexto familiar em que estão inseridos os filhos que precisa ser modificado, e muitas vezes tratado, por meio de métodos que fogem à função direta do Poder Judiciário – que não é lugar para terapias.

Se a avaliação é realizada de modo amplo e profundo, cabe indagar por que os laudos são muitas vezes inconclusivos? Volto ao depende, parece, indícios... Embora o objetivo seja avaliar comportamentos e atos, buscando a verdade, nem sempre o que é por natureza complexo pode ter uma resposta simples e objetiva. As perícias têm condição de avaliar os sujeitos mas não necessariamente os atos.

Simples assim, embora difícil de aceitar, sobretudo devido à angústia que os processos judiciais trazem a todos.

Escutar a criança e o adolescente é compreender e respeitar sua forma de ser – um ser em desenvolvimento.

E a fantasia ocupa grande espaço na mente da criança, e na interpretação mesma que faz da realidade. A fantasia faz parte da mente, sobretudo a infantil. Aos poucos, e com a ajuda do meio, criança vai diferenciando os níveis de realidade conforme aumenta sua capacidade cognitiva. Também o conteúdo e a forma de comunicação vão se modificando com o amadurecimento.

Falo de fantasias que são muitas vezes difíceis de diferenciar da realidade – aliás a Psicanálise nasceu desta questão.

Já se vai mais de um século que Sigmund Freud, em 1905, para choque da sociedade vitoriana, e para a qual alguns querem retornar – vide o movimento de Backlash –, publicou *Os Três Ensaios sobre a Sexualidade*, identificando várias manifestações da sexualidade, inclusive a infantil.

Certo é que conceitos se modificaram, mas o essencial das descobertas de Freud mais do que permanece. E neste livro há um capítulo cujo título é de especial interesse “Teorias Sexuais Infantis”, em que ele traz exemplos de como as crianças fantasiam e interpretam, por si mesmas – sem influência do meio – a sexualidade adulta. Temos aí uma importante questão presente nas denúncias errôneas de abuso sexual.

Ou seja, as comunicações das crianças devem ser escutadas, interpretadas, contextualizadas e não tomadas em sua literalidade.

No entanto, a natureza complexa e subjetiva dos conflitos de família e mesmo os que tocam mais diretamente à sexualidade, não isenta da necessidade em buscar a objetividade na subjetividade das relações como há anos tem falado Rodrigo da Cunha Pereira; não isenta da necessidade em aperfeiçoar as perícias.

Contudo, não cabe colocá-las no papel do mordomo – sempre culpado. Ou mesmo de “matar” o mensageiro.

Curiosamente, o setor psicossocial tem recebido crescente demanda – o que é positivo – mas, no entanto, é decrescente o investimento, o que é lamentável.

Como dito, em alguns casos os laudos são sim inconclusivos porque as perícias muitas vezes não podem emprestar a desejada verossimilhança às alegações. O objeto das perícias é, muitas vezes, por natureza altamente subjetivo, não se podendo afirmar, por exemplo, se um abuso sexual ocorreu ou não. O que é extremamente frustrante para todos os Operadores do Direito e Operadores da Saúde que com eles contribuem.

Alerto que o desprezo às especialidades profissionais pode ser inversamente proporcional ao reducionismo com que se trata a complexidade.

O modelo da escuta ampla, por profissionais, que envolve pais e filhos, e seu contexto, é o modelo de avaliação presente na Lei n. 12.318 – que tem sofrido pressão para ser revogada – e devemos nos perguntar o porquê em tempos de caça às bruxas, ao conhecimento, e mesmo às expressões da sexualidade.

Talvez não à toa em tempos de tentativa de retrocesso, alguns que querem revogar a lei acusam os defensores da lei de defensores da pedofilia.... Nada mais perverso e, a meu ver, mas bastante significativo.

E é como se em substituição à Lei n. 12.318 viesse, então, a Lei n.13.431, que inclui a alienação parental como uma das formas de violência à criança e ao adolescente.

Devemos estar alertas para este movimento de criminalização das relações familiares. E, embora traga inegáveis avanços, a Lei n. 13.431 não substituiu as perícias e a escuta das crianças e adolescentes e da família.

Cuidado com a confusão: Escuta Especializada e Depoimento Especial não são perícias e não são avaliações psicológicas ou sociais. E, ainda, vejam que as técnicas e protocolos empregados para ouvir nesta sede não são prerrogativas de profissionais da Psicologia e Serviço Social, muito pelo contrário. Curiosamente, ao mesmo tempo em que se retira dos conselhos, por exemplo o referente às drogas, os profissionais especializados....

A Lei n. 13.431 criou um sistema de proteção às crianças vítimas e testemunhas de violência que trouxe a Escuta Especializada e o Depoimento Especial – com alguns avanços e ótimas intenções, sobretudo em proteger a criança e o adolescente da violência institucional. Contudo, a meu ver, criou outra violência justamente tentando proteger....

Repito que é inegável que um grande avanço foi trazido pela Lei n. 13.431, por uma iniciativa do então juiz Daltoé, que criou o Depoimento Especial, à época chamado de Depoimento Sem Dano. Nesta situação, a criança ou adolescente são ouvidos em sala separada, acompanhada por um profissional que não o juiz, para prestar seu testemunho transmitido para a sala de audiências.

Friso que é um grande avanço em face do que eram submetidas as supostas vítimas de violência, que prestavam seu testemunho inquiridas pelo juiz e na presença do réu, atendendo a uma necessidade processual. Agora a mesma necessidade é atendida de outra forma.

Na Escuta Especial, integrantes da rede de proteção, de diversas instâncias, conselhos tutelares, delegacias, rede de atendimento médico e social, escolas, Judiciário, ouvem a criança e adolescente. Friso que não se trata de equipe interdisciplinar ou multidisciplinar, ou de profissionais da Psicologia ou do Serviço Social, mas sim de integrantes da rede.

Para ouvir a palavra da criança e do adolescente são utilizados protocolos, importados e adaptados, e os membros da rede têm sido capacitados, sobretudo no caso do Depoimento Especial.

Como técnicas, temos as denominadas Entrevistas Cognitivas – desenvolvidas para aperfeiçoar o trabalho de policiais e de reconstituição do contexto; EC considerada eficaz em relação às entrevistas tradicionais. Temos o protocolo NICHHD, desenvolvido especificamente para crianças e adolescentes e, finalmente, o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense – adaptação de um protocolo desenvolvido pelo National Childrens Adocacy Center – serviço de referência de atendimento de crianças e adolescentes – um protocolo norte-americano traduzido

e que tem sido adaptado ao contexto brasileiro para o qual tem sido oferecidos cursos de capacitação. Louvável o esforço, mas a meu ver com consequências temíveis quando se confunde a Escuta Especializada ou o Depoimento Especial com avaliação psicológica e/ou social.

Há, por certo, uma diferença sensível com relação ao resultado dos protocolos entre aqueles aplicados por psicólogos e assistentes sociais. Há discussões nos Conselhos de Psicologia e Serviço Social que, inicialmente, proibiram que os profissionais participassem, sendo que suas resoluções não mais vigem por força da atuação do Poder Judiciário.

Todavia, seja como for, por limitada e focada que sejam as formas de inquirição e oitiva, também nestes casos o resultado depende dos profissionais que as aplicam.

Oitivas e inquirições têm, sim, sua validade, mas que não se confundem com a perícia, e este é um ponto central. Oitiva e inquirição não são perícias.

Escutar uma criança e um adolescente é compreendê-la e não é o mesmo que submetê-la a uma oitiva e uma inquirição.

A Lei n. 13.431 já no nome revela o perigo da confusão entre vulnerabilidade e vitimização: trata-se de um sistema de proteção às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

Ela tem inegáveis méritos, como o tem as técnicas, porém com o risco, em tempos de retrocesso, de contribuir para um nefasto movimento de criminalização das relações familiares e mesmo de criminalização de verbalizações da fantasia infantil, que em tempos de retrocesso facilmente podem ser desvirtuadas.

Imagine-se o dano que é tomar uma fantasia infantil como um fato ocorrido. Nem preciso dizer que as consequências são mais do que nefastas para os mais vulneráveis.

Inúmeros são os exemplos de injustiças quando se toma a palavra da criança de forma literal. E no caso de “comprovado” um abuso sexual, seja lá de que ordem for, a pena é de 8 anos de reclusão, se for intrafamiliar ainda maior...

Não se pode desconsiderar as consequências para as crianças e adolescentes e para a família das técnicas que são utilizadas. Necessárias, sim, a oitiva e a inquirição, mas o dever de proteção e cuidado deveria ir além da Escuta Especializada e do Depoimento Especial – a meu ver nos casos de suspeita de abuso sexual, sem indícios materiais, a perícia deveria ser de rigor, bem como as recomendações terapêuticas.

Tenho, infelizmente, em minha experiência, assistido, muitas vezes impotente, a situações de profunda injustiça em função de se tomar a palavra da criança e do adolescente de forma literal.

Assistimos a uma simplificação reducionista com as polarizações ideológicas que tomam o lugar do conhecimento.

É como se assim pudéssemos transitoriamente reduzir a angústia da nossa vulnerabilidade com a ilusão das certezas. E o inferno está cheio não só de boas intenções, mas de ilusões.

Como dizia Freud em *Mal-estar na civilização* (1929): “O mal-estar da vida em sociedade é inevitável e nos defronta com inúmeras situações de vulnerabilidade em seu movimento civilizatório de permanente conflito entre civilização e barbárie”.

A responsabilidade por conhecer as possibilidades e realizar as escolhas é nossa!

O QUE É VULNERABILIDADE EM DIREITO DAS FAMÍLIAS NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL?

Elisa Cruz

Doutoranda e Mestra em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil. Pesquisadora no NEPBIO/UERJ. Defensora Pública no Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Introdução. 2. As preocupações do direito das famílias: um olhar retrospectivo. 3. O momento em que vivemos. 4. Olhando à frente. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A tentativa de responder qual o significado da vulnerabilidade para o atual contexto do Direito das Famílias traz consigo uma necessidade de avaliar o percurso desse ramo do Direito ao longo do tempo, buscando reconstruir as suas principais pautas de modo a permitir a compreensão dos debates que atualmente ocupam a centralidade das discussões.

Não se revela uma tentativa fácil, tanto pelas inúmeras formas de abordagens que são possíveis, como também pela necessidade de uma mínima contextualização da organização social existente ao longo desse percurso.

A abordagem nesse trabalho tem como sua centralidade na Constituição da República de 1988, em primeiro lugar, porque é a Constituição vigente; e, em segundo lugar, porque ela representa a fonte normativa de todo o ordenamento jurídico. É a partir da Constituição que o sistema jurídico é organizado, de modo que seus princípios, regras, valores, diretrizes e postulados direcionam a interpretação e a aplicação das demais normas vigentes no ordenamento jurídico.¹ Existe ainda um terceiro argumento que justifica a adoção da Constituição de 1988

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

como marco para a análise do Direito das Famílias, qual seja, a preponderância que o princípio da dignidade da pessoa humana assumiu como valor fundante do ordenamento.

