ORGANIZADORES
ADRIANE RAMPAZZO
CONRADO PAULINO DA ROSA
JÚLIA GONÇALVES QUINTANA
LEOPOLDO AYRES DE VASCONCELOS NETO
LUIZA BESKOW PELEGRINI

DIÁLOGOS DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

VOL. IV

PREFACIADOR: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS

DIALÉTICA
EDITORA

DIÁLOGOS DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

VOL. IV

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ORGANIZADORES
ADRIANE RAMPAZZO
CONRADO PAULINO DA ROSA
JÚLIA GONÇALVES QUINTANA
LEOPOLDO AYRES DE VASCONCELOS NETO
LUIZA BESKOW PELEGRINI

DIÁLOGOS DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

VOL. IV

PREFACIADOR: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS

DIALÉTICA
EDITORA

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto, Conrado Paulino da Rosa, Luiza Beskow Pelegrini, Adriane Rampazzo, Júlia Gonçalves Quintana.

DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável
Daniela Malacco

Produtora Editorial
Yasmim Amador

Controle de Qualidade
Marina Itano

Capa
Clara Lima

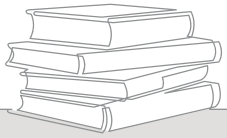
Diagramação
Clara Lima

Preparação de Texto
Lucas Ben
Suzana Itano
Anna Moraes

Revisão
Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais
Jean Farias
Letícia Machado
Ludmila Vieira
Larissa Teixeira

Estagiária
Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D537f Diálogos de Família e Sucessões – Vol. IV / Vários autores. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
328 p. = (v. IV)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-2979-9

1. Direito das Famílias. 2. Direito das Sucessões. 3. Direito. I. Título.

CDD 340
CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB -1/3150

E-BOOK, MAIS UM PROTAGONISMO DA FMP

José Carlos Teixeira Giorgis (*)

O sistema de ensino superior de um país deve ter como objetivo supremo o de habilitar-se para proporcionar, dentro de um prazo previsível, *educação de terceiro nível* a todos os jovens intelectualmente capacitados a recebê-la proveitosamente. E, para alcançar tal ideal deve empregar todos os meios modernos de educação e apelar para *todas as modalidades de estudos*, como a dedicação completa, estudos alternados com o trabalho, cursos noturnos e até por correspondência.

Esse era um dos tópicos do modelo que o professor Darcy Ribeiro sonhava para uma moderna entidade de ensino superior e própria para a América Latina em Seminário organizado pela Universidade da República do Uruguai em 1967, portanto há mais de cinquenta anos.

Reivindicava ele, ainda, que o regime de estudos não dependeria da situação econômica dos alunos, mas devia orientar-se para uma oferta de oportunidades para um regime de dedicação exclusiva, mediante programas especiais como até o de bolsas; e de metas para um corpo docente de nível operacional de domínio científico, tecnológico e humanístico, concentrando recursos para o cultivo de certos ramos do saber e suas aplicações através do exercício regular da investigação e da atividade criadora[1].

A instituição de um E-book como material complementar do ensino jurídico aqui ministrado faz o signatário rememorar fatos que ora desembocam nesta destacada Fundação; e lembrar os tempos heroicos dos cursos oferecidos pelo Ministério Público do Estado.

Aqui chegando no início da década de noventa para exercício de função junto ao governo, e possivelmente pela amizade com o Dr. Sérgio Gilberto Porto, que fora ex-aluno, monitor de disciplina e estagiário no escritório de advocacia, recebo visita de luzidia caravana de integrantes do *Parquet*, capitaneados pelo Dr. Paulo Emilio Barbosa, que convidavam para lecionar no Curso de Preparação para o Ministério Público. Entre

1 RIBEIRO, Darcy. *A Universidade Necessária*. 4e., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982, pp. 162-3.

eles estava o professor Tupinambá Pinto de Azevedo, que já participara de palestras em Bagé, depois colega no Tribunal de Alçada e no Tribunal de Justiça. Generoso, abdicou de ministrar o conteúdo de Prova Penal, onde era um sábio lente para ceder-me a disciplina, a que me dediquei, ali, até fins de 2005, portanto, quinze anos aproximados.

Começando em antigo prédio na descida da Borges de Medeiros quase esquina Demétrio Ribeiro, a Escola Preparatória ganhava prestígio, não só pela aprovação massiva de sus alunos nos concursos para o Ministério Público, como ainda para outras carreiras jurídicas, mas desafiando seus professores para que adentrassem aos cursos de especialização, Mestrado e Doutoramento, capacitando-os para a atividade acadêmica, mas também o destaque da Instituição. Depois de alguns andares a sede do curso aquietou-se em imóveis do Ministério Público, chegando, finalmente, ao confortável local que ora habita, na Rua Cel. Genuíno.

Além do curso para os certames, a então Escola do Ministério Público disseminou-se pelo território gaúcho, oferecendo aos interessados do interior a mesma eficácia e sucesso que disponibilizava aos estudantes da capital, como em Caxias do Sul, Passo Fundo, Santa Maria, Santo Ângelo, Bagé, Pelotas, além de cursos intensivos e palestras. Apenas a pulverização dos cursos preparatórios, as conjunturas econômicas do país e outros fatores fizeram a instituição, já solidamente firmada em seu reconhecimento público, a assentar suas bases exclusivamente em Porto Alegre, o que proporcionou a maturação de ideias e atos que convergiram para a estrutura de uma Faculdade de Direito, mas como entidade privada, gerida por uma Fundação constituída por Promotores e Procuradores do Ministério Público (Fundação Escola Superior do Ministério Público).

Além do Curso Preparatório tradicional, a Escola oferece a Graduação, a Pós-Graduação em Cursos de Especialização (Formas Remota ou Presencial) e Mestrado, além de programas de Extensão, como Seminários, Congressos, Palestras, Cursos e Competições, com utilização dos mais adequados métodos de ensino, especialmente um networking sofisticado e eficiente, apropriado de meios virtuais com que se enfrentam, atualmente, as vicissitudes da pandemia e do distanciamento social.

Como apoteose destas estratégias e gestões, a Fundação Escola Superior do Ministério Público se envaidece em conquistar já por vários anos, e agora isoladamente, o Prêmio 5 Estrelas pelo Guia das Faculdades do Rio Grande do Sul. Mas não apenas isso, pois vem acumulando láureas e prêmios, como a Nota Máxima pelo MEC concedida pelo ENADE; Maior Índice

de Aprovação no Exame de Ordem (OAB); Melhor Curso de Direito entre as Faculdades de Direito Privado; Única a obter por duas vezes o Selo de Qualidade pela OAB/RS; Reconhecimento pela Associação Brasileira Mantenedora do Ensino Privado, por suas ações sociais; e outros galardões.

O prestígio acadêmico da Fundação Escola do Ministério Público deriva do sucesso, nestes anos todos dos integrantes do Conselho de Administração nos respectivos períodos, sodalício ora presidido pelo Procurador de Justiça Fábio Roque Sbardelloto e composto ainda pelos Procuradores de Justiça Luciano de Faria Brasil, Coordenador da Pós-Graduação, Gilberto Thums, Diretor da Escola de Direito e Gilberto Lipp João, representante do Corpo Docente.

Entre o erudito conjunto de professores da Pós-Graduação, está o Dr. Conrado Paulino da Rosa, que leciona no Curso de Graduação e ora Coordena o Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões, por ele proposto e organizado nestes anos de sua fecunda execução. Além de profissional exemplar, líder associativo entre os praticantes do Direito de Família, o Dr. Conrado e sua equipe de atilados servidores da Escola, estão sempre em constante ebulição criativa, sugerindo técnicas e condutas pedagógicas que se mostram sempre eficazes junto ao saber doutrinário e prático dos ministrantes, tornando o Curso de Especialização um agradável convívio de intercâmbio de conhecimentos como demonstra a assídua candidatura de interessados em suas realizações. A mais proeminente e inovadora iniciativa, que vem se aliar à relevante produção intelectual dos alunos, é a confecção dos E-book contendo a elucubração de disciplinas do curso, importante material de consulta e apropriação pelos discípulos do respectivo curso.

O E-book, ou *eletronic book*, é o livro digital, em época de explosão da virtualidade, da tecnologia e da comunicação. Como dizem os lexicólogos modernos, é um verdadeiro *arquivo* que funciona no computador individual, no tablete ou celular, "é a versão eletrônica de um livro que já foi impresso ou texto original apenas publicado na forma digital". Segundo ainda os entendidos, o livro "flui para se adaptar ao tamanho da tela", às vezes sem número de páginas ou até sem páginas formais. É prático, pois pode ser consultado a toda hora e local; não custa muito; não ocupa espaço em biblioteca; duradouro, interage com o leitor, não tem problema de transporte. Apenas o cansaço oriundo dos dispositivos de leitura é apontado como desvantagem.

A pedagogia destes tempos apressados e urgentes exigem meios de ensino que se compatibilizem com a realidade. Não mais a cátedra unipessoal e monótona, mas a constância da atenção despertada pela retórica instigante e criativa. Interatividade, interlocução, diálogo construtivo afastam a indolência do pensar. Metodologia própria para quem fará da *palavra* a função vocacionada.

Mais uma conquista da Fundação Superior Escola do Ministério Público, de seus gestores, mestres, funcionários e alunos. Parabéns.

(*). Mestre em Direito. Professor convidado do Curso de Pós-Graduação.

Sinopse: Esta obra coletiva tem por escopo promover o diálogo permanente entre as temáticas que circundam o Direito das Famílias e o Direito das Sucessões, em perspectiva transversal com as mais diversas áreas do conhecimento. Os artigos que a compõe são fruto de pesquisas científicas realizadas por profissionais atuantes na área, e que se mostram preocupados com a evolução do Direito e com a necessidade de que esse Direito impacte positivamente a vida das pessoas.

SUMÁRIO

A ALIENAÇÃO PARENTAL EM CONTEXTO DE PANDEMIA E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS VÍNCULOS AFETIVOS E DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS FRENTE À NECESSIDADE DE DISTANCIAMENTO FÍSICO • 13

Larissa Silva Pinto

O DIREITO DE FAMÍLIA E A BIOÉTICA: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS EFEITOS • 33

Amanda Rodrigues da Silva
Gabriela Fraga Silva

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 E SUAS ALTERAÇÕES EM RAZÃO DO PROVIMENTO Nº 83/2019 DO CNJ • 45

Anna Laura Maliska Ribas

A AUTONOMIA PRIVADA E A GESTÃO DE BENS NA ESFERA FAMILIAR: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DOS REFLEXOS NA VIDA PRIVADA E PERANTE TERCEIROS • 65

Cinara Furian Fratton

VACINAR OS FILHOS É UMA OPÇÃO DOS PAIS? – O LIMITE DO PODER FAMILIAR EM FACE À PROTEÇÃO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO VACINAÇÃO • 87

Daniela Simões Azzolin

O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA: PAIS RESIDENTES EM DIFERENTES CIDADES • 103

Gabriela Brizola Felizardo

O PLURALISMO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIAS E OS DESAFIOS APRESENTADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE • 125

Maiki Anjolin Barcelos

CASAMENTO INFANTIL: OS REFLEXOS DA LEI 13.811/2019 SOB UMA PERSPECTIVA JURÍDICO-FEMINISTA • 147

Marcelle Queiroz de Almeida
Ingrid Raíssa Guerra Lins

A GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA • 171

Fabiana Janke Batista
Vanessa Budó Dias

PRINCÍPIO DA IGUALDADE *VERSUS* A DIFERENCIAÇÃO ENTRE IRMÃOS GERMANOS E UNILATERAIS NA CONCORRÊNCIA À SUCESSÃO • 193

Ariane Soares da Fonseca

A MOTIVAÇÃO DOS CÔNJUGES COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO • 213

Laura De Carli Albuquerque

MULTIPARENTALIDADE: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR, EFEITOS SUCESSÓRIOS E OUTRAS QUESTÕES DE RELEVO • 233

Claudia Maria Oliveira de Albuquerque
Vanessa Albuquerque Rocha Guimarães

A PRIMEIRA IMPRESSÃO É A QUE FICA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E NAS SESSÕES DE MEDIAÇÃO PRESIDIDAS PELO MAGISTRADO DA CAUSA NO ÂMBITO DOS CONFLITOS FAMILIARES • 255

Itamara Foiatto Ghion

O EMPREGO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR PELO PODER JUDICIÁRIO NAS CAUSAS FAMILIARISTAS E O DIREITO À INTIMIDADE • 269

Denise Antonia Lentini Parisi

UMA CRÍTICA À TUTELA SUCESSÓRIA DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS LIMITES BIOÉTICOS • 285

Carolina D'Amorim Barreto

A TECNOLOGIA E A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: A EXPANSÃO DO TESTAMENTO PARTICULAR NO DIREITO BRASILEIRO • 305

Cinara Furian Fratton
Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

A ALIENAÇÃO PARENTAL EM CONTEXTO DE PANDEMIA E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS VÍNCULOS AFETIVOS E DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS FRENTE À NECESSIDADE DE DISTANCIAMENTO FÍSICO

Larissa Silva Pinto[1]

RESUMO

O presente artigo propõe um debate acerca do instituto da alienação parental a partir de um cenário gerado pela pandemia mundial do novo coronavírus. O tema mostra-se relevante frente a uma realidade que se apresentou às famílias, em especial àquelas em há divórcio/separação e, por consequência, dividem as atribuições de guarda e cuidados da prole. A pesquisa tem como objetivo analisar os contornos e formas de alienação parental advindos da nova realidade de distanciamento e isolamento social, bem como quais são seus efeitos e como esse contexto contribui negativamente nas relações familiares. O trabalho foi elaborado com base no método qualitativo e nas técnicas de revisão bibliográfica e análise legislativa. Nesse sentido, o problema de pesquisa que se apresenta é: a pandemia e o confinamento social influenciaram na convivência familiar e na manutenção do elo afetivo entre pais e filhos? Em caso positivo, quais alternativas podem ser adotadas para a manutenção do convívio entre ambos, mantendo a segurança do infante em relação ao contágio? A partir da pesquisa realizada, entende-se que a pandemia alterou sim as relações familiares, uma vez que se percebeu um aumento de situações de alienação parental em tal período, na medida em que muitos genitores se valeram das medidas sanitárias de isolamento e distanciamento social

1 Bacharel em Direito; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: larissasilva.p96@gmail.com.

para afastar o(a) filho(a) do outro genitor que não detêm a guarda de residência. Como contribuição, foram sugeridas algumas medidas paliativas para aproximar o genitor guardião não residente do filho e manter o vínculo afetivo entre ambos. Tais como: ligações telefônicas, contato virtual por meio de aplicativos de celular que permitem chamada de voz e vídeo, e, ainda, a permanência do infante por igual e maior período na residência de cada um dos genitores, alterando-se o formato da convivência provisória. Tudo isso, visando, ao fim e ao cabo, o atendimento ao preceito fundamental do melhor interesse do infante.

Palavras-chave: Família; Alienação Parental; Pandemia; Coronavírus.

1 INTRODUÇÃO

A alienação parental é um recente e complexo instituto jurídico inserido na esfera do Direito das Famílias por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Esse fenômeno se caracteriza pela influência que um dos genitores exerce no psicológico do filho, a fim de repudiar, negativamente, a figura do outro genitor. Salienta-se que se desencadeia por diversos fatores, sendo o divórcio litigioso o principal deles. Esse conflito entre os cônjuges resulta em efeitos negativos que recaem sobre os filhos do casal.

Desde a concepção, os infantes são detentores de direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dentre esses direitos, podemos elencar a alimentação, saúde, educação, moradia, lazer e a assistência moral e material. Todavia, se a alienação parental é frequente, o desenvolvimento das relações familiares fica bastante comprometido.

Recentemente, a alienação parental, assim como outros institutos do Direito das Famílias, ganhou maior visibilidade diante da pandemia de COVID-19. Essa nova realidade se mostra totalmente atípica, especialmente para crianças e adolescentes que não residem com ambos os genitores e são submetidas ao regime de guarda compartilhada.

O isolamento/distanciamento social foi uma das medidas recomendadas pelas autoridades de saúde com a finalidade de evitar aglomerações, exposição ao vírus e contaminações em massa, o que agravaria o aumento da quantidade de óbitos e o colapso dos sistemas de saúde,

já bastante comprometido. Entretanto, alguns genitores utilizaram-se da pandemia para impedir a convivência física com o genitor guardião não residente. Dessa forma, a permanência por tempo indeterminado com o genitor alienante faz com que o(a) filho(a) enfrente os atos alienatórios de maneira natural e passe a odiar, injustificadamente, o outro genitor.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Direito das Famílias não está imune a essa calamidade pública, as relações familiares foram impactadas, o que gerou uma instabilidade na convivência entre os membros da família. Com isso, a alienação parental se mostrou ainda mais presente no cotidiano de crianças e adolescentes.

Partindo dessas premissas e buscando ampliar a discussão sobre o tema, propõe-se como problema: A pandemia e o confinamento social influenciaram na convivência familiar e na manutenção do elo afetivo entre pais e filhos? Em caso positivo, quais alternativas podem ser adotadas para manter o convívio entre ambos, assegurando a saúde em relação ao contágio?

A presente pesquisa tem como objetivos identificar como a pandemia do novo coronavírus e o isolamento social impactaram na convivência entre membros da família, especialmente no caso do genitor que não reside com o filho, bem como propor alternativas possíveis para amenizar os reflexos negativos nas relações familiares. Para tanto, o estudo estrutura-se a partir da conceituação do instituto da alienação parental, levando-se em consideração a sua evolução histórica e a legislação de proteção à criança e ao adolescente para, com isso, compreender o cenário de pandemia e analisar os impactos provocados pelo isolamento social na convivência familiar.

Ademais, a pesquisa será desenvolvida mediante uma abordagem qualitativa com propósito descritivo. Em relação às técnicas, serão utilizadas a revisão bibliográfica e a análise legislativa, com destaque às legislações familistas e de cunho constitucional.

Para esclarecer os questionamentos existentes e pontuar os elementos primordiais do tema, é indispensável conceituar a família como a entidade suprema de uma sociedade e analisar as alterações provenientes do desenvolvimento social, observando a organização familiar, que, *a priori*, tinha uma base patrimonial e, atualmente, é fundada no afeto. Além disso, será demonstrado a evolução histórica da família a sua inserção na proteção do Estado, inclusive gozando de proteção constitucional.

Em seguida, será feito um apanhado acerca do instituto da alienação parental: o seu conceito, as suas principais características e a legislação que afeta a temática. Após, será analisada, mais especificamente, a ocorrência desse fenômeno durante o período de pandemia, bem como os reflexos negativos resultantes do isolamento social no que se refere ao direito fundamental de convivência entre pais e filhos. Por último, serão apresentadas alternativas e meios plausíveis para amenizar os impactos nas relações familiares e promover a convivência e a manutenção do vínculo afetivo entre genitor e infante. É necessário pensar na premissa basilar de que convivência não se resume a contato físico. Portanto, nesse momento, é essencial adaptar-se à nova realidade imposta pela pandemia, tudo isso pensando no preceito fundamental do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

A família, primeira organização social da história, surgiu concomitantemente à humanidade, de maneira involuntária e natural, tendo como funções básicas a reprodução e a defesa de seus integrantes. A etimologia da palavra *família* origina-se do Latim *famulus*, que significa um conjunto de indivíduos com ancestrais em comum ou ligados por laços afetivos (REZENDE; BIANCHET, 2014).

Desde os primórdios, o matrimônio foi um meio para se constituir uma família perante a sociedade. A Igreja teve um papel importante, visto que a bênção da autoridade paroquial unia homem e mulher em um único indivíduo, o que levava ao pensamento da indissolubilidade do casamento. Esse modelo familiar colocava o homem como chefe absoluto, responsável pelo sustento do lar e dono de todas as ordens, ou seja, a mulher e os filhos eram integralmente subordinados ao *Pater Familias*.

Nas palavras de Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2017):

> A família passa a ser concebida para a criação dos filhos, cada cônjuge com seu papel, com suas tarefas definidas, sendo o marido o provedor e a esposa a mantenedora do lar, devendo se submeter indistintamente ao cônjuge (p.19).

O antigo Código Civil de 1916, além de estabelecer a comunhão universal como o regime de bens, também regulamentou acerca da dissolução do casamento. O desquite era a única possibilidade legal para dissolver o vínculo matrimonial. Contudo, apesar de não haver mais vínculos afetivos entre o homem e a mulher, a fidelidade entre eles deveria permanecer, não sendo permitido novas relações afetivas, tampouco casamento.

Com a evolução das relações sociais, o Direito se aperfeiçoou gradativamente para atender as necessidades dos indivíduos. Somente com a lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, lei do divórcio, novas formas de família passaram a ser reconhecidas. Esse diploma legal trouxe inúmeras inovações, dentre elas o fim do vínculo conjugal e a possibilidade de um novo casamento; a escolha da comunhão parcial como o principal regime de bens; e a opção de a esposa adotar ou não o sobrenome do marido.

Após onze anos, a principal mudança legislativa quanto à organização familiar ocorreu. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela primeira vez, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu uma proteção estatal à família, priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente e regulamentando os novos modelos de família existentes. Conforme se infere da análise do artigo 226, a família é a base da sociedade e detém especial proteção estatal.

O novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, também foi um marco de imensurável magnitude, visto que dedicou todo o Livro IV para o estudo acerca do Direito de Família. O Capítulo V, composto pelos artigos 1.630 a 1.638, versa acerca dos aspectos gerais, exercício, suspensão e extinção do poder familiar. Desse modo, a família, como um instituto jurídico, ganhou novos contornos e garantias antes não existentes.

Diante dessa evolução histórica, percebe-se que a concepção de família sofreu alterações. A ideia de que a família surgiu apenas para fins de reprodução ficou completamente ultrapassada, pois, atualmente, a entidade familiar busca afeto, solidariedade, igualdade e liberdade, bases fundamentais da família moderna.

Conforme os ensinamentos de Rolf Madaleno (2016, p.88):

> A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Conrado Paulino da Rosa (2017, p.38) pontua que "[...] hodiernamente, vivenciamos um novo modelo de família, plural, democrático, igualitário e, acima de tudo, um espaço para a realização da felicidade dos indivíduos".

Ao fazer uma análise da sociedade atual, é indiscutível que as mulheres estão definitivamente inseridas no mercado de trabalho e cada vez mais independentes dos homens, não apenas no aspecto moral, mas também financeiramente. Esse fenômeno, evidentemente, causou significativas mudanças na estrutura familiar, envolvendo pais e filhos, bem como nas relações pessoais entre marido e mulher, refletindo diretamente no casamento.

Antônio Coltro e Mário Delgado (2018, p. 33) esclarecem que "[...] esse fato, em verdade, veio apenas concretizar e corroborar com o princípio constitucional da isonomia, garantindo a homens e mulheres os mesmos direitos e deveres, em todos os níveis e esferas". Ainda complementam:

> Não resta dúvida de que essa alteração da figura feminina fez com que o homem deixasse de ser o chefe e provedor da sociedade conjugal e da família e passasse a ser corresponsável com a mulher pela entidade familiar. A própria igualdade de direitos e obrigações e necessidades da vida moderna fizeram com que o homem fosse convocado a participar mais intensamente das tarefas domésticas, assumindo inclusive o cuidado com os filhos e deixando de ser mero espectador (COLTRO e DELGADO, p. 33, 2018).

Nesta senda, a intolerância entre os membros do casal tornou-se mais frequente, o que acarretou um maior número de divórcios, especialmente no período da pandemia do coronavírus.

A ruptura de uma relação afetiva, geralmente, costuma ser bastante traumática para o casal, mas, principalmente, para os filhos menores, que são obrigados a se adaptar a uma nova vida sem a companhia simultânea de ambos os pais. Infelizmente, a adaptação não é o maior dos problemas. É bastante comum que um dos genitores influencie negativamente o(a) filho(a) com a finalidade de desmoralizar o ex-cônjuge e impedir a convivência. Esse fenômeno é chamado de alienação parental, assunto a ser tratado de forma mais aprofundada nos próximos tópicos.

3 INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Evolução Histórica

Os primeiros apontamentos acerca da alienação parental foram feitos em 1985 por Richard Gardner, médico psiquiatra, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia e membro da Academia Norte-Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente. Com base em numerosos estudos acerca desse tema, Gardner delineou a "Síndrome da Alienação Parental", comumente conhecida pela sigla SAP. Essa síndrome é conceituada pelo pesquisador como um distúrbio psicológico que se manifestava em crianças e adolescentes cujos pais se encontravam separados ou em processo de separação.

Segundo Patrícia Bagattini Azevedo (2018), Gardner acreditava que esse transtorno era proveniente da influência negativa exercida no psicológico do infante por parte de um dos genitores.

Nesse contexto, pode-se afirmar que existe uma diferenciação entre a alienação parental e a SAP. A primeira se caracteriza pela conduta negativa praticada por um dos genitores para impedir ou dificultar a convivência do filho com o outro genitor. Por outro lado, a segunda é caracterizada pelas sequelas emocionais, psicológicas e comportamentais desenvolvidas em razão da ausência de um dos genitores. Salienta-se que a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, trata apenas da alienação parental propriamente dita, e não da Síndrome da Alienação Parental.

Após as pesquisas realizadas por Richard Gardner, outros profissionais de saúde mental e operadores do direito dedicaram-se exclusivamente aos estudos desse complexo tema. François Podevyin, Jorge Trindade e Fábio Vieira Figueiredo são alguns dos estudiosos que aos poucos reformularam a definição desse comportamento.

No Brasil, desde a década de 60, há registros de julgados envolvendo pessoas que usam de artifícios psicológicos, como a chantagem, para impedir o convívio e o elo afetivo entre pai/mãe e filho, somente para repudiar o ex-cônjuge. Segundo Sandra Regina Vilela (2020), o Recurso Extraordinário nº 64.295, julgado em 1968 pelo Supremo Tribunal Federal, é considerado um típico ato de alienação parental, visto que o

pai não estava cumprindo com as suas obrigações paternas, pois estava impedindo a convivência das filhas com a mãe.

A nomenclatura alienação parental é bastante recente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Direito das Famílias, pois surgiu com a promulgação da Lei nº 12.318 de 2010. Como dito anteriormente, os mesmos atos alienatórios já ocorriam antes dessa data, entretanto, não se atribuía um nome específico a eles.

Por todos os fatos até aqui expostos, percebe-se esse fenômeno, mesmo antes de 1985, havia sido observado por pesquisadores do ramo do Direito e da Psicologia. Em virtude disso, esse instituto jurídico foi reformulado inúmeras vezes e passou por um grande processo evolutivo até ser regulamentado por uma lei federal. Essa lei representa um marco de extrema relevância para o Direito das Famílias e, como toda lei, está em constante transformação em razão das mudanças nas relações sociais e em precedentes jurisprudenciais, em especial aqueles proferidos pelas cortes superiores do país. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm, respectivamente, a missão de verificar sua adequação aos preceitos constitucionais, bem como uniformizar sua interpretação e aplicação em todos os tribunais de segunda instância do país.

3.2 Lei da Alienação Parental: Conceitos e Aspectos Relevantes

Com a promulgação da Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que passou a vigorar na data da sua publicação, foi incorporado o instituto da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 2º, *caput*, da referida lei, define esse comportamento como um ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por terceiros da família com o objetivo de repudiar o outro genitor e causar prejuízo à manutenção de vínculos.

Na visão de Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2017, p. 51):

> Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor

> e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante.

Fundamentado em uma análise minuciosa do artigo, especialmente do parágrafo único, é de suma importância citar, de maneira exemplificativa, as condutas mais recorrentes que ensejam a alienação parental, quais sejam: dificultar o exercício da autoridade parental e o contato entre a criança e o genitor; omitir deliberadamente informações relevantes sobre a criança e/ou adolescente; mudar o domicílio para lugar distante, sem justificativas, para obstar a convivência do infante com o outro genitor ou seus familiares.

A desarmonia existente entre ex-cônjuges e também entre familiares junto a atos alienatórios provoca um transtorno emocional e comportamental muito intenso em crianças e adolescentes, de modo que resta violado o direito fundamental da convivência familiar saudável. Esse cenário resulta em abuso moral e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda, conforme dispõe o art. 3º da aludida lei.

Nesse mesmo sentido, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes assegurado todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade.

Os art. 4º e 5º do ECA, por sua vez, estabelecem que é dever da Família e do Estado a salvaguarda e a promoção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes[2]. Um ponto muito relevante que está implícito na Lei nº 12.318 é a prática de condutas alienatórias por parte do núcleo familiar que transcende a esfera dos genitores. Ou seja, no campo prático, tanto os genitores, quanto os avós, tios e outros parentes, podem ser alienantes ou alienados.

2 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais

Cumpre dizer que existe um debate muito intenso no que diz respeito a esse tipo de alienação parental, especialmente quando o alienante reside no mesmo local que o infante, sendo que, uma vez demonstrada a recorrência da alienação parental, o familiar alienante pode perder a autoridade parental e o direito de conviver com o infante.

Assim sendo, trata-se de um impasse judicial bastante complexo e delicado, visto que tanto a Lei nº 12.398 de 2011 como a Carta Constitucional de 1988 garantem o direito de convivência entre pais/parentes e filhos. Ademais, na esfera da realidade, é inviável impedir o convívio entre o familiar alienante e o infante que residem no mesmo domicílio.

Lamentavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui amparo legislativo capaz de solucionar esse conflito por meio de alternativas que atendam o melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, o magistrado pode, de ofício e a qualquer tempo do processo, adotar medidas com o intuito de extinguir essa a prática, a fim de preservar a integridade psicológica da parte alienada que estava sofrendo a difamação e viabilizar a convivência e/ou reaproximação com a criança.

Outrossim, o artigo 6º da lei predita, dispõe expressamente que, se comprovada a ocorrência de atos alienatórios e de condutas que dificultem a convivência, o magistrado, no gozo de suas atribuições, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal, pode valer-se de determinadas sanções. Dependendo da gravidade de cada caso, essas sanções podem ser aplicadas cumulativamente ou não para impedir, ou pelo menos evitar, a perpetuação da alienação parental.

Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental, são as sanções previstas nos incisos do mencionado dispositivo.

Ainda no mesmo contexto, muito se discute acerca da dificuldade de comprovar a existência de práticas que se caracterizam como alienação parental. Configura-se uma tarefa extremamente complexa e exaustiva, tendo em vista que os resquícios oriundos dessas condutas negativas não deixam marcas físicas, e sim psicológicas. Nesses casos, a intervenção de uma equipe multidisciplinar capacitada se torna indispensável para auxiliar na condução do processo.

A perícia psicológica ou biopsicossocial no contexto forense caracteriza-se por ser um exame científico realizado apoiado em métodos e técnicas. É realizada por psicólogos, psiquiatras, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais com vistas a elaborar análises e conclusões sobre fatos e pessoas e identificar os motivos e as alterações psicológicas dos envolvidos no processo judicial. Após a produção de provas, é emitido um laudo psicológico que assume o papel de subsidiar as decisões judiciais (SANTOS, 2017).

Em 2018, o Senado Federal elaborou o projeto de lei nº 498/2018 com o objetivo de revogar a Lei nº 12.318 de 2020, utilizando o argumento de que a lei estaria sendo distorcida em sua aplicação para beneficiar pais acusados de abuso sexual, já que eventuais denúncias infundadas de abuso sexual podem levar ao entendimento de uma tentativa de alienação parental. No entanto, uma mera alegação de interpretação equivocada não é motivo suficiente para revogar uma lei federal que proporcionou importantes conquistas para o Direito das Famílias.

Salienta-se que a alienação parental é um instituto jurídico antigo e, desde 2010, com a promulgação da lei, outros normativos foram incluídos no ordenamento jurídico brasileiro para fortalecer a proteção do melhor interesse do infante. Dessa forma, na hipótese de aprovação do projeto de lei, seria inquestionável consequências negativas e incalculáveis.

Portanto, ciente das dificuldades operacionais da citada legislação, seja por falta de profissionais competentes — auxiliares da justiça — nos tribunais, seja por falta de recursos, entende-se, nesse momento, que o mais indicado é aperfeiçoar a lei a partir de uma melhor compreensão de seus dispositivos. Isso mediante a capacitação e o aumento do número dos profissionais de saúde mental auxiliares do juízo, bem como dos operadores do Direito da aludida legislação (juízes, Ministério Público e defensores), a fim de que sua aplicação seja cada vez mais acertada.

Diante do exposto, a referida lei mostra-se como um estratégico instrumento de promoção e proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, na medida em que disciplina meios e sanções para que as autoridades possam protegê-los daqueles que mais deveriam zelar pelo seu bem-estar, ou seja, seus próprios pais e familiares.

4 A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA E A PRESERVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONVIVÊNCIA

Após pontuar as principais temáticas que envolvem a alienação parental, sequenciará o objeto central do presente estudo, qual seja, a análise dos impactos e dos contornos advindos da pandemia nas relações familiares envolvendo filhos e pais separados.

Em dezembro de 2019, a cidade de Wuhan, região central da China e a sétima cidade mais populosa do país, registrou os 40 (quarenta) primeiros casos de contaminação por SARS-COV-2, popularmente conhecido como coronavírus ou COVID-19[3]. Essa patologia apresenta sinais e sintomas comuns à gripe, como por exemplo: dificuldade respiratória, febre ou resfriado e tosse. Os indivíduos contaminados pelo vírus podem apresentar tanto sintomas leves quanto quadros graves da doença, inclusive resultar em óbito. O contágio se dá pelo contato com o vírus presente em partículas que ficam no ar e nas superfícies. Por essa razão, os números de contaminados pela COVID-19 na China progrediram exponencialmente.

Após o surto na China, toda a Ásia e a Europa enfrentaram situação idêntica, com altíssimos índices de contágio e mortes. Em pouquíssimo tempo, esse vírus acometeu milhões de pessoas no mundo todo, com consequências catastróficas, dentre elas a insuficiência de leitos com ventiladores mecânicos para atender todos os infectados em estado grave.

No Brasil, o coronavírus se manifestou pela primeira vez em março de 2020 e, rapidamente, o país atingiu o topo dos países com maior número de contaminações e óbitos. Desse modo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), os governantes e as autoridades sanitárias, tomando como base a atual conjuntura, recomendaram o uso de máscaras e álcool em gel e determinaram o isolamento social, medidas tidas como as mais eficazes para evitar a proliferação e a contaminação em massa. Com isso, as pessoas foram obrigadas a se submeter a mudanças na rotina de maneira que permanecessem em casa e evitassem a contaminação do coronavírus.

Dado o contexto gerado pela crise sanitária mundial com a disseminação do COVID-19, é evidente que vários setores foram prejudicados. Contudo, o presente artigo tratará especificamente dos impactos nas relações familiares envolvendo situações de alienação parental agravados pela pandemia, conforme já adiantado.

3 Informação disponível em: **https://www.dw.com/pt-br/a-evolu%C3%A7%C3%A3o-da-pandemia-de-covid-19/g-52174021**. Acesso set. de 2021.

O distanciamento social foi um fator relevante para que a prática da alienação parental estivesse disfarçada de excesso de zelo e proteção. O guardião passou a impedir ou dificultar o contato físico com o outro genitor, utilizando como justificativa a medida sanitária de isolamento determinada pelas autoridades em virtude da alta probabilidade de contágio.

No entanto, verifica-se que o real intuito de quem que detêm a guarda de residência é impedir ou dificultar ao máximo o convívio do filho com o ex-cônjuge, para, com isso, fragilizar a relação afetiva existente entre eles.

Esse cenário trouxe uma realidade ainda não experimentada nos tempos atuais, isto é, se de um lado é assegurado o direito de convivência com ambos os genitores, de outro temos uma pandemia mundial para a qual a principal forma de combate é o isolamento/distanciamento social. Como equilibrar essa balança? Como impedir que pais alienadores se valham dessa crise e das medidas de isolamento para praticar atos alienatórios? Esses são os novos dilemas que se apresentaram ao Direito das Famílias envolvendo pais e filhos em situação de guarda compartilhada.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, representa uma significativa inovação ao Direito de Família, uma vez que incorporou o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico e alterou substancialmente os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. Todavia, a interpretação da norma ficou bastante ampla, dificultando sua aplicação. Dessa forma, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, disciplinou o conceito da expressão "guarda compartilhada".

A guarda compartilhada é um modelo de "corresponsabilidade parental[4]", isto é, ambos os pais, de maneira plena, igualitária e cotidiana, são responsáveis pela criação, educação e lazer dos filhos. Isso não era possível na guarda unilateral com direito de visita somente aos fins de semana. O melhor interesse da criança está intimamente relacionado com a máxima convivência possível com ambos os pais, mesmo que estejam separados.

Segundo os preceitos de Antônio Coltro e Márcio Delgado (2018, p. 34):

> Com esse tipo de guarda, reduzem-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam na adequação à nova rotina e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores, haja vista que conviverão igualitariamente com seus pais.

4 Informação encontrada em: https://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/. Acesso em set. de 2021.

Por força do Art. 1.584, do Código Civil de 2002, a guarda compartilhada tornou-se regra por possibilitar a participação dos pais na formação dos filhos. Contudo, não é aconselhável aplicar essa modalidade de guarda quando não há consenso entre ambos os genitores.

Veja o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE GUARDA UNILATERAL E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA - GUARDA COMPARTILHADA - RESIDÊNCIA COM O GENITOR - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - VALORAÇÃO DA VONTADE DO MENOR - NECESSIDADE.
> 1. Inspiram a fixação da guarda os princípios do melhor interesse das crianças e da proteção integral.
> 2. A guarda compartilhada é a que, em regra, melhor atende aos interesses do menor, possibilitando a responsabilização conjunta dos pais pelas decisões relativas à vida da prole, além de viabilizar a convivência contínua entre filhos e genitores.
> 3. O interesse e as boas condições de ambos os genitores para o exercício da guarda autorizam o seu compartilhamento.
> 4. A fixação da residência para a prole, em se tratando de guarda compartilhada, deve prestigiar a situação consolidada no tempo e a adaptação da criança de tenra idade.

Conclui-se, portanto, que o modelo de guarda unilateral se tornou exceção, tendo em vista que a guarda compartilhada possibilita uma maior interação de ambos os pais na vida particular do filho, bem como propicia melhor desenvolvimento psicológico e estrutura emocional para o menor que não perderá a referência de família e não sofrerá com a ausência de um dos genitores.

O atual cenário revelou diversas inseguranças jurídicas para tratar da linha tênue entre a necessidade sanitária do distanciamento social ante a contaminação e os riscos do aumento da prática de alienação parental.

Frente a essa nova realidade imposta às famílias, a priori, os tribunais recomendam a permanência em tempo integral, da criança e do adolescente com o genitor residente, a fim de evitar o deslocamento e a exposição ao vírus.

Entretanto, ao verificar-se que o período de pandemia se estendeu além do previsto, esse entendimento foi retificado, pois resta claro

que a não convivência por muito tempo com o genitor, ocasiona danos emocionais ao menor.

Desse modo, o Poder Judiciário Brasileiro recebeu um grande desafio: compreender a nova realidade e regulamentar a visitação, sendo pertinente analisar cada caso concreto, respeitar as medidas sanitárias impostas e atender o melhor interesse do infante.

De toda sorte, quando a harmonia familiar não é mantida naturalmente, deverá entrar em cena o Poder Judiciário, o qual, no gozo de suas atribuições, deve adotar medidas razoáveis para que o infante não seja exposto ao vírus e também não deixe de conviver com o pai/ a mãe com o/a qual não reside. Essa avaliação cuidadosa é necessária a fim de que sejam mantidos os vínculos afetivos entre eles.

O contato virtual por meio de redes sociais e aplicativos de celular, que permitam chamadas de voz e vídeo, tem sido a alternativa mais viável ante a gravidade da situação. Assim, se pode participar da vida da criança: ler histórias, assistir filmes e até mesmo fazer o dever de casa.

Em seu artigo, Cláudia Neves (2000) entende que:

> Ocorre, que a necessidade atual de se restringir, ainda que temporariamente, as visitas pessoais dos pais aos seus filhos, não significa que os contatos entre eles possam ser dificultados. Pelo contrário! O contato, ainda que por meio virtual, pode e deve ser usado como um meio de amenizar os danosos efeitos emocionais da quarentena para os filhos.

Ainda complementa:

> Infelizmente, o diálogo é uma exceção entre muitos pais, e esta situação abre brechas para que alguns deles se aproveitem da situação atual para a prática de atos de alienação parental, impedindo o contato seja por ligações telefônicas, seja por vídeo chamadas, em total falta de bom senso, na gestão da vida dos menores (NEVES, 2020).

A depender da idade do infante, muitas vezes é necessário que o próprio genitor não residente providencie tal contato e, caso o alienante dificulte esse convívio virtual, as autoridades judiciais deverão ser acionadas para regulamentar, fiscalizar tal processo de convivência e assegurar o pleno exercício do direito fundamental de convivência familiar.

Salienta-se ainda, que essa medida não deve ser a única utilizada, salvo se o genitor não-guardião residir em cidade ou país diferente e for difícil o deslocamento.

Outra providência interessante é a permanência da criança e do adolescente por igual e maior período na residência de cada um dos genitores. Essa medida evita o deslocamento excessivo e desnecessário, assim como a exposição da criança ao vírus. Evidentemente que, para evitar o contágio durante o deslocamento da criança e do adolescente, é preciso se atentar aos cuidados de higiene e prevenção recomendados pela OMS e pelas autoridades sanitárias.

Em síntese, é imperioso dizer que esses ajustes à nova rotina da criança devem ser feitos por ambos os ex-cônjuges, mesmo quando estiverem separados, com diálogo, consenso e companheirismo. Cumpre dizer ainda que, do contrário, sempre resta a parte que se sentir prejudicada a possibilidade de recorrer ao judiciário pleiteando a alteração, mesmo que provisória, do regime de convivência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental é um recente instituto jurídico, incorporado no Direito das Famílias por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Como explanado ao longo do trabalho, trata-se da influência que o cônjuge guardião ou outros membros da família exercem no psicológico de crianças e adolescentes com o intuito de desmoralizar a figura do cônjuge não-guardião. No entanto, esse complexo fenômeno atingiu novos contornos durante a pandemia do novo coronavírus.

Nesse sentido, retoma-se o problema de pesquisa apresentado na introdução, qual seja: a pandemia e o confinamento social influenciaram na convivência familiar e na manutenção do elo afetivo entre pais e filhos? Em caso positivo, quais alternativas podem ser adotadas para a manutenção do convívio entre ambos, mantendo a segurança em relação ao contágio?

Levando em conta o estudo realizado, em resposta ao questionamento proposto, notou-se que a conjuntura pandêmica teve influência direta nas relações familiares de filhos e pais separados. A pesquisa viabilizou a compreensão dos efeitos negativos que o isolamento social provocou nas relações familiares, o que prejudicou a convivência e a manutenção de vínculos afetivos. Isso gerou, por diversas vezes, situações

enquadradas como atos de alienação parental, na medida em que alguns pais passaram a se valer de tal situação para dificultar ou até mesmo impedir o convívio do filho com o outro genitor

Foi possível constatar que o próprio direito fundamental de convivência teve que se adaptar frente a esse novo panorama social. Ocorre que as medidas de distanciamento e o direito de convivência devem coabitar.

Ainda, ressalta-se a importância do papel da tecnologia na concretização de direitos, visto que se não fossem as plataformas digitais, os estragos e os prejuízos nas relações familiares poderiam ser incalculáveis. Mediante esse quadro, a convivência virtual ganhou notoriedade e se mostrou como uma boa ferramenta para viabilizar a convivência e a manutenção de vínculos entre pais e filhos.

Pode-se constatar, também, a importância da existência de um arcabouço legislativo forte e protetivo em relação à criança e ao adolescente, em especial a lei da alienação parental e o ECA, os quais conferem normatividade, força jurídica e instrumentos de identificação, apuração e repressão de violadores de direitos dos infantes. Nesse sentido, o cenário de pandemia também reafirmou a preocupação do Estado na promoção e proteção dos direitos fundamentais dos infantes, bem como a importância da atuação dos tribunais diante de situações complexas.

De todo o exposto, é indiscutível que se modificaram significativamente as relações, principalmente no âmbito pessoal e familiar. Desse modo, fica a indagação de como será o pós-pandemia, uma vez que distâncias geográficas, por exemplo, continuarão existindo.

A pandemia está sendo um período para que todos repensem o Direito das Famílias a partir de novos paradigmas, destacando a importância de uma legislação forte e combativa a qualquer ato que cause danos ao infante ou viole o seu direito de convivência com os pais.

Com isso, considera-se que o Direito das Famílias possa evoluir a partir das dificuldades do presente momento para que as relações familiares se tornem melhores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 8 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Lei da Guarda Compartilhada. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Lei da Alienação Parental. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. *Lei nº 12.398*, de 28 de março de 2011. Institui aos avós o direito de convivência com os netos. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Estabelece o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispõe sobre sua aplicação. Brasília, DF, 2014.

ANGELO, Tiago. *Como fica a guarda compartilhada em tempos de coronavírus*. Conjur, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus. Acesso em set. de 2020.

AZEVEDO, Patrícia Bagattini de. *Síndrome da Alienação Parental*. Âmbito Jurídico: 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/sindrome-da-alienacao-parental/. Acesso em set. de 2020.

CÓIS, José Eduardo. *Os tipos de guarda no Brasil*. Jus: 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55683/os-tipos-de-guarda-no-brasil. Acesso em out. de 2020.

GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da COVID-19*. Conjur: 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia#:~:text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20da%20guarda%20dos,de%20pandemia%20da%20Covid%2D19&text=A%20pandemia%20da%20Covid%2D19,e%20da%20inexist%C3%AAncia%20de%20vacina. Acesso em 20 de ago.

GOMES, Acir de Matos. *Alienação parental e suas implicações jurídicas*. IBDFAM: Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/870/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+e+suas+implica%C3%A7%C3%B5es+jur%C3%ADdicas. Acesso em ago. de 2020.

LIMA, Ana Carolina dos Santos. *Evolução Histórica da Família e suas Espécies no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Revista Jus Navigandi: 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64386/evolucao-historica-da-familia-e-suas-especies-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em set. de 2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*: importância da detecção - aspectos legais e processuais 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Claudia. *Alienação Parental durante a Pandemia de COVID-19*. Jus: 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81947/alienacao-parental-durante-a-pandemia-de-covid-19. Acesso em set. de 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

RIBEIRO, Rathib Izabel Rios. *A Alienação Parental de Avós Frente a Lei 12.398/2011.* Conteúdo Jurídico: 2018. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52358/a-alienacao-parental-de-avos-frente-a-lei-12-398-2011. Acesso em set. de 2020.

REZENDE, Antônio de Martinez de & BIANCHET, Sandra Braga. *Dicionário do Latim Essencial.* 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

SILVA, Fernando Salzer; RABANEDA, Fabiano. *Proposta de revogar lei da alienação parental é inconstitucional.* Conjur: 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-30/opiniao-proposta-revogar-lei-alienacao-parental-ilegal. Acesso em out de 2020.

SANTOS, Cintia; SILVA, Vera Lúcia Cristina da. *Perícia Psicológica Forense*: Contextualização e Métodos. Revista Jus Navigandi: 2017. Disponível em: ht-

tps://jus.com.br/artigos/61689/pericia-psicologica-forense-contextualizacao-e--metodos. Acesso em set. de 2020.

SERGIO, Caroline Ribas. *Aspectos relevantes sobre a guarda compartilhada*: análise da Lei nº 13.058/14 e a aplicação perante os Tribunais. Direito Net: 2017. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10276/Aspectos--relevantes-sobre-a-guarda-compartilhada-analise-da-Lei-no-13058-14-e-a--aplicacao-perante-os-Tribunais. Acesso em out. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS TJ-MG. *Apelação Cível: AC 5000099-60.2018.8.13.0471 MG*. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1270987392/apelacao-civel-ac-10000211125059001-mg. Acesso em set. de 2021.

VILELA, Sandra Regina. *Alienação parental*: contextualização e análise da Lei no Brasil. IBDFAM: Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1430/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+contextualiza%C3%A7%C3%A3o+e+an%C3%A1lise+da+Lei+no+Brasil. Acesso em ago. de 2020.

O DIREITO DE FAMÍLIA E A BIOÉTICA: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS EFEITOS

Amanda Rodrigues da Silva[1]
Gabriela Fraga Silva[2]

RESUMO

No presente artigo, será apresentada uma discussão acerca da bioética, um tema que vem ganhando cada vez mais espaço nas pautas atuais dentro do procedimento de reprodução assistida e seus efeitos no Direito de Família. Assim sendo, tem-se como objetivo principal promover uma análise da reprodução assistida e seus efeitos, baseando-se no biodireito. Com uma cautelosa análise de doutrina, é possível perceber a reflexão de estudiosos sobre a realização da reprodução assistida. Considera-se necessária uma delicada conexão entre o Direito, a Medicina e a Psicologia para que ações de reprodução assistira ocorram com base em preceitos da bioética.

Palavras-chave: Biodireito; Bioética; Direito de Família; Reprodução Assistida.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por constantes mudanças e intenso desenvolvimento científico, especialmente com as novas tecnolo-

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: **adv.rodriguesamanda@gmail.com**.

2 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: **gabrielafraga@icloud.com**.

gias. Inegavelmente, a Medicina gerou novos debates éticos e jurídicos. Nesse sentido, surge o biodireito, parte do Direito que objetiva analisar multidisciplinarmente as situações decorrentes dos mencionados avanços científicos e tecnológicos.

Atualmente, é possível construir uma vida artificial através de manipulação de materiais genéticos. Diante dessa realidade, indubitavelmente conflitos de interesses surgirão. Esses litígios envolvem valores e princípios jurídicos, tais como a vida, a personalidade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros (TRAVNIK, 2014).

Nesse contexto, a bioética destaca-se pelo estudo do comportamento humano nas áreas da Medicina e da saúde, sendo uma resposta da ética às novas situações oriundas das ciências no âmbito da saúde e da vida (JÚNIOR, 2005).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 trouxe novos conceitos de entidades familiares, os quais buscam o desenvolvimento da pessoa humana e as compreendem em um Estado de direito democrático (MORAES, 2010, p. 207-234).

Dentre as múltiplas faces do biodireito e da bioética, encontra-se a reprodução assistida, objeto deste estudo que conecta os novos conceitos de formações familiares com a bioética e seus fundamentos. Assim, o presente artigo visa analisar os aspectos atinentes às técnicas de reprodução assistida à luz dos fundamentos da bioética e do biodireito, bem como seus principais efeitos jurídicos.

Para tanto, serão apresentados, inicialmente, os aspectos gerais acerca da bioética e do biodireito: seus os conceitos e uma breve análise sobre a origem e propósito dos institutos. Depois, serão abordadas as questões relativas à reprodução assistida, traçando as diferenças entre a inseminação artificial e a *in vitro*. Por fim, serão discutidas problemáticas como a falta de legislação acerca do tema, bem como seus respectivos efeitos no Direito de Família e na bioética.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

A bioética consiste no estudo sistemático de condutas humanas para as ciências, com foco na vida e de atenção à saúde (REICH, 1996, p. 323). É uma área do conhecimento que abrange os debates sobre as ciências da saúde e da vida e coloca em pauta o respeito, o cuidado e a

proteção a todos os seres vivos e seu *habitat* natural (MOTTA; VIDAL; SIQUEIRA-BATISTA, 2012, p. 431). Ou seja, há uma ligação entre essa e outras áreas. Isso significa que, dentre os segmentos que lhe conferem suporte, o Direito é parte fundamental na formação de valores e conceitos (SILVEIRA, 2009).

Conforme referiu Oliveira (2000), o estudo da bioética seria, em um conceito originário, a análise sistemática da conduta humana nas esferas das ciências, da vida e da saúde, enquanto tal conduta é analisada a partir de valores e princípios morais (OLIVEIRA, 2000).

Para Gurgel (2020), o mesmo estudo possui a função de editar normas éticas que buscam orientar cientistas no sentido de minimizar os riscos inerentes às práticas da biomedicina, resultado de avanços médicos na atualidade.

Ademais, a bioética é ramo da ética que analisa as questões que derivam especificamente da prática médica e biológica, limites das intervenções e questões relativas a pesquisas genéticas e suas respectivas implicações (SOARES; MARQUES; SOARES, 2010).

Nesse sentido, foram definidos alguns princípios basilares da bioética como o da autonomia ou respeito à pessoa, que se resume ao direito de escolha de cada indivíduo; o da beneficência ou não-maleficência, que define toda ação para a saúde com objetivo no bem do indivíduo; o da justiça; o da qualidade de vida, que orienta o sentido da vida pautado na dignidade de forma autônoma; e, por fim, o da alteridade, que diz respeito à busca de consenso em um mundo plural (OLIVEIRA, 2000).

Biodireito, por sua vez, é o ramo do Direito constituído por normas que regulam aspectos legais respectivos à vida e à saúde, tendo como base os pressupostos da bioética. Conceitualmente, o biodireito pode ser definido como:

> A produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população (FERNANDES, 2000, p.42).

O biodireito é, sobretudo, orientado pela máxima da dignidade da pessoa humana, através da compreensão de sua integralidade, esculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (MOREIRA, 2005) e que abarca o direito à vida, à honra, à privacidade, à liberdade de expressão científica, entre outros (FERNANDES, 2018).

Assim, esse âmbito do Direito surge como consequência aos avanços alcançados pela ciência, especialmente para a biociência, a genética e a bioengenharia, além de outras áreas que permitem a manipulação do patrimônio genético (ROCHA, 2009).

Conforme destacou Fernandes (2018), o biodireito e a bioética buscam garantir os direitos indispensáveis à vida e a máxima efetividade do princípio da dignidade humana.

3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E NA BIOÉTICA

Há dois tipos de reprodução assistida: a inseminação artificial e a *in vitro*. "A principal diferença é o local em que ocorre a fecundação. Na inseminação artificial, ela acontece dentro do corpo da mulher, enquanto o processo in vitro se dá em laboratório" (ORTIZ; BRUM; NAKAMURA; FONTANIVE, 2019).

A fecundação *in vitro* é uma técnica de reprodução assistida em que a fecundação do óvulo ocorre da seguinte forma: "[...] os gametas masculinos e femininos são previamente recolhidos e colocados em contato, externo ao corpo feminino. Sendo, então, o embrião resultante, posteriormente transferido para o útero ou para as trompas" (VALLE; TELLES, 2003, p. 102).

Já a técnica de inseminação artificial acontece de maneira diferente, Silveira (2015) explica que: "[...] se trata de depositar no útero os espermatozoides previamente coletados e selecionados em laboratório. Utilizam-se, para isso, meios artificiais em técnicas distintas, o que permite a seleção genética e a prática eugênica". Ainda, ao referenciar a reprodução assistida, diz perceber que esse procedimento intervém na fecundação natural, embora tenha o objetivo de possibilitar que a pessoa possuidora de infertilidade ou de esterilidade satisfaça o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

No processo da escolha de genes, surge uma preocupação que parte da análise dos possíveis tratamentos. Com a escolha dos genes

bons, vem a ideia de que será concebida uma humanidade perfeita e que a eugenia seja vista como uma forma discriminatória de constituir uma sociedade (SILVEIRA, 2015).

Leite (2009) aduziu que os avanços tecnológicos e as questões sociais trouxeram debates sobre os problemas éticos e legais gerados sobre o poder do homem em interferir na formação da vida humana. A discussão se torna pertinente na área de reprodução humana assistida em virtude das significativas e rápidas progressões científicas da manipulação genética (RIDOLPHI; RANGEL, 2017).

O Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu regras para a realização do procedimento de reprodução assistida na Resolução 1.358/92:

> Com base na regulamentação do CFM, as técnicas de reprodução assistida têm como objetivo ajudar a solucionar problemas de infertilidade. Essas técnicas devem ser usadas apenas quando existe chance de sucesso na gestação e resguarda a exposição do paciente ao risco.
> Dentre os princípios do CFM, cita-se a impossibilidade do uso de técnicas com fins seletivos referentes ao sexo e características embrionárias, permitindo o uso de triagem embrionária com a finalidade exclusiva de prever doenças genéticas e síndromes ligadas ao sexo. Há também uma vedação quanto ao uso de ovócitos para fins que não sejam reprodutivos. Regulamenta, inclusive, o número de embriões a serem implantados em mulheres, de acordo com a faixa etária destas (SILVEIRA, 2015).

Essas regras não têm valor de lei, mas "[...] tem um valor considerável no campo do Direito, haja vista que os projetos de lei, elaborados até o momento, refletiram alguns de seus aspectos" (TRAVNIK, 2014). Essas regulamentações são o embasamento em que o profissional da medicina encontra seus limites para atuar em suas práticas, considerando também o Código de Ética Médica.

Ferreira (2017) critica a falta de legislação pertinente à matéria em seu artigo sobre os "Reflexos da Reprodução Humana Assistida no Direito de Família":

> Existe uma resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) nº 2.121, de 24/09/2015, que nada mais faz do que lidar de maneira ética os métodos a serem utilizados por clínicas que lidam com tal

> segmento, essa resolução, no entanto, não é uma disposição com força de lei.
> No Congresso Nacional tramitam projetos de lei sobre a reprodução humana assistida, mas alguns foram arquivados sem aprovação. Entre esses projetos podemos destacar o PLS nº 90, de março de 1999 que previa como obrigatório o consentimento livre e informado.
> A maioria desses projetos, bem como a Resolução do CFM determinam que a utilização das técnicas deve restringir-se ao auxílio na resolução de problemas de infertilidade ou de dificuldade para engravidar. Mas, deixam muito a desejar em relação a vários aspectos do tema. Vale mencionar ainda, que em 1995 foi elaborada a Lei 8.974, chamada de Lei de Biossegurança, que regulamenta, entre outras coisas, as experiências com embriões humanos, células reprodutivas, material genético, indicando o princípio de indisponibilidade de material biológico e da pessoa.