Até a Constituição de 1988, os demais textos constitucionais tinham como elemento central a organização do Estado e apenas secundariamente a preocupação com os direitos fundamentais, o que pode ser pela ordem dos textos, em que esses direitos apareciam após os capítulos e seções sobre os Poderes do Estado e a organização política brasileira. A Constituição de 1988, ao contrário, trata da dignidade logo em seu artigo 1º e já no artigo 5º inicia o rol exemplificativo de direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e políticos que têm origem na dignidade da pessoa humana.

Isso significa dizer que na ordem constitucional e jurídica inaugurada em 1988, o vetor é a pessoa: a importância de se resguardar o seu potencial de desenvolvimento, a sua liberdade, sua autonomia e sua integridade. Não por acaso, as principais tentativas conceituais sobre a dignidade vão destacar aspectos atinentes à liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade,² ou o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário,³ ou mesmo incluir aspectos culturais e históricos sobre reconhecimento.⁴

Em quaisquer dos sentidos que lhe são atribuídos, é inegável a importância da dignidade da pessoa humana na hermenêutica constitucional e, por consequência, da interpretação das demais normas jurídicas.

Por fim, antes de prosseguir na pergunta central desse artigo, releva perceber que a mudança programática determinada pelo constituinte de 1988 serve como forma de apreensão das diferentes realidades jurídico-sociais e permite a comparação entre elas de modo a evidenciar eventuais semelhanças, diferenças, rupturas e continuidades dos períodos.

2 AS PREOCUPAÇÕES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: UM OLHAR RETROSPECTIVO

As mudanças no Direito das Famílias podem ser apreendidas por meio da sua segmentação em três períodos, dos quais o primeiro deles são os anos anteriores à Constituição de 1988, mais especificamente o período entre 1916 a 1988.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

O ano de 1916 tem como marco jurídico a promulgação da Lei n. 3.071/1916 – o Código Civil de 1916 (CC/1916), com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917. Segundo Orlando Gomes, à época em que o projeto do CC/1916 foi apresentado por Clóvis Beviláqua, em 1896, elaborado por homens da classe média, o Brasil ainda era uma “nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência europeia”.⁵ Dessa tensão entre a formação dos juristas redatores do texto e a classe rural dominante, surgiu o Código Civil de 1916.

Ao tratar do Direito de Família, Orlando Gomes o caracteriza como conservador e local de “privatismo doméstico”, justificado por “certas particularidades” da organização social brasileira e pelo “atraso de sua evolução”. Para comprovar seus argumentos, cita a eleição do regime de comunhão universal de bens como o regime legal de bens no casamento,⁶ o status do homem como chefe conjugal, a possibilidade de perda do pátrio poder pela mulher bínuba e a proibição do divórcio.⁷

De fato, a organização do Direito de Família tinha dois eixos principais e um secundário. Pode-se mesmo afirmar que o eixo essencial do Direito de Família pré-Constituição de 1988 era o casamento, ao redor do qual os demais seriam regulamentados.

O casamento era a única instituição capaz de dar origem à família, isto é, a comunidade formada por pais e respectivos filhos (família em sentido estrito) ou pais, filhos e demais parentes (família em sentido amplo).

Em parte importado das normas religiosas que foram estabelecidas após o Direito Romano, com a entrega à Igreja Católica da regência das regras sobre aspectos “da alma”, salvo no que tange à exigência de celebração civil do ato, o casamento tornava legítima a posição social da pessoa e o destino de seu patrimônio, e legitimava os filhos do casal. Nas palavras de Clóvis Beviláqua, “o casamento é a regulamentação social do instinto de reprodução [...]”.⁸

A importância jurídica e social do casamento o revestia de formalidades para a sua celebração: procedimento de habilitação, com publicação de proclamas na entrada do registro civil e em jornal; existência de impedimentos para a sua celebração, alguns em razão de parentesco outros de ordem moral; rito específico para o ato da celebração, obrigando-se a ser realizado em prédio público ou se privado, com portas abertas, com fala solene para o perfazimento do ato.

⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

⁶ A alteração do regime legal para a comunhão parcial ocorreria em 1977 pela Lei n. 6.515.

⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14-23.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 33.

Além do rigor na sua formação, o Código Civil ainda estabelecia uma série de regras destinadas a manter o casamento, sendo a mais importante delas a proibição do divórcio, recusado por Clóvis Beviláqua para quem cabia ao Direito “canalizar os impulsos humanos para os fins da conservação e do bem-estar social”.⁹ À proibição do divórcio, somam-se as poucas causas de anulabilidade do casamento e a obrigatoriedade de nomeação de curador ao vínculo nas ações de invalidade.¹⁰

O segundo eixo do Direito de Família anterior à Constituição de 1988 era a filiação, cuja constituição era o símbolo da supremacia masculina sobre a feminina. A maternidade era estabelecida à mulher grávida, mas a paternidade apenas ao marido de sua esposa. Mais, a redação original do Código Civil proibia o reconhecimento de filhos fora do casamento, o que veio a ser abrandado pelas Leis n. 883/1949, 6.515/1977 e 7.250/1984. Contudo, a filiação fora do casamento estabelecia regime jurídico diferenciado entre os filhos, com maiores garantias aos filhos legítimos.

O terceiro eixo é do direito assistencial, destinado às normas de tutela e curatela, ou seja, a instituição de regras para solução da representação legal aos incapazes com o objetivo de atribuir ao seu representante a gestão de seu patrimônio.

Em síntese, a organização do Direito de Família girava em torno da figura institucionalizada do casamento, sem o qual ou fora do qual havia uma perda do status jurídico e social das pessoas. Complementarmente, considerada a ideologia heterossexual machista prevalecente, não era possível a existência de casamento entre pessoas de mesmo sexo e ao homem era atribuída a chefia da instituição e com subordinação dos demais membros, mulher e filhos, ao seu poder.

Com a promulgação da Constituição de 1988, esse cenário jurídico alterou-se profundamente, sem que, ao menos em um primeiro momento, houvesse alteração de textos legais infraconstitucionais.

Como antes mencionado, o primeiro influxo constitucional ocorreu com a ascensão da dignidade da pessoa humana como valor e princípio basilar do ordenamento jurídico. A partir dessa nova centralidade ética, naturalmente deslocou-se o enfoque da família enquanto instituição formal, cuja preservação tinha por objetivo preservar o próprio Estado nacional, para a família enquanto espaço de desenvolvimento de seus membros.¹¹

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 285.

¹⁰ Artigo 222 do Código Civil de 1916.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. I, p. 421.

Um segundo aspecto relevante trazido pela nova Constituição foi o princípio da igualdade, especificamente a exigência de igualdade de gênero, como fica claro no inciso I do artigo 5º e no artigo 226, § 5º.

Esses dois tópicos são suficientes para terem provocado uma revolução interpretativa. Em relação a temas relacionados à conjugalidade, no qual o casamento era reconhecido como única instituição juridicamente reconhecida e instituidora da família, abriu-se a possibilidade de reconhecimento de outras espécies de famílias e outras organizações conjugais. A Constituição cita nominalmente a família decorrente da união estável e a família monoparental, mas, como destaca Paulo Lôbo, esse rol é meramente exemplificativo, na medida em que a família é funcionalizada às pessoas.¹²

Quanto a aspectos relacionados à filiação e à parentalidade, a Constituição proibiu a diferença de filhos em relação a sua origem, inclusive quanto aos adotivos, que, no sistema anterior, também tinham menos direitos em relação aos filhos legítimos. Também reposicionou o exercício do pátrio poder, contestando sua nomenclatura, diante da igualdade entre homem e mulher, e seu conteúdo, agora influenciado pela doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse a criança, que redirecionaram a atuação parental em favor e no atendimento dos interesses infantojuvenis.

Regras como a do artigo 233 (“o marido é o chefe da sociedade conjugal”), do artigo 358 (“os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”) ou do artigo 380 (“durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”) precisaram ser reinterpretados à luz das novas disposições constitucionais, de modo que o conteúdo de sua norma retratasse a dignidade das pessoas envolvidas. Assim, a chefia do casamento passa a pertencer a homem e mulher e quaisquer filhos não só podem, mas têm o direito a serem reconhecidos e assegurados os direitos decorrentes da filiação.

A menor potência dos efeitos foi observada na curatela e na tutela, muito embora a dignidade da pessoa humana não pudesse ser desconsiderada para fins interpretativos.

A partir de janeiro de 2003, o Código Civil de 1916 seria substituído pela Lei n. 10.406 aprovada em 2002, com *vacatio* de um ano. O projeto do Código Civil de 2002 (CC/2002) é datado de 1975, com a primeira aprovação pela Câmara dos Deputados em 1984, mas com aprovação final em 2002.¹³ Nos últimos anos de

¹² LÔBO, Paulo. Entidades familiares: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

¹³ Sobre a memória legislativa do Código Civil de 2002, disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/>>. Acesso em: 1º out. 2019.

tramitação, o Congresso Nacional realizou um esforço de adequação do texto que estava sendo discutido à Constituição, de modo a permitir sua aprovação final.

A data de apresentação do Código Civil de 2002 e o início de suas discussões legislativas são relevantes porque elas mostram que as mudanças trazidas no texto não foram plenamente suficientes para adequá-lo à organização social e jurídica existentes desde a década de 1980 e aprofundada nos anos 2000. Alguns exemplos são bem ilustrativos dessa dissonância: a manutenção de publicação de proclamas de casamento na imprensa; persistência de erro essencial sobre a pessoa como causa de anulação do casamento, embora o divórcio tenha sido; preservação da culpa; regulamentação estatal dos deveres conjugais; e, baixa preocupação com as consequências da união estável e sua conversão para o casamento.

A essa época, a taxa de natalidade no Brasil havia caído, o número médio de composição familiar diminuiu, a taxa de conjugalidade informal aumentou, o número de divórcios aumentou,¹⁴ a internet começava a se fazer mais presente e se iniciavam as discussões sobre famílias compostas por pessoas do mesmo sexo¹⁵ e violência de gênero. O Código aprovado em 2002 já nascera, em temas de família, ultrapassado.

A falta de sincronia entre o direito legislado e a realidade se imporia com maior força e evidência em 2011 no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 132 e ADI 4277, quando a Corte Constitucional aplicou método de “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1.723 do Código Civil para “excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”, determinando-se que o reconhecimento deve ser feito “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

No mesmo ano começaram a ser autorizados os casamentos de pessoas de mesmo sexo,¹⁶ culminando com a edição da Resolução CNJ n. 175/2013, que veda “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

¹⁴ Estatísticas de registro civil do IBGE. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 1º out. 2019

¹⁵ A primeira decisão no Superior Tribunal de Justiça sobre famílias de mesmo sexo teve julgamento em fevereiro de 1998, tendo como debate o regime de bens. A Quarta Turma da Corte, com voto do relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu que deveria ser aplicada a teoria da sociedade de fato. (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial 148897-MG, DJ 06.04.1998, p. 132).