Diante do excerto, pode-se dizer que por mais que se trate de um assunto de suma importância e em crescimento para os estudos científicos do Brasil e do mundo, é perceptível que o legislativo brasileiro precisa desenvolver mais políticas sobre essa pauta.

Lenza (2009, p. 68) traz uma preocupação quanto à delimitação das ações permitidas em procedimentos de reprodução assistida:

> No ponto de vista ético, há uma preocupação crescente na delimitação dos atos permitidos na reprodução assistida visto as novas descobertas de engenharia genética, expande-se o rol de procedimentos experimentais e técnicas que trazem inúmeras situações que antigamente eram apenas utopias, incluindo a clonagem humana.

Outrossim, no caso de conflito a livre expressão dessas atividades e as máximas que sustentam os valores éticos, Diniz (2001, p.7) afirma:

> Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, III, da Constituição.

Conforme referiu Lourenzon (2010), a gestação por substituição acaba por modificar o conceito de maternidade, de modo que a presunção jurídica - *mater semper certa est* - torna-se insuficiente, levando-se em consideração a dissociação entre a maternidade biológica e a gestacional.

Ferreira (2017) esclarece que além dos casais heteroafetivos com dificuldades de engravidar, a reprodução assistida pode ser feita também por casais homoafetivos e por pessoas solteiras. Ainda, traz à tona o caso de um casal homoafetivo que obteve tutela antecipada para o registro de dupla-maternidade na certidão de nascimento de um bebê gerado através da reprodução assistida. No caso concreto, a genitora grávida apresentou problemas no sexto mês de gravidez e foi necessário o reconhecimento da maternidade para que o plano de saúde cobrisse os gastos hospitalares da criança.

> As possibilidades e alternativas geradas pelas técnicas de reprodução assistida criaram as mais profundas inquietações éticas e jurídicas, a partir do momento que se artificializou o ato de procriar, mas, sobretudo, quando grupos sociais, historicamente minoritários e excluídos - a exemplo de casais homoafetivos, transexuais e pessoas solteiras, enxergaram a possibilidade de realização parental e, consequentemente, de constituição familiar por intermédio das técnicas reprodutivas artificiais (ALMEIDA, 2013).

Por outro lado, Fachini (2020) traz uma outra opção de reprodução assistida: *a post mortem*. Esse procedimento é possível desde que haja "[...] autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente". Ou seja, ainda em vida o doador realiza o procedimento de retirada de material biológico, que só será utilizado após o seu falecimento. Assim, é possível que seja gerada uma criança mesmo que o doador não esteja mais vivo.

> Desse modo, vê-se que enquanto na seara jurídica o princípio da autonomia reprodutiva vem ganhando cada vez mais projeção e vitalidade, quer no seu reconhecimento pelo direito, quer na viabilidade constitucional e efetividade quanto à sua aplicabilidade, no campo bioético seu caráter absoluto tem cedido espaço às confrontações com os interesses dos futuros filhos (ALMEIDA, 2013).

Considerando o processo de discussão e reflexão do tema em questão, ainda há muito o que se discutir a respeito dos interesses dos indivíduos envolvidos e gerados pela reprodução assistida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, percebe-se que as técnicas de reprodução assistida são métodos legais para resolução de problemas de infertilidade. Entretanto, é necessário ater-se aos limites impostos pelo ordenamento jurídico e seus princípios, em conjunto com as normas éticas do Conselho Federal de Medicina.

No entanto, constatou-se que, apesar de haver projetos de lei, há uma insuficiência de legislação no tocante a essa temática, sendo necessário recorrer às resoluções do Conselho Federal de Medicina para tratar da reprodução humana assistida.

Nesse sentido, o Direito deve estar em harmonia com as inovações científicas e tecnológicas para garantir, através do que chamamos de biodireito, o desenvolvimento das ciências em conformidade com os limites legais, tendo como base os princípios da bioética.

Ou seja, quando o assunto é a reprodução assistida, a bioética e o Direito de Família precisam estar em consonância desde o planejamento familiar até o nascimento da criança. Para isso, é necessária a evolução da legislação para que tenha segurança jurídica como respaldo frente às implicações éticas que a execução de tais reproduções exigem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. *Planejando a família in vitro*: o direito ao planejamento familiar e as famílias monoparentais. IBDFAM, 2013. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/893/Planejando+a+fam%C3%ADlia+in+vitro:+o+direito+ao+palnejamento+familiar+e+as+fam%C3%ADlias+monoparentais. Acesso em fev. de 2021.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7.

FACHINI, Natália R. *Reprodução Humana Assistida*: inovações do direito de família. O Informativo. 2020. Disponível em: https://www.informativo.com.br/colunistas/reproducao-humana-assistida-inovacoes-do-direito-de-familia,379404.jhtml. Acesso em fev. de 2021.

FERNANDES, Patricia Stefoni. *Limites da ciência e o respeito à dignidade humana.* Revista dos Tribunais. Vol. 107/2018, p.159 - 168, 2018.

FERNANDES, Thyco Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERREIRA, Leonardo Alves. *Reflexos da Reprodução Humana Assistida no Direito de Família*. Jurídico Certo. 2017. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/leonardo-alves-ferr/artigos/reflexos-da-reproducao-humana-assistida-no-direito-de-familia-3930. Acesso em fev. de 2021.

GURGEL, Fernanda Pessanha. *A terminalidade da vida e os cuidados paliativos*: uma análise sob a perspectiva da bioética e do biodireito. Revista dos Tribunais. Vol. 5/2020, 2020.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *Técnicas de reprodução assistida e o biodireito*. Revista dos Tribunais. Vol. 838/2005, p. 87 - 100, 2005.

LEITE, Gisele. *A necessidade Imperiosa do Biodireito e da Bioética*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, a. 12., n. 69, out. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6610. Acesso em fev. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOURENZON, Patrícia. *Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório?* Revista dos Tribunais. Vol. 42/2010, p. 106 - 135, 2010.

MORAES, Maria Celina Bondin de. A família democrática. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

MOREIRA, Eduardo. *O enfrentamento do Biodireito pela constituição*. Revista dos Tribunais. Vol. 53/2005, p. 134-147, 2005.

MOTTA, VIDAL e SIQUEIRA-BATISTA. *Bioética: afinal, o que é isto?* Rev. Bras. Clin. Med. São Paulo, 2012 set-out;10(5):431-9.

OLIVEIRA, Neiva. *A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família*: limites bioéticos. Revista dos Tribunais. Vol. 777/2000, p. 57 - 74, 2000.

ORTIZ; BRUM; NAKAMURA; FONTANIVE. *O que você precisa saber sobre a reprodução assistida*. 2019, Veja Saúde. Disponível em: https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/. Acesso em fev. de 2021.

REICH, WT. *Revisiting the launching of the Kennedy Institute*: re-visioning the origins of bioethics. Kennedy Inst Ethics J. 1996;6(4):323-7.

RIDOLPHI; RANGEL. *O útero em substituição à luz do biodireito e da bioética*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/o-utero-em-substituicao-a-luz-do-biodireito-e-da-bioetica/:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%202.121%2F2015%20diz,em%20caso%20de%20uni%C3%A3o%20homoafetiva. Acesso em fev. de 2021.

ROCHA, Renata da. *Os desafios do século XXI e o biodireito*: utilitarismo ou valores? Revista dos tribunais. Vol. 68/2009, p. 246 - 257, 2009.

SILVEIRA, Barbara Marques. *Reprodução Assistida*: A Legislação Brasileira Atual no Trato de Novos Procedimentos Biotecnológicos na Área de Engenharia Genética. Disponível em: https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/atualidades/reproducao-assistida-legislacao-brasileira-atual-no-trato-novos-procedimentos-biotecnologicos.htm. Acesso em fev. de 2021.

SOARES; MARQUES; SOARES. *Reflexões em ética, bioética e Direito*. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-75/reflexoes-em-etica-bioetica-e-biodireito/. Acesso em fev. de 2021.

TRAVNIK, Wieland Putgam. *Reprodução Humana Assistida*: Breves Aspectos Jurídicos e Legais. 2014, Jus.com.br. Disponível em: https://jus.com.br/ar-

tigos/34113/reproducao-humana-assistida-breves-aspectos-juridicos-e-legais. Acesso em fev. de 2021.

VALLE, Sílvio; TELLES, José Luiz. *Bioética e Biorrisco*, abordagem transdisciplinar. Rio de Janeiro: Interciência Ltda, 2003

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 E SUAS ALTERAÇÕES EM RAZÃO DO PROVIMENTO Nº 83/2019 DO CNJ

Anna Laura Maliska Ribas[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explorar o estudo do reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram analisados os principais momentos sociais, culturais e históricos que acabaram por irradiar efeitos no conceito e nos valores da família no Direito Brasileiro. Além disso, foram examinados com maior destaque a figura da filiação socioafetiva, os requisitos para seu reconhecimento e a possibilidade de reconhecimento extrajudicial em Cartório de Registro Civil.

Palavras-chave: Evolução da família; Posse de Estado de Filho; Filiação socioafetiva; Reconhecimento Extrajudicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa examinar a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial após o novo regramento que alterou a Seção II do Provimento nº 63/2017. Será demonstrada, portanto, a importância do afeto nas relações entre as famílias bem como o espaço que esse conquistou no Direito de Família.

Em um primeiro momento, será analisada, de forma breve, a evolução da filiação no Brasil, visto que o advento da Constituição Federal

1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: **annalauraribas21@gmail.com**.

de 1988 trouxe mudanças relevantes para o nosso ordenamento jurídico, sobretudo para o Direito de Família. O Código Civil de 2002, por sua vez, em seu art. 1.596, determinou a proibição de qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Por isso, reproduz a norma constitucional que garante a isonomia de direitos e qualificações entre todos os filhos, sejam eles oriundos ou não da relação do matrimônio, biológicos, da reprodução assistida ou da adoção.

Dessa forma, o avanço do ordenamento jurídico brasileiro alcançou o entendimento de que o reconhecimento da filiação deve prosperar no terreno da afetividade e deixar de preponderar baseado somente no vínculo biológico. Desse jeito, abre-se caminho para a filiação socioafetiva, oriunda dos laços de afeto.

Por fim, passa-se à análise do conceito da posse de estado de filho e dos pressupostos para a sua configuração, levando à conclusão que o vínculo entre pais e filhos foi uma das alterações mais relevantes para o Direito de Família, a qual trilhou o caminho pela via extrajudicial, nos termos dos Provimentos nº 63/2017 e nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Para um melhor entendimento acerca do tema, torna-se necessária uma explicação em relação à evolução das famílias e em relação ao contexto de filiação no Direito Brasileiro. Faz-se necessário tecer comentários acerca do modelo de família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, a qual detinha na figura do "pater" o poder sobre os membros da família. Esse modelo evoluiu para a construção do conceito da família contemporânea, a qual se baseia no princípio da dignidade humana, na paridade de direitos e no surgimento do fenômeno da afetividade (TSUTSU, 2013).

Visando compreender o atual conceito de família, de filiação e de paternidade, será realizada uma a análise histórica do instituto da família ao longo dos anos, observando as modificações ocorridas nas relações entre pais e filhos.

No século XV, as Ordenações Filipinas, com vigência no Brasil entre os anos de 1603 e 1916, classificavam os filhos como legítimos ou ilegítimos. Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *"pater is*

est quem nuptiae demonstrant", ou seja, o filho legítimo era considerado o filho biológico, concebido na união do matrimônio (SILVA, 1979).

Para Jorge Shiguemitsu Fujita (2009, p.18), o filho legítimo era reconhecido:

> [...] pela certidão de nascimento, inscrito no Registro Civil, [...] ao passo que na falta, ou defeito do termo de nascimento, podia provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito: (a) quando houvesse começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; (b) quando existissem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Portanto, a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima (DIAS, 2016, p. 360).

Por sua vez, os filhos ilegítimos eram aqueles tidos fora da união do matrimônio, oriundos de duas pessoas que possuíam algum impedimento fático ou jurídico e que, em razão disso, eram impedidos de casar. Ainda, eram divididos em naturais ou biológicos e os filhos espúrios (incestuosos, adulterinos ou sacrílegos).

As Ordenações vigoraram no Brasil por um longo período[2], e, por conseguinte, as normas referentes ao âmbito do Direito Civil somente foram revogadas com o surgimento do Código Civil de 1916. Entretanto, as distinções entre a filiação legítima e ilegítima continuaram a existir.

Também no Código Civil de 1916, a filiação configurava-se conforme a sua origem, oriunda ou não do casamento. Assim, filho legítimo era aquele da constância do matrimônio e, filho ilegítimo, de uma relação extramatrimonial (DIAS, 2016, p. 384). Sobre esse tema, leciona Rolf Madaleno (2017, p. 159):

> A distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados do Código Civil de 1916, externava um conceito em que os filhos legítimos originavam das justas núpcias, e os filhos ilegítimos poderiam vir a ser legitimados se seus pais casassem; enquanto todos os demais filhos cuja origem não vinha do casamento eram considerados ilegítimos e se subdividiam em naturais, caso os pais não

2 De 1.603 até 31 de dezembro de 1.916 - dia anterior ao início da vigência do Código Civil de 1.916. (SILVA, 1979).

> fossem casados e espúrios quando existisse algum impedimento ao matrimônio dos genitores.

A filiação legítima tinha amparo no artigo 355 do Código Civil de 1916[3] e seu perfilhamento poderia ser realizado pelo pai ou pela mãe. Os filhos incestuosos ou adulterinos, por sua vez, não poderiam ser reconhecidos, conforme o artigo 358 do mesmo diploma legal, posteriormente revogado pela Lei nº 7.841 de 1989[4].

A discriminação entre as filiações permaneceu até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. A Carta Magna, especificamente no artigo 227, § 6º[5], estabeleceu um marco histórico na mudança do conceito de direito de família e passou a atender as transformações sociais exigidas, já que reconheceu a absoluta igualdade entre todos os modelos de filiação. A Carta não admitiu a distinção entre filiação legítima e ilegítima, e, ainda, promoveu a igualdade entre os homens e as mulheres e a pluralidade dos modelos de família.

Nesse sentido, Rolf Madaleno leciona (2011, p. 48):

> Advém da Carta Política de 1988 a exclusão de qualquer carga de descriminação no campo da filiação, como procedia largamente o Código Civil de 1916, elitizando os filhos legítimos a partir do matrimônio dos pais. Nesse sentido, existiam os filhos legítimos, legitimados, ilegítimos, esses últimos subclassificados como naturais e espúrios (adulterinos e incestuosos). Os filhos proferidos faziam contraponto aos filhos preteridos, e toda a legislação precedente à Constituição Federal exercia clara inclinação discriminatória, chegando ao extremo de proibir a pesquisa processual do vínculo biológico de filhos extramatrimonial.

Dessa forma, ao analisar o cenário do ordenamento jurídico brasileiro, interpreta-se que todas as espécies de filiação, independentemente

3 Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjuntas ou separadamente.

4 BRASIL. Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515.

5 § 6º 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 (BRASIL, 1988).

de sua origem, serão objeto de tutela pelo Estado. Ao passo em que de acordo com o disposto no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, é vedada qualquer forma de discriminação entre os filhos, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo aos filhos, os mesmos direitos (LÔBO, 2000).

Com o Código Civil de 2002, depois de 25 (vinte e cinco) anos de tramitação perante o Congresso Nacional, tiveram início outras mudanças significativas no âmbito do Direito de Família.

Sob o conceito moderno de família[6], passou considerar-se o vínculo existente entre pais e filhos e aqueles que lhe deram a vida, incluindo não apenas a filiação oriunda de união sexual entre os pais, mas também de adoção e de reprodução assistida.

Nessa lógica, Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 535) apresenta:

> Filiação, no conceito moderno, é o vínculo existente entre os pais e filhos, tratando-se de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, incluindo no conceito não apenas os consanguíneos havidos pela união sexual dos pais, mas também por adoção, filiação socioafetiva e os havidos por reprodução assistida, havidos ou não na constância do casamento.

Sobre isso, Conrado Paulino da Rosa (2017) ensina que "[...] nos tempos atuais, o vínculo de filiação, além de ser caracterizado por uma relação horizontal, que afasta o viés hierárquico de outrora, valoriza muito mais os vínculos afetivos do que os da biologia".

Por fim, entende Rolf Madaleno (2017, p.1):

> A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra

6 [...] Além disso, a família deixa de ser uma entidade política para ser reconhecida como uma reunião de pessoas ligadas pelo afeto, estabilidade, assistência mútua e responsabilidade social. Afinal, trata-se do *lócus* onde o indivíduo poderá desenvolver a sua personalidade. Portanto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 passa a aferir a família em sua esfera sociológica, afinal, reconhece que, em havendo uma pluralidade de formas de constituição familiar, todas merecem ser tratadas igualmente. Portanto, não mais se excluem grupos familiares que não se estabelecem pelo casamento. [...] (NICODEMOS, 2014).

> na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do estado.

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu um novo entendimento, passando a reconhecer que "[...] a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética" (DIAS, 2017, p.47).

A filiação socioafetiva decorre da convivência, do cuidado e da dedicação e tem mais significado do que a simples comprovação do vínculo genético. Nessa perspectiva, ensina Rolf Madaleno (2017, p.138): "A filiação socioafetiva é a real paternidade de afeto e de solidariedade, são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto".

Por sua vez, Christiano Cassettari (2016, p.17) confirma que: "[…] a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas". Por essa razão, firma-se o entendimento que: "[...] quem se apresenta como filho, e assim tratado no âmbito da família e da sociedade, filho é" (DIAS, 2017, p.49).

Diante disso, deve haver a busca pelo sentimento existente entre pais e filhos, que é o elemento chave da construção da verdadeira paternidade.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro compreende que a paternidade não pode ser definida somente sob a perspectiva biológica, devendo também ser considerada a relação de afeto. A paternidade/maternidade biológica passa a ter papel secundário, vindo a existir não pelo fator consanguíneo, mas em decorrência do sentimento.

Nesse passo, pode-se considerar que a família é o pilar que sustenta a sociedade brasileira, tendo hoje como base fundamental para sua existência os laços de união, amor e comunhão de vida entre os pais e filhos, de forma pública, contínua e duradoura (PESSANHA, 2011).

Madaleno (2017, p.37) fala que "[...] a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação, de casamento e união estável e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto".

Nesse seguimento, Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 561) entende:

> O afeto, diante de uma legítima convivência familiar, demonstrada objetivamente, gera eficácia jurídica e produz efeitos para reconhecimento de entidades familiares e relação paterno/filial, obrigando em razão do princípio da afetividade, da solidariedade e do compromisso com o respeito e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Com a significação de novos modelos de família, surge a filiação oriunda das relações de afeto, amor e solidariedade entre pais e filhos, o que a caracteriza como socioafetiva.

Boeira (1999), entende que:

> [...] uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento do filho e a aceitação do chamamento de pai [...].

É na expressão de "outra origem" do Artigo 1.593, do Código Civil de 2002, que a filiação socioafetiva encontra alicerce, sendo essa uma relação de uma verdade real, deixando de lado os vínculos biológicos e levando em consideração somente o convívio.

Consiste na relação entre pai/mãe e filho, sem vínculo consanguíneo e num conjunto de atos de convivência, cuidado e dedicação. Esse é o sentido da paternidade oriunda do afeto, da solidariedade e dos gestos de amor que colidem com os interesses entre o pai/mãe de afeto e o filho (DIAS, 2017, p.47).

Após a confirmação do vínculo afetivo, tornou-se irrelevante o vínculo biológico, considerando que os laços sanguíneos passaram a não ser mais suficientes para a caracterização da verdadeira parentalidade (DIAS, 2017, p.47).

Nessa linha, a filiação consanguínea deve andar concomitantemente com o vínculo afetivo completando a relação parental, pois não há como se falar apenas sob a óptica biológica: "[...] externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar e regulada pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil" (MADALENO, 2017, p.163).

Para Freitas (2017), por seu turno, "[...] toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica". Por outro lado, para Ricardo Calderón (2017):

> Assume relevo o entendimento de que o estado de filiação não está – direta e necessariamente – ligado aos vínculos biológicos. Não raro, os pais não são, necessariamente, os respectivos ascendentes genéticos. O estado de filiação também pode restar presente por intermédio de um vínculo socioafetivo, adotivo, em decorrência da incidência das presunções legais, ou ainda pelas hipóteses de reprodução assistida. Assim, existindo um estado de filiação estabelecido, este não pode ser impugnado judicialmente apenas com base na alegação de ausência de vínculo biológico.

A filiação socioafetiva, ainda que não prevista expressamente no Código Civil de 2002, constitui-se por meio de um vínculo oriundo da convivência familiar, do carinho e do amor constituído entre pai e filho; conjuntura em que se solidificam os laços afetivos e dá-se início a uma relação paterno/filial.

Nesse caso, fundamenta-se em um ato de vontade oriundo do afeto e que se concretiza no cotidiano, no tratamento e na relação em público. É originário do tratamento recíproco e do respeito mútuo entre pais e filhos, decorrente de uma convivência cotidiana. Esse tipo de paternidade pode advir de uma construção socioafetiva que nasce na posse do estado de filho.

Sobre o exposto, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p.140) afirma:

> A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família. A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque nesse tipo de parentesco jamais se extingue.

A posse do estado de filho surge quando existe uma relação de pai/mãe e filho, independentemente de registro civil. Orlando Gomes (1978, p. 345) assevera:

> A posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa, devendo ter os seguintes requisitos:
> a) Sempre ter levado o nome dos presumidos genitores;
> b) Ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo;
> c) Ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo.

Posto isso, para a caracterização da posse de estado de filho, devem estar presentes três elementos: a) *Tractatus*, b) *Nominatio*, c) *Reputatio* (DIAS, 2005).

Nesse sentido, para Carvalho (2017, p. 566), isso ocorre porque:

> […] quando se demonstra a posse de estado de filho, ou seja, quando a aparência faz com que todos acreditem existir uma situação que juridicamente não é verdadeira. Na posse de estado de filho e posse de estado de pai existe uma aparência paterno/filial, uma reciprocidade afetiva entre pai e filho, que juridicamente não são parentes. O direito, entretanto, não pode desprezar este fato, esta paternidade que se constrói na convivência e nos vínculos afetivos recíprocos, que se estabelece no ato de vontade e sedimenta-se no terreno da afetividade.

Fachin (1996, p.37.) expressa que os pressupostos imprescindíveis para a caracterização da paternidade socioafetiva revelam-se através do comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura. Nesse momento, nascem os laços da paternidade/maternidade entre pai/mãe e o filho para o qual lhe emprestará o patronímico da família, assumindo-o como filho perante a sociedade.

Consequentemente, a posse de estado de filho passa a constituir uma base sociológica, fundada nos laços do afeto e do amor, tornando-se fundamental e indispensável para a legalização da paternidade/maternidade socioafetiva.

3 RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento da filiação socioafetiva pode se dar por via judicial e extrajudicial, sendo esta última levada a efeito diretamente junto aos Cartórios de Registro Civil, sem a necessidade de propositura de ação judicial.

A modalidade voluntária realizada via extrajudicial se concretiza mediante simples declaração, por meio de boa-fé do declarante (SIMÕES, 2018). A vista disso, Sérgio de Salvo Venosa (2009) expõe que "[...] é ato unilateral, porque gera efeitos pela simples manifestação da vontade do declarante".

Ainda que não haja regulamento legal para a extrajudicialização da paternidade/maternidade socioafetiva, já existem Tribunais de Justiça, como os do Amazonas, Ceará, Pernambuco e Santa Catarina, que admitem o vínculo socioafetivo diretamente em Cartório de Registro Civil, sem a necessidade de uma demanda judicial (TARTUCE, 2017).

Segundo Ulisses Simões (2018):

> Assim, uma vez possível o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade biológica perante o oficial de registro civil, é consequência lógica dos princípios constitucionais da igualdade jurídica e da filiação que se admita também o reconhecimento extrajudicial do vínculo de paternidade socioafetiva.

Nesse sentido, ao levar em consideração a possibilidade voluntária da filiação biológica em Cartórios de Registro Civil, Jones Figueirêdo Alves (2014) discute em seu artigo a importância do mesmo tratamento para a filiação socioafetiva:

> […] agora, nas mesmas latitudes, o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, tendo em vista a igualdade jurídica entre as espécies de filiação (art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal), quando, com direitos e qualificações idênticos, o filho afetivo resulta de um liame dos fatos da vida no plano íntimo da convivência com o pai referencial.

Cumpre mencionar que, por meio do Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consolidou-se a possibilidade ex-

trajudicial da paternidade/maternidade socioafetiva, e foi autorizado nos Cartórios do Registro Civil de qualquer unidade federativa.

Por consequência, houve a descomplicação da filiação socioafetiva e de ajuizamento de ação judicial, beneficiando as famílias já atreladas pelos laços afetivos, mas sem a formalização do vínculo.

Dessa forma, Venosa (2009) apreende que:

> O reconhecimento voluntário é irrevogável como decorrência da eficácia retroativa e da constitutividade do ato. Estatui o art. 1619 do presente Código que o "reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento".

Quanto ao posicionamento do CNJ, a notícia publicada pela IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família - explica:

> De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a paternidade e maternidade socioafetiva ocorre mediante um vínculo constituído com o filho. Geralmente isso acontece nos casos em que a madrasta ou padrasto da criança foi o responsável por sua criação por conta do óbito de um dos genitores. O reconhecimento desse tipo de paternidade ou maternidade gera os mesmos direitos e obrigações legais perante o filho, que também goza dos mesmos direitos de um filho biológico ou adotivo. Agora, o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial. Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento. O reconhecimento espontâneo da paternidade não representará um obstáculo para uma discussão judicial sobre a verdade biológica (IBDFAM, 2017).

Por conseguinte, Tartuce (2018) complementa:

> Como primeira norma, estabelece o art. 10 do Provimento n. 63 do CNJ que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade - criança, adolescente ou adulto -, está autorizado perante os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Entretanto, antes mesmo do Provimento, alguns estados brasileiros já vinham reconhecendo a filiação socioafetiva em cartório, mediante edição de normativos próprios. O recurso foi aprovado no intuito de consolidar a possibilidade da filiação socioafetiva extrajudicial, ou seja, em qualquer registro civil, dando uniformidade ao procedimento (SOUZA, 2017).

Quanto à forma e o instrumento do reconhecimento, Dias (2017) explica:

> O reconhecimento pode ser levado a efeito mediante escritura pública ou escritura particular (CC 1.1609 II). Qualquer documento de autoria indiscutível serve. Até mensagem via internet cuja autenticidade possa ser comprovada. Há a possibilidade de a declaração ser inserida em documento outro, com diversa finalidade, como por exemplo, o pacto antenupcial (CC 1.653). Mesmo que não ocorra a celebração do casamento – o que torna ineficaz o pacto – o reconhecimento leva a permanecer hígido e eficaz (CC 1.609 II e 1.610).

Ocorre que, em 14 de agosto de 2019, a Corregedoria Geral de Justiça do CNJ editou o Provimento nº 83/2019 alterando o Provimento nº 63/2017, acrescentando determinadas condições para a filiação pela via extrajudicial.

A referida alteração trouxe nova interpretação à seção II do Provimento nº 63 ao criar regras para o reconhecimento extrajudicial. De acordo com a alteração, o vínculo afetivo da deverá ser comprovado por todos os meios em direito admitidos bem como por documentos.

Para que seja viável o reconhecimento da filiação no Cartório de Registro Civil, poderá o requerente juntar, por exemplo, o apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico (TARTUCE, 2019).

Por essa razão, um dos requisitos fundamentais para que se possibilite o reconhecimento extrajudicial é a comprovação da existência da posse do estado de filho.

Nessa linha, abrange Caio Mário da Silva Pereira (2016, p.374):

> Como no art. 349 do Código Civil de 1916; o atual art. 1.605 declara expressamente que "se provará a filiação por qualquer modo admissível em direito quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos". Este dispositivo legal já vinha sendo admitido pela Doutrina como fundamento para considerar o estado de posse de filho como já integrado ao nosso sistema jurídico, apontando, também, como prova nos processos que envolvem o reconhecimento da paternidade socioafetiva [...].

O novo regramento deixou expresso que o vínculo afetivo deve ser verificado de maneira objetiva pelo oficial de registro civil. Logo, será incumbida ao requerente a necessidade de demonstrar, através de fatos concretos, a existência da socioafetividade e cabe ao registrador verificar a idoneidade das provas (CALDERÓN, 2020).