Até 2005, a Corte mantinha temas afetos à homoafetividade na competência de varas cíveis, a teor dos Recursos Especiais 323370-RS e 502995-RN. Contudo, em 2006, publica-se o acórdão no Recurso Especial 395904-RS atribuindo direito à pensão por morte ao companheiro sobrevivente em relação homoafetiva. (STJ, 6ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ/06.02.2006, p. 365).

Em 2010, no Recurso Especial 1026981-RJ, da 3ª Turma, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, a Corte reconhece pela primeira vez direitos de companheiros em homoafetividade com base nas normas de Direito de Família.

¹⁶ Vide notícia na imprensa. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/06/110628_casamento_gay_juristas_rp>. Acesso em: 1º out. 2019.

3 O MOMENTO EM QUE VIVEMOS

Ao passo que o período pré-constitucional no Direito de Família é marcado pelo conservadorismo e machismo nas relações familiares, com fortes traços de poder masculino, o período pós-constitucional até aproximadamente 2013 tem como influência a igualdade de gênero, de papéis familiares e entre filhos, transicionando de um Direito de Família para um Direito das Famílias.

Desde então, um novo movimento tem-se colocado em pauta, cujo traço agregador, ao que parece, tem sido a busca por soluções pautadas pela igualdade material. Veja-se, não que a igualdade material não tenha sido objeto do Direito das Famílias anteriormente, mas essa parece estar sendo a pauta nesse momento.

Não apenas a igualdade material tem sido buscada, mas especialmente as particularidades pessoais têm sido componentes essenciais para o debate jurídico e para a construção de soluções que respeitem também a eficácia normativa e a dignidade. E é nesse ponto que ocorre a intersecção entre o Direito das Famílias e a vulnerabilidade.

Vulnerabilidade é um conceito que surgiu, no Direito brasileiro, com o Código de Defesa do Consumidor, que previu como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

O Código de Defesa do Consumidor é um produto legislativo diretamente relacionado com os artigos 5º, XXXII, e 170 da Constituição de 1988 e que impuseram ao Poder Público a tutela específica do direito dos consumidores como aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar desse substrato de justificação, é inegável que a ideia de vulnerabilidade surge vinculada a situações patrimoniais e contratuais,¹⁷ fato que evidenciará a dificuldade em sedimentar a transposição do conceito para situações que envolvam exclusiva ou majoritariamente situações existenciais.¹⁸

Tradicionalmente, distingue-se a vulnerabilidade em três espécies: econômica, jurídica ou técnica. A vulnerabilidade econômica ou fática consiste no reconhecimento da fragilidade do consumidor perante o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu forte poderio econômico ou em razão da essencialidade do produto ou serviço que fornece, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. A vulnerabilidade técnica do

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. II, p. 124.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 155-156.

consumidor consiste na ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que ele adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. A vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos, ou seja, na falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo. Para Cláudia Lima Marques, essa espécie de vulnerabilidade, denominada jurídica ou científica, também inclui a ausência de conhecimentos de economia ou de contabilidade.¹⁹

Heloisa Helena Barboza destaca que a tutela de pessoas vulneráveis não se limita ao consumidor, embora a construção doutrinária feita nesse ramo jurídico tenha fortemente contribuído para a delimitação de critérios e diretrizes para a definição de quem seriam os vulneráveis.²⁰ De acordo com a autora, vulnerabilidade constitui “característica ontológica de todos os seres humanos, a qual se desdobra em múltiplos aspectos existenciais, sociais, econômicos, possibilitando que determinadas pessoas sejam circunstancialmente afetadas, vulneradas ou fragilizadas”.²¹

A vulnerabilidade, assim, distingue-se em vulnerabilidade primária e secundária, sendo essa última a que deve ser aprofundada para desvendar as causas da vulneração e os meios de sua superação, que conduzam a uma “proteção necessária para desenvolver suas potencialidades e sair da condição de vulneração e, paralelamente, respeitar a diversidade de culturas, as visões de mundo, hábitos e moralidades diferentes que integram suas vidas”.²² Ou seja, devem ser consideradas as condições específicas de gênero, psicofísicas, sociais, econômicas, étnicas, culturais e políticas para a produção de normas em abstrato ou concretas, permitindo assim o exercício de direitos (acesso à justiça) em sua plenitude.

A consideração sobre vulnerabilidades no Direito das Famílias é o aprofundamento da busca pela igualdade material iniciado em 1988, mas com sinalização mais específica sobre a necessidade de considerar aspectos individuais e socioculturais na aplicação da lei.

Três situações servem de exemplificação para a importância do tema na atualidade.

A primeira delas extraímos do campo da conjugalidade com o rompimento da circunscrição do casamento ou união estável a pessoas de sexo diferentes. Não apenas pessoas do mesmo sexo formam famílias como já não se mantêm

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108.

²¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108-109. (Grifo nosso).

²² BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

obstáculos ao casamento ou união estável entre pessoas transgêneros,²³ em um movimento que contempla a diversidade de gêneros existentes. Nessa mesma direção, aprofunda-se o debate para a superação da monogamia como elemento-base na formação da conjugalidade, admitindo-se o reconhecimento de famílias simultâneas ou paralelas (situação em que uma pessoa está presente em várias entidades familiares ao mesmo tempo) e do poliamor (situação em que a entidade familiar é composta por três ou mais pessoas). Em junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça proibiu que os registros de notas lavrassem escrituras públicas de união estável entre mais de duas pessoas ao argumento de que uma relação com essa configuração não se amolda ao conceito de união estável.²⁴ Entretanto, além de a decisão não impedir a existência dessas relações, tampouco que casos individuais tenham solução oposta pelo Poder Judiciário no exercício de sua função judicante, o Supremo Tribunal Federal está julgando recurso extraordinário em regime de repercussão geral que busca decidir se as pessoas que se relacionavam afetivamente com segurado do INSS têm o direito a dividir pensão por morte, caso que envolve a decisão preliminar sobre o reconhecimento de famílias simultâneas como famílias. Até o início de outubro, haviam votado favoravelmente à divisão 5 dos 11 Ministros, momento em que o julgamento foi suspenso após pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.²⁵

A segunda situação refere-se ao debate de gênero em relação ao exercício da guarda de filhos. De acordo com os dados estatísticos do registro civil do IBGE, a guarda compartilhada subiu de 16,9%, em 2016, para 20,9%, em 2017, nos casos de divórcio judicial.²⁶ A mesma pesquisa demonstra que a guarda exclusiva à mulher está em cerca de 70% dos casos, comprovando que a tarefa de cuidado dos filhos permanece como atribuição feminina.

Esses dados são a evidência da divisão sexual do trabalho, bem definido por Flávia Biroli como “o que vem sendo definido, historicamente, como trabalho de mulher, competência de mulher, lugar de mulher”²⁷ e fazem com que as obrigações familiares restrinjam e moldem as ocupações fora de casa²⁸, mas que não afetam da mesma forma todas as mulheres, variando de acordo com a raça e classe social.²⁹

O questionamento dessa forma de organização em que o cuidado é atribuído à mulher revela-se, a um só tempo, um instrumento de favorecimento da igualdade real entre gêneros, buscando atribuir também aos homens essa responsabilidade,

²³ DIAS, Maria Berenice. *Transsexualidade e o direito de casar*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_788\)1transsexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1transsexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf)>. Acesso em: 1º out. 2019.

²⁴ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/enj-proibe-cartorios-de-registrarem-uniao-estavel-poliafetiva>>. Acesso em: 1º out. 2019.

²⁵ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-09/stf-adia-decisao-sobre-pensao-por-morte-em-unioes-estaveis-simultaneas>>. Acesso em: 1º out. 2019.

²⁶ Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf>. Acesso em 01.out.2019.

²⁷ BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 21.

²⁸ BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 29.

²⁹ BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 35-36.

como também seria o cumprimento do princípio constitucional da parentalidade responsável, previsto no art. 227 da Constituição de 1988. Sobre esse princípio, esclarece Heloisa Helena Barboza que consiste nos deveres atribuídos aos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores, a serem cumpridos em atenção aos direitos dos filhos, no melhor interesse destes” e, complementa que “somam-se a esses os deveres que correspondem aos direitos próprios das crianças, assegurados com absoluta propriedade, expressamente previstos no art. 277 da Constituição da República, a saber: o direito à vida, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, de ser protegido contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.³⁰

Os artigos 1.631, 1.632 e 1.634 do Código Civil explicitam esse princípio, deixando claro que a responsabilidade pelo cuidado dos filhos e do seu patrimônio pertence a ambos os pais, independentemente da existência de casamento ou outra união estável entre eles.³¹

Existe, assim, um debate de gênero subjacente ao instituto da guarda, no qual a histórica vulnerabilidade feminina precisa ser considerada, em especial quanto à naturalização da sua posição de cuidadora, o que, na ordem constitucional vigente, afronta o melhor interesse da criança, a parentalidade responsável e a efetiva igualdade de gênero.

A última das situações que evidencia a importância da vulnerabilidade é encontrada nas alterações feitas pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD) no reconhecimento de incapacidade e na nomeação de curador.

Tradicionalmente no Direito Civil, a incapacidade da pessoa era definida a partir de um modelo médico e de etiquetamento, em que, caracterizada a doença, haveria a incapacidade. O artigo 5º do Código Civil de 1916 serve como exemplo desse modelo, especialmente ao prever que “loucos de todo o gênero” e “surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade” seriam considerados como absolutamente incapazes. Existe uma série de imprecisões nesse artigo, como a amplitude conceitual de loucura e a confusão entre as deficiências de fala e audição, mas é correto afirmar que existe uma relação bem delimitada de causa e efeito entre a loucura e as deficiências como causa de incapacidade e interdição.

A compreensão da incapacidade foi minimizada ao se incorporar o discernimento como critério para sua verificação, a teor da redação original do artigo 3º, inciso II, do Código Civil de 2002, mas com foi o Estatuto da Pessoa

³⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 249-266.

com Deficiência que mais profundamente alterou a sistemática ao evidenciar que deficiência é determinação social que não necessariamente conduzem à redução ou supressão do discernimento. Ao definir a deficiência como “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, o Estatuto transferiu a responsabilidade da deficiência da pessoa para a sociedade, de modo que não são as condições pessoais determinantes da deficiência. Esse raciocínio aplica-se às demais situações que conduzem à incapacidade, de modo que não basta a condição pessoal, mas essa condição deve significar redução nas habilidades de compreender as relações e responsabilizar-se por elas, ou seja, redução do discernimento.

Os artigos 6º, 84 e 85 do Estatuto são a síntese dessa mudança. O artigo 6º dispõe expressamente que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, inclusive para casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o planejamento familiar, exercer guarda, tutela, curatela e adoção, sendo reforçado pelo caput do artigo 84, segundo o qual “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em condições de igualdade com as demais pessoas”. O § 3º do artigo 84 prevê a curatela como “medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e as circunstâncias de cada caso”, complementada pelo § 2º do artigo 85 que obriga a constar da sentença as razões e motivações da curatela, “preservando-se os interesses do curatelado”.

Isso significa o reforço à capacidade como regra, e apenas excepcionalmente, comprovado em processo judicial a diminuição do discernimento, pode ser reconhecida a incapacidade da pessoa, hipótese em que lhe será nomeado curador, a quem competirá primordialmente a proteção da pessoa curatelada³² e secundariamente, de seu patrimônio.

4 OLHANDO À FRENTE

Elaborando uma síntese, afigura-se incontroverso que o Direito das Famílias está em processo de mutação em uma tentativa de acompanhar as mudanças nas relações sociais que esse ramo jurídico procura regular, tal como tem ocorrido ao longo do tempo.

O que caracteriza esse momento em específico é o estabelecimento da sua base na dignidade da pessoa humana, recusando soluções que violem esse princípio, mas buscando apreender as particularidades das pessoas envolvidas nessas situações

³² Artigo 758 do Código de Processo Civil.

jurídicas e potenciais vulnerabilidade que exigem um tratamento jurídico diferenciado que se amolde ao conjunto valorativo estabelecido na Constituição.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA; Vitor; MENDONÇA, Bruna Lima de (Org.). *A parte geral do Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA; Vitor (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Salvador: Fórum, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 103-117.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades*: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

CÔTÉ, Denyse. Guarda compartilhada e simetria nos papéis de gênero. *Revista Observatório*, v. 2, n. 3, p. 182-198, maio/ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Transexualidade e o direito de casar*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_788\)1transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf)>. Acesso em: 1º out. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (Coord.). *Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei n. 13.146/2015*. São Paulo: Foco, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti. O papel da doutrina de proteção à criança e à(o) adolescente frente às perspectivas de gênero: Propostas de olhares multidimensionais acerca dos desempoderamentos em família. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 82-97, 2016.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidade para a democratização dos papéis econômico e afetivo. *Pensar*, v. 19, n. 3, p. 750-778, set./dez. 2014.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 16, p. 105-123, abr./jun. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental? *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 249-266.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 419-444.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. II, p. 123-134.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e a proteção das vulnerabilidades. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, n. 1, p. 6-8, jan./mar. 2016.

O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E O VERBETE 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Ana Luiza Maia Nevares

Doutora e Mestra em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM. Diretora Acadêmica do IBDFAM-RJ. Membro do IBDCivil e do IAB. Advogada.

Sumário: 1. Regime de bens: considerações gerais. 2. O regime de separação obrigatória de bens. 3. A possibilidade de afastar o verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal por pacto. 4. Conclusão: o verbete 377 da Súmula do STF não mais se coaduna com o sistema brasileiro. 5. Referências.

1 REGIME DE BENS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A legislação civil faculta aos cônjuges estipular antes do matrimônio o que lhes aprouver quanto aos seus bens, consoante o disposto no art. 1.639 do Código Civil, vigorando, portanto, o princípio da liberdade em relação às convenções antenupciais.

O Código Civil disciplina os regimes da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação de bens, sendo certo que os nubentes não estão adstritos a escolher um dos referidos regimes disciplinados pela lei, podendo modificá-los ou combiná-los, ou até mesmo criar um regime novo e peculiar que lhes seja próprio e específico. Na ausência de estipulação, aplica-se ao casamento o regime da comunhão parcial de bens (Código Civil, art. 1.640).

¹ Originalmente, este artigo foi publicado na *Civilistica.com*, Revista Eletrônica de Direito Civil, v. a.3, p. 1, 2014. Nesta sede, acrescentou-se enunciados, decisões e provimentos mais recentes sobre a matéria.

Em algumas hipóteses, o princípio da liberdade em relação às convenções antenupciais é excepcionado, impondo a lei aos nubentes o regime da separação obrigatória. Trata-se dos casos previstos no art. 1.641 do Código Civil, a saber, do casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas do matrimônio, enumeradas no art. 1.523 do Código Civil, do casamento da pessoa com mais de 70 (setenta) anos e, ainda, do casamento daqueles que dependerem para casar de suprimento judicial.

Quanto à imposição do regime da separação obrigatória para aqueles com mais de uma determinada idade, importante mencionar o art. 45 da Lei 6.515/77, que afasta dita imposição nas hipóteses em que o casamento tenha sido precedido de uma comunhão de vida entre os nubentes existente antes de 28 de junho de 1977 (data em que o referido diploma legal foi promulgado), que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado prole. Nestas hipóteses, o regime de bens poderá ser escolhido livremente pelos nubentes. À luz da normativa citada, Zeno Veloso defende que a imposição do regime da separação obrigatória para pessoas em idade avançada deveria ser excepcionada sempre que o casamento fosse precedido de união estável entre os nubentes.² Nessa linha, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado 261, assim ementado: “Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Vale registrar, ainda, que há forte oposição na doutrina e na jurisprudência quanto à imposição do regime de separação obrigatória de bens para aqueles maiores de 70 (setenta) anos, uma vez que tal imposição violaria a liberdade e, por consequência, ofenderia a dignidade da pessoa humana.³

² VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 179-180.

³ Nesse sentido: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. [...] 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...] 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido.” (STJ, RESP 1171820/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 07.12.2010, *DJe* 27.04.2011); “Casamento – Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC com os arts. 1º, III, e 5º, I, X, LIV da CF. Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no § 1º do art. 1.611 do CC. Aplicando-se a analogia legis, não se pode conferir a cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto para a convivente – Aplicação analogia legis do art. 226, § 3º da CF e do art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96. A norma estampada no art. 258, par. ún. II, do CC, não foi recepcionada pela ordem jurídica atual por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X, LIV da CF. Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no § 1º do art. 1.611 do CC. Aplicando-se a analogia legis, não se pode conferir a cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto em lei para a simples convivente, consoante art. 226, § 3º, da Constituição da República e o que dispõe o art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96, que, com base na regra constitucional, confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar.” (TJSP, Ap. 74.788-4/6, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Menezes, julgada em 13.04.1999, *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 767, setembro 1999, p. 223/226); e “ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema

O regime de bens não é imutável, podendo ser alterado mediante autorização judicial, em pedido motivado dos cônjuges, desde que sejam ressalvados os direitos de terceiros e apurada a procedência das razões invocadas (Código Civil, art. 1.639, § 2º). Importante observar que assiste razão à tendência jurisprudencial de abrandar o rigor da análise da motivação dos cônjuges para a modificação do regime de bens. Isso porque diante da objetivação do divórcio, que pode ser concedido independentemente de culpa, por meio de escritura pública e sem que haja tempo mínimo de duração do matrimônio, conduta diversa estimularia os cônjuges a burlar a lei, buscando um divórcio fictício para possibilitar um novo casamento por regime de bens diverso com a mesma pessoa.⁴

Vale ressaltar que nos casos de casamentos celebrados pelo regime da separação obrigatória de bens, argumenta-se a possibilidade de sua alteração, à luz do disposto no art. 1.639, § 2º do Código Civil, nas hipóteses em que reste provada a eliminação das causas que determinaram a imposição do aludido regime, tendo sido aprovado na III Jornada de Direito Civil o enunciado 262, assim ementado: “Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

2 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O regime da separação de bens é aquele em que não há patrimônio comum entre os cônjuges, permanecendo os bens sob a administração de seu titular, que os pode alienar ou gravar de ônus real livremente, consoante o disposto no art. 1.687 do Código Civil. Consoante a disciplina do referido regime de bens, tanto o marido como a mulher devem contribuir para as despesas da família na proporção

jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves”. (Apelação Cível n. 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27.08.2003).

⁴ “Apelação Cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se reputar mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento unânime.” (TJRS. Apelação Cível n. 70042401083, 8ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 28.07.2011).

de seus rendimentos, salvo se houver estipulação contrária no pacto antenupcial (Código Civil, art. 1.688).

Trata-se, portanto, de regime de bens em que os cônjuges mantêm vidas econômicas distintas. Desse modo, não há patrimônio comum, mas apenas o patrimônio particular de cada um dos cônjuges, que têm liberdade de administrá-lo ou aliená-lo, respondendo cada um pelas dívidas que contrair, não havendo qualquer solidariedade em relação ao outro, salvo na hipótese do disposto no artigo 1.644 do Código Civil.

Conforme pondera Paulo Lôbo, o regime da separação de bens é o que melhor correspondente ao princípio da igualdade de gêneros, sendo aquele que mais se coaduna com o modelo igualitário de família, sendo o mais justo e o que melhor respeita a igualdade e a dignidade de cada cônjuge, sem contar no fato de dito regime reduzir sobremaneira os conflitos que os demais regimes propiciam.⁵

O regime de separação de bens pode ser convenicionado pelos nubentes em pacto antenupcial ou pode ser imposto pelo legislador, consoante o já citado art. 1.641, II, do Código Civil.

Na vigência do Código Civil de 1916, por força de interpretação do art. 259 do aludido diploma legal, que determinava que embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam, no silêncio do contrato, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento, consagrou-se o entendimento de que no regime de separação de bens convencional era preciso mencionar no pacto antenupcial de forma expressa que a separação era *absoluta e total* para que não houvesse comunicação de aquestos entre os cônjuges.

O aludido dispositivo do Código Civil de 1916 inspirou entendimento jurisprudencial, que passou a aplicar os princípios da comunhão parcial de bens quanto aos bens adquiridos no curso do matrimônio nos casos do regime de separação obrigatória de bens, tendo sido editado, nesta linha, o verbete 377 da súmula do Supremo Tribunal Federal, assim ementado: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Tendo em vista inexistir no Código Civil dispositivo semelhante ao art. 259 do Código Civil de 1916, discute-se a permanência da posição consubstanciada no verbete 377 do Supremo Tribunal Federal.

Para alguns autores,⁶ permanece em vigor o verbete 377 da súmula do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a partilha do patrimônio adquirido na constância do

⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

⁶ Ver LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331; MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52; e TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, v. 5. Em relação a esta última obra, há divergência entre os coautores diante da questão. Enquanto Flávio Tartuce defende a

casamento independe de prova do esforço comum, sendo este presumido, como já foi reconhecido por decisões do STJ.⁷ No entanto, importante registrar que em 23.05.2018, por ocasião do julgamento do REsp 1623858/MG pela 2ª Seção do STJ, sendo relator o Ministro Lázaro Guimarães, o referido Tribunal passou a mitigar os efeitos do aludido verbete, interpretando-o de forma restritiva, a partir da exigência de prova de contribuição para a partilha do patrimônio adquirido na constância do matrimônio,⁸ na esteira do que já ocorria em alguns tribunais inferiores, que passaram a interpretar a hipótese como uma sociedade de fato, ao argumento de que, de modo diverso, restaria descaracterizado o próprio regime.⁹

Apesar das balizadas opiniões em sentido contrário, sem dúvida, o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal distorce o regime de separação obrigatória de bens, transformando-o, na prática, em regime de comunhão parcial de bens, em clara violação ao comando legal e, ainda, ao senso comum que vigora na sociedade,

permanência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, José Fernando Simão defende o contrário, em virtude da revogação do art. 259 do Código Civil de 1916.