Além disso, considerando que a redação do Provimento 63 não deixava expressa qualquer restrição etária para registros de vínculo socioafetivo. O Provimento 83/2019 reparou tal lacuna e deixou expresso que apenas os filhos acima de 12 anos de idade poderão ser reconhecidos pela via extrajudicial, sendo, então, obrigatório o ajuizamento de ação judicial para os filhos menores que a idade estipulada.

Nesse sentido, Calderón (2019) explicou:

> Uma das principais preocupações era que, como crianças de tenra idade podem vir a atrair o interesse de pessoas que pretendessem realizar "adoções à brasileira" ou então "furar a fila da adoção", melhor seria deixar tal temática apenas para a via jurisdicional.

Porém, cumpre ressaltar que o regramento do Provimento nº 63 continua sendo a regulação basilar para reconhecimento da paternidade socioafetiva em Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, com as adaptações feitas pelo Provimento 83/2019. Se mantém, por exemplo, a exigência da certidão de nascimento do filho para o registro, conforme o art. 11 (TARTUCE, 2018).

O Provimento 83 também trouxe a obrigatoriedade da participação prévia do Ministério Público. Por isso, serão realizados somente os registros que receberem o parecer favorável do Ministério Público e, nos casos em que o parecer for desfavorável, o requerente deverá buscar a via judicial (CALDERÓN, 2019).

A última alteração realizada foi quanto à possibilidade de inclusão de somente um ascendente socioafetivo pela via extrajudicial (BRASIL, 2019), equivalente ao artigo 14, em casos de multiparentalidade.

Frente ao exposto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu, com base no Provimento nº 63/2017, ao julgar o mandado de segurança, a possibilidade da paternidade socioafetiva extrajudicialmente:

> O reconhecimento extrajudicial da paternidade/filiação socioafetiva, resultante da declarada posse do estado de filho feita pelas partes, pode ser realizado através de escritura pública, perante o notário, a ser arquivada no Registro Civil das Pessoas Naturais, com anuência da mãe, se o filho for menor de dezoito anos, ou com o consentimento do próprio filho, se maior de idade.
> Não existe impedimento legal ou motivos jurídicos razoáveis a impor aos interessados o caminho da ação declaratória de paternidade/filiação socioafetiva simplesmente por causa da "diferença de idade entre ambos", sob pena de violar a presunção de boa-fé das partes e a fé-pública da escritura lavrada pessoalmente perante notário por agentes capazes (BRASIL, 2016).

Portanto, conclui-se que o reconhecimento extrajudicial é considerado uma medida facilitadora para a concessão da paternidade/maternidade aos filhos maiores de 12 anos, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana e priorizando o melhor interesse daquele indivíduo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, revela-se impossível analisar a filiação no Direito Brasileiro como uma relação baseada unicamente no vínculo biológico. Considera-se que esse conceito ultrapassa o critério genético e está inteiramente interligado aos laços formados pelo afeto conquistado entre pais e filhos.

Ao adentrar-se no âmbito da filiação oriunda do afeto, é de suma importância a observação do princípio constitucional fundamental que determina a igualdade entre os filhos, disposto no art. 227, §6º da Constituição Federal. De acordo com ele, não mais se admite a classificação dos filhos em legítimos ou ilegítimos, em virtude de serem concebidos na constância ou não do matrimônio.

Dessa maneira, a implementação do Código Civil de 2002 trouxe mudanças importantes para a abertura da discussão acerca da filiação proveniente do afeto bem como para o reconhecimento da referida filiação pela doutrina e jurisprudência. Isto é, o Código Civil, em seu art. 1.593, ao afirmar que o parentesco pode resultar de outra origem que não a consanguínea, permite o surgimento de novas classificações de filiações no ordenamento jurídico, em especial, a socioafetiva.

Desse modo, foi realizada uma profunda análise acerca da filiação socioafetiva, a qual possui em seu interior a valorização das relações derivadas do afeto, as quais são constituídas de um ato de vontade entre pais e filhos, da convivência diária, do respeito e do amor construído com o tempo.

A constituição da família é, inevitavelmente, socioafetiva, uma vez que utiliza o afeto como base de sustentação do lar. Assim dizendo, as relações afetivas fortalecem o seio familiar, afastando o entendimento de que as famílias somente são constituídas a partir do matrimônio, com a necessidade de laços consanguíneos.

Verifica-se, com base em análise que o reconhecimento repousa na posse do estado de filho, o qual reclama três requisitos: a utilização do nome dos pais, o tratamento e o reconhecimento social conferido ao filho.

Dessa forma, conclui-se que a posse do estado de filho é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, pois ela ganhou imensa importância no Direito Brasileiro, modificou o conceito de família e fez com que o vínculo biológico deixasse de ser primazia. Ao passo que, as relações familiares baseadas no carinho, afeto, cuidado, amor e dedicação entre pais e filhos, caracterizassem o surgimento de uma nova modalidade familiar: a paternidade/maternidade socioafetiva.

Em síntese, após a análise das modificações nos conceitos de filiação no Direito Brasileiro, especialmente, no da filiação socioafetiva, foi dado enfoque à possibilidade de reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva extrajudicial. Graças às alterações recentes no Provimento nº 63/2017, através do Provimento nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça, foi possível determinar requisitos para o reconhecimento da filiação socioafetiva também em Cartório de Registro Civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Famílias Mútuas, uma Espécie Extraordinária de Multiparentalidade*. 2014. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27081427_FAMILIAS_MUTUAS_UMA_

ESPECIE_EXTRAORDINARIA_DE_MULTIPARENTALIDADE_1.aspx. Acesso em jan. de 2021.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade:* Posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em jan. de 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11- 2017-corregedoria.pdf. Acesso em mai. de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 83,* de 14 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/imagens/atos_normativos/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em jan. de 2021.

_____. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais.* TJ-MG - MS: 10000160081683000 MG, Relator: Geraldo Augusto, Data de Julgamento: 01/11/0016, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/11/2016. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/401562819/mandado-de-seguranca-ms-10000160081683000-mg/inteiro-teor-401562838. Acesso em jan. de 2021.

CALDERÓN, Ricardo. *Primeiras impressões sobre o Provimento 83 do CNJ.* 2019. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%AAncias.pdf. Acesso em jan. de 2021.

_____. *A socioafetividade nas relações de parentalidade:* estado da arte nos tribunais superiores. 2017. Disponível em: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/ar-

tigos/480191881/a-socioafetividade-nas-relacoes-de-parentalidade-estado-da-arte-nos-tribunais-superiores. Acesso em jan. de 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias.* Editora Saraiva Jur. v.5 p. 535 – 588, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.* Editora Atlas, 2016.

DA ROSA, Conrado Paulino. *Curso de direito de família contemporâneo.* Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto* – Questões Jurídicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Manual de Direito de Família.* São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de Direito das Famílias.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edison. *Da Paternidade. Relação biológica e afetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREITAS, Hannah Yasmine Lima. *Filiação socioafetiva e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro.* 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,filiacao-socioafetiva-e-seu-reconhecimento-pelo-ordenamento-juridico-brasileiro,589525.html. Acesso em: jun. 2018.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação.* São Paulo: Atlas, 2009, p.18.

GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IBDFAM. *Especialistas avaliam Provimento que autoriza reconhecimento da socioafetividade em cartórios*. 2017. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6504/Especialistas+avaliam+Provimento+que+autoriza+reconhecimento+da+socioafetividade+em+cartórios. Acesso em jun. de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito Civil:* Família – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Princípio jurídico da afetividade da filiação.* São Paulo: Revista de Direito Privado. Revista dos Tribunais, 2000.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família.* São Paulo: Editora Forense, 2017.

_____. *Manual de Direito de Família.* São Paulo: Editora Forense, 2011.

NICODEMOS, Erika Cassandra de. *Direito de família contemporâneo:* conceito de família e nova filiação. 2014. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-de-familia-contemporaneo-conceito-de-familia-e-nova-filiacao,46727.html. Acesso em maio de 2018.

PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar.* 2011. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade19_12_2011.pdf. Acesso em: maio de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil:* Direito de Família. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Jorge Medeiros. *As Ordenações Filipinas.* Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – São Paulo, V.3, n.09, p.7-9, mar. 1979.

SIMÕES, Ulisses. *Filiação socioafetiva e reconhecimento pela via extrajudicial.* 2018. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2018/01/17/artigo-filiacao-socioafetiva-e-reconhecimento-pela-via-extrajudicial-por-ulisses-simoes/. Acesso em jun. de 2018.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. *CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva.* 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva. Acesso em jun. de 2018.

TARTUCE, Flávio. *O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.* 2019. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1353/O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justi%C3%A7a+e+o+novo+tratamento+do+reconhecimento+extrajudicial+da+parentalidade+socioafetiva+. Acesso em set. de 2019.

_____. *Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça. Segunda parte*. 2018. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1277/Anotações+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justiça.+Segunda+parte. Acesso em set. de 2019.

_____. *Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade.* 2017. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1202/Da+extrajudicialização+da+parentalidade+socioafetiva+e+da+multiparentalidade. Acesso em jun. de 2018.

TSUTSU, Priscila Fialho. *Paterfamilias, casamento e divórcio na Roma antiga.* 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,paterfamilias--casamento-e-divorcio-na-romaantiga,45892.html. Acesso em nov. de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família.* 9 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

A AUTONOMIA PRIVADA E A GESTÃO DE BENS NA ESFERA FAMILIAR: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DOS REFLEXOS NA VIDA PRIVADA E PERANTE TERCEIROS

Cinara Furian Fratton[1]

RESUMO

No intuito de desvendar os meandros da gestão de bens na esfera familiar, o presente artigo questiona em que medida a autonomia privada está efetivamente presente na gestão de bens das pessoas casadas ou que optaram por viver em união estável. Perquire sobre os limites vigentes e impostos pelo legislador nas questões negociais durante o casamento e ou a união estável, bem como analisa as possibilidades de atos fraudulentos no período da iminência da separação, divórcio ou de dissolução da união estável. Abrange as ferramentas jurídicas à disposição dos operadores do Direito para desvendar e auxiliar na equalização de eventual futura partilha, tais como a declaração de nulidade por simulação e a desconsideração inversa da pessoa jurídica. Para tanto, utiliza o método de pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e na jurisprudência, da pesquisa qualitativa, além do exame da legislação pertinente. Ao final, conclui que a autonomia privada nas relações familiares entre cônjuges e companheiros vem assegurada, na maioria dos regimes de bens, de forma mitigada ante a necessidade de observar os limites impostos do ordenamento sendo que, no regime de separação convencional de bens, a autonomia está em nível pleno, decorrente de sua própria natureza.

Palavras-Chave: Direito de Família; Autonomia Privada; Regime de bens; Gestão de bens.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz), Rio Grande do Sul, 1998; Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento dos direitos das mulheres, notadamente, com o aumento do número de profissionais no mercado de trabalho, com as políticas para a equalização dos direitos entre homens e mulheres e, também em razão de múltiplos arranjos familiares decorrentes não apenas do casamento, mas de uniões estáveis sucessivas (segunda ou terceiras uniões) com prole anterior(es), vem crescendo o debate sobre o regime de bens que possam atender essa nova conjuntura social.

A autonomia privada, em matéria do Direito de Família, é garantida em nosso ordenamento jurídico no que diz respeito ao aspecto patrimonial, mediante a possibilidade de escolha do regime de bens. Porém, nosso ordenamento traça balizas básicas que devem ser observadas para que a eleição do regime não se torne o oposto daquilo que efetivamente os interessados desejavam.

Nesse sentido, convém indagar: em que medida a autonomia privada está efetivamente presente na gestão de bens das pessoas casadas ou que optaram por viver em união estável? É necessário que haja consentimento do consorte para os atos de disposição patrimonial? Quais mecanismos podem ser utilizados em caso de dissolução de uma união estável ou divórcio que possam assegurar a justa divisão do patrimônio adquirido no decorrer da relação de conjugalidade? Quais aspectos limitam a autonomia privada em âmbito familiar?

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil, no ano de 2018 foram realizados 1.053.467 (um milhão, cinquenta e três mil, quatrocentos e sessenta e sete) casamentos civis, apurando-se que para cada 1000 habitantes, 64 pessoas, em média, uniram-se através do casamento legal. Isso evidencia um número de casamentos bem expressivo entre os brasileiros que escolhem esse modelo familiar.

De acordo com o referido Instituto, naquele mesmo ano, apurou-se o registro de 385.246 (trezentos e oitenta e cinco mil, duzentos e quarenta e seis) divórcios concedidos em primeira instância ou por escrituras públicas extrajudiciais, representando um aumento de 3,2% em relação ao total contabilizado em 2017. Tendo isso em vista, é pertinente ter consciência plena dos reflexos, na seara patrimonial, acerca do tipo de arranjo negocial a ser buscado pelas partes no momento do matrimônio.

Este artigo tem como objetivo verificar os reflexos da gestão patrimonial no casamento, com destaque nos aspectos relativos ao casal e

frente terceiros, traçando um paralelo com a união estável. Além disso, serão abarcadas as consequências da gestão de bens, da sua ausência e da má administração, com enfoque nas possibilidades de mecanismos para evitar a dilapidação patrimonial em caso de ruptura da relação familiar.

Nessa perspectiva, serão analisadas a autonomia privada frente aos regimes de bens atualmente dispostos no ordenamento jurídico. Para além disso, serão pontuadas as questões relativas à necessidade de anuência do outro na gestão patrimonial, as consequências em caso de disposição unilateral bem como quais os mecanismos disponíveis para a assegurar ao casal a distribuição equitativa do acréscimo patrimonial em caso de dissolução da sociedade conjugal ou do término da união estável.

Propõe-se, através do método de pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e na jurisprudência, da pesquisa qualitativa, além do exame da legislação pertinente, cumprir aqueles desideratos afetos ao tema sob enfoque e contribuir com reflexões importantes para o Direito de Família.

2 A AUTONOMIA PRIVADA E OS REGIME DE BENS

Por muito tempo, a autonomia de vontade e a autonomia privada eram compreendidas com a mesma ideia, vale dizer, faculdade concedida à pessoa para elaborar o ajuste individual nos limites preestabelecidos pelo ordenamento jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.119). A autonomia da vontade sempre esteve associada à época do Estado Liberal, compreendendo-se a noção do princípio do consensualismo, voluntarismo.

Concebida para o âmbito negocial e patrimonial das relações jurídicas, praticamente não havia espaço para as relações extrapatrimoniais (BRANCO; MOREIRA, 2011). A travessia para o Estado Social acabou por alterar a compreensão das funções exercidas pelo Estado, que passou a intervir nas relações particulares.

> A mudança de paradigma decorreu da mudança das funções exercidas pelo Estado, que deixou de ser apenas um mero espectador das atividades privadas (Estado Liberal), tornando-se um ente que intervém no âmbito particular de seus súditos, de modo a tutelá-los, inicialmente com o Estado Social, e hoje, com o Estado Democrático de Direito. O Brasil teve o seu ápice nesse processo de alteração de paradigma com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio da qual se inaugurou o Estado Democrático

> de Direito, que foi um marco para o estudo do Direito Civil, consagrando princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e o da solidariedade social (art. 3º, I da CF), tornando-se a principal fronteira da autonomia privada, pois passou a exigir uma funcionalização deste instituto a todos esses princípios constitucionais (BRANCO; MOREIRA, 2011).

A autonomia privada "[...] se liga ao exercício pleno de liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita a capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais" (MADALENO, 2018, p. 92).

No espectro do Direito de Família, revela-se "[...] como o maior princípio do direito de família contemporâneo" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 130). A esse respeito, os professores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015), ao comentarem o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, prelecionam que a interferência do ordenamento em âmbito familiar será de forma excepcional com intuito de assegurar aos membros das famílias direitos fundamentais, "[...] tais como a integridade psicofísica e a necessidade de alimentos a incapazes e a quem deles necessitar" (p.130).

No campo patrimonial, nosso ordenamento jurídico prevê quatro modelos referencias de regime de bens, que passam da separação convencional, legal ou obrigatória, migrando pela comunhão parcial, até a comunhão universal. Não se olvida da existência do regime da participação final dos aquestos, nem da possibilidade de regimes híbridos. Assim, no regime misto, seria possível adotar a comunhão universal, que excluiu os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade.

A liberdade da escolha do regime de bens (art. 1639, do Código Civil de 2002) é um dos feixes da autonomia privada. Em decorrência disso, "[...] a lei privada, aplicável à espécie, é forjada pelos próprios interessados, que regulam o regime a que se submeterão voluntariamente" (TUCCI, 2014, p.43).

Pondera-se que tal escolha nem sempre é discutida previamente pelo casal. Por vezes, é realizada de forma não consciente, sendo que tanto no casamento como na união estável há silêncio das partes, que, mesmo sem ter efetivamente compreensão por desconhecimento, acabarão por unir-se em regime da comunhão parcial. Sobre a perspectiva da análise econômica do Direito, "[...] um enfrentamento e troca de ideias entre o casal sobre o regime mais apropriado reduziria em grande parte as zonas de conflito no decorrer da relação" (GHILARDI, 2017, p.29).

Também evitaria futuros aborrecimentos em caso de término da sociedade conjugal ou da ruptura da união estável, prevenindo danos.

Importante destacar que o trato da autonomia privada no campo do Direito Sucessório é notadamente diverso, especialmente na concorrência conjugal: "Impor a divisão de patrimônio de modo diverso do pactuado pelo casal, que elegeu um regime de bens para o casamento ou optou por viver em união estável, configura clara afronta ao princípio da autonomia da vontade" (DIAS, 2019, p. 259). Para fins do presente artigo, o enfoque fica restrito ao campo da gestão e partilha em vida.

Respeitada a necessidade que tal triagem seja formalizada mediante a realização de um negócio jurídico, sob pena de invalidade, o pacto antenupcial (art. 1.653, do Código Civil de 2002), cuja "[...] projeção da autonomia privada, permitindo aos interessados regulamentarem os efeitos jurídicos do seu casamento [...]" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 307) é o instrumento necessário para a escolha de regime diverso do legal.

Não havendo pacto, a ausência de escolha é suprida pela lei. A comunhão parcial bens é o regime supletivo e legal de bens (artigo 1.640, do Código Civil de 2002), desde a alteração do Código Civil de 1916, através da Lei do Divórcio (Lei n. 6515/1977) (MADALENO, 2018, p.772). Antes, a comunhão universal ocupava o centro da maioria dos casamentos e era o legal à época.

Dentre os regimes que mais asseguram autonomia privada, destaca-se a separação convencional de bens[2], caracterizados por: a) gestão exclusiva sobre bens próprios e o usufruto; b) liberdade para disposição dos bens; c) responsabilidade individual sobre as dívidas e obrigações que contrair. A penhora em relação aos bens particulares do outro, pois, é nula (LOBO, 2018, p.362-363). Recorda-se, igualmente, que as despesas de manutenção do lar são encargos de ambos os cônjuges na proporção de rendimentos de cada um, salvo estipulação em pacto antenupcial (CC, art. 1688, Código Civil de 2002).

Atenta-se que o regime da separação convencional se distingue da separação legal ou obrigatória de bens, na medida em que é obrigatório nas seguintes hipóteses: I) para as pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (art. 1.523 do CC); II) casamento da pessoa maior de setenta anos; e III) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (art. 1.641, do Código Civil de 2002). Convém registrar que a Súmula 377 do STF, *in*

2 CCB/2002: 1687 e 1688.

verbis: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento [...]", assegurando, assim, a comunhão de bens adquiridos após o casamento. Venosa (2018, p. 382) afirma que a maioria dos casamentos contraídos sob tal regime é de jovens que amealham patrimônio no curso do casamento e, nesse caso, seria injusto não haver a comunhão dos bens adquiridos pelo esforço comum.

O esforço comum vinha sendo dispensado no regime de separação obrigatória de bens, em decorrência daquela Súmula. Porém, em recente decisão judicial, datada de maio de 2018, no ERESp 1623858, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento, exigindo a prova do esforço comum para os que contraírem casamento sob o regime da separação obrigatória de bens. No julgado, restou assentada a tese: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição"[3]. Na mesma linha, seguiu-se a decisão no REsp 1689152[4].

Contudo, o verbete *Sumular* não tem incidência para os que pactuam a escolha do regime de separação consensual. Dessa forma, não há bens comuns, autorizando a conhecida "[...] separação absoluta ou total. Isso, por si só, já serve para justificar a exigência de outorga, do consentimento, cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis – e para prestar fiança ou aval – se o matrimônio estiver sob o regime de separação obrigatória" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 374).

A comunicação em relação aos bens adquiridos após o casamento, presunção atinente tanto aos imóveis como móveis, difere-se em relação aos bens adquiridos por causa anterior, os quais são incomunicáveis[5]. Nessa situação, a administração dos bens particulares é exclusiva de cada cônjuge. Segundo Lôbo (2018, p. 356):

3 STJ: EResp 1623858, Segunda Seção. Relator Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, por unanimidade, julgado m 23/05/2018, DJE 3-/05/2018).

4 STJ: Resp 1689151. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/10/2017, DJE 22/11/2017). Dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Súmula 377 do STF. Bens adquiridos na constância da união estável. Partilha igualitária. Demonstração do esforço comum dos companheiros para legitimar a divisão. Necessidade. Prêmio de loteria. Fato eventual ocorrido na constância da união estável. Necessidade de meação.

5 CCB: 2002: artigo 1.661

> São particulares não apenas os bens que já se encontravam na posse e do mínio do cônjuge, na data do casamento, mas os que foram adquiridos após por doação ou sucessão, os sub-rogados no seu lugar, os bens de uso pessoal e instrumentos de profissão.

À vista disso, há um posicionamento no sentido de o esforço comum ser relativo e não *juris tantum* na medida em que:

> [...] sustentar a presunção absoluta do esforço comum quando da dissolução do vínculo conjugal é concordar que a outra parte se locuplete, consistindo em enriquecimento sem causa, pois a ela será conferida propriedade de bens para os quais não contribuiu materialmente para obter (NUNES, 2019, p. 133).

Na união estável, quando não restar pactuado em contrato, outras disposições pertinentes a outros regimes, subsistirá o regime da comunhão parcial de bens, mesmo que as partes de forma inconsciente não tenham optado por tal regime. Tal evento ocorre por incidência da regulamentação legal (artigo 1.725 do Código Civil de 2002) e nessa modalidade familiar também se dispensa a prova do esforço comum para a divisão dos bens adquiridos (SCHREIBER, 2019, p.1361), conforme dispõe o Enunciado n° 115 do CJF/STJ: "Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens" (Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/753).

Nesse sentido, orienta o Superior Tribunal de Justiça, tese 16: "A presunção legal de esforço comum quanto aos bens adquiridos onerosamente prevista no art. 5º da Lei 9.278/1996, não se aplica à partilha do patrimônio formado pelos conviventes antes da vigência da referida legislação"[6].

6 Precedentes: Resp 959213/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 10/09/2013; AgRg no REsp 1167829/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 06/03/2014. (Vide Informativo de Jurisprudência n. 556). Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%E-Ancia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf. Acesso em abril de 2020.

3 A GESTÃO DOS BENS ENTRE O CASAL

A autonomia privada nos regimes de bens vem delineada por normas de natureza material ou processual (ROSA, 2018, p. 237) no que diz respeito aos atos negociais que o casal pode realizar no decorrer do enlace matrimonial. O regime da separação consensual, contudo, assegura a qualquer um dos cônjuges a alienação de bens, por exemplo, no final do casamento, sem necessitar de autorização do seu consorte. Nos demais regimes, o artigo 1.647 do Código Civil Brasileiro traz as hipóteses em que se exige uma legitimação negocial, a outorga conjugal (SCHREIBER, 2019, p. 1283).

Exige-se, em decorrência do caráter substancial, de acordo com Farias e Rosenvald (2018, p. 341), legitimação para a venda de bens imóveis, inclusive para os bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, porque "[...] os frutos dos bens particulares são comunicáveis" (ROSA, 2018, p. 237). Exemplo disso é a pessoa casada nesse regime que pretende vender bens adquiridos antes do casamento. Frutos civis são "[...] as rendas que a coisa produz; como frisante exemplo, podem ser extraídos dos juros pagos pelo capital aplicado pelo cônjuge em caderneta de poupança" (MADALENO, 2018, p. 809-810). Ainda, quanto aos frutos civis, comunicam-se os valores da locação de um imóvel pertencente a um dos cônjuges. No caso de cônjuge ser sócio de sociedade anônima e suas ações sejam particulares, o dividendo também ingressa na comunhão de bens.

Segundo Dantas (2015, p. 35-36): "[...] na comunhão parcial de bens, os frutos dos bens, particulares ou comuns, são comunicáveis e possuem plena divisibilidade [...]". Isso também se aplica à comunhão universal de bens.

Já na separação, em que a regra é a incomunicabilidade, não havendo regra em sentido contrário em pacto antenupcial, a regra dos frutos civis serão comunicáveis e divisíveis, por conta da normativa do artigo 1.688 do Código Civil Brasileiro de 2002.

A promessa de compra e venda de imóveis também necessita de outorga conjugal, conforme assevera Venosa (2018, p. 159). De igual forma, exige-se a anuência do outro cônjuge nas cessões de Direito Hereditário, vez que com a abertura de sucessão, os bens integrantes do monte partível têm natureza de imóvel (artigo 80, inciso II, do Código Civil). Por isso, as escrituras públicas devem conter o consentimento do cônjuge, como explica Rosa (2018, p. 238.).

Para Farias e Rosenvald (2018) é possível dispensar a outorga conjugal no regime da participação final dos aquestos (CC, art. 1.656), mediante o pacto antenupcial com cláusula.

Na fiança ou aval, não obstante, a lei refere que a ausência implicará a anulabilidade do ato (artigo 1.649 do Código Civil de 2002). Sendo assim, há posicionamento sobre a consequência da falta no plano da ineficácia parcial da garantia, sem vincular o patrimônio do consorte preterido: "Em respeito à autonomia privada, nada impede que o cônjuge, ao aquiescer, faça constar, expressamente, que apenas participa do ato de forma instrumental, sem vincular sua meação ao cumprimento da obrigação" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 341).

O Superior Tribunal de Justiça assentou a tese de que "[...] a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia (Súmula 332/STJ), salvo se o fiador emitir declaração falsa, ocultando seu estado civil de casado"[7]. Importante destacar que em relação ao aval houve grande polêmica na exigência da outorga, pois se trata de instituto de Direito Empresarial e a anulação representaria ofensa ao "[...] princípio da livre circulação de títulos de crédito" (SCHREIBER, 2019, p.1284). De tal modo, o entendimento do Enunciado n. 114 do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: "O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 do Código Civil apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu". Sobre essa hipótese, Lôbo (2018) pondera que o aval é novidade no Código Civil de 2002, porém, destaca que a exigência de anuência causa dificuldades dirigindo-se às transações mercantis e causa garantia solidária de obrigação e não contrato: "O aval é aposto a títulos de crédito,

7 STJ: Agint no Resp 1345901/SP. 2012/0200912-1: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇAO. FIANÇA SEM OUTÓRGA UXÓRIA. VALIDADE. QUALIFICAÇAO DO CÔNJUGE COMO SOLTEIRO. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. ACÓRDÃO MANTIDO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento desta Corte pacificou-se no sentido de que a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia (Súmula 332/STJ, salvo se o fiador emitir declaração falsa, ocultando seu estado civil de casado. 2. No caso dos autos, a Corte de origem, mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, concluiu que a fiança prestada no contrato de locação em análise foi prestada mediante declaração falsa do fiador acerca de seu estado civil, não sendo possível reconhecer a nulidade integral da garantia, sob pena de o fiador ser beneficiado por sua própria torpeza. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo interno não provido.

restrito ao direito cambiário de mobilidade negocial incompatível com a rigidez da fiança, considerada espécie contratual" (LÔBO, 2018, p. 335).

A última limitação de ordem substancial diz respeito às doações de bens comuns, não sendo remuneratória, ou de bens que possam integrar a futura meação. Não cabe a doação dos bens comuns sem a outorga e, como visto, também não é possível a doação de bens particulares sem tal anuência.

Ao lado desses limites, exige-se consentimento do cônjuge para "[...] pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos [...]" (LÔBO, 2018, p. 335), restrição de cunho processual. Nesse caso, o cônjuge não pode ser autor ou réu singularmente.

A legislação não impõe a necessidade de anuência na alienação de bens móveis por apenas um dos cônjuges, mesmo aqueles de valor mais significativos, como automóveis, joias, obras de arte, "[...] de algum modo, revela uma injustificável proteção superior aos bens imóveis" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 343).

No caso de realizar o negócio jurídico, sem a anuência do cônjuge ou sem o suprimento judicial, caberá ao cônjuge preterido "[...] reivindicar os imóveis gravados ou alienados sem a sua autorização, além de pleitear a rescisão dos contratos de fiança e doação, e a invalidação do aval, outorgados a sua revelia" (TUCCI, 2014, p. 46).