⁷ “Direito Civil. Família. Alimentos. União Estável entre sexagenários. Regime de bens aplicável. Distinção entre frutos e produto. [...] 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...] 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido.” (STJ, RSP 1199790/MG, 3ª T., Rel. Min. Vasco della Giustina, julgado em 14.12.2010, *DJe* 02.02.2011). Recurso especial – Ação anulatória de aval – Outorga conjugal para cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens – necessidade – Recurso provido. 1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil. 4. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1163074/PB, 3ª T., Rel. Massami Uyeda, julgado em 15.12.2009, *DJe* 04.02.2010).

⁸ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial.” (STJ, 2ª Seção, REsp 1623858/MG, Relator Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 23.05.2018, publicado em *RSTJ*, v. 251, p. 416).

⁹ “Apelação Cível. União Estável. Varão Sexagenário ao tempo do início do relacionamento. Separação Obrigatória de bens. Aplicação da súmula nº 377 do STF. Interpretação restritiva desse enunciado. Partilha mediante prova de contribuição dos bens havidos na vigência da união estável. 1. Não há vício material na norma do inciso II do art. 1.641 do CCB, uma vez que a própria Constituição Federal – e, destacadamente, a Lei nº 10.741/03 – estabelece necessidade de proteção especial e diferenciada às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos- em consonância com o intuito da regra do Código Civil (na redação anterior à atual, que torna obrigatório o regime de separação de bens somente a partir dos 70 anos). 2. Aplica-se às uniões estáveis a regra de separação obrigatória/legal de bens, sob pena de tratamento privilegiado dessa entidade familiar. Precedente do STJ. 3. Incidente, também, por decorrência, a Súmula nº 377 do STF, em sua interpretação restritiva, que exige prova de contribuição, aos moldes de uma sociedade de fato. Entender em sentido diverso significa descaracterizar o próprio regime de separação de bens, porquanto, ao fim e ao cabo, a presunção de contribuição seria uma forma de burlar a regra, transformando esse regime em uma verdadeira comunhão parcial. 4. Não há nos autos mínima comprovação de que a autora tenha efetivamente contribuído na aquisição dos bens que pretende partilhar, o que leva à improcedência do pleito. Por maioria, negaram provimento.” (TJRS, Apelação Cível n.70043554161, 8ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 04.08.2011).

sendo de difícil compreensão que um regime que se intitula *separação obrigatória* gere a comunhão de aquestos.

3 A POSSIBILIDADE DE AFASTAR O VERBETE 377 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR PACTO

Apesar de haver vozes que defendem a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos e, ainda, em que pese o posicionamento que advoga a tese da insubsistência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal diante das disposições do Código Civil,¹⁰ fato é que a questão continua muito debatida na doutrina e na jurisprudência, sendo certo que raros não são os julgados que aplicam dito verbete.

A problemática se coloca quando os nubentes têm plena consciência de que o seu regime de bens é aquele da separação obrigatória e, de fato, desejam os seus efeitos. Esta situação é dramática diante dos nubentes com mais de 70 anos, que desejosos por contrair matrimônio em regime de total separação patrimonial, não se conformam com a possibilidade de incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal em um casamento regido segundo a lei pelo *regime da separação obrigatória de bens*.

Não é incomum que as pessoas sujeitas ao regime de separação obrigatória de bens decidam celebrar pacto antenupcial,¹¹ no qual manifestam a clara vontade de que seu casamento seja regido pelo regime da mais absoluta e total separação patrimonial. Nestes casos, resta consignado no assento pertinente que o casamento foi celebrado pelo regime da separação total de bens, com indicação expressa da escritura pública do pacto antenupcial, sendo certo que dito pacto não tem o condão de atribuir àquele matrimônio os efeitos próprios do regime de separação total convencional de bens (que diferem dos efeitos do casamento pelo regime de separação obrigatória de bens),¹² mas apenas de consignar que o regime de bens deve ser o da mais absoluta separação de patrimônios, afastando a incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a jurisprudência dos nossos tribunais em diversos casos autoriza que mesmo nos casamentos aos quais se aplica o regime da separação obrigatória de bens por força do disposto no art. 1.641 do Código Civil haja pacto antenupcial

¹⁰ Vide nota 6.

¹¹ Vale registrar que no caso de menores em idade núbil, os pais, ou na sua ausência o tutor, deverão aprovar a celebração do pacto antenupcial, atuando como intervenientes na escritura pública.

¹² Conforme previsto no art. 1.829, I, do Código Civil, em concorrência com os descendentes, o cônjuge não é herdeiro do outro quando o casamento é regido pela separação obrigatória de bens. O mesmo não se passa quando o casamento foi celebrado pelo regime da separação total convencional de bens, hipótese em que, pelo dispositivo mencionado, o cônjuge concorre com os descendentes na sucessão do consorte falecido.

celebrado pelos nubentes prevendo a mais absoluta e total separação de bens no matrimônio.¹³

Ocorre que nem sempre o aludido pacto antenupcial é aceito nos processos de habilitação de casamento, em especial pelo disposto no número 7 do art. 70 da Lei 6.015/73, que indica que as escrituras antenupciais não poderão ser consignadas no assento de casamento quando o regime for o legal.¹⁴ Não raro, o Ministério Público opina pelo cancelamento do pacto antenupcial lavrado ao argumento de

¹³ “Agravado de instrumento. Sucessões. Inventário. Separação obrigatória de bens. Direito de meação sobre os bens adquiridos na constância do matrimônio. Cabimento. Incidência da súmula n.º 377 do STF. Existência de pacto antenupcial celebrado pelos cônjuges, que apenas reproduz a disposição legal acerca do regime da separação obrigatória dos bens. Circunstância que não tem o condão de afastar o direito da agravada de meação sobre os aquestos. Bem imóvel adquirido na vigência do casamento em sub-rogação. Matéria que pendente de exame pelo juízo a quo, sob pena de supressão do grau de jurisdição. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido.” (Agravado de Instrumento n. 70015588825, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27.09.2006). “PARTILHA – MEAÇÃO – INVENTÁRIO – CASAMENTO – SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATORIA- COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS – PROVA DA PARTICIPAÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO – ARTIGOS 258, II E 259 DO CC DE 1916 – SÚMULA 377 DO STF. Para que os aquestos não se comuniquem imprescindível que no contrato, leia-se, na Escritura Pública de Convenção de Pacto Antenupcial, conste que os nubentes escolhem o regime da separação de bens e que os bens adquiridos na constância do matrimônio também não se comunicarão. Recurso desprovido.” (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0620.06.017911-1/0010179111-80.2006.8.13.0620 (1), Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, julgado em 25.03.2008). “AÇÃO DECLARATÓRIA. MEAÇÃO. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS. 1. Se o casamento estava sujeito ao regime de separação obrigatória de bens e se todos os bens do de cujus foram adquiridos durante a vida conjugal, que findou com o óbito do varão, tem aplicação a Súmula nº 377 do STF estabelecendo que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. 2. Constitui entendimento indissolvente hoje que, enquanto o casal estiver junto e unido, o produto do trabalho de ambos e todas as conquistas patrimoniais devem a eles pertencer de forma igualitária, salvo se houver manifestação de vontade expressa em sentido contrário (contrato escrito na união estável ou pacto antenupcial, no casamento)”. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA).” (Apelação Cível n. 70012778023, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 07.12.2005). “AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. AUSÊNCIA DE DESCENDENTES OU ASCENDENTES. TESTAMENTO REALIZADO. DISPOSIÇÃO DA TOTALIDADE DE SEUS BENS. PROTEÇÃO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. 1. Inicialmente deve-se salientar que o inventariado casou-se com a agravada em 19.12.1991, quando possuía 60 anos de idade e, por isso, por imposição do artigo 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916, era imposto o regime de separação obrigatória de bens. Não obstante, firmaram os nubentes, em 28.11.1991, pacto antenupcial estipulando como regime de bens o da separação total. Vê-se, ainda, que antes do falecimento, que se deu em 2013, o inventariado celebrou testamento, dispondo dos seus bens, não deixando ascendentes nem descendentes. 2. A sucessão e a capacidade para suceder são reguladas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, no caso concreto, o Código Civil atual. 3. Note-se que dispõe o artigo 2.041 do Código Civil atual que “As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (artigos. 1829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na Lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”, ou seja, aberta a sucessão na vigência da legislação atual, esta deve ser aplicada ao caso concreto. 4. Não se olvide que o artigo 1.787 do Código Civil estabelece que a sucessão e a legitimação para suceder são reguladas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, salientando-se que o artigo 1577 do CC/16 não dispunha de forma diversa, ao reconhecer que a “capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão”. 5. Superada a questão intertemporal, verifica-se dos autos que o casamento deu-se sob o regime da separação total de bens, não só por possuir o cônjuge varão idade superior a 60 anos de idade quando vigente o CC/16 (artigo 258), mas por assim também convencionarem os cônjuges. Doutrina. 6. Apesar de constituir o testamento ato jurídico perfeito, quando da abertura da sucessão vigente o atual CC que, no artigo 1845, que dispõe ser o cônjuge herdeiro necessário, destacando-se que o testamento, por se tratar de “negócio mortis causa”, “somente produz efeitos após a morte do testador”. 7. Ademais, mesmo se aplicar o Código Civil de 1916, o artigo 1.603, que dispunha acerca da ordem da vocação hereditária, estabelecia que o cônjuge sobrevivente integra a sucessão legítima, na terceira classe de herdeiros, sendo preterido somente pelos descendentes e ascendentes. 8. Saliente-se que o artigo 1829 do Código Civil, que também dispõe acerca da ordem da vocação hereditária, estabelece que o cônjuge sobrevivente integra a cadeia sucessória e, no artigo 1838, do mesmo Código, estabelece que na “falta de descendente e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”, independentemente do regime de bens adotado no casamento com o falecido. Precedente do TJRJ. 9. Nessa toada, aplicável, na espécie, o artigo 1789 combinado com o artigo 1967, ambos do Código Civil/2002, a fim de concluir que o testador, havendo herdeiros necessários, só pode dispor da metade da herança e, caso não exceda a parte disponível, impõe-se a redução das disposições aos limites dela. 10. Recurso não provido.” (TJ RJ, Agravo de Instrumento n. 0024229-63.2016.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 29.06.2016, Data de Publicação: 01.07.2016).

¹⁴ “Habilitação para casamento. Pacto antenupcial firmado por nubente maior de sessenta anos. Obrigatoriedade do regime de separação de bens. Nulidade declarada. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso. Tratando-se de pacto antenupcial firmado por nubente com mais de sessenta anos de idade, correta a sentença que declarou a nulidade da avença, homologou a habilitação para o casamento e determinou a observância do regime da separação obrigatória dos bens.” (TJ RJ, Apelação Cível n. 0000030-94.2004.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, julgado em 26.10.2004).

nulidade e os nubentes vêem cair por terra o seu desejo de celebrar seu casamento pelo regime que a lei dispõe, a saber, o regime de separação de bens, uma vez que, não existindo pacto, há sério risco de incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal por ocasião da dissolução do matrimônio.

Nesse cenário, é preciso ponderar se, realmente, o pacto antenupcial que preveja a mais absoluta e total separação de bens, celebrado por aqueles que devem se submeter ao regime da separação obrigatória de bens, é um ato nulo e que merece ser simplesmente cancelado.

O ato nulo, conforme o disposto no art. 166 do Código Civil, é aquele celebrado por pessoa absolutamente incapaz, aquele cujo objeto for ilícito, impossível ou indeterminável, quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito, não revestir a forma prescrita na lei, for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, tiver por objetivo fraudar lei imperativa ou a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Na medida em que o pacto em comento prevê exatamente o regime de bens que a lei impõe, ou seja, o regime de separação patrimonial, pode-se concluir que dito ajuste não contraria o comando legal, não sendo nulo, portanto. Neste caso, os nubentes elegem para o seu casamento o próprio regime que a lei determina, qual seja, o regime de separação patrimonial.

Evidentemente que o mesmo não seria se o pacto modificasse a separação total e absoluta de bens, prevendo hipóteses de comunicação de aquestos. Neste caso, a toda evidência, as disposições do pacto conflitariam com o comando legal que impõe o regime de separação obrigatória de bens.¹⁵

O objetivo da imposição do regime de separação obrigatória de bens é proteger centros de interesses que poderiam conflitar com a comunhão de bens. O verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal viola a proteção da lei, contrariando o objetivo do legislador. Assim, por que não se admitir que nesta hipótese haja um pacto antenupcial prevendo exatamente o que a lei determina?

Com tantas discussões a respeito do regime da separação obrigatória de bens e, ainda, quanto à vigência do entendimento consubstanciado no verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não há motivos para negar que aqueles

¹⁵ “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PACTO ANTENUPCIAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RE. 1. Da análise dos autos, verifica-se que o pacto antenupcial, no qual foi escolhido o regime de comunhão total de bens, foi celebrado em 24/11/2009, momento em que o autor contava com 61 anos de idade. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II do Código Civil, com a redação original vigente à época dos fatos (anterior à vigência da Lei 12.344/2010), o regime de separação de bens no casamento é obrigatório para as pessoas maiores de sessenta anos de idade. 3. Portanto, na celebração do pacto antenupcial deveria ter sido observado o regime de separação de bens, por expressa disposição legal. Nulidade reconhecida. 4. Manutenção da sentença. 5. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.” (TJRJ, 25ª CC, Apelação Cível n. 0009548-45.2017.8.19.0003, Data de Julgamento 13.03.2019, Data de Publicação: 14.03.2019).

que devem se submeter ao regime de separação obrigatória de bens afirmem em documento autêntico o seu desejo de realmente viverem uma separação total e plena de patrimônios, na esteira do comando legal.

Isso porque, nestes casos, o que os nubentes pretendem é evitar que, por imposição de uma interpretação jurisprudencial antiga, decorrente de legislação anterior revogada, hoje em discussão sobre a sua permanência, sejam obrigados a viver em regime de comunhão parcial por força do citado verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, quando a vontade de ambos é que a vida financeira e patrimonial dos dois seja completamente separada e incomunicável.

Por conseguinte, deve-se admitir a possibilidade de os nubentes submetidos ao disposto no art. 1.641 do Código Civil ratificarem o comando legal por meio de pacto antenupcial, no qual manifestem a intenção de viverem sob a mais absoluta e total separação de bens, sem que isso tenha o condão de atribuir ao matrimônio os efeitos do regime da separação total convencional de bens, mas apenas o efeito de afastar a incidência do verbete 377 do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

Na hipótese de não se admitir o pacto antenupcial nestes casos, ao argumento de que a legislação relativa ao processo de habilitação do casamento veda a existência de pactos antenupciais na hipótese do regime legal, os nubentes devem celebrar escritura declaratória, na qual afirmem o desejo firme de vivenciar a mais absoluta separação patrimonial, com total afastamento do verbete 377 do Supremo Tribunal Federal, recomendando-se que dito documento seja firmado antes do casamento, por analogia ao pacto antenupcial, embora se possa advogar quanto à validade de um documento posterior ao enlace, não só por respeito à vontade dos signatários, mas também porque é possível alterar o regime de bens no curso do relacionamento conjugal (CC, art. 1.639, § 2º).

Sem dúvida, não se pode argumentar que ditas avenças seriam nulas, uma vez que não é razoável que a jurisprudência imponha a pessoas maiores e capazes uma comunhão de aquestos indesejada, quando a própria lei determina a separação de patrimônios, consoante o disposto no art. 1.641 do Código Civil. Assim, na medida em que a vontade manifestada está em plena consonância com o comando legal e visa apenas afastar uma interpretação jurisprudencial, deve a mesma ser levada em conta na análise dos efeitos daquele matrimônio.

De forma corajosa e em atenção à problemática aqui descrita, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco em 2016 editou provimento determinando que o Oficial do Registro Civil esclareça aos nubentes, no caso do art. 1.641, II, do

¹⁶ Corroborando a linha de pensamento deste artigo, está Eduardo de Oliveira Leite, que assim se posiciona: “Vale frisar, que a doutrina exposta, além de fazer rigorosa interpretação do texto legal, em prova de impecável lógica, prioriza a humanização do Direito de Família não mais o submetendo à exegese restritiva, puramente calcada na interpretação literal da lei, mas, em nítida tendência finalística, procurando evidenciar a interpretação teleológica³³ priorizando, sempre que possível, a dimensão humana e o respeito à liberdade de optar”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. A “armadilha” do regime de separação de bens e a humanização do Direito de Família Brasileiro”. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 83, p. 64, maio 2017 – mar. 2018).

Código Civil, a possibilidade de se afastar os efeitos do verbete 377 da Súmula do STF por meio de pacto antenupcial.¹⁷ Já em São Paulo, decisão da Corregedoria Geral de Justiça permitiu a celebração de pacto antenupcial em decisão de processo de dúvida no qual se questionava a validade do referido documento em virtude da incidência do regime da separação obrigatória de bens (CC, art. 1.641).¹⁸

Em 2018, foi aprovado no âmbito das VII Jornadas de Direito Civil enunciado na direção da permissão do pacto antenupcial para afastar a incidência da Súmula 377 do STF nos casos de regime de separação obrigatória de bens, uma vez que dito pacto tem por objetivo reforçar os efeitos do aludido regime, *in verbis*:

Enunciado 634 - Art. 1.641: É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.

No ano de 2019, foi a vez do Estado do Mato Grosso do Sul estipular de forma expressa a possibilidade de os nubentes acima de 70 (setenta) anos afastar os efeitos do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal por meio de pacto antenupcial, incluindo o art. 645-A ao Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, *in verbis*:

Art. 645-A. No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial.

Assim como o provimento do Estado de Pernambuco, a aludida possibilidade prevista pelo Estado do Mato Grosso do Sul contempla apenas as hipóteses de

¹⁷ Provimento n. 08 de 2016 do TJ/PE: Artigo 1º. Ao Título IV, Capítulo III, Seção I, do Provimento n. 20, de 20 de novembro de 2009, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco (Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros), fica acrescido do seguinte artigo: Art. 664-A. No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

¹⁸ “REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível.” (Recurso Administrativo n. 1065469-74.2017.8.26.0100.

nubentes maiores de 70 anos, não abrangendo as demais pessoas que se casam pelo regime da separação obrigatória, a saber, aqueles que se casam em violação das causas suspensivas, bem como os que dependerem de suprimento judicial para o casamento.

4 CONCLUSÃO: O VERBETE 377 DA SÚMULA DO STF NÃO MAIS SE COADUNA COM O SISTEMA BRASILEIRO

Sem dúvida, as iniciativas acima relatadas dos Tribunais de Justiça dos Estados de Pernambuco e Mato Grosso do Sul são muito louváveis e visam equacionar uma questão tormentosa. No entanto, é preciso registrar que os casamentos celebrados em qualquer lugar do Brasil produzem efeitos em todo o território nacional e, assim, a questão merece uma solução harmônica, para evitar que cada cartório ou cada Estado aja de uma forma diante da hipótese em comento.

De fato, é importante registrar as dificuldades práticas da questão: constará na certidão de casamento que o regime é aquele da separação obrigatória de bens, sendo consignado ao final o pacto antenupcial firmado? Restará consignado no assento de casamento que o regime é aquele da separação total convencional de bens, por força do pacto, sem qualquer registro do regime da separação legal de bens? A primeira hipótese é aquela que deve prevalecer, mas sem uma solução uniforme, cada cartório agirá de uma forma, podendo causar inquietudes diante dos casos concretos, já que há uma diferença substancial entre os dois regimes de separação, a saber, o fato de no regime da separação legal o cônjuge não ser herdeiro em concorrência com os descendentes, o mesmo não se passando em relação ao regime da separação total convencional de bens.

Com efeito, interessa evitar decisões conflitantes com os comandos legais, como aquela do TJMG que determinou que o registrador civil alterasse no assento de casamento o regime de bens do casamento para aquele da separação total convencional de bens em caso de nubente que tinha mais que 60 anos quando se casou, mas que celebrou pacto antenupcial prevendo a separação total de bens. No caso em comento, o Tribunal entendeu ser mais protetivo para o casal o regime da separação total convencional de bens, que afasta o verbete 377 do STF, mas ao determinar ao registrador a mudança do regime de bens, acabou criando situação confusa, porque se tratava de hipótese de incidência da separação legal de bens.¹⁹

¹⁹ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – CASAMENTO – REGIME DE BENS – PACTO ANTENUPCIONAL – REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E ABSOLUTA DE BENS – AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – PREVALÊNCIA SOBRE O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. 1. O regime de separação convencional e absoluta de bens afasta a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. 2. O regime de separação convencional e absoluta de bens, constante em pacto antenupcial, deve prevalecer sobre o regime da separação obrigatória de bens.” (TJMG, 19ª CC, Apelação Cível n. 1.0000.19.048708-2/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, julgado em 18.07.2019).

QUAL A DIFERENÇA ENTRE GUARDA ALTERNADA E GUARDA COMPARTILHADA COM RESIDÊNCIA ALTERNADA?

Madaleno

e Direito
Graduação
Família –
Direito de
Estrangeiro
exterior.

o direito
o direito
o direito
o direito do
u mente
o direito e o
rtamento
abuso do
ental. 11.
a. 12. O
o direito
picas no

Renata Nepomuceno e Cysne

Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões. Pós-Graduada em Direito Constitucional. Presidente do IBDFAM/DF biênio 2018/2019.

“Eu moro com a minha mãe
Mas meu pai vem me visitar
Eu moro na rua, não tenho ninguém
Eu moro em qualquer lugar

Já morei em tanta casa
Que nem me lembro mais
Eu moro com meus pais”.

(Pais e Filhos (canção) – Legião Urbana)

Sumário: 1. Introdução. 2. Autoridade parental, guarda e melhor interesse dos filhos. 3. Guarda compartilhada. 4. Convivência alternada. 5. E a guarda alternada? 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

mento em
ingências
por meio
cisa viver
atividade
mente em
máxima

A Constituição Federal promulgada em 1988 é considerada um marco na alteração das dinâmicas familiares, pois garante a expressão da diversidade da sociedade brasileira, com disposição expressa da igualdade formal entre homem e mulher, reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direito e prioriza o melhor interesse deles. Essas previsões repercutiram na aplicação do Direito e na criação de políticas públicas.