A autonomia privada, à exceção do regime da separação convencional de bens, vem mitigada na medida em que é necessário que o consorte tenha pleno conhecimento dos atos praticados pelo outro, exigindo-se anuência expressa, sob a consequência de anulabilidade do negócio jurídico realizado sem tal requisito. Desse modo, passível de confirmação no ato, opta-se pela lei, "[...] pela decadência ou preclusão, fixando o prazo de dois anos" (LÔBO, 2018, p. 336). Lôbo (2018) ainda defende o fluir dos dois anos a partir da data do negócio jurídico, mas contaria da dissolução da sociedade conjugal e não do divórcio, esclarecendo que haveria maior liberdade para a litigância entre os cônjuges. Em outro sentido, Farias e Rosenvald (2018) advertem a respeito da possível ocorrência de uma situação ilícita no decorrer do enlace patrimonial. Se o cônjuge preterido tiver conhecimento da prática e nada fizer, indica que a fluência do prazo deveria se dar a partir da ciência, sob a advertência de caracterizar *venire* contra *factum proprium*. Sustentam, outrossim, que se o cônjuge descobre o ato após dois anos da dissolução da sociedade conjugal seria admissível a adoção da *actio nata* para "[...] defender que o lapso deca-

dencial somente pode começar a correr com o conhecimento da lesão ao direito, e não da simples prática do ato" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 350). O Superior Tribunal de Justiça, no julgado, Resp 1622541, em 2016, entendeu que o prazo de dois anos inicia a partir da dissolução da sociedade conjugal decretada pela separação judicial e não de fato[8].

Atenta-se que no patrimônio comum, nos regimes de comunhão, não há verdadeiramente um condomínio. Cada um dos cônjuges deteria 50% de cada bem do acervo. Nessa hipótese, em caso de recusa da venda do imóvel por um dos cônjuges, não seria possível o suprimento judicial (art. 1.648 Código Civil de 2002) e seria necessário o ingresso de ação de extinção de condomínio. Isso não ocorre no espectro familiar, vez que a recusa, sem motivo do consentimento na alienação, pode ser suprida judicialmente. Decorre, então, pela peculiar circunstância de "[...] um regime de propriedade coletiva onde se preserva a integridade da massa patrimonial [...]" (TUCCI, 2014, p. 50), formando o que a doutrina chama de *mancomunhão*. Assim, ao operar a alienação por apenas um dos cônjuges "[...] seria (ao menos em parte) a *non domino*" (*Ibidem*).

Discute-se, por outra perspectiva, em que medida as restrições impostas para os atos negociais do casamento também teriam alcance na união estável. Posicionamento no sentido de que não há extensão dessa exigência na união estável porque a norma do artigo 1.647 do Código Civil Brasileiro "[...] é restritiva e especial para o casamento, limitadora da autonomia privada, não admitindo a aplicação por analogia para a união estável" (SCHREIBER, 2019, p. 1284). Alinhando-se a tal sentido, verifica-se que a união estável é situação fática, cujo registro é dispensado e, pois, inviável vincular terceiros e a "[...] outorga não pode ser exigida em nome da proteção do adquirente de boa-fé, resolvendo-se o problema entre os companheiros, através da responsabilidade civil" (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 345). No sentido oposto, Lôbo (2018, p. 336) defende que os atos de venda, permuta, doação e dação em pagamento de bem comum pelo companheiro exige a autorização expressa do outro e, na ausência dessa providência ao terceiro de boa-fé, prejudicado com a anulação, terá o direito de receber o que pagou, além da indenização por per-

8 STJ: Resp n 1622.541 – SC (2016/0092601-0): "No que tange ao prazo decadencial para que o cônjuge exerça o direito potestativo de invalidar a doação realizada pelo outro sem a sua autorização, quando esta era necessária, o artigo 1.649 do CC/02 prevê o lapso de 2 anos a contar do término da sociedade conjugal, que, nos termos do artigo 1.571, III, do CC/02, ocorre com a separação judicial e não da separação de fato". Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado 06/12/16.

das e danos. Sob outro prisma, seguindo aquele entendimento, o artigo 1.725 do Código Civil de 2002 regula as relações patrimoniais da união estável de modo que a obrigatoriedade de consentimento do companheiro para a comunhão de bens incide (NETO, 2011).

Três posicionamentos jurisprudenciais existem a respeito da necessidade de consentimento aos companheiros para o caso de alienação de bens, aval ou fiança e defesa de bem comum dos que vivem em união estável (SCHREIBER, 2019, p. 1362-1363): I – não se exige, porque o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é analisado no aspecto formal, e, apenas nesse aspecto, há diferença já que ambos detêm a proteção constitucional familiar de modo que o casamento é ato solene e formal e a publicidade do mesmo opera-se com o registro, presumindo-se o estado civil dos envolvidos[9]; II – é necessária a outorga convivencial em relação aos atos previstos no artigo 1.647 do Código Civil, sob entendimento que se aplica à união estável, no que couber às disposições relativas à comunhão de bens[10]; III – última corrente está atrelada à publicidade da união estável, através da averbação do contrato de convivência ou decisão de união estável junto ao Cartório de Registro de Imóveis[11].

O Superior Tribunal de Justiça, em 2018, entendeu pela desnecessidade da outorga convivencial, no Agravo Interno, em Embargos de Declaração, 2017/0296847-4. Assentou que não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. No caso, assegurou ao convivente preterido o valor de metade do negócio[12].

9 STJ: Agint nos EDcl no Resp 1711164/DF, Terceira Turma. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, jul. em 24/09/2018 e p. 27/09/2019.

10 STJ, Resp 755830/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Elaina Calmon, jul. em 07/11/2006, DJ 1. 12.2006.

11 STJ, REsp 1.424.275-MT, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, jul. em 4/12/2014 (Info 554).

12 STJ: AI no EDCL no REsp 1711164/DF (2017/0296847-4): "[...] [é] possível que os bens indivisíveis sejam levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Jul. Em 24/092018 e publicado em 27/09/2018.

4 OS REFLEXOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DA ADMINISTRAÇÃO

A gestão patrimonial dos bens particulares, qualquer que seja o regime de bens, é deferida aos cônjuges nos termos do artigo 1.642 do Código Civil de 2002. Esses atos dizem respeito àqueles relacionados com o cotidiano doméstico e em face de bens próprios de cada um. Por exemplo, na comunhão parcial, a esposa que recebe por herança uma fazenda pode administrá-la sozinha e não há necessidade que haja cogestão pelo casal (SCHREIBER, 2019, p. 1278). A exceção será o caso de venda da fazenda, que, como visto, necessitará de autorização do cônjuge para a prática do negócio, sob pena de anulabilidade. Verifica-se, nesse caso, mitigação na autonomia privada, pois "[...] os cônjuges não gozam de livre disposição dos bens particulares e do acervo conjugal durante a vigência do casamento" (MADALENO, 2018, p. 874). Aqui ganha corpo o princípio da comunhão plena de vida em que o "[...] interesse supraindividual da família sobrepõe-se aos interesses individuais de seus membros, merecendo ser preservados, ainda que em detrimento destes últimos" (TUCCI, 2014, p. 46-47). Por tal razão, a exigência de anuência decorre não da defesa de seus interesses singulares, mas "[...] como colaborador do outro, na administração da sociedade conjugal e interessado em manter a estabilidade econômica da família, ainda que o objeto do negócio seja o patrimônio particular do outro" (*Ibidem*).

Contudo, é possível, por pacto antenupcial, se estabelecer a gestão dos bens particulares realizada por um ou por ambos, sem transformar os bens particulares em comuns. No caso do cônjuge, casado em regime de comunhão parcial de bens, receber uma fazenda por doação, é viável estabelecer a gestão de tal bem-feita pelo casal. A gestão não obrigará os bens comuns, cujas dívidas deverão ser suportadas pelos bens próprios (LÔBO; LÔBO, 2015, p. 353-354). Já no caso dos bens particulares, a gestão vem regulada no artigo 1.652 do Código Civil de 2002 e, responde o gestor que estiver na posse dos bens do outro, como: I) usufrutuário, se o rendimento for comum; II) procurador, com mandato expresso ou tácito; III) depositário, se não ocorrer as demais hipóteses anteriores. Atenta-se que a posse é situação de fato e, mesmo que não haja convenção em pacto antenupcial, a regra trará incidência em virtude da posse direta. Contudo, aquela posse não induz usucapião, porque "[...] sua posse direta tem-na limitada à qualidade de usufrutuário, ou procurador, ou depositário" (*Ibidem*).

Quanto aos bens comuns, é ônus de ambos os cônjuges. Presume-se que as dívidas contraídas são em prol da família, as realizadas em

benefício da família, comunicáveis, salvo prova em contrário (ROSA, 2018, p. 343). Já os débitos realizados apenas por um dos cônjuges e a responsabilidade pelo adimplemento será daquele que contraiu a dívida, respondendo sua própria meação e resguardando a do outro (LÔBO; LÔBO, 2015, p. 353).

Os bens comuns responderão por tais débitos, no entanto, em decorrência de má gerência, é possível que o gestor seja penalizado com a perda da administração (artigo 1.663, §3°, do Código Civil de 2002). O dever de prestar contas é exigido inclusive no interstício entre a separação de fato e sua formalização, conforme decisão da Quarta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> [...] relação decorrente do fim da convivência matrimonial, infere-se que, após a separação de fato ou de corpos, o cônjuge que estiver na posse ou na administração do patrimônio partilhável – seja na condição de administrador provisório, seja na de inventariante – terá o dever de prestar contas ao ex-consorte[13].

Na ótica de Paulo Luiz Lôbo e Fabíola Lôbo (2015, p. 352), "[...] se o cônjuge administrador dilapidar o patrimônio comum, ou causar-lhe prejuízo, independentemente de culpa ou dolo, além de responder com seu patrimônio particular, perderá em benefício do outro a administração, por decisão judicial". Adiciona-se responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes da malversação (VENOSA, 2018, p. 393).

5 DAS FRAUDES AOS MECANISMOS DE EQUALIZAÇÃO PATRIMONIAL

É possível que em vias de ocorrer a separação judicial, divórcio ou ruptura da união estável, um dos cônjuges utilize manobras ilícitas para lesar o outro, com vistas a reduzir a meação em caso de formalização da separação. Madeleno (2018) assevera que a fraude ocorre nos atos de disposição de bens, ressaltando o artigo 158 e demais do Código Civil como indicativos de alguns atos onde as fraudes podem ser perpetradas. Cita como exemplos: "[...] a transmissão gratuita ou onerosa de bens, ou mesmo a remissão de dívidas de pessoas insolventes" (p. 875).

13 STJ, Resp 1274639, Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/09/17, p. 23/1-/17.

Também, é muito usual a simulação de dívidas para aumentar ficticiamente o passivo conjugal (*Ibidem*). No interstício entre a separação de fato e a formalização (seja extrajudicial ou judicial), os débitos são de responsabilidade de cada cônjuge, salvo se contraídos durante o matrimônio e pendentes de pagamento. Deve-se atentar no tocante à gestão negocial, visto que poderá o marido simular débitos com interpostas pessoas, aparentado uma contratação ou uma confissão de dívida, ou emitindo cheques sem real correspondência de gastos para de modo irreal reduzir o acervo partível e, após o divórcio, retornar para o patrimônio pessoal (*Ibidem*). Na simulação, há um conluio, um artifício para fraudar a lei, o que enseja a nulidade do negócio, nos termos do artigo 167 do Código Civil (NADER, 2019, p. 337).

Outras hipóteses corriqueiras ocorrem no desvio e na sonegação de bens ou de aplicações financeiras que seriam pertencentes ao casal. Sobre isso, Madaleno (2015, p. 419-420) evidencia:

> Se o consorte ao realizar qualquer ato de desvio ou sonegação dos bens comunicáveis, intenta obter algum benefício ou lucro exclusivo para ele, ou ocasiona dolosamente um dano à sociedade matrimonial, ele será devedor do cônjuge lesionado pelo importe desviado.

Considerando esse contexto, haverá possibilidade de reparação do dano material, sem prejuízo de responsabilidade pelos danos morais. Imagina-se a hipótese da esposa, casada sob o regime da comunhão parcial de bens, que durante o matrimônio, sempre cuidou do lar e, após longo período de casamento, se vê surpreendida com o pedido de divórcio, cuja casa estava sendo adimplida, através de financiamento, encargo que sempre foi adimplido pelo marido, recebendo pedido para desocupar o imóvel, colocando-a em situação degradante e vexatória (*Ibidem*).

Na união estável, as possibilidades de fraude são variadas, justamente porque há dificuldade em restar esclarecida a situação do companheiro frente a terceiros. O estado civil das pessoas deve ser declarado para os atos extrajudiciais, de forma obrigatória, a partir de 17 de outubro de 2017, quando o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento nº 61[14].

14 Provimento nº 61, CNJ: Art. 2º. No pedido inicial formulado ao Poder Judiciário e no requerimento para a prática de atos aos Serviços Extrajudiciais, deverão constar obrigatoriamente, sem prejuízo das exigências legais, as seguintes informações: (...) IV – estado civil, existência de união estável e filiação.

Dentre as ocorrências, é possível que aquele que vive em união estável, ocultando tal circunstância, se desfaça de bem adquirido durante a convivência e não repasse a parte pertencente ao ex-cônjuge como ocorre na alienação de veículos. Essa situação é agravada quando não se sabe em que momento se deu a ruptura da união fática, dificultando a prova acerca da fraude. Adiciona-se o fato do Superior Tribunal de Justiça, em 2016, entender que não é necessária a realização de escritura pública para a regulamentação do regime patrimonial na união estável, bastando contrato escrito, de forma que no caso foi aceito o documento para reconhecer o regime de comunhão universal[15].

A legislação atual não traz ferramentas específicas e claras para evitar o dilapidar do patrimônio acumulado pelo casal. A outorga exigida aos casados não é obrigatória no tratamento jurídico da união estável prevista no Código Civil. A regulamentação sobre os bens resta restrita à aplicação das normas do regime da comunhão parcial, no que couber, em caso de ausência de pacto estipulando ajuste diverso, conforme artigo 1.725 do Código Civil. A exigência de anuência convivencial pode ser um mecanismo para evitar fraudes na relação entre eles, com vistas a evitar a diminuição da meação, em caso de futura dissolução da união; notadamente em relação aos bens das sociedades empresárias, cujo empreendedor tem livre disponibilidade do patrimônio empresarial (artigo 978, Código Civil de 2002):

> [...] o perigo maior ocorre justamente na livre-disposição de valores financeiros e de participações em sociedades empresárias, quando, sabidamente, a riqueza circula muito mais pelos bens mobiliários dispensados da outorga, especialmente empresas, que podem comprar imóveis destinados a fins e propósitos conjugais, e a qualquer tempo podem os cônjuges ou conviventes empresários vender livremente os imóveis da empresa, sem necessidade do consentimento de seu cônjuge ou parceiro (CC, art. 978) (MADALENO, 2018, p. 888-889).

No âmbito das relações familiares, a confiança é elemento central na medida em que a convivência entre os cônjuges e companheiros é percebida diuturnamente. Para Simões (2015, p. 430): A "[...] quebra da lealdade e da boa-fé objetiva decorrer do *venire contra factum proprium*,

15 STJ, Terceira Turma, Resp 1459597-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1/12/2016 (Info 595).

o que enseja o dever de reparar quando à vítima se faz evidente o ato ilícito, o abuso do direito ou o descumprimento de obrigações assumidas [...]" pelo que causou o dano.

A ocorrência de fraude poderá ser refreada através da desconsideração da pessoa inversa, de acordo com Farias e Rosenvald (2018, p. 345): "[...] desconsiderando o ato jurídico praticado (e o patrimônio do devedor) para alcançar o patrimônio societário, cuja formação decorreu de desvio de finalidade ou confusão patrimonial [...]", mecanismo que vem sendo utilizado nos processos de família. Aplica-se o artigo 50 do Código Civil[16] de forma inversa para autorizar que os bens de uso pessoal, mas registrados em nome da pessoa jurídica de forma indevida, através do comportamento abusivo do demandado sejam incluídos nos aquestos do casal (ROSA, 2018, p 284).

Flavio Tartuce (2017, p. 410-412) explicita que a desconsideração da pessoa jurídica se apresenta em duas teorias: A primeira, denominada teoria maior ou subjetiva, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor; a segunda, teoria menor, exige a presença de apenas um elemento, qual seja, o prejuízo ao credor. Apregoa a adoção da teoria maior, adotada no Direito de Família, incidente nas relações entre cônjuges e herdeiros.

Seguindo na mesma linha, a desconsideração da pessoa jurídica direta é tratada no artigo 50 do Código Civil de 2002 e art. 28 do CDC, ao passo que a inversa ou invertida é a "[...] hipótese em que bens da pessoa jurídica respondem por dívidas dos sócios ou administradores. Essa modalidade não estava tratada em lei, tendo surgido doutrinariamente no Brasil a partir dos estudos do Professor Rolf Madaleno" (*Ibidem*). Nota-se que a desconsideração da pessoa jurídica tem cunho objetivo, dispensando a prova sobre a culpa, bastando que seja comprovada a confusão patrimonial ou o abuso do direito (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 448) (ROSA, 2018, 285).

Flávio Tartuce (2018) defende a impossibilidade da desconsideração da pessoa jurídica *ex offício*, na órbita familiar, admitindo apenas

16 CCB/2002: Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

tal providência em esfera ambiental (art. 225 CF) e de consumo (artigo 1°, da Lei n° 8.078/90), pela natureza de tais normas serem de ordem pública. Primeiro porque as normas previstas no artigo não incidem nas relações privadas; segundo porque no tocante ao campo familiar, adota-se a teoria maior, em que será impossível a desconsideração de ofício. O Código de Processo Civil introduziu o incidente de desconsideração da pessoa jurídica, como se infere dos artigos 133 e 137. Assegurou-se:

> [...] contraditório prévio para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, substituindo-se corriqueiramente injustos contraditório diferido, existente na realidade anterior, em especial as ações de execução (TARTUCE, 2017, p. 418).

Ademais, acolhido o pedido de alienação de bens, a fraude implicará ineficácia do ato, em relação ao requerente, sendo tal bem revertido ao monte a ser partilhado pelo casal no caso da ruptura ser decorrente de casamento ou união estável.

No Resp 1.236916, em 2016, houve reconhecimento da fraude da partilha por um sócio empresário que transferiu bens da sociedade conjugal para a pessoa jurídica, em detrimento da meação da companheira. No julgado, foi autorizada a quebra do sigilo bancário da sociedade empresária em que um dos cônjuges era sócio para apurar o montante das cotas sociais imobilizado no curso da relação conjugal, com vistas a preservar, minimamente, o patrimônio pertencente ao ex-casal[17].

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a autonomia privada está presente na escolha do regime de bens no casamento, delimitada, contudo, por normas que regulamentam a forma dessa escolha, exigindo-se a realização do pacto antenupcial, sob pena de nulidade total dessa opção.

Destacou-se, na gestão dos bens, a necessidade dos casados obterem a autorização do cônjuge para os atos de venda de bens, permuta e doações, sendo mitigada a autonomia privada nesse aspecto. A exceção fica por conta dos casados sob o regime da separação convencional de bens. A

17 STJ: Resp 1236916, Terceira Turma, Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/09/2016, p. 4/10/2016.

fiança e o aval, por serem atos de natureza negocial, vêm sendo aceitos sem a necessidade da outorga do outro, conforme decisões judiciais.

No âmbito da união estável, foram apresentados três posicionamentos sobre a necessidade da autorização convivencial para os atos de alienação, permuta, aval ou defesa de bem comum, enfatizando-se que julgados mais recentes dão conta de que o cerne da questão perpassa pela publicidade da união estável, mediante o registro da mesma no Cartório de Registro de Imóveis do bem a ser negociado. Assim, sendo pública a união estável e sendo levada a efeito a registro, a necessidade de consentimento do outro companheiro para os atos em questão é providência indispensável.

Na gestão de bens particulares, cada um é livre para administrar o seu patrimônio, porém, os frutos de tais bens deverão se submeter ao crivo do casal, situação restritiva da autonomia privada. É o que ocorre com as locações dos bens particulares, os dividendos da cota social. Os débitos, de igual forma, também serão suportados pelo consorte proprietário, ressalvados os débitos em prol da família.

Como um dos mecanismos para frear a possibilidade de fraudes nas situações de separação, divórcio ou dissolução da união estável, a outorga convivencial poderia ser determinada de forma obrigatória, assim como é exigida aos casados, ressalvados os que contraem sob o regime da separação convencional de bens. Nada se opõe aos companheiros que também optem pelo regime da separação total de bens, prestigiando a autonomia privada.

Durante a separação fática, a simulação dos débitos através de interpostas pessoas ou a confissão de dívida que não existe, pode ser desvendada através da nulidade do negócio jurídico, provando-se a simulação entre o cônjuge e o terceiro negociante. Além do dano material, faz-se possível a responsabilização extramatrimonial caso for caracterizada a exposição vexatória do cônjuge. Para além disso, as fraudes podem ser reveladas ao utilizar a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica inversa, ou seja, autorizar que os bens de uso pessoal sejam incluídos no monte partível, quando foram transferidos de forma irregular para a pessoa jurídica, por comportamento abusivo do demandado.

Nessa perspectiva, conclui-se que a autonomia privada nas relações familiares entre cônjuges e companheiros vem assegurada, porém, de forma atenuada na maioria dos regimes, excetuando-se o da separação convencional de bens, em que pela própria natureza há autonomia plena de cada um na gestão e nos atos de disposição de bens.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. A autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS,

V. 1, N. 1, 2011, Chapecó – SC. *Anais do I Seminário - Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. Joaçaba, SC: Unoesc, 2011. Disponível em: https://unoesc.emnuvens.com.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. *Lei n 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 10 de marco de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em abril de 2020.

DANTAS, Ana Florinda. A divisibilidade dos frutos no regime de bens do casamento e na união estável: O que são frutos? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias nossas de cada dia.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Alguns temas controvertidos do direito sucessório. *Revista dos Tribunais.* vol. 1000, ano 108. São Paulo: ED. RT, fevereiro 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: 4 contratos* – teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015,

_____. *Curso de Direito civil: famílias.* 10 ed. São Paulo. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

GHILARDI, Dóris. Contribuições da Análise Econômica do Direito ao Regime de bens. In: DELGADO, Mário Luz; TARTUCE, Fernanda (Coords). *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões.* Porto Alegre: LexMagister, 2014-Bimestral. Ano IV, V.19 (jul./ago.2017).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas do Registro Civil de 2018*. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf. Acesso em abril de 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias.* 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 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 (Coords). *Responsabilidade Civil em Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense 2018.

_____. A indenização pela fraude patrimonial no regime de bens. In: Madaleno, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords). *Responsabilidade Civil em Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NETO, Edgard Borba Froés. *A outorga uxória na união estável* (2011). Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf. Acesso em abril de 2020.

NUNES, Heloá da Conceição. Amor é amor, dinheiro é dinheiro: A infelicidade da presunção do esforço comum na comunhão parcial de bens. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, vol. 36, nov/dez, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Conrado Paulino. *Curso de Direito de Família Contemporâneo.* 4 ed. Salvador – BA: Editora JusPODivm, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A conduta da vítima na responsabilidade civil decorrente do casamento e da união estável. In*:* MADALENO, Rolf; BARBOSA (Coords). *Responsabilidade Civil em Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação ao direito de família e das sucessões (2017). Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_0403_0431.pdf. Acesso em abril de 2020.

_____. *O companheiro como herdeiro necessário* (2018). Disponível em https://www.migalhas.com.br/familiaesucesões/104,M1284319,31047. Acesso em abril de 2020.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Aspectos Patrimoniais do Direito de Família no Brasil. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões.* V.01 (jul./ago. 2014). Porto Alegre: Magister.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* Família. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2018.

VACINAR OS FILHOS É UMA OPÇÃO DOS PAIS? – O LIMITE DO PODER FAMILIAR EM FACE À PROTEÇÃO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO VACINAÇÃO

Daniela Simões Azzolin[1]

RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua como obrigatória a vacinação das crianças e adolescentes nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Porém, os índices estimam que, nos últimos anos, as vacinas não estão alcançando a porcentagem almejada para o público infanto-juvenil em razão da baixa adesão dos pais à vacinação de seus filhos. Em decorrência dessa atitude parental, as crianças se tornam mais vulneráveis e doenças possíveis de controle se tornam ameaças à sociedade. Usando o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, foram elencadas as consequências jurídicas que podem ser aplicadas aos pais que deixam de vacinar a prole, sob a ótica da proteção à criança. Concluiu-se que os pais que descumprem a obrigação de vacinar os filhos podem sofrer diversas sanções de natureza civil e penal.

PALAVRAS-CHAVES: Vacinação obrigatória; Poder familiar; Não vacinação; Responsabilidade civil; Responsabilidade penal.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN), Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: danielaazzolin@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Dados do Ministério da Saúde apontam queda na cobertura vacinal de crianças e adolescentes no Brasil nos últimos anos. Conforme as estatísticas, em 2018, das oito vacinas obrigatórias para crianças de até um ano de idade, somente a BCG atingiu a meta de 95% de cobertura vacinal (FELIX, 2020). Acredita-se que essa queda se deve ao fato de, motivados por campanhas antivacinação, falsas informações ou ainda, crenças filosóficas, religiosas, políticas ou pessoais, muitos pais deixarem de garantir aos filhos a imunização necessária.

Diante disso, faz-se necessária uma tomada de medidas por parte do Estado a fim de evitar essa conduta parental, impondo sanções para quem a pratica com o objetivo de desestimular essa atitude. Através do presente estudo, pretende-se estabelecer quais dispositivos legais garantem à criança e ao adolescente o direito à vacinação; pretende-se também identificar em que medida os pais são responsáveis pela imunização de seus filhos. Por fim, busca-se elencar quais as sanções previstas para os responsáveis que não vacinam os descendentes menores de idade.

Para tanto, o primeiro capítulo do estudo traz a proteção legal do direito à saúde e à vacinação da criança e do adolescente, abarcando breves apontamentos sobre a responsabilidade do Estado, da sociedade e da família pelo cumprimento do calendário de vacinação infanto-juvenil. O segundo capítulo, por sua vez, fala do poder familiar, determinando aos genitores o zelo pelos filhos, além de apresentar uma discussão sobre a liberdade individual das famílias em face ao direito à saúde dos filhos, respondendo a seguinte pergunta: "Vacinar ou não os filhos é uma opção dos pais?". Por fim, o terceiro capítulo pontua as consequências jurídicas aos pais que deixam de vacinar a prole, elencando as penalidades civis e penais cabíveis.

Esta pesquisa utilizará o método de abordagem dedutivo, partindo do geral, ou seja, do direito à saúde infanto-juvenil, ao específico: análise das sanções legais aplicáveis aos pais que deixam de vacinar a prole. O procedimento utilizado foi a pesquisa bibliográfica. A investigação é extremamente pertinente, vez que a falta de vacinação pode gerar a disseminação de doenças outrora erradicadas, bem como novas doenças, pondo em risco a saúde de toda a coletividade.

2 A NÃO-VACINAÇÃO, O DIREITO À SAÚDE INFANTOJUVENIL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, DA SOCIEDADE E DA FAMÍLIA

O Plano Nacional de Imunização (PNI), programa criado em 1973, tornou obrigatória a vacinação desde os primeiros dias de vida dos nascidos no Brasil (MODELLI, 2018). Esse programa, política pública de saúde, disponibiliza o acesso gratuito pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de todas as vacinas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a todos os brasileiros (ROCHA, 2015).

Dados do Ministério da Saúde apontam que, em 2018, das oito vacinas obrigatórias para crianças de até um ano de idade, somente a BCG atingiu a meta de 95% de cobertura vacinal (FELIX, 2020). Esse índice se deve ao fato da dose ser dada no hospital, antes da alta do recém-nascido. De acordo com o PNI, a estimativa é de que, no Brasil, mais de 940 mil crianças não receberam a primeira dose da vacina tríplice viral, que protege contra o sarampo, caxumba e rubéola, entre 2010 e 2017. Isso ocasionou um surto de sarampo em 2018, com 10.326 casos confirmados no Brasil (UNICEF, 2019). Em 2019, esse número aumentou para 18.203 (GOVERNO DO BRASIL, 2020).

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), apesar dos benefícios das vacinas, a não vacinação se deve à falta de acesso a vacinas ou a famílias que estão se recusando a vacinar seus filhos "[...] por complacência ou ceticismo em relação às vacinas" (sic). Ainda, revela que "[...] a incerteza sobre as vacinas em plataformas de mídias digitais e sociais é um dos fatores que impulsionam essa tendência" (UNICEF, 2019).

Independente das inúmeras razões motivadoras para a decisão de não vacinarem os filhos – como movimentos antivacinação, informações falsas ou crenças religiosas, políticas ou pessoais -, é direito da criança e do adolescente receber a imunização, sendo que a falta dela pode ocasionar consequências aos pais.