Se antes da Carta Magna pensar em família significava casamento entre homem e mulher, filhos biológicos e proteção patrimonial, atualmente, com a pluralidade familiar, novos arranjos e organizações surgem a cada dia e desafia os operadores do Direito das Famílias a enxergarem e aplicarem as normas de forma a atender os princípios constitucionais e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e não mais a se submeterem a enquadramentos rígidos e distantes da realidade.

A alteração do papel da mulher na sociedade, com maior participação no mercado de trabalho, a evolução da ciência que permitiu a contracepção de forma mais segura, o direito ao voto e a ser votada e a possibilidade do divórcio repercutiram diretamente nas organizações familiares.

O pai exclusivamente provedor e a mãe exclusivamente cuidadora cedem pouco a pouco espaço para uma nova dinâmica de convivência paterno-materno-filial. Essas mudanças ainda tão prematuras demandam reflexões sobre modelos ideais de guarda e convivência de famílias binucleares ou multinucleares.

A pesquisa do IBGE aponta que o casamento civil continua a ser uma forma significativa de constituição de família e que o divórcio tem ampla aceitação pela sociedade, tendo sido registrados em cartórios 1.070.376 casamentos e 344.526 divórcios no ano de 2017.¹

Diante desse novo panorama, houve no ordenamento pátrio, no que concerne ao Direito das Famílias, grandes alterações em um curto período. A necessidade de se entender a complexidade dessas mudanças indicam que as famílias com filhos são as que merecem maior atenção.

Os pais devem ter autonomia para a organização de arranjos de guarda e convivência filial a considerar o caso concreto, desde que atendidos os melhores interesses dos filhos.

2 AUTORIDADE PARENTAL, GUARDA E MELHOR INTERESSE DOS FILHOS

A hierarquia imposta pela família patriarcal vigente que destinava o poder decisório sobre a família, a mulher e os filhos ao *pater familias* ganha novos contornos com a promulgação da Carta Magna de 1988, que traz em seus preceitos a família democrática. O que era pátrio poder passa a ser poder familiar, como

¹ INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&xt=destaques>>. Acesso em: 7 out. 2019.

marco da igualdade conjugal e a criança e o adolescente passam a ser respeitados como sujeitos de direitos. Uma profunda ressignificação das relações familiares.

A autoridade parental constitui-se em direito-dever dos pais, pautado no exercício dos direitos fundamentais dos filhos. Trata-se de conjunto de responsabilidades de caráter patrimonial e existencial atribuídos a ambos os pais com relação a seus filhos, decorrente do vínculo de parentalidade.

As mudanças decorrentes da Constituição Federal e implementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente determinam que qualquer decisão que envolva direito da criança e do adolescente deve ser aplicada sob o enfoque do melhor interesse destes e deve ser a diretriz para o exercício da autoridade parental,² em pleno atendimento ao art. 227 da Constituição Federal³ e do art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança.⁴

A ausência de uma definição detalhada do que seria o melhor interesse da criança e do adolescente importam em uma leitura dos preceitos vigentes na sociedade à época em que norma constitucional for aplicada.

Os arts. 1.579,⁵ 1.632⁶ e 1.634⁷ do Código Civil em suma dispõem que a dissolução a sociedade conjugal ou da união estável em nada altera o poder parental (autoridade parental). O conceito de autoridade parental não é consecutório do instituto da guarda, pois compete a ambos os pais o exercício do poder familiar.

A guarda é um dos atributos da autoridade parental, e sua principal função está na atuação direta no processo de formação dos filhos.⁸ No Brasil, estão previstas duas modalidades: compartilhada e unilateral, sendo a guarda compartilhada a

² XAVIER, Marília *et al.* Guarda e autoridade parental por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Org.) *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. São Paulo: Foco, 2019.

³ Constituição Federal – 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”.

⁴ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990) – Art. 3.1. “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

⁵ Código Civil brasileiro – Art. 1.579. “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. Parágrafo único. “Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

⁶ Código Civil brasileiro – Art. 1.632. “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

⁷ Código Civil brasileiro – Art. 1.634. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

⁸ A principal função desse instituto é cumprir o dever de assistência e cuidado, provimento material e moral e, sobretudo, a atuação direta e fundamental no processo de formação dos filhos, ou seja, uma verdadeira função protetiva e promocional, em todos os aspectos. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda Compartilhada – Vantagens e desvantagens. Duas residências? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.) Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018).

regra. Este trabalho busca diferenciar as modalidades de guarda compartilhada e alternada, sob a perspectiva do regime de convivência alternada.

3 GUARDA COMPARTILHADA

Os mesmos valores que nortearam a Constituição Federal de 1988, com enfoque na dignidade humana, igualdade e liberdade, também permearam as relações humanas e é possível se verificar a ruptura do padrão familiar vigente na sociedade brasileira. O princípio da igualdade entre homens e mulheres refletiu diretamente nas relações conjugais e a guarda dos filhos passa a ser possível para qualquer um dos pais, desvincilhando-se da análise de culpa pelo fim do casamento vigente até então.⁹

O ingresso em massa das mulheres no mercado de trabalho exigiu maior participação do homem na criação e na educação dos filhos, o pai deixa de ser mero provedor e passa a construir relações de afeto com os filhos.

As famílias constituídas pela união estável e de relacionamentos eventuais entre os pais também ganham um crescente espaço na sociedade brasileira. A legitimação da busca da felicidade e a família fundada no afeto e na igualdade de gênero, e não mais em valores patrimoniais e religiosos, faz com que número de divórcios e dissoluções de uniões estáveis, cresça a cada dia, afinal, não há mais obrigatoriedade de permanência em um relacionamento que não atenda os anseios de felicidade de seus integrantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 também representa um marco na ruptura pela busca do culpado pelo fim da relação conjugal, uma vez que preconiza que o melhor interesse do menor e a prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes é que deve ser objetivada.

Essas transformações sociais geraram uma reflexão sobre as diferenças entre as relações amorosas e as relações parentais, isto é, a relação da qual a criança provém (seja afetiva, registral ou biológica) e a relação dos pais com os filhos. A primeira se dissolve; a segunda, em regra, se mantém.

⁹ Código Civil brasileiro de 1916 – Art. 326. “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai”.
Lei do Divórcio – Lei n. 6.515/77 – Art. 9º “No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. Art. 10. “Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º – Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

A partir da nova sistemática familiar, o modelo de guarda predominantemente unilateral, sendo em sua maioria materna, deixa de atender aos anseios sociais e ao melhor interesse das crianças e adolescentes. No ano de 2008, foi disciplinada, pela primeira vez, a guarda compartilhada definida como a “responsabilização conjunta e o exercício dos direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.¹⁰

A ausência de obrigatoriedade na fixação da guarda compartilhada, uma vez que a lei dispunha que deveria ser deferida “sempre que possível”,¹¹ resultou em uma baixa aplicação nos casos concretos, e a ausência de diálogo entre o par parental se transformou em uma barreira quase que intransponível.

Ainda que a autoridade parental do não guardião se mantenha intacta, seja na família de formação nuclear, binuclear ou multinuclear, e independa do regime de guarda, a precária convivência reservada àquele que não detém a guarda dos filhos resulta em seu afastamento das responsabilidades de caráter existencial deles.

Diante da baixa fixação judicial do compartilhamento de guarda e da necessidade de se resguardar a convivência filial com o par parental, foi sancionada a Lei n. 13.058 de 2014, conhecida como a Lei da Guarda Compartilhada, que sanou a dúvida quanto à aplicação preferencial dessa modalidade de guarda, que independe inclusive do consenso entre os pais.

Com intuito de equilibrar a convivência do par parental com os filhos e igualar a responsabilidade dos pais de criarem e educarem os filhos menores, a regra constante da Lei da Guarda Compartilhada é de que essa modalidade somente não será aplicada quando expressamente um dos pais manifestar que não deseja ou não pode exercê-la, ou quando houver a destituição ou suspensão do poder familiar de um deles.

A aplicação da guarda compartilhada passou de 7,5% no ano de 2014, para 20,9% no ano de 2017.¹² Apesar de crescentes, os números ainda são tímidos, se considerada a legislação em vigor, o que revela a complexidade das relações familiares.

Segundo Renata Multedo, os benefícios da lei ultrapassam o campo jurídico e agem como força modificadora do comportamento dos pais em relação aos filhos, conscientizando e responsabilizando aqueles quanto à criação e à tutela

¹⁰ Lei 11.698/2008 – Art. 1.583: “A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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”.

¹¹ Lei 11.698/2008 – Art. 1.584. “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

¹² Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>>.

destes. Trata-se da democratização do arranjo familiar, em sintonia com a nova axiologia constitucional.¹³

Cumprido ressaltar que, embora a lei da guarda compartilhada disponha que deve ser fixada a cidade base de moradia, com fundamento no melhor interesse dos filhos,¹⁴ o entendimento jurisprudencial predominante é de estipulação da moradia de referência, o que nem sempre é o indicado, pois fortalece um entendimento de que há uma relação de poder, hierarquia e de preferência entre o par parental, que vai de encontro a igualdade que se almeja alcançar.

A previsão legal de que na guarda compartilhada a cidade base de moradia do filho será aquela que melhor atender seus interesses, demonstra o intuito do legislador de estabelecer essa modalidade de guarda, mesmo quando os pais residirem em cidades distintas. Tem-se, portanto, que ao contrário do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1.605.477/RS,¹⁵ os limites geográficos não devem ser impedimento insuperável para a fixação da guarda compartilhada.

4 CONVIVÊNCIA ALTERNADA

Ao tratar da guarda compartilhada, o parâmetro da convivência estabelecido pelo legislador é do equilíbrio de tempo do convívio dos filhos com os pais,¹⁶ a fim de propiciar a coparticipação e a corresponsabilização parental.

A fixação dos períodos de convivência impõe desafios, pois não há uma fórmula pronta que pode ser aplicada a todas as famílias. Para isso o legislador estabeleceu a possibilidade de o juiz recorrer à orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar,¹⁷ que deve estar atenta às circunstâncias do caso concreto, como a idade do filho e a aplicação prática da rotina familiar. Segundo a valiosa lição de Pietro Perlingieri:

¹³ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família* – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 155.

¹⁴ Art. 1.583. “A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

¹⁵ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. As partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.06.2016, DJe 27.06.2016).

¹⁶ Art. 1.583. “A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

¹⁷ Art. 1.584. “A guarda será unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”.