2.1 O Direito Infanto-Juvenil à Saúde e à Vacinação

O ECA regula os direitos e deveres infanto-juvenis, considerando criança quem tem até 12 anos incompletos, adolescente quem possui entre 12 e 18 anos de idade (BRASIL, 1990). O Estatuto dispõe que

é direito fundamental da criança e do adolescente ter assegurado todas as oportunidades e facilidades para o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

O artigo 7º do ECA estabelece, dentro dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à saúde, que deve ocorrer mediante a efetivação de políticas sociais públicas (BRASIL, 1990). Além do ECA, a Carta Magna de 1988 também prevê o direito à saúde, direito social inerente a todos os indivíduos (BRASIL, 1988). O artigo 14 do ECA determina, de maneira mais específica, a obrigatoriedade da vacinação das crianças como recomendado pelas autoridades sanitárias (BRASIL, 1990).

É notável que todas as normativas estatais decretam que a criança e o adolescente possuem direito à saúde. Sendo assim, convém destacar que a proteção dada a esse grupo deve ter prioridade e especialidade, em razão da doutrina da proteção integral que "[...] orienta-se pela ideia central de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em relação ao mundo adulto; são sujeitos de direitos em suas relações com a família, a sociedade e o Estado." (MACHADO, 2003, p. 50).

Machado (2003, p. 50) complementa, fundamentando porque os direitos contemplados no ECA são prioritários e prevalentes:

> Mais do que isso, norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; é que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos (há necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos).

Dessa maneira, entende-se que a grande mudança trazida pela doutrina da proteção integral foi tornar as crianças e adolescentes sujeitos de direito, e não mais meros objetos de intervenção do mundo adulto. Pelo fato da personalidade dos infantes ainda não estar completamente formada e de serem mais frágeis, estão em condições menos favoráveis de defender seus direitos. Por isso, precisam de proteção conferida tanto pelo Estado quanto pelas famílias e pela sociedade (MACHADO, 2003, p.140).

2.2 A Responsabilidade pela Vacinação Infantil

Conforme o exposto, é compreensível que os menores de idade, por serem considerados incapazes pelo Código Civil e por não estarem em pleno gozo de suas capacidades, precisam de um responsável, ou seja, alguém cuidando do seu pleno desenvolvimento.

A vacinação é uma maneira de prevenir diversas doenças prejudiciais à saúde do infante. Por essa razão, entende-se que é um dever tanto dos pais quanto da sociedade e do Estado responsabilizarem-se pela vacinação infanto-juvenil; isso é o que preceitua o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Rapidamente, pretende-se evidenciar a atuação do Estado ligada à criação de políticas públicas de incentivo e acesso à imunização (IMHOFF e PERICO, 2019, APUD CANOTILHO e MOREIRA).

O Art. 5º, parágrafo 3º, da Lei nº 6.259/75, traz um bom exemplo ao ressaltar que, atualmente, para o pagamento do salário-família, é exigida a apresentação de calendário de vacinação em dia de seus beneficiários (BRASIL, 1975). Em âmbito estadual, os governos poderão propor medidas legislativas complementares cujo objetivo é o cumprimento das vacinações obrigatórias, observadas pelas entidades federais, estaduais e municipais, públicas e privadas atuantes no território do respectivo Estado, conforme art. 6º do mesmo dispositivo (BRASIL, 1975). Aqui, convém apontar que o Estado será responsabilizado se não garantir o acesso às vacinas obrigatórias, o abastecimento das unidades de saúde ou se não notificar doenças que podem ser prevenidas com vacinas (MODELLI, 2018).

Já a responsabilidade da sociedade diz respeito ao dever de terceiros - professores, médicos, familiares, vizinhos ou conhecidos - comunicar ao Ministério Público ou ao Conselho Tutelar se conhecem uma criança privada de receber imunização. Por determinação do art. 8º[2], da Lei nº 6.259/75, é dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local se tiver alguma suspeita ou confirmação de doença transmissível

2 Art 8º É dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível, sendo obrigatória a médicos e outros profissionais de saúde no exercício da profissão, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino a notificação de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º (BRASIL. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975).

para a qual haja vacinação. Tal determinação é obrigatória a médicos ou outros profissionais da saúde, responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino.

O Decreto nº 78.231/76 regulamenta a Lei n 6.259/75, trazendo em seu artigo 29 a obrigatoriedade de todo cidadão submeter-se, e os menores dos quais tenha a guarda, à vacinação obrigatória (BRASIL, 1975). A responsabilidade dos pais decorre também do poder familiar, ao qual o infante estará submetido até completar 18 anos de idade.

3 O PODER FAMILIAR E ASPECTOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE PARENTAL SOBRE A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: VACINAR OU NÃO VACINAR É UMA OPÇÃO DOS PAIS?

A nomenclatura *poder familiar* remete à expressão *pátrio poder* que, por sua vez, vem do latim *pater postestas*, termo que desde o direito romano significa o direito absoluto e ilimitado conferido ao pai, sempre reconhecido como o chefe da família, sobre a pessoa dos filhos (DIAS, 2017, n.p.).

Nos tempos modernos, não há mais espaço para um termo com um histórico de sociedade patriarcal. O poder familiar está mais próximo de um dever do que de um poder. Passar-se-á, daqui para frente, à utilização do termo com função parental, indicado pelo doutrinador Conrado Paulino Rosa (2019, p.414).

3.1 Conceito, direitos e deveres da função parental

A função parental é uma obrigação imposta por lei aos pais, "[...] um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas à sua educação e desenvolvimento" (ROSA, 2019, p. 414). Ressalta-se que a função é exercida pelos pais, mas deve atender ao interesse da criança. Segundo Rosa, "[...] não se limita à educação ou a cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes" (ROSA, 2019, p. 414).

São várias as obrigações às quais os genitores ficam responsáveis por causa da função parental, trazidas no seio do Código Civil. Entre elas, criar, educar e manter os dependentes saudáveis podem ser considerados deveres intrínsecos (BRASIL, 2002).

Os deveres deverão ser observados até ocorrer a suspensão, perda ou extinção do poder familiar (ROSA, 2019, p. 418). Esta última, disposta no art. 1.635 do Código Civil, poderá ocorrer pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação fundamentada no artigo 5º do mesmo código, pela maioridade, pela adoção do infante por terceiro ou por destituição judicial (BRASIL, 2002). A primeira é tratada no art. 1.637 do Código Civil e poderá ocorrer por abuso de autoridade, falta dos deveres, má administração dos bens dos filhos, ou por ter sido o pai ou a mãe condenados por sentença judicial irrecorrível, em razão de crime com pena superior a dois anos de prisão (BRASIL,2002). Por fim, a segunda tem a ver o pai ou a mãe que incorrer em um dos atos do art. 1.638 do Código Civil, em situações de castigar imoderadamente o filho, abandoná-lo, entre outras (BRASIL, 2002).

Não se pretende, neste trabalho, o esgotamento da matéria pertinente ao poder familiar. Por essa razão, passar-se-á, de pronto, ao exame da limitação desse exercício frente ao amplo poder decisório que lhe é contumaz, em benefício do melhor interesse da criança, em episódios dos pais que violam seu dever de cuidado ao deixar de vacinar a prole.

3.2 A ampla liberdade decisória conferida pelo poder familiar em face da limitação dada com o intuito de proteger o infante: podem os pais escolher entre vacinar ou não os filhos?

Trata-se, aqui, de uma contraposição entre dois importantes institutos: a autonomia privada, amparada pelo direito de liberdade de escolha e pautada na não intervenção do Estado na vida particular dos indivíduos, tese em crescente adesão nas áreas do direito privado, e a prevalência do interesse público, consistente na tomada de decisões em prol do bem comum da sociedade.

Imhoff e Perico (2019) aduzem que, por ser a saúde um direito social, apesar da preocupação com o individual, assume relevância a condição da pessoa em um contexto de comunidade. Assim, não se trata de um direito dos pais em decidir, mas sim da criança ou adolescente de receber a imunização. A exceção a essa regra seria quando a criança pode não ser vacinada, por exemplo por cause de motivos científicos, como alergias a componentes da vacina ou doenças autoimunes (MODELLI, 2018). Nessas circunstâncias, os pais devem justificar o ato com laudo médico atualizado de contraindicação explícita da aplicação da vacina,

conforme disposto em artigo 29, parágrafo único, do Decreto nº 78.231 (BRASIL, 1976). Diante disso, a não vacinação é justificada, deixando de ser uma arbitrariedade parental.

Portanto, entende-se que os pais, embora munidos da função parental, autorizados a governar a vida dos filhos, não podem deixar de vacinar a prole, seja por convicções políticas, morais, filosóficas, religiosas ou qualquer que seja o pretexto da decisão. Isso porque o seu direito de liberdade de escolha não é absoluto ao atingir terceiros. Quando uma pessoa deixa de se imunizar, põe em risco todas as demais, fato chamado de "efeito rebanho[3]".

Na visão de Anderson Rodrigues Ferreira, presidente da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB-PR, "[...] os pais que não vacinam, independente do motivo, devem entender que nenhum direito individual pode sobrepor ao direito coletivo. A vacinação é um direito coletivo porque também atinge a sociedade como um todo no sistema de imunização" (MODELLI, 2018). Nessa senda, destaca-se a supremacia do interesse público sobre o privado, com vistas a evitar a disseminação de doenças que podem colocar em risco a saúde de toda a população.

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS AOS PAIS QUE DESCUMPREM O DEVER DE VACINAÇÃO

Não há disposição específica no ordenamento jurídico para regular o que fazer na ausência de imunização infantil por decisão parental. Porém, há medidas mais genéricas nas quais a situação pode se englobar. As formas de responsabilização podem ser encontradas no ECA, no Código Civil Brasileiro, em legislações esparsas, como a que dispõe o PNI e até no Código Penal.

Evidente que a não vacinação das crianças e adolescentes fere disposições legais específicas de tutela da saúde infantil e obrigações decorrentes da função parental. A falta desse cuidado, pelos pais, pode acarretar diversas consequências, tanto civis quanto penais.

3 Segundo Pallab Ghosh (2020), o efeito rebanho, ou imunidade de grupo, ocorre quando uma grande parte da população é vacinada contra determinado patógeno, reduzindo drasticamente o contágio e, dessa maneira, protegendo também as pessoas que deixaram de receber a imunização (GHOSH, 2020).

4.1 Responsabilidade civil

Para Imhoff e Perico (2019), a reponsabilidade civil apresenta-se sob o fato de uma pessoa responder pelos danos causados em virtude de um ato, fato ou negócio jurídico. Nesse caso, é necessário identificar alguns pressupostos: ação ou omissão do agente, dano, nexo de causalidade, ou responsabilidade subjetiva, dolo ou culpa.

Dizem as autoras que a conduta dos pais de não vacinar os filhos é um descumprimento de um dever legal, tendo em vista o dever de guarda e proteção da saúde dos filhos, constituindo hipótese clara de responsabilidade civil extracontratual (IMHOFF e PERICO, 2019). Isso significa que, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil, fundamentos jurídicos da responsabilidade civil, os pais do infante podem ser obrigados a indenizá-lo por eventuais danos decursivos da não vacinação (BRASIL, 2002).

Não obstante, Imhoff e Perico ainda trazem pontualmente no artigo 932, inciso I, do Código Civil, a responsabilidade dos pais pela reparação civil por danos causados aos filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia (BRASIL, 2002). Se restar provado que o menor não imunizado causou danos a terceiros em decorrência da escolha dos pais de não o vacinar, esses pais deverão arcar com possíveis prejuízos desses terceiros.

Outrossim, o artigo 1.637 do Código Civil descreve a falta com os deveres da criação infantil. O não cumprimento do calendário de vacinação, por exemplo, poderá acarretar a suspensão do poder familiar (função parental). A reiteração nessa falta, por sua vez, pode ensejar a perda desse poder, de acordo com o artigo 1.638 da mesma legislação.

Também fundamentam a possibilidade de suspensão ou perda da função parental os artigos 22 e 24 do ECA, à medida que dispõe como incumbência dos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais. E, em caso de descumprimento injustificado desses deveres, poderão ser decretadas a perda ou suspensão do poder familiar por determinação judicial, em procedimento contraditório (BRASIL, 1990).

Assim sendo, se o detentor do poder familiar que descumprir o dever de vacinação for o guardião do infante, a perda da função acarretará a perda da guarda. Cabe comentar, sobre a questão, que a perda da função familiar é medida grave e deve ser aplicada apenas em situações

excepcionais. Isso porque o afastamento do infante do seio familiar pode acarretar sérios prejuízos a ele. Deve-se pensar no instituto como uma proteção ao filho e jamais como uma punição aos pais.

Entende-se que, antes da perda da guarda, os pais devem ser alertados sobre a importância da vacinação, receber uma advertência e ser encaminhados a cursos ou programas de orientação: "A perda da guarda nesse caso da vacinação é uma decisão mais extrema. Inicialmente, temos que trabalhar e incluir esta família, e não simplesmente retirar a criança do seio familiar" (MODELLI, 2018).

Por isso, geralmente para aqueles que descumprirem os deveres inerentes à função familiar (novamente, entende-se incluso o dever de cumprimento do calendário de imunização) aplica-se multa de três a vinte salários-mínimos, segundo prevê o artigo 249 do ECA. Se houver reincidência, a multa poderá ser aplicada em dobro (BRASIL, 1990). Os pais que deixam de vacinar a prole também podem sofrer sanções de natureza penal, cujas hipóteses serão elencadas na sequência.

4.2 Responsabilidade penal

Além das consequências já descritas, podem ser aplicadas aos pais negligentes algumas sanções previstas no Código Penal. O Capítulo III do referido *codex* trata dos crimes contra a saúde pública e prevê no art. 268 pena de detenção, de um mês a um ano, e multa, para quem infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (BRASIL, 1940). A pena aumentará um terço se o agente for funcionário da saúde pública ou exercer a função de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Em ocorrências mais extremas, é possível caracterizar o crime de maus tratos pela exposição da criança a riscos invisíveis. Esse delito vem previsto no art. 136 do Código Penal e consiste em expor ao perigo a vida ou saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, privando-a de cuidados indispensáveis (BRASIL, 1940). A pena é detenção, de dois meses a um ano, ou multa, podendo ser aumentada se resultar em lesão corporal grave, passando a ser reclusão de um a quatro anos, ou reclusão de quatro a doze anos, se resultar morte. Também pode ser aumentada em um terço se o crime for praticado contra menor de catorze anos.

Para a presidente da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB-RJ, Silvana Moreira (*apud* MODELLI, 2018), se a falta de uma das vacinas obrigatórias culminar na morte de uma criança, os pais ou responsáveis devem ser penalizados por homicídio culposo, crime previsto no artigo 121[4], parágrafo terceiro, do Código Penal, com pena de detenção de um a três anos.

Ainda está em tramitação o Projeto de Lei 3842/2019 (BRASIL, 2019), que "[...] tipifica criminalmente a conduta, de pais ou responsáveis, de omissão ou de contraposição à vacinação de crianças ou adolescentes, incluindo artigo no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal". De autoria da deputada federal Alice Portugal (PCdoB-BA), o projeto está aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

De acordo com a Agência Câmara de Notícias (2019), o tipo penal visa coibir o crime de "omissão e oposição à vacinação", descrito como "[...] omitir-se ou opor-se, sem justa causa fundamentada, à aplicação das vacinas previstas nos programas públicos de imunização em criança ou adolescente submetido ao seu poder familiar, ou tutelado".

A pena é de detenção, de um mês a um ano, e multa. Incorrerá na mesma pena quem divulgar, propagar e disseminar, por qualquer meio, notícias falsas sobre as vacinas componentes de programas públicos de imunização (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2019).

Após o parecer da CCJC, o Projeto seguirá para o Plenário e precisará da aprovação da maioria dos votos. Se aprovado nas duas casas, será enviado para sanção ou veto presidencial. Lembrando que, em hipótese de veto, haverá apreciação pelo Congresso. A Agência Câmara de Notícias (2019) menciona a proposta do Relator, deputado Pedro Westphalen (PP-RS), que se baseia no direito individual de mandar no próprio corpo como inviolável, mas nem mesmo esse direito é absoluto e a vida em sociedade exige a restrição de direitos individuais.

Portanto, observa-se que, apesar dos tipos penais já existentes nos quais a conduta de não vacinação dos filhos se enquadra, há uma necessidade do Estado em criar uma legislação específica sobre o assunto. Dessa maneira, a atitude entra diretamente para as práticas coibidas pelo

4 Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965) Pena - detenção, de um a três anos (BRASIL, 1940. *Institui o Código Penal*).

Estado por meio de lei e, se praticada, o responsável será preso e arcará com uma multa.

Resta cristalino que os pais não podem impor aos filhos suas crenças e convicções quando isso importar perigo à saúde do infante. É dever parental zelar pela saúde dos filhos, atuando em seu interesse. Aos pais que descumprem essas obrigações, deverão ser aplicadas as normas legais cabíveis, com suas sanções cíveis e penais, em proteção à prole e ao bem coletivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e adolescentes brasileiros têm seu direito à saúde assegurado pelo ECA, o qual determina obrigatória a vacinação das crianças e adolescentes por recomendação das autoridades sanitárias, pela Constituição Federal de 1988. A Constituição assegura o direito à saúde como direito social de todos. Por não estarem em pleno gozo de suas capacidades, os menores de 18 anos precisam de um responsável, ou seja, alguém que lhe preste os cuidados necessários ao seu desenvolvimento, como no contexto da vacinação, prevenindo, assim, diversas doenças prejudiciais à saúde do infante. A responsabilidade pela manutenção da carteira de vacinação em dia é dividida entre sociedade, Estado e família.

O presente trabalho focou na responsabilidade parental, cujo fundamento recai no poder familiar e a responsabilidade dos pais sobre a pessoa dos filhos. Porém, esse poder-dever não os permite emitir decisões desfavoráveis aos seus filhos, como deixar de vaciná-los. Não se trata de uma opção entre vacinar ou não os filhos, mas sim do direito da criança em receber a imunização. Os pais que descumprem essa obrigação devem ser responsabilizados por seus atos, conforme o texto legal.

No âmbito civil, os responsáveis poderão arcar com eventuais indenizações a danos causados ao próprio infante ou a terceiros, em virtude de ato ilícito. Não obstante, é possível a aplicação de multa de três a vinte salários-mínimos, podendo, em situações extremas, levar à suspensão ou perda da função parental. Nesse caso, ocorre também a perda da guarda dos pais sobre o filho sem vacina e demais menores sob sua responsabilidade.

Já o Código Penal prevê pena de detenção, de um mês a um ano, e multa, para quem infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Ainda, os

familiares poderão incorrer no crime de maus tratos. Se a falta de uma das vacinas obrigatórias culminar na morte de uma criança, os pais ou responsáveis devem ser penalizados por homicídio culposo.

A pandemia da COVID-19 mostrou a importância da vacinação coletiva para a prevenção de doenças, apesar de várias pessoas terem manifestado relutância à vacinação. As crianças, além de suscetíveis à contaminação, são vetores dos agentes causadores de doenças. Por isso, sob a ótica da proteção infantil, a conscientização dos guardiães a respeito da imunização dos infantes se torna um tópico merecedor de crescente atenção, sobretudo por ser salutar à saúde da população.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Comissão aprova pena de detenção para quem deixar de vacinar criança ou adolescente.* 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/621717-comissao-aprova-pena-de-detencao-para-quem-deixar-de-vacinar-crianca-ou-adolescente/. Acesso em mar. de 2020.

_____. *Saiba mais sobre a tramitação de projetos de lei.* 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/573454-SAIBA-MAIS-SOBRE-A-TRAMITACAO-DE-PROJETOS-DE-LEI. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: ago. de 2019.

BRASIL. Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976. *Regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências.* Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78231.htm. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Institui o Código Penal.* Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em fev. de 2020.

BRASIL. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. *Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências.* Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6437.htm#art40. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 6.529, de 30 de outubro de 1975. *Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências.* Brasília, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3842, de 2019. *Tipifica criminalmente a conduta, de pais ou responsáveis, de omissão ou de contraposição à vacinação de crianças ou adolescentes, incluindo artigo no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.* Brasília, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210372. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Brasília, 10 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em mar. de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

FELIX, Paula. *Justiça obriga famílias a vacinar filhos; pais podem levar multa e até perder guarda da criança.* 2020. Disponível em: https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-obriga-familias-a-vacinar-filhos-pais-podem-levar-multa-e-ate-perder-guarda-da-crianca,70003157226 Acesso em mar. de 2020.

GHOSH, Pallab. *O que é 'imunidade de grupo', a polêmica estratégia do Reino Unido para combater o coronavírus.* 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51901822. Acesso em mar. de 2020.

GOVERNO DO BRASIL. Sarampo: mais de 3 milhões de crianças e jovens devem se vacinar. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/sarampo-mais-de-3-milhoes-de-criancas-e-jovens-devem-se-vacinar. Acesso em fev. de 2020.

IMHOFF, Marina Debastiani; PERICO, Alexandra Vanessa Klein. *A Responsabilização Civil Nos Casos de Não Vacinação Obrigatória Dos Filhos.* 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilizacao-civil-nos-casos-de-nao-vacinacao-obrigatoria-dos-filhos/. Acesso em mar. de 2020.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Crianças e adolescentes têm direito à vacina. 2019. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/index.php/geral/53921-criancas-e-adolescentes-tem-direito-a-vacina. Acesso em mar. 2020.

MODELLI, Lais. *Quando deixar de vacinar é ilegal no Brasil.* 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44948072. Acesso em fev. de 2020.

ROCHA, Gabriela. *Programa Nacional de Imunizações (PNI).* 2015. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/entenda-o-sus/50027-programa-nacional-de-imunizacoes-pni. Acesso em fev. de 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo.* 5 ed. Salvador – BA: jusPODIVM, 2019.

UNICEF. *A cada ano, mais de 20 milhões de crianças em todo o mundo não recebem a vacina contra o sarampo.* 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/cada-ano-mais-de-20-milhoes-de-criancas-em-todo-o-mundo-nao-recebem-vacinas. Acesso em fev. de 2020.

O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA: PAIS RESIDENTES EM DIFERENTES CIDADES

Gabriela Brizola Felizardo[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo o estudar a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada nos casos de pais residentes em cidades diferentes. A partir de uma análise do contexto histórico acerca da organização das entidades familiares, bem como suas transformações sociais e legais, pretende-se revisitar o conceito de guarda compartilhada, ao ressaltar a sua aplicação além da divisão do domicílio dos filhos, sendo seu principal objetivo a proteção ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Ainda, será analisada a capacidade de manutenção dos vínculos entre pais e filhos, mesmo que estes não residam na mesma cidade. Para tanto, realiza-se o intercâmbio entre a Psicologia e o Direito. Por fim, a concretização do estudo ocorrerá mediante a análise da possibilidade de utilização das ferramentas de comunicação – internet; smartphones; videochamadas; computadores; redes sociais – como forma de aproximação e facilitação da efetiva cogestão parental.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Família; Guarda de filhos.

1 INTRODUÇÃO

As famílias vêm sofrendo importantes transformações, desde o aspecto de sua formação, constituição e definição, até o nível das relações interpessoais que as compõe. Nesse sentido, o moderno Direito das Fa-

1 Bacharel em Direito pela Fundação Escola de Ensino Superior do Ministério Público (FMP) — RS; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola de Ensino Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: gabrielafelizardo1@gmail.com.

mílias, a partir da evolução dos costumes e do seu registro normativo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), passou a ver a família como plural, reconhecendo diversas maneiras de sua constituição decorrentes da convivência entre seus membros. O artigo 226 da CF/88 prevê a família como base da sociedade, sendo merecedora de especial proteção do Estado.

A promulgação da Constituição Federal foi essencial para a mudança de tratamento acerca das famílias, bem como para a adequação legislativa de acordo com o avanço da civilização. Porém, outras normas sugiram como meio de transformar nosso ordenamento jurídico conforme as tendências e necessidades sociais, tais como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962), a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069 de 1990) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 2006).

O Direito de Família, principalmente quando comparado às demais áreas do Direito, demonstra-se extremamente dinâmico em seu esforço para acompanhar essas transformações do meio social. O envolvimento familiar foi totalmente modificado a partir de conceitos modernos como a afetividade – novo vetor dos relacionamentos familiares – e a visão eudemonista – de busca pela felicidade individual. Esse envolvimento exige dos familistas um empenho ainda maior para manter atualizadas as normas representativas dos costumes e desejos populares, bem como oferecer medidas capazes de solucionar as novas provocações que aportam ao Judiciário. Nos últimos tempos, surgiram leis que tratam acerca da Alienação Parental (Lei 12.318 de 2010) e da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698 de 2008 e Lei 13.058 de 2014).

Neste escopo, no ano de 2014, foi introduzida a Guarda Compartilhada como regra no ordenamento jurídico pátrio, visando a manutenção dos vínculos formados pelos filhos, crianças e adolescentes, com seus pais após a dissolução da relação entre os ascendentes. O instituto da guarda compartilhada promove a possibilidade de ambos os pais serem os guardiões legais dos filhos e, dessa forma, viabiliza a cogestão da responsabilidade acerca da tomada de decisões necessárias às vidas deles.

Assim, o principal bem jurídico a ser protegido quando da determinação da guarda é o melhor interesse dos filhos, crianças e adolescentes. A guarda compartilhada, promove a manutenção dos vínculos com os pais e a proteção ao possível abuso de poder por parte do genitor guardião.

Ocorre que, apesar de ser regra em nosso ordenamento jurídico e trazer maiores benefícios às famílias, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou como inviável a determinação da guarda compartilhada quando os pais não residem na mesma localidade (REsp. n. 1.605.477/RS). Nesse contexto, surge o questionamento acerca da inviabilidade de determinação desta modalidade de guarda quando há distância geográfica. Será impossível a manutenção dos vínculos em razão da distância geográfica? A distância física pode ser suprida por meio da afetividade e dos vínculos mantidos via internet e aplicativos de mensagens e videochamadas? Esses questionamentos serão explorados ao longo do presente estudo.

A guarda compartilhada exercida por pais que residem em cidades diferentes e a utilização das redes sociais e internet como meio de aproximação entre pais e filhos sempre visando o melhor interesse das crianças e adolescentes, bem como o reconhecimento de que a legislação brasileira não contém limites geográficos para a aplicação desse instituto, são objeto de estudo do presente artigo.

2 GUARDA COMPARTILHADA: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO

Desde uma análise do contexto histórico acerca da organização das entidades familiares, até suas transformações sociais e legais, percebe-se que a Constituição Federal consagrou a equiparação entre pais e mães no exercício do poder familiar (226, § 5°), tendo a participação das mulheres na economia do Brasil mudado significativamente e passaram a integrar os aportes financeiros do sustento ao lar (FERREIRA; MOTTA, 2016, p. 84).

A partir dessa nova realidade, a busca pela felicidade passou a ser a ótica da família contemporânea e a manutenção dos relacionamentos passou a justificar-se somente pela satisfação efetiva, mudando-se a perspectiva da indissolubilidade (ROSA, 2018). Nesse sentido, ocorrendo a dissolução da relação quando há prole, questões relacionadas a guarda dos filhos são recorrentes no Judiciário (ROSA, 2018).

O Código Civil de 2002 (CC) determinou duas modalidades de guarda, sendo elas: a Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada (FERREIRA; MOTTA, 2016). A segunda, objeto do presente estudo, define-se pelo exercício da custódia legal e física para ambos os pais (DIAS, 2018).

O conceito de guarda compartilhada, "[...] se entendido à luz do reconhecimento das diferenças e complementaridade das funções, à luz do necessário equilíbrio do Poder Familiar, é facilitador de relações altruístas, solidárias, e do exercício da responsabilidade" (GROENINGA, 2018, p. 161).

Nos séculos passados, a família se caracterizava como uma unidade religiosa, política, econômica e militar, comandada pelo *pater famílias*, (BURATTO; PEDROSO, 2017) de forma hierarquizada (ROSA, 2018). Após a revolução industrial, as estruturas familiares passaram por profundas modificações. Os filhos, anteriormente vistos como propriedade de seus pais e trabalhadores rurais, passaram aos cuidados de responsabilidade das mães, (PELLEGRINI, 2020) devido a "[...] estrutura machista e conservadora – ainda presente – que atribui à questão de gênero as aptidões para o cuidado" (ROSA, 2018).

Posteriormente, com a entrada das mulheres no mercado de trabalho, seguida do crescimento do movimento feminista e, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial com os avanços tecnológicos e científicos, ocorreram novas transformações na organização das famílias (PELLEGRINI, 2020). As novas funções da mulher na sociedade, acarretaram a necessidade de rompimento do *status quo* familiar para uma realidade de democracia e igualdade entre os cônjuges e companheiros (ROSA, 2018). A afetividade, coadjuvante no período da família clássica, tornou-se protagonista na família contemporânea (CALDERÓN, 2017).

Desse modo, questões das mais diversas ordens passaram a surgir apresentando novos desafios ao Direito, o qual teve de se adequar às transformações do meio social (CALDERÓN, 2017). O casamento, via de regra, indissolúvel, (HIRONAKA, 2018, p. 362) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu espaço ao reconhecimento da existência das demais entidades familiares que anteriormente não tinham espaço haja vista a ideia de que o casamento era a única forma de entidade familiar desejada e socialmente aceita.

O artigo 226 da CF/88 tornou-se meramente exemplificativo, comportando indefinidas formas de constituição de família, todas protegidas pelo Estado (DELGADO, 2020). Partiu-se do conceito de família eudemonista em que os indivíduos buscam a realização pessoal e o respeito aos direitos de todos os seus integrantes (GROENINGA, 2018). Nesse cenário, deve a proteção das crianças e adolescentes, "[...] ser o bem almejado pela Justiça" (ROSA, 2018, p. 19). Dessa forma, ressalta-se que:

> Com a inovação à ordem jurídica anterior, foi estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da igualdade entre os filhos, o princípio da paternidade responsável, o princípio da prioridade dos interesses das crianças e adolescentes, o princípio do respeito à individualidade e não discriminação, entre outros (RAMOS, 2016, p. 76).

Assim, considerando a proteção aos direitos fundamentais de cada membro da entidade familiar, são dignas de maior assistência e atenção as "[...] pessoas em formação, que necessitam de cuidados especiais para sua criação, orientação, educação e plena assistência familiar e comunitária, ou seja, possuem direito ao dever de cuidado" (CARVALHO, 2015, p. 491)

O artigo 227 da CF/88[2], ao constitucionalizar o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, confere prioridade aos seus direitos por se tratar de sujeitos em desenvolvimento (MADALENO, 2020). Nesse aspecto, considerando o princípio em destaque, a Lei nº 11.698/2008 instituiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, porém, foi com a publicação da Lei nº 13.058/2014 que, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil, as diretrizes para sua aplicação enquanto regra foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio (BURATTO, 2017).

Importante referir: a guarda é atributo do poder familiar conforme o artigo 1.634 do CC. Existe, ainda, a guarda como instituto de direito assistencial, presente fora do âmbito familiar, tratada pelo ECA – (TARTUCE, 2019) e constitui um compilado de direitos-deveres como a formação, criação, proteção, educação, vigilância, entre outros (SANTOS; LEITE; VIEIRA, 2007).

Anteriormente, a regra era a implementação da guarda unilateral, que "[...] é aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua" (RAMOS, 2016, p. 64-65). Nesses casos, o outro ascendente

2 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.

passa a ter o dever e o direito de convivência, supervisão e fiscalização dos atos do guardião (FERREIRA, 2016).

Atualmente, na maioria dos países ocidentais a utilização do instituto da guarda unilateral praticamente desapareceu e assim afastou dos filhos a responsabilidade de escolha entre um de seus pais. Conforme estudo realizado por Mario Luiz Delgado acerca da guarda compartilhada à luz do Direito Comparado, pode-se "[...] mencionar, no âmbito normativo, a chamada lei da guarda compartilhada no Brasil, *The Children Act* na Inglaterra, o princípio da coparentalidade na França e normas semelhantes nos Estados Unidos, na Alemanha e na Austrália" (DELGADO, 2017)[3].

Nessa direção, resta evidente que a guarda compartilhada, mundialmente reconhecida e regra em nosso ordenamento jurídico, encontra sua fundamentação no melhor interesse da criança e do adolescente, sendo notório que a convivência com ambos os pais é salutar para o desenvolvimento dos filhos (SANTOS, 2020).

Conforme o artigo 1.583 do Código Civil, entende-se 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". Devendo o tempo de convívio ser dividido de forma equilibrada entre os pais, considerando as condições fáticas e o interesse dos filhos (§ 2°) (BRASIL, 2002).

Nesse aspecto, importa destacar que nos termos do artigo 1.632 do CC, a dissolução da relação conjugal não altera a relação entre pais e filhos, nem mesmo que estabeleçam novos relacionamentos afetivos (ROSA, 2018). Na guarda compartilhada os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal (RAMOS, 2016) para quaisquer decisões no tocante à vida de seus filhos (BURATTO; PEDROSO, 2017).

Analisando as disposições dos artigos 1.632, 1.634 e 1.636, do Código Civil, observa-se que não se altera a relação entre pais e filhos, tendo em vista as determinações contidas na lei. Essas são reflexos naturais do exercício do poder familiar que não deve se alterar "[...] apenas em razão do afastamento físico de um dos ascendentes que deixará de coabitar" (MADALENO, 2018, p. 291).

Neste sentido, ressalta-se que o poder familiar:

3 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Reflexões sobre a guarda compartilhada à luz do Direito Comparado", não apresenta numeração de páginas.

> Tem como prioritário foco constitucional os melhores interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar. E assim se direciona toda a leitura da legislação infraconstitucional, ao provocar pontuais reformas no instituto denominado *poder familiar* pelo vigente Código Civil, na senda das reformas constitucionais surgidas dos princípios dos melhores interesses dos menores e no da paridade dos cônjuges, ao cuidar de estabelecer, com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres atribuídos aos pais na tarefa de criarem e educarem sua prole e de zelarem pelos aspectos morais e materiais dos seus filhos enquanto ainda menores (MADALENO, 2020, p. 731).

O legislador ao estabelecer a guarda compartilhada visa assegurar, através de preceitos de direito material e processual, a comunicação entre pais e filhos, criando espaço para uma estruturação sólida e equilibrada da personalidade destas crianças e adolescentes. Para tanto, recorre à princípios constitucionais de proteção da criança e do adolescente (ALVES, 2020). Sendo a busca pelo melhor interesse dos filhos, a principal questão que envolve a determinação da guarda (DELGADO, 2019).

Os pais, enquanto ex-cônjuges ou ex-companheiros, devem ter consciência de que, através de seus filhos, os vínculos familiares serão mantidos, sendo o relacionamento reestruturado visando o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos (DELGADO, 2019). Nesse sentido, a Lei da Guarda Compartilhada surge para implicar ambos os pais na vida de seus filhos comuns e facilitar a convivência e a comunicação da família. Ainda, a organização familiar pode mudar, sem que o lugar e os direitos dos filhos, presentes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sejam violados (PELLEGRINI, 2020). Diante disso, se afirma:

> Participar, compartir, partilhar, compartilhar. Palavras que indicam uma ação. Em se tratando da guarda de filhos, diretamente envolvidos estão os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Assim, o compartilhamento da guarda não pode ser reduzido à sinonímia dos dicionários, enquanto meras palavras esvaziadas de intenções reais, ou servir de "pano de fundo" para tendenciosas negociações por parte daqueles que, sob o manto de supostas intenções conciliatórias, objetivam alcançar compensações pessoais ou exclusivamente materiais (ROSA, 2015, p. 70-71).

Importa salientar que compartilhar a guarda significa, sobretudo, aceitar "[...] que o outro pode cuidar do filho de forma diferente e ainda assim cuidar bem. É aceitar que cada um ama e cuida do seu jeito" (PELLEGRINI, 2020)[4].

3 DA IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A partir do Código Civil de 2002, quebrou-se o paradigma de que o detentor da guarda deveria ser o ascendente que não tivesse culpa na separação, devendo ser concedida àquele que demonstre maior aptidão para o seu exercício (ZANDONAI, 2020). Ocorre que, preferencialmente, a guarda era atribuída unilateralmente às mães (ZANDONAI, 2020) e, assim, foi necessário que a Lei 13.058/2014 viesse a estabelecer a guarda compartilhada como obrigatório no nosso ordenamento jurídico para que fosse aplicada (PEREIRA, 2018)[5].

Esta modalidade de guarda, possibilita que ambos os pais participem ativamente na vida dos filhos, validando seu papel parental com igualdade, "incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos" (RAMOS, 2016, p. 96).

Neste sentido, cabe ressaltar que, entende-se que a ligação afetiva independe de coabitação e, ainda, atualmente, a forma de se relacionar tem sofrido transformações, cabendo ao Direito de Família estar atento às novas tendências sociais (ROSA, 2013).

> Desse modo, fatores geográficos não devem e não podem impedir a instituição desta espécie de guarda, cujo único requisito para sua implementação é a aptidão dos pais para o seu exercício, sob pena de se contrariar o próprio escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole, isto é, deve ser exercido não em benefício de seu titular, mas em benefício de terceiros, os filhos. Assim, estando ambos os pais aptos ao exercício da guarda compartilhada,

4 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "A guarda compartilhada: O que e em nome de quem se deve compartilhar" não apresenta numeração de páginas.

5 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos", não apresenta numeração de páginas.

> esta deverá ser fixada pelo juiz, mesmo inexistindo acordo entre os genitores [...]. (SILVA, 2016)[6].

Nessa lógica, seguimos à análise dos benefícios da implementação do instituto da guarda compartilhada enquanto forma de proteger às crianças e adolescentes e de sua determinação nos casos de pais residentes em cidades diversas.

Nesse escopo, importante referir que as funções da família são essenciais para a "[...] estruturação psíquica do sujeito, garantindo sua entrada no mundo simbólico e, portanto, sua humanização." (PELLEGRINI, 2020) O desenvolvimento da criança e do adolescente é composto por processos biológicos, psicoafetivos, sociais e cognitivos, demandando do ambiente em que vivem uma série de condições e respostas. Assim, o principal papel realizado pela família no crescimento e formação dos filhos, justifica "[...] o reconhecimento da convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente" (MENEZES, 2012, p. 104) (artigos 227 da CF/88; 4° e 19 do ECA). Dessa maneira:

> O direito à convivência é dos filhos, mais do que dos pais, a quem cabe o dever de propiciar o contato das crianças com ambos os pais, os avós maternos e paternos, os tios, os padrinhos e demais familiares, uma vez que todo esse convívio é fundamental ao melhor desenvolvimento psicossocial dos menores e, portanto, de seu melhor interesse (FERREIRA; MOTTA, 2016, p. 100).

Apesar de todas as transformações sociais ocorridas e por influenciarem diretamente na organização das famílias, algumas estruturas devem se manter preservadas para que as crianças e adolescentes tenham os elementos necessários para um melhor desenvolvimento de seu caminho subjetivo (PELLEGRINI, 2020).

Desse modo, destaca-se que para a guarda compartilhada a saúde mental é fundamental, assim como a formação psíquica das crianças e adolescentes (PEREIRA, 2020). Nesse cenário, todos têm contribuições únicas para a individualidade de seus filhos e pais e mães devem ter a consciência disso, ou seja, não ganhadores ou perdedores da guarda do menor (DELGADO, 2017). Dessa maneira, quem ganhará, por certo, se-

6 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Guarda compartilhada pode ser exercida à distância", não apresenta numeração de páginas.

rão os filhos que poderão contar com a participação de ambos em sua vida (ROSA, 2018).

Para a Psicologia, essa modalidade de guarda acarreta mais vantagens do que desvantagens para a prole. Oferecendo, também, benefícios aos pais, "[...] posto que permite as tomadas de decisões conjuntas no que concerne à criação dos filhos, o estabelecimento da continuidade na relação pais e filhos, bem como a diminuição dos problemas de ordem psicológica." (SANTOS, 2007, p. 109). Possibilitando, assim, o compartilhamento efetivo da autoridade parental, trazendo aos filhos o sentimento de pertencimento. Afastando o paradigma do filho "mochila", o qual passa a vida transitando entre a casa de seus pais (DELGADO, 2020). Em famílias em que os pais são separados, esse sentimento de dupla pertinência faz as crianças e adolescentes sentirem-se estáveis (FERREIRA, 2016).

A dor e o sofrimento causados pela separação de um casal, na maioria das vezes se intensifica quando há filhos, tendo os pais de enfrentar dilemas quanto à convivência da criança e/ou adolescente e sua guarda. Alguns casais não conseguem resolver suas questões sem causar impactos na saúde de seus filhos, (BELING, 2020) enquanto o que importa, efetivamente, é a custódia emocional, afetiva, psicológica e pedagógica das crianças e adolescentes, os quais têm direito de serem criados e educados por ambos os pais (MADALENO, 2018).

Estudiosos têm o entendimento de que a guarda unilateral propicia o afastamento entre pais e filhos, gerando "[...] angústia pelas reiteradas separações," (FERREIRA, 2016, p. 91) enfraquecendo os laços entre o não guardião e os filhos (SANTOS, 2007). Podendo, ainda, criar espaço para práticas de abuso de poder parental, manipulação dos filhos pelo guardião e, principalmente, alienação parental e falsas acusações de abuso sexual.

A guarda compartilhada, por sua vez, visa minimizar esses efeitos (PELLEGRINI, 2020) e "[...] impedir que o exercício do direito de convivência seja usado como instrumento de vingança ou de barganha" (DIAS, 2018)[7] buscando a preservação psicológica dos filhos, distribuindo "[...] da forma mais equitativa possível as atribuições do poder familiar" (SANTOS, 2007, p. 103).

Dessa maneira, importa referir que nos casos em que há o reconhecimento de um quadro grave de alienação parental por parte de um

7 DIAS, 2020. Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho" não apresenta numeração de páginas.

dos genitores (chegando a medidas extremas como a falsa denúncia de abuso sexual), ou na existência de situações excepcionais apontadas pela equipe interdisciplinar responsável pelo caso na Vara de Família (como um dos genitores ser diagnosticado com uma doença psíquica grave), a imposição da guarda unilateral deverá ser a medida implementada (ROSA, 2018).

Desta maneira, entende-se que é do melhor interesse das crianças e dos adolescentes envolvidos que seja determinada a guarda compartilhada, mesmo que os pais não residam na mesma localidade, como veremos no tópico seguinte.

4 A DETERMINAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA QUANDO OS PAIS NÃO RESIDEM NA MESMA CIDADE

Diante do exposto, a guarda compartilhada, por ser a mais próxima da guarda conjunta exercida por pais que coabitam (FERREIRA, 2016), possibilita o exercício da custódia legal e física, sem benefício de um pai em detrimento do outro (DIAS, 2018). Assim, é a melhor opção para o pleno desenvolvimento familiar das crianças e adolescentes inseridos neste cenário (BURATTO; PEDROSO, 2017).

Nessa perspectiva, considerando a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada nos casos de pais não residentes na mesma cidade, destaca-se o dispositivo legal não exigente sobre a base de moradia ser atribuída à apenas um dos pais. A cidade eleita para tal fim será a que melhor atender aos interesses dos filhos (§3º do art. 1.583 do CC):

> [...] notadamente no que diz respeito à estrutura educacional, de saúde, segurança e moradia e principalmente as condições do genitor em conceder-lhe o cuidado e a atenção necessária, podendo o juiz basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (BURATTO; PEDROSO, 2017, p. 9).

Desse modo, caso os pais residam em localidades distintas, o regime de compartilhamento não está impedido (DIAS, 2018), "[...] lembramos que, no mundo moderno, com as tecnologias avançando a cada instante, inúmeras são as formas de participação virtual dos pais na vida e nas decisões sobre a vida dos filhos." (SILVA, 2020)

Ocorre que, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em junho de 2016, no julgamento do REsp. n. 1.605.477/RS, por decisão unânime (BURATTO; PEDROSO, 2017), entendeu como inviável a implementação da guarda compartilhada em casos nos quais os pais residam em cidades diferentes, sob o fundamento de que "[...] a dificuldade geográfica impede a realização do princípio do melhor interesse dos menores às filhas do casal" (IBDFAM, 2016)[8], conforme ementa:

> 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 peculiariedades 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. Às 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 (BRASIL, 2016).

Ana Florinda Dantas, juíza e vice-presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM à época do julgamento, avaliou a decisão da seguinte maneira:

> Entendo prejudicial qualquer critério genérico quanto à inaplicabilidade da guarda compartilhada relacionado a localização geográfica da moradia dos pais, uma vez que o mais adequado quanto à aferição do princípio do melhor interesse do filho é a avaliação no caso concreto (IBDFAM, 2016)[9]

8 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "STJ nega guarda compartilhada para pais que moram em cidades diferentes", não apresenta numeração de páginas.

9 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Entrevista Ana Florinda Dantas – Boletim IBDFAM", não apresenta numeração de páginas.

Para a magistrada, é possível aplicar-se a guarda compartilhada nos casos em que os pais não moram na mesma cidade. Em entrevista concedida à Assessoria de Comunicação do IBDFAM, refere ainda que a Lei n° 13.058/14 não prevê essa situação como causa de inaplicabilidade do instituto, não cabendo ao intérprete da lei criar uma hipótese restritiva (IBDFAM, 2020).

Ainda, é importante esclarecer que a guarda compartilhada visa o compartilhamento de responsabilidades acerca dos filhos e não a divisão igualitária do tempo de convivência. Assim, o entendimento do presente julgado não condiz com nosso ordenamento jurídico e com o espírito da lei (SILVA, 2020).

Nesse sentido é o entendimento expresso pelo Enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

> 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 § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2015, p. 37).

No mesmo sentindo, a Terceira Turma do STJ em julgamento ao REsp 1.251.000/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendendo a guarda compartilhada não como divisão igualitária de tempo de convivência, mas sim de responsabilidades (SILVA, 2020), concluiu que "[...] a guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão." (BRASIL, 2011)

Apesar do entendimento do STJ no REsp 1.605.477/RS, é importante percebermos, em razão dos avanços tecnológicos, a forma de nos relacionarmos modificou-se e hoje vivemos em uma era de comunicação instantânea (ROSA, 2020), a qual abrevia o tempo e o espaço (SOUSA, 2020)[10].

A internet possibilitou a obtenção facilitada de informações (FRANCISCO, 2020) e transformou a forma de comunicação, sendo capaz de aproximar as pessoas (SOUSA, 2020). Atualmente, os telefones "[...] celulares são um dos meios de comunicação mais utilizados no

10 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Meios de comunicação", não apresenta numeração de páginas.

mundo" (FRANCISCO, 2020)[11]. E, dessa forma, os meios de comunicação contemporâneos apresentam maiores vantagens para o ser humano exercer satisfatoriamente sua cidadania (GARBOGGINI, 2011).

No âmbito das famílias não é diferente e, na impossibilidade de manter-se uma convivência presencial equilibrada entre os ascendentes e a prole, por questões territoriais, "[...] a convivência virtual por meio das tecnologias disponíveis, em caráter regular, podem auxiliar a manter aquilo que a Constituição Federal garante a toda criança e adolescente: o direito de se desenvolver em contato com ambos os núcleos familiares" (ROSA, 2020)[12].

A utilização das ferramentas de comunicação como as chamadas de vídeo, possibilitam a comunicação instantânea e em tempo real, mesmo que pais e filhos estejam em países diferentes (ROSA, 2013).

Por meio do cenário atual, onde todos experimentamos o isolamento social e a comunicação através das redes sociais e aplicativos como forma de aproximação em razão do surgimento do novo Coronavírus (COVID-19), é possível compreender que a distância física não equivale a distância emocional e afetiva e, ainda, que os instrumentos e meios de comunicação estão ao nosso favor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo revisitar o instituto da guarda compartilhada e a possibilidade de sua aplicação nos casos em que os pais não residem na mesma cidade, considerando que a legislação pátria não impõe nenhuma restrição territorial para a aplicação desta modalidade de guarda. O estudo procurou aprofundar os conhecimentos acerca do conceito de guarda compartilhada, regra em nosso ordenamento jurídico desde a publicação da Lei 13.058/2014, assim como as vantagens de sua aplicação frente a determinação da guarda unilateral.

11 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Meios de Comunicação: a importância dos meios de comunicação para a transmissão de informações", não apresenta numeração de páginas.

12 Tendo em vista tratar-se de documento eletrônico, a obra "Coronavírus e direito de convivência", não apresenta numeração de páginas.

Buscou-se explorar, de maneira abrangente, a possibilidade de utilização dos meios de comunicação contemporâneos, como as redes sociais e a internet, para permitir a comunicação instantânea e em tempo real, como facilitadores da manutenção do vínculo afetivo entre pais e filhos que residem em cidades diferentes, bem como a participação do ascendente que reside em outra localidade na vida e nas decisões concernentes à rotina dos filhos. Protegendo, assim, o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos, sendo esta a principal questão que envolve a determinação da guarda.

O Direito de Família contemporâneo demonstra seu empenho em acompanhar as evoluções e mudanças sociais ao reconhecer as transformações nos padrões de constituição familiar, editando leis como a Lei da Guarda Compartilhada. A interpretação dos dispositivos legais não deve ser restritiva, impondo limites aos institutos não previstos pelo legislador e que cerceiam os direitos daqueles que merecem maior proteção por estarem em desenvolvimento, os filhos.

Atualmente, a guarda compartilhada, apesar de ser a regra do ordenamento jurídico brasileiro, não vem sendo aplicada nos casos em que os pais residem em cidades diversas, em razão do julgamento do REsp 1.605.477/RS, onde a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, entendeu a distância como impossibilidade da aplicação dessa modalidade de guarda.

Estudos comprovam que a aplicação da guarda compartilhada é uma tendência internacional, além dessa modalidade permitir maior proteção aos interesses dos filhos e, ainda, oferecer benefícios aos pais uma vez que possibilita a tomada de decisões conjuntas, a continuidade das relações pais/filhos e a minimização de problemas de ordem psicológica. A imposição da guarda unilateral, por sua vez, pode propiciar o afastamento de pais e filhos e a prática de abuso do poder parental, ensejando cenários de alienação parental e de falsas acusações de abuso sexual.

Diante das evidências acerca dos benefícios da guarda compartilhada para o desenvolvimento dos filhos é notório que, por atender ao melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos, o compartilhamento da guarda deve prevalecer em detrimento da determinação de guarda unilateral mesmo os pais não residindo na mesma cidade. É totalmente possível a cogestão parental e manutenção dos vínculos entre pais e filhos. Havendo, ainda, o respaldo legal uma vez que a guarda compartilhada é regra em nosso ordenamento jurídico, sendo excetuada somente nos casos em que um dos responsáveis não demonstre aptidão

para o exercício da guarda conforme apontado pela equipe interdisciplinar responsável pelo caso.

Por esse ângulo, vale ressaltar as diversas ferramentas de comunicação ao nosso favor, capazes de facilitar o acesso à informação acerca do cotidiano dos filhos e o diálogo, bem como o afeto ainda à distância.

Assim, deve-se destacar a importância e a relevância da pesquisa acerca da aplicação da guarda compartilhada no caso em que os pais não residem na mesma cidade, bem como seus reflexos nas relações entre os pais e seu relacionamento com os filhos. Sempre considerando, não só as transformações sociais ocorridas na forma de organização familiar, mas também de comunicação e convivência sociais.

Dessa forma, a proposta da determinação desta modalidade de guarda, mesmo quando os pais não residem na mesma localidade, considerando como base a cidade que melhor atende aos interesses dos filhos, conforme apontará a equipe multidisciplinar responsável pelo caso e, ainda, podendo utilizar da parafernália tecnológica para manutenção de vínculos, afetos e participação como auxiliar às relações e ao Direito de Família, dá força a determinação legal de aplicação da guarda compartilhada enquanto regra.

Conclui-se que o tema, em razão de sua importância e impacto na vida e no desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes, merece maior atenção dos operadores do Direito, tendo em vista que desde a decisão proferida pelo STJ no ano de 2016, foi dada interpretação restritiva ao dispositivo, importando no cerceamento dos direitos dos infantes. Ocorrer que, esta possibilidade é plenamente fundamentada pelos dispositivos de lei presentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a guarda compartilhada passou a ser regra a partir da promulgação da Lei 13.058/14, a qual alterou a redação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

Desse modo, criar obstáculos à aplicação da modalidade de guarda pode melhor atender e proteger os interesses das crianças e adolescentes. Devemos, assim, seguir batalhando pela conscientização acerca dos benefícios que decorrem da aplicação da guarda compartilhada e utilizar dos instrumentos de comunicação modernos em favor da manutenção da convivência familiar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Silvânia Aparecida. Aspectos jurídicos da guarda compartilhada. In: RAMOS, François Silva. *Várias variáveis: uma livre abordagem sobre temas relevantes no Direito brasileiro.* São Paulo: Editora NELPA, 2010. Disponível em: https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:BR/guarda+compartilhada/p3/WW/vid/399590422. Acesso em mar. 2020.

BELING, Bruno Luiz Groner. Guarda Compartilhada: Dificuldades enfrentadas pelos pais residentes em diferentes cidades. *Revista Âmbito Jurídico***.** São Paulo/SP, jan. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/guarda-compartilhada-dificuldades-enfrentadas-pelos-pais-residentes-em-diferentes-cidades/. Acesso em mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Planalto*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.251.000-MG (2011/0084897-5).* Recorrente: R R F. Recorrido: A M P J D E S. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília/DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.605.477/RS (2169/0061190-9)*. Recorrente: S L DA C Z. Recorrido: J R P. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília/DF, 27 de junho de 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/354752138/andamento-do-processo-n-2016-0061190-9-recurso-especial-27-06-2016-do-stj?ref=topic_feed. Acesso em abril de 2020.

BURATTO. Ricardo; PEDROSO. Patrícia Aparecida. *Limites Geográficos da Guarda Compartilhada: o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.* Anuário pesquisa e extensão UNOESC Joaçaba, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Gabriela/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/16203-Texto%20do%20artigo-52719-1-10-20171129%20(1).pdf. Acesso em mar. 2020.

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

CARVALHO, Dimas Messias de. Proteção dos filhos na dissolução do casamento ou da união estável. In: CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Mario Luiz**.** *Guarda Alternada ou Guarda Compartilhada com duas residências?* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1313/Guarda+Alternada+ou+Guarda+Compartilhada+com+duas+residências%3F. Acesso em fev. 2020.

_____. *Reflexões sobre a guarda compartilhada à luz do Direito Comparado* (2017). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-06/processo-familiar-reflexoes-guarda-compartilhada-luz-direito-comparado Acesso em fev. de 2020.

DELGADO, Mario Luiz; SIMÃO, José Fernando**.** *Famílias conjugais e famílias (co) parentais* (2020). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-08/processo-familiar-familias-conjugais-familias-coparentais Acesso em mar. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho (2018). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos. Acesso em mar de 2020.

FERREIRA, Cezar; MOTTA, Verônica A. da. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica.* Porto Alegre: Artmed, 2016.

FRANCISCO, W. C. *Meios de Comunicação: a importância dos meios de comunicação para a transmissão de informações.* Disponível em: https://escolakids.uol.com.br/geografia/meios-de-comunicacao.htm Acesso em: 07 mar. 2020.

GARBOGGINI, F. B. *Algumas considerações sobre inovações tecnológicas na comunicação brasileira.* Revista Comunicação e Sociedade, Ano 33, n. 56, p. 81-102, jul/dez, 2011. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/CSO/article/view/2620. Acesso em mar. de 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada – a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; Delgado, Mario. *Guarda compartilhada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Direito de Família no tempo: do código civil de 1916 ao de 2002 e além. In: HIRONAKA, Giselda Maria F.; SANTOS, Romualdo Baptista dos. (Coord.). *Direito Civil: estudos – Coletânea do XV encontro dos grupos de pesquisa* – IBDCIVIL. São Paulo: Blücher, 2018.

IBDFAM, Assessoria de comunicação. *STJ nega guarda compartilhada para pais que moram em cidades diferentes* (2016). Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6057/STJ+nega+guarda+compartilhada+para+pais+que+moram+em+cidades+diferentes. Acesso em fev. de 2020.

IBDFAM, Assessoria de comunicação. Entrevista Ana Florinda Dantas – Boletim IBDFAM (2016). Disponível em: http://ibdfam.org.br/noticias/6059/Entrevista+Ana+Florinda+Dantas+-+Boletim+IBDF%40M+443. Acesso em fev. de 2020.

VII JORNADA DE DIREITO CIVIL, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]: *Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em de mar. 2020.

MADALENO, Rolf. A Lei da Guarda Compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; Delgado, Mario. *Guarda compartilhada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

_____. Princípio da proteção da prole. In: MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Do poder familiar. In: MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENEZES, Cristiane Diniz de. Famílias de crianças e adolescentes no âmbito da justiça: a intersetorialidade como caminho. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). *Psicologia na prática jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

PELLEGRINI, Claudia Pretti Vasconcellos. *A guarda compartilhada: O que é em nome de quem se deve compartilhar* (2020). Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1376/A+guarda+compartilhada%3A+O+que+e+em+nome+de+quem+se+deve+compartilhar. Acesso em fev. de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos* (2018). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos. Acesso em fev. de 2020.

RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. Guarda compartilhada quando os genitores não residem na mesma cidade ou país. In: ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

_____. *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

_____. *IFamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Coronavírus e direito de convivência*. JusBrasil, 27 de março de 2020. Disponível em: https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/824841796/coronavirus-e-direito-de-convivencia. Acesso em abril de 2020.

SANTOS, Thiago B. Calixto dos; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídico. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR,* v. 10, n. 1, jan./jun., 2007. Disponível em: https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/guarda+compartilhada/p5/WW/vid/313650338. Acesso em mar. de 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda compartilhada pode ser exercida à distância (2016). Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/guarda-compartilhada-pode-ser-exercida-a-distancia/. Acesso em mar. de 2020.

SOUSA, R. *Meios de comunicação.* Disponível em: https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/meios-comunicacao.htm. Acesso em mar. de 2020.

STJ. 3ª T. *REsp 1.605.477/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J.* 21.06.2016.

TARTUCE, Flávio. Da guarda. In: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZANDONAI, Carolina. O Instituto da Guarda Compartilhada à Luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. *Revista Âmbito Jurídico.* São Paulo: 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/o-instituto-da-guarda-compartilhada-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/. Acesso em abril de 2020.

O PLURALISMO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIAS E OS DESAFIOS APRESENTADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

Maiki Anjolin Barcelos[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo elucidar a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro e demonstrar que o conceito transcende a ideia de união entre o homem e a mulher. Aqui, dar-se-á atenção para o pluralismo existente nas relações familiares, as novas modalidades de família e os desafios apresentados ao Direito frente às novas configurações familiares. Atualmente, com o surgimento das mais diversas modalidades familiares, não mais importa a celebração de casamento para configuração de uma estrutura familiar. O método de abordagem deste artigo é o dedutivo.

Palavras-chave: Direito de Família; Evolução; Pluralismo; Entidades Familiares.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a sociedade vivencia evoluções constantes no ordenamento jurídico. Essas evoluções possuem o escopo de reconhecer e, muitas vezes, regular uma situação já existente, que, até então, não possuía previsão na legislação.

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) — RS; Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: maaikibarcelos@hotmail.com.

No caso brasileiro, pelo fato de ainda vivermos em uma sociedade conservadora, na qual a luta pela igualdade de direitos é árdua e diária, ainda existe uma grande dificuldade em debater sobre determinados assuntos, especialmente quando se trata de alterações trazidas no âmbito do direito de família.

Devido à ocorrência de inúmeras mudanças na sociedade, a ideia preambular que se tinha de família foi se afastando cada vez mais do modelo convencional: união estabelecida entre o homem e a mulher. Isso porque novas entidades familiares, com as mais diversas estruturas de convívio, foram emergindo e se distanciando do perfil hierarquizado e patriarcal imposto no passado.

Nesta senda, a concepção de família passou a se dar não somente pelo casamento celebrado entre indivíduos de sexos opostos, mas também pela existência de laços afetivos nas relações entre pessoas, passando a não mais importar a questão relativa ao sexo biológico.

Diante desse contexto, o problema a ser discutido neste trabalho pode ser assim sintetizado: o ordenamento jurídico brasileiro reconhece as mais diversas entidades familiares?

A hipótese de resolução do problema se dará mediante a análise da fundamentação teórica desenvolvida no presente trabalho, por meio da qual se demonstrará que a nossa Constituição Federal foi um marco importantíssimo para o Direito das famílias. Isso porque alargou o conceito propriamente dito de família e possibilitou a formação de outras estruturas, como a eudemonista, caracterizada pelo afeto, em que prevalece a busca pela felicidade e realização pessoal de seus membros, passando a não mais importar a formalidade de celebração até então exigida por lei.

Por oportuno, ressalta-se que o presente artigo tem como objetivo geral analisar se o ordenamento jurídico reconhece as novas modalidades de família, bem como analisar os dispositivos legais que, consequentemente, as amparam. O objetivo específico é, por sua vez, apresentar a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, apontando para a existência das novas modalidades das relações familiares e os desafios apresentados ao Direito das famílias nesse contexto.

O método de abordagem deste artigo é dedutivo. O procedimento adotado para o desenvolvimento do trabalho foi o artigo científico. A técnica de pesquisa empregada, por sua vez, foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No que se refere à estrutura do trabalho, primeiro será demonstrada a evolução do conceito de família, iniciando-se pela formação familiar romana até a dos dias atuais, marcados pela policontexturalidade, a fim de que seja verificada a mudança ocorrida face ao decurso do tempo. Na sequência, será demonstrado o surgimento das novas modalidades familiares, incluindo a família homoafetiva, que foi reconhecida como estrutura familiar e, em razão disso, recebeu as mesmas prerrogativas da união estável formada por um homem e uma mulher.

2 O CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR E SUA EVOLUÇÃO NA HISTÓRIA

A família greco-romana era uma organização estruturada pelo casamento entre o homem e a mulher. Formava-se por intermédio dos descendentes de uma única figura ancestral, os quais costumavam venerar, por meio de cultos, aos seus antepassados (NADER, 2016).

A mulher, após a celebração do casamento, deixava seu lar originário, suas crenças e passava a residir no lar do marido, onde começava a seguir a religião lá praticada (NADER, 2016). Segundo Nader (2016, p. 9), a mulher "[...] desligava-se de sua família original para integrar a do marido e os antepassados dele eram seus antepassados".

Os princípios da família não eram relacionados à procriação dos filhos, tampouco aos laços afetivos constituídos pelo casamento, mas sim eram direcionados às práticas religiosas, as quais, inclusive, possuíam o atributo de conceder o poder paterno e materno dentro da entidade familiar (NADER, 2016).

Além do mais, um grupo familiar, para ser devidamente aceito e reconhecido como família perante a sociedade, necessitava ser projetado e sustentado sob os moldes do perfil hierárquico e patriarcal (DIAS, 2017). Consoante entendimento de Nader (2016, p. 10), "[...] o patriarcado se caracteriza pela concentração exclusiva de poderes nas mãos do marido, tanto em relação à esposa quanto aos filhos".

No direito romano, então, era o princípio da autoridade que prevalecia e projetava a família. Diante do referido princípio, o *pater famílias*, valendo-se de sua condição de chefe no seio familiar, podia impor à figura materna autoridade marital – subordinada perante o marido –, bem como dispunha de plena autonomia sobre os filhos, de modo a decidir e controlar sobre seu direito à vida e à morte. O *pater* ainda podia,

de forma unilateral, diante da autonomia empregada, tomar a decisão de abandonar a esposa, bem como colocar os filhos à venda e impor-lhes castigos (GONÇALVES, 2018).

Verifica-se, portanto, que além de uma grande influência religiosa, as pessoas que integravam o núcleo familiar romano se submetiam aos comandos emanados pelo *pater*, o qual detinha, em razão da existência do patriarcalismo, autonomia no momento de tomada de decisões e autoridade sobre tudo e todos. Assim, o poder era concedido e exercido pelo *pater* e era, em verdade, praticamente incontestável, tendo em vista que o poder empreendido atingia um patamar muito elevado.

Mas, à medida do tempo, a aspereza das normas previamente estabelecidas tornou-se amena e a família romana evoluiu a ponto de se distanciar paulatinamente da autoridade exercida pelo *pater famílias* (NADER, 2016).

Nessa direção, diante da tenuidade das normas, as mulheres e os filhos, bem como os demais integrantes do grupo familiar, passaram a obter mais autonomia dentro da entidade familiar (NADER, 2016, p. 114):

> [...] dada a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, as tarefas e encargos já não se distribuem exclusivamente em função do sexo. Os homens se aproximaram mais do lar e as mulheres se vincularam a atividades na indústria, comércio, em serviços burocráticos ou em profissionais liberais, sem prejuízo, contudo, à harmonia no lar e à educação da prole. Com a ascensão a postos de trabalho, a mulher tornou-se independente, fenômeno que trouxe reflexos na vida familiar.

Já na Idade Média, era o direito canônico que regia a família. Em razão disso, apenas era reconhecido e aceito o casamento celebrado com base na religião (GONÇALVES, 2018). Quanto aos membros, as mulheres submetiam-se às ordens emanadas pelos homens, sem contar que eram vistas pela sociedade única e exclusivamente como um instrumento sexual da figura masculina. Além do mais, as mulheres sujeitavam-se, inclusive, à violência perpetrada pelo homem (ROUDINESCO, 2003).

A família medieval não destoa muito da família patriarcal. Isso porque o pai também era responsável pela estrutura familiar (ROUDINESCO, 2003). Além do mais, o casamento também não possuía cunho afetivo, ficava estritamente voltado para a religião (FERNANDES, 2015).

Nesse sentido, ao passar do tempo e com o advento da revolução industrial, propiciou-se a indispensabilidade da mão de obra, especialmente no que se refere ao desempenho de atividades de serviços e comércios de produtos, também conhecidas como atividades terciárias (DIAS, 2017).

Em decorrência desses eventos, a mulher dotou-se de autonomia e se incorporou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único trabalhador em prol da manutenção da família. Segundo Dias (2017, p. 38), "[...] a estrutura familiar se alternou. Tornou-se nuclear, restrita ao casal e sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo".

Assim sendo, os laços afetivos e o carinho se tornaram requisitos essenciais para a configuração de novas estruturas familiares (MELLO, 2017). Para Dias (2017, p. 148), "[...] a manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. Não é mais obrigatório manter a família – ela sobrevive quando vale a pena".

Assim, o conceito de família imposto no passado, moldado nas características patriarcais e hierárquicas, passou a se firmar com base nos laços afetivos, na cooperação e na aproximação dos membros, tudo em busca da satisfação pessoal de todos. Tornou-se, portanto, o início do pluralismo das relações familiares, tema com o qual se ocupa o tópico a seguir.

3 AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA

Em análise às codificações que antecederam a Constituição Federal de 1988, apenas o casamento era devidamente reconhecido perante a sociedade e recebia proteção jurisdicional. Outros vínculos familiares existentes na época, entretanto, não ganhavam reconhecimento e eram fadados, inclusive, à invisibilidade social (DIAS, 2017).

De acordo com o artigo 72, § 4º, da Constituição de 1891, era concedido às pessoas o direito à celebração do casamento civil. Aqui, gize-se mencionar que o casamento era realizado de forma gratuita (BRASIL, 1891).

No que concerne à Constituição de 1934, contrariamente à Constituição de 1891, essa trouxe um capítulo inteiro (capítulo I) abordando questões relativas à família, que vieram elencadas nos artigos 144 a 147, pertencentes ao título V da CF/34. Dos quatro artigos existentes, os mais importantes e que merecem destaque são os artigos 144 e 146. O artigo 144 do referido diploma legal estipula que a proteção estatal se estende

somente às famílias instituídas pelo casamento indissolúvel. O artigo 146, por sua vez, preceitua que o casamento será civil e será registrado de forma gratuita (BRASIL, 1934).

Infelizmente, a Constituição de 1946 também não trouxe mudanças e seguiu regulando a família nos mesmos moldes das mencionadas codificações. Seu artigo 163 versa que "[...] a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado" (BRASIL, 1946). O casamento indissolúvel – celebrado de forma gratuita – foi mantido e o Estado permaneceu responsável pela proteção especial da família.

O mesmo aconteceu com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. De acordo com os parágrafos 1° e 2° do artigo 167, a família, além de ser estruturada pelo casamento civil indissolúvel, cuja celebração ocorre de forma gratuita, também permaneceu com a proteção especial do Estado (BRASIL, 1967).

Mas foi com a Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, que surgiu na legislação pátria a possibilidade do divórcio. Com isso, o casamento deixou de ser considerado indissolúvel, uma vez que a referida adaptação legal ensejou o entendimento de que "[...] o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos" (BRASIL, 1977).

No mesmo ano, em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei n° 6.515, que "[...] regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências" (BRASIL, 1977), conhecida como a Lei do divórcio.

O artigo 2° da Lei n° 6.515 de 1977 traz as hipóteses de término da sociedade conjugal. São elas: o óbito de um dos consortes; a nulidade do casamento ou, até mesmo, sua anulação; a separação judicial ou o divórcio (BRASIL, 1977).

A respeito disso, Nader (2016, p. 270) leciona que:

> A Lei n° 5.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio no país, não se limitou à esta iniciativa. Seu objeto foi mais amplo, regulando ainda os casos de separação judicial. Atendendo ao limite que lhe fora imposto pela Emenda Constitucional, a Lei contemplou o divórcio de uma forma tímida, prevendo apenas a modalidade de conversão da separação judicial, transcorrido o prazo de três anos da sentença concessiva.

Quanto ao divórcio propriamente dito, regulado pelos artigos 24 a 33 da Lei n° 6.515 de 1977, constantes no capítulo II, esse representou um marco importante para o casamento, uma vez que, conforme artigo 24, o instituto "[...] põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso".

A primazia essencial era denominada de divórcio-conversão. Aqui, os cônjuges procediam à separação judicial e, após o decurso de 03 anos, requeriam sua conversão em divórcio. Já o divórcio direto – realizado de forma excepcional –, elencado no artigo 40 da Lei n° 6.515 de 1977, era concedido aos cônjuges separados há mais de 05 anos (GONÇALVES, 2017).

A separação judicial vem regulada pelos artigos 3° a 8° Lei n° 6.515 de 1977, constantes na seção I, a qual versa sobre os casos e efeitos da separação judicial. Segundo o artigo 3°, "[...] a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido". (BRASIL, 1977). O artigo 4°, a seu turno, leciona sobre a separação judicial e ela se dará mediante a anuência de ambos os consortes, desde que casados há mais de 02 anos. (BRASIL, 1977).

Paralelamente aos marcos constitucionais acima analisados, torna-se necessário discorrer acerca do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, datado de 1916 – Lei n° 3.071 – que também regulou o casamento como entidade familiar.

Conforme menciona Dias (2017, p. 148):

> O Código Civil de 1916 solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente. É o Estado que o celebra mediante o atendimento de inúmeras formalidades. A lei produziu o perfil da família então existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Só era reconhecida a família constituída pela chancela estatal. O homem era "o cabeça" do casal e exercia a chefia da sociedade conjugal. A mulher e os filhos deviam-lhe obediência. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho.

O Código Civil de 1916 também trouxe a ideia de indissolubilidade do casamento, exceto em casos de anulação devido à existência de erro quanto à idade ou, até mesmo, a personalidade do consorte (DIAS, 2017).

Além do mais, de acordo com a Codificação supramencionada, era permitida a interrupção dos laços matrimoniais mediante o desquite, o qual, entretanto, não permitia a dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, os deveres matrimoniais deixavam de existir, os indivíduos passavam a não ser mais casados e, ainda por cima, ficavam impossibilitados de contrair matrimônio novamente (DIAS, 2017).

O desquite, elencado no artigo 315, inciso III, da Lei n° 3.071/1916 – usado para regulamentar a dissolução da sociedade matrimonial –, perdurou até o advento da Carta Magna de 1988.

Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 269) esclarece:

> A Constituição de 1988 modificou, no entanto esse panorama, reduzindo o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, e criando uma modalidade permanente e ordinária de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos. A Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, limitou-se a adaptar a Lei do Divórcio à nova Constituição. Deu, porém, nova redação ao art. 40 da referida Lei, excluindo qualquer possibilidade de discussão a respeito da causa eventualmente culposa da separação. O único requisito exigido para o divórcio direto passou a ser, assim, a comprovação da *separação de fato por mais de dois anos*.

Foi, portanto, com a promulgação e a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que as estruturas familiares, com as mais diversas características, passaram a ser beneficiadas de novos parâmetros. (DIAS, 2017).

A partir deste marco, iniciou-se a desconstrução ideológica da família patriarcal imposta no passado, a qual possuía o perfil monogâmico e parental, inteiramente focada na imagem paterna e patrimonial, vigorando por anos perante a sociedade (MADALENO, 2017).

Nesse sentido, a Carta Magna enlaçou no conceito de família propriamente dito e estendeu proteção jurisdicional também à união estável – artigo 226, § 3°, da CF – e à comunhão estruturada por qualquer dos genitores e seus descendentes – artigo 226, § 4°, da CF –, a qual restou conhecida como família monoparental (DIAS, 2017).

No que se refere ao § 3° do artigo 226 da CF, é possível deparar-se com a ideia de união estável – também conhecida como união livre, estado de casado ou concubinato –, expressão que entrelaça a convivência

duradoura, o empreendimento conjunto de esforços e a entrega recíproca entre o homem e a mulher (RIZZARDO, 2014).

Segundo Nader (2016, p. 561):

> No atual nível de evolução legislativa, a união estável e o concubinato distinguem-se em um ponto fundamental: naquela, o homem e a mulher são pessoas livres e podem se casar ou, pelo menos um deles, separado de fato ou formalmente, enquanto no concubinato há outros impedimentos matrimoniais. O denominador comum entre ambos consiste em que as relações entre o casal não são eventuais. As duas figuras se distinguem das *relações eventuais*, onde inexiste compromisso entre o casal, apenas meros interesses, quase sempre de ordem sexual. O elo não chega a constituir comunhão de vida.

Ademais, para a configuração da união estável, ao contrário do casamento, não há necessidade de celebrar negócio jurídico mediante a instauração de documento. A referida estrutura configura-se a partir da relação de vida. Juridicamente falando, o elo surge devido a diversos fatores ligados a acontecimentos que permeiam o casal. (NADER, 2016).

Além do mais, nos dizeres de Nader (2016, p. 562), "[...] diversamente do casamento, que é negócio jurídico solene, a união estável se caracteriza pela informalidade, tanto por seu processo de formação quanto de dissolução".

A primeira norma constitucional que passou a regulamentar a união estável foi a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Segundo Gonçalves (2018, p. 609), foi a referida lei "[...] que definiu como "companheiros" o homem e a mulher que mantem união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole".

Com o passar de quase dois anos, surgiu a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que passou a tutelar a união estável. De acordo com Gonçalves (2018, p. 609), a mencionada norma:

> [...] alterou esse conceito, omitindo os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência da prole. Preceituava o seu art. 1º que se considerava *entidade familiar* a convivência duradoura, pública e contínua, se um homem e de uma mulher,

> estabelecida com o objetivo de constituição de família. Usou-se a expressão "conviventes" em substituição a "companheiros".

Com o passar do tempo, essas leis foram revogadas com a entrada em vigor do Código Civil, o qual trouxe significativas mudanças relacionadas ao instituto. A referida norma trouxe um título inteiro fazendo referência direta à união estável e aos princípios das leis revogadas e novos efeitos jurídicos em determinados capítulos (GONÇALVES, 2018).

De acordo com o Código Civil, instituído pela Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para o devido reconhecimento da união estável, passou a ser necessário o preenchimento de alguns requisitos legais, os quais já haviam, inclusive, sido estipulados. O artigo 1.723 pontua a configuração do reconhecimento da união estável através da "[...] convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (BRASIL, 2002). Dentre os diversos artigos que tratam sobre a união estável no bojo do Código Civil, ainda é possível verificar a possibilidade de sua conversão em casamento. Nesse ínterim, o artigo 1.727 preceitua que "[...] a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil" (BRASIL, 2002).

Desse modo, a partir do reconhecimento e da possibilidade da união estável, as uniões estruturadas pelo afeto passaram a ser beneficiadas de igualdade absoluta, sem qualquer diferenciação do casamento.

A despeito da possibilidade da união estável e os pressupostos para seu reconhecimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem posicionando-se positivamente acerca da temática.

Conforme Apelação Cível n° 70076393222, distribuída na Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, o Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ao analisar o a irresignação apresentada, emanada em face da sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução de união estável, deu provimento ao recurso e reconheceu a união estável havida entre os consortes (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Trata-se de um recurso de apelação interposto contra a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução de uma união estável. A parte apelante alega que a sentença exarada desconsiderou a prova testemunhal colhida nos autos originá-

rios, suficiente para comprovação da união, sem contar que o juízo *a quo* utilizou de julgados que destoam do caso apresentado. Diante disso, postulou o reconhecimento e a declaração da união estável entre os consortes (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Ao analisar o recurso, o Des. Relator discorreu que:

> [...] a configuração de uma união estável depende da presença de elementos de convicção que caracterizem uma entidade familiar e que devem ser analisados conjuntamente, incumbindo ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do direito buscado, nos exatos termos do art. 373, inc. I, do CPC. E tenho que a autora se desincumbiu desse encargo. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Além disso, o Des. Relator discorreu que, para o reconhecimento da união estável, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: "(a) convivência, (b) ausência de formalismo, (c) diversidade de sexos, (d) unicidade de vínculo, (e) estabilidade: duração, (f) continuidade, (g) publicidade, (h) objetivo de constituição de família e (i) inexistência de impedimentos matrimoniais", os quais foram devidamente comprovados pela parte interessada (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Foi o entendimento exarado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao julgar a Apelação nº 70075033035, também entendeu pelo reconhecimento da união estável (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

No caso mencionado, foi interposta apelação pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS em face da sentença exarada pelo juízo *a quo*, a qual julgou procedente o pedido autoral e reconheceu a união estável mantida pelas partes, determinando-se a inclusão da autora na condição de dependente do ex-servidor, já falecido, para fins de recebimento de pensão por morte (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Ao analisar o recurso, o Des. Relator, João Barcelos de Souza Júnior, ressaltou que a Lei nº 9.278/96, a qual regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, reconhece a união estável como estrutura familiar, desde que sejam comprovados os requisitos da convivência du-

radoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, tal qual estabelecido na referida lei. No caso narrado, discorreu que a parte autora logrou êxito em demonstrar a união estável mantida com o *de cujus* – situação comprovada mediante apresentação de documentos e prova testemunhal. Além do mais, a autarquia não acostou nenhuma prova que desprestigiasse a documentação apresentada pela autora (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Como se não bastasse, o Des. Relator ainda ressaltou que, em virtude da configuração da união estável, presume-se a dependência da autora para com o falecido, tendo em vista a equiparação pela Carta Magna do instituto da união estável ao casamento civil, não diferenciando o companheiro de cônjuge (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Tribunal de Justiça gaúcho vem decidindo pelo reconhecimento da união estável, desde que preenchidos os requisitos estipulados em lei. Além do mais, também ressalta a equiparação da união estável ao casamento, não havendo, portanto, diferenciação.

Para além disso, a Carta Magna também reconheceu a existência da família monoparental no ordenamento jurídico e estendeu-lhe proteção legal, conforme estabelece o artigo 226, § 4°. De acordo com Madaleno (2017, p. 5):

> [...] famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não viviam cotidianamente [...].

Quanto à monoparentalidade, refere-se que essa pode ser classificada de duas maneiras: maternal ou parental. A maternal é formada pela figura materna e por sua prole. A paternal, por sua vez, configura-se pela figura do pai e seus descendentes (FERNANDES, 2015).

A família monoparental pode ser classificada de forma voluntária ou involuntária. A forma voluntária decorre da decisão tomada por um pai ou por uma mãe, no momento em que opta por viver uma famí-

lia do gênero ora debatido. Na segunda situação, a família monoparental configura-se a partir de diversos incidentes que acontecem decorrer da vida, como a ocorrência da viuvez e a perfectibilização do divórcio, por exemplo (FERNANDES, 2015).

Por mais que a Carta Magna tenha reconhecido a possibilidade de formação da família monoparental, Madaleno (2017, p. 6) discorre que "[...] nada foi reservado na legislação infraconstitucional com vistas à regulamentação dos direitos e obrigações decorrentes dos vínculos monoparentais".

Outrossim, para Lôbo (2002, p. 95), "[...] os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa".

Já Dias (2017, p. 147) esclarece:

> É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes.

Desse modo, em que pese o conceito de família tenha sido alargado, a Carta Magna não indicou todas as entidades familiares existentes. Assim, se as modalidades foram ampliadas para além do rol exemplificativo trazido no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 – família estruturada pelo casamento, união estável e família monoparental –, torna-se imprescindível discorrer acerca das demais famílias existentes e analisar suas formações.

Dentre os modelos possíveis de família, existem as famílias parental ou anaparental, composta, pluriparental ou mosaico, poliafetiva, natural, substituta, eudemonista e a homoafetiva.

No que se refere à família parental ou anaparental, ressalta-se que a coabitação existente entre pessoas sem vínculo de parentesco ou até mesmo entre parentes propriamente ditos, com finalidades propositais, institui a necessidade de ser reconhecida como a modalidade ora discorrida (DIAS, 2017). Nesse sentido, Dias (2017, p. 154) esclarece que "[...] a convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimo-

nial, constitui uma entidade familiar", a qual recebe a denominação de parental ou anaparental. Aqui, inexistem vínculos de cunho sexual, mas sim a existência de afeto e de propósito (FERNANDES, 2015).

No que tange à família composta – também conhecida pelas terminologias pluriparental ou mosaico – Fernandes (2015, p. 160) ensina: "[...] são estruturas familiares originadas no casamento ou em união estável de um casal, nas quais um ou ambos seus integrantes têm filhos provenientes de relações anteriores". Ou seja, são entidades familiares estruturadas pela existência da multiplicidade de vínculos (DIAS, 2017, p. 155):

> A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência desta nova estrutura familiar, no entanto, não dispõe de qualquer previsão legal, que imponha deveres ou assegure direitos. Sequer existem nomes que identifiquem este caleidoscópio familiar. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. [...] É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos.

A despeito da família poliafetiva, essa se forma com a junção de duas ou mais pessoas, as quais passam a viver de forma afetiva, dispensando-se a exigência de exclusividade entre uma mulher e um homem (MADALENO, 2017). Nos dizeres de Madaleno (2017, p. 13), "[...] é o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas".

Nos dizeres de Dias (2017, p. 153), "[...] a união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes". No mesmo sentido, é o entendimento de Madaleno (2017, p. 12), tendo em vista que é uma "[...] relação afetiva de mais de duas pessoas, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida e socialmente maculada como uma abjeta, ilegítima e antissocial poligamia".

A família natural, também conhecida como extensa ou ampliada, Madaleno (2017, p.14) discorre que "[...] é aquela que se entende 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".

Madaleno (2017, p.14) menciona:

> Em conformidade com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer destes e seus descendentes e que deveria ser o equivalente à família biológica, não fosse a evidência de que a família tanto pode ser biológica como socioafetiva, pois há muito deixaram os laços de sangue de ser a única forma de constituição da família.

Nem a Carta Magna, a partir do momento em que passou a assegurar o direito à convivência familiar, tampouco o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao garantir à criança e ao adolescente o direito de receber educação e ser devidamente criado no amago de sua estrutura familiar, referem-se à família biológica. Entretanto, ao que tudo indica, as pessoas ignoram a ideia do conceito de família natural desfrutar de um pressuposto além da consanguinidade (MADALENO, 2017).

A respeito disso, Madaleno (2017, p. 156) entende que "[...] a lei exige que já exista um vínculo de convivência, afinidade e afetividade da criança com algum parente como família extensa". Mas de qualquer modo, devido à ampliação constitucional do conceito de convivência familiar, dá-se prioridade à família extensa em detrimento da substituta ou quaisquer meios de introdução de crianças e adolescentes (DIAS, 2017).

Acerca da família substituta, essa não vem definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas tende a ser definida como as famílias devidamente habilitadas à adoção. Aqui, a inserção de crianças e adolescentes no seio da família considerada substituta possui uma particularidade excepcional (DIAS, 2017).

Segundo Madaleno (2017, p. 15):

> A família substituta está regulada no artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, de acordo com o § 3° do artigo 19 do ECA, a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente terá como preferência a sua família natural em relação a qualquer outra providência, só sendo colocada em família substituta se não for possível reinseri-la na família natural ou encaixá-la na família extensa ou ampliada, e depois de os pais naturais terem sido previamente destituídos do poder familiar.

De acordo com o artigo 19 da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, a criança e o adolescente possuem pleno direito de serem criados e educados no interior de sua família e, de forma excepcional, no seio de uma família substituta, assegurando-lhes a convivência familiar, a qual deve ser realizada de forma comunitária e em local propício para o seu desenvolvimento (BRASIL, 1990).

Já a família eudemonista está ligada à procura constante da felicidade individual de seus membros por intermédio da emancipação dos integrantes que compõem o grupo familiar.

> O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-se da instituição do sujeito, como se infere da primeira parte do § 8°. do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de casa um dos que a integram (DIAS, 2017, p.158).

Nesse ínterim, Madaleno (2017, p. 15), reflete que o instituto de direito de família "[...] não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade".

No que se refere à afetividade, é de extrema importância abordar a questão da possibilidade jurídica da formação e reconhecimento da união homoafetiva, estabelecida entre pessoas do mesmo sexo biológico:

> A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. A origem da homossexualidade, não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal (DIAS, 2017, p. 285).

Em relação ao comentado por Dias, a orientação sexual dos indivíduos não é considerada uma doença e não precisa ser tratada, tanto

que a Classificação Internacional das Doenças (CID) traz o tema inserido no capítulo que aborda questões relacionadas aos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais. Nesse ínterim, a denominação "homossexualismo" sofreu mudanças terminológicas, uma vez que passou a ser conhecida como homossexualidade, sob a justificativa de que o sufixo "ismo" representa doença e o sufixo "dade" representa o jeito de ser das pessoas (DIAS, 2017).

Em decorrência da rejeição da sociedade, consequência da não aceitação por parte da religião, as uniões homoafetivas foram alvo de muita discriminação e rotulações discriminatórias ao longo dos anos (DIAS, 2017). Nos