O papel primário na satisfação da necessidade-direito à educação é portanto do casal. As intervenções, entre as quais assume um significado aquela do juiz, em via subsidiária, são orientadas a facilitar o normal andamento da família e a eliminar, por outro lado, os obstáculos, os abusos, os desvios.¹⁸

Após a entrada em vigor da Lei da Guarda Compartilhada, houve diversidade de interpretações jurisprudenciais e doutrinárias e uma série de confusão de conceitos, tanto que na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2017, 5 (cinco) enunciados foram aprovados para orientar a aplicação da lei. Os enunciados esclarecem que o equilíbrio da convivência não significa divisão matemática do tempo ou livre convívio;¹⁹ da mesma forma não implicam em alternância de guarda;²⁰ que há necessidade de fixação do regime de convivência quando estipulada a guarda compartilhada;²¹ que deve haver proporcionalidade entre o par parental na divisão do tempo e nos cuidados com os filhos;²² e que o compartilhamento da guarda não isenta a obrigação alimentar.²³

Na guarda compartilhada, a participação no cotidiano dos filhos é garantida ao par parental que terá os mesmos direitos e as obrigações divididas de modo equilibrado, mesmo após a ruptura da vida comum.²⁴

Se perante um caso concreto não for possível estabelecer a convivência física de forma equilibrada, deve-se buscar mecanismos de aproximação paterno-materno-filial, para isso a tecnologia tem sido bastante utilizada para encurtar o distanciamento e proporcionar formas criativas de interação. Deve-se buscar equilíbrio no estabelecimento da convivência.

Durante determinado período, o costume imposto pelos tribunais limitou a convivência de um dos pais a quinzenalmente passar o final de semana com os filhos, momento em que realmente o termo “visita” era bastante adequado, pois se trata de tempo insuficiente para exercer a parentalidade de maneira efetiva,

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259.

¹⁹ Enunciado 603. “A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

²⁰ Enunciado 604. “A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho”.

²¹ Enunciado 605. “A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência”.

²² Enunciado 606. “O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um”.

²³ Enunciado 607. “A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia”.

²⁴ Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 516).

posteriormente, acrescentou-se um ou dois dias durante a semana. Essa rotina, muitas vezes, implica em um desequilíbrio na relação familiar.

No entanto, o Judiciário pouco a pouco vem sendo convocado a homologar acordos em que famílias funcionais optem por um regime de convivência alternado, o que aponta para um novo padrão de comportamento social, o que deve ser estimulado e aplicado, pois a paternidade e a maternidade são funções exercidas e quanto maior o período de convívio mais esses papéis se fortalecem.

Pode haver a fixação da guarda compartilhada e se estabelecer a convivência alternada, na qual os filhos passarão determinado lapso de dias em companhia de apenas um dos pais, e, sequencialmente, ficarão igual período com o outro. Há um revezamento entre os pais da custódia física dos filhos, sendo respeitado o regime de guarda.

Ao definir a modalidade de convivência, deve-se analisar critérios de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto, entre eles o estágio de desenvolvimento da criança e/ou adolescente e a rotina familiar, tendo sempre como norte e limite o melhor interesse dos menores, conforme bem delineado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.²⁵

Deve-se ponderar a participação de crianças e adolescentes na construção de um regime de convivência, a fim de respeitá-los como pessoas em condição de desenvolvimento, que são dotadas de autonomia e capacidade para discernir e praticar atos de regência de suas vidas.²⁶

Quanto maior a autonomia dos filhos, isto é, o grau de maturidade e desenvolvimento psicofísicos, mais deve ser valorada sua opinião no estabelecimento do regime de convivência. No entanto, se deve ter atenção

²⁵ A título de exemplo: [...] 2. Em que pese o modelo de guarda compartilhada comumente aplicado, eleger apenas um dos lares como o de referência, na análise do caso concreto, é possível que essa dinâmica seja atenuada a fim de possibilitar a alternância de residências, desde que conjugada com o melhor interesse do filho, em especial, quando for possível presumir que o menor esteja em avançado estágio de desenvolvimento psicomotor, pela sua idade por exemplo, houver acordo de vontades entre os genitores e não se apurar desarrazoada alternância de lares, tanto no tempo como no espaço geográfico. 3. Não obstante o acordo proposto pelas partes prever como lar de referência o materno, mas adotando o revezamento semanal da custódia física da prole, releva considerar que tais proposições decorrem das circunstâncias específicas do caso concreto, em que as residências maternas e paternas são próximas entre si e da escola e o atual estágio de desenvolvimento da adolescente em questão, não descaracterizando a guarda compartilhada, de modo que merece prestígio o consenso estabelecido entre os genitores na regulamentação da guarda da filha comum, uma vez respeitado o melhor interesse da menor. 4. Agravo de instrumento provido. (Acórdão n.1188360, 07090637520198070000, Relator: Alfeu Machado, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25.07.2019, Publicado no DJE: 01.08.2019, sem página cadastrada). [...] Embora o modelo de guarda compartilhada comumente aplicado eleger apenas um dos lares como o de referência, nada impede que, na análise do caso concreto, tal dinâmica seja modificada, a fim de possibilitar a alternância de residências e, por conseguinte, ampliar a convivência do menor com ambos os genitores e suas respectivas famílias. 3. O estudo psicossocial configura uma importante prova técnica apta, em regra, a fundamentar o convencimento do julgador a respeito da lide posta em debate. [...] (Acórdão n.1076692, 20160710075144APC, Relator: Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 21.02.2018, Publicado no DJE: 27.02.2018, p. 429-438).

²⁶ Art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989: “1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”.

para não colocar o poder decisório sobre a criança, mas sim em ter condições de fornecer mecanismos para que se proceda uma escuta atenta e especializada para trilhar as decisões judiciais. Segundo lição de Rodrigo da Cunha Pereira, o menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação.²⁷

A convivência deve ser estabelecida sempre com vistas a proteger e a atender ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, preferencialmente, deve ser detalhado com os períodos que o filho passará com cada um dos pais, regime de férias, aniversários dos filhos e dos pais, feriados, datas comemorativas, responsabilidades que cada um dos pais terá na administração da rotina. Detalhes que podem evitar futuros litígios.

Certo é que a pluralidade das famílias não está somente no modo como elas se constituem, mas também na forma como os seus integrantes se organizam e administram o dia a dia, partir da premissa de que determinado regime de convivência é mais benéfico do que o outro, sem considerar as peculiaridades do caso concreto é um erro e pode estimular a disfuncionalidade daquela família. O que deve ser combatida é a hierarquia entre o par parental e a disputa pelos filhos como se objetos fossem.

Segundo Glicia Brazil, faltam estudos sobre as implicações da alternância de convivência sob a perspectiva das famílias brasileiras, bem como há carência de estudos que demonstrem as consequências na fase adulta de pessoas que foram envolvidas no litígio dos pais na infância.²⁸

A alternância de casas, com divisão equilibrada do tempo, tem sido fixada em vários países, em Portugal e na Suécia estudos apontam que essa modalidade de convivência possibilita um melhor desenvolvimento das crianças, na Austrália e na Nova Zelândia estudos indicam que a divisão igualitária do tempo geram nas crianças menor sensação de perda do que os que estão submetidos a guarda unilateral ou a guarda compartilhada sem a divisão proporcional do tempo de convívio.²⁹

Partir do princípio de que a alternância de convivência é maléfica pela ausência de rotina desconsidera o próprio significado da palavra “rotina”, que é algo construído pelos costumes habituais, ou seja, pouco a pouco. As famílias são assim: construídas dia após dia. Os benefícios que a convivência alternada

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda Compartilhada – Vantagens e desvantagens. Duas residências? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 348.

²⁸ BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. Quais os efeitos psicológicos, para as crianças, na fixação de duas casas? *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 33, p. 50-51, maio/jun. 2019.

²⁹ DELGADO, Mário Luís. *Processo familiar: Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>>. Acesso em: 29 out. 2019.

pode proporcionar vai depender de caso a caso, mas é necessária a reflexão de que qualquer hierarquia entre o par parental deve ser afastada e que o estabelecimento de um lar de referência não encontra abrigo legal e reforça antigos padrões de poder.

Para a criança e o adolescente, ter duas casas pode ser muito melhor do que ter uma e ser “visita” na outra. Valorar um dos componentes do par parental, em detrimento do outro, é uma afronta a princípios constitucionais e, geralmente, não atende aos interesses dos menores envolvidos.

A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, assim como ambas as modalidades de guarda não se confundem com o regime de convivência.

5 E A GUARDA ALTERNADA?

A guarda alternada representa o exercício alternado de duas guardas unilaterais que se revezam entre si por períodos predeterminados, normalmente compatíveis com o tempo de convivência que também é alternado. Conrado Paulino da Rosa explica:

Esse modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período de tempo preestabelecido a cada um deles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.³⁰

A guarda alternada não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, e por não privilegiar a coparticipação parental nas decisões em prol dos filhos se assemelha à modalidade unilateral. A alternância de convivência por períodos predeterminados sem que haja uma corresponsabilização é regime que, geralmente, não atende aos interesses dos filhos e, sim, dos pais, que buscam um exercício egoísta da parentalidade, sem atendimento a concepção de igualdade e da correlação dos sujeitos na formação da família democrática.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é o local primário das relações pessoais e o Direito de Família deve acompanhar a evolução da sociedade, partir da premissa de que o regime de

³⁰ ROSA, Conrado Paulino. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

convivência alternado, até hoje pouco experimentado pela sociedade brasileira, é prejudicial e deve ser evitado é uma interpretação imediatista e fundada no engessamento dos conceitos até então vigentes.

Historicamente, no Brasil, as famílias binucleares são recentes e ainda buscam fórmulas que se ajustem às mudanças sociais e culturais que ocorreram em curto espaço de tempo. Os ordenamentos da proteção da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento e da busca por atender seus melhores interesses devem nortear as decisões judiciais e devem ser interpretados de acordo com o contexto social e cultural vigente.

As modalidades de guarda compartilhada e de guarda alternada são extremamente distintas, a primeira diz respeito à coparticipação e corresponsabilização do par parental na administração da rotina e dos cuidados com os filhos, enquanto a segunda implica em um revezamento dessas funções por períodos preestabelecidos. A primeira comporta a convivência alternada, enquanto na segunda a alternância de convivência é um requisito. A fixação da primeira é a recomendada pelo sistema jurídico brasileiro, enquanto a segunda não encontra abrigo legal no Brasil. A primeira privilegia os filhos, enquanto a segunda os interesses dos pais.

A parentalidade não se dissolve pelo fim do relacionamento entre os genitores, ela é continuada e o duplo referencial deve ser ao máximo preservado para que a criança e o adolescente encontrem ambiente propício para os seus bons desenvolvimentos. A alternância de convivência tem encontrado abrigo em diversas famílias e deve ser considerada como possibilidade sempre que atender aos interesses dos filhos.

7 REFERÊNCIAS

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. Quais os efeitos psicológicos, para as crianças, na fixação de duas casas? *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 33, maio/jun. 2019.

DELGADO, Mário Luís. *Processo familiar: Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>>. Acesso em: 29 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&t=destaques>>. Acesso em: 7 out. 2019.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família* – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda Compartilhada – Vantagens e desvantagens. Duas residências? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSA, Conrado Paulino. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

XAVIER, Marília *et al.* Guarda e autoridade parental por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Org.) *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. São Paulo: Foco, 2019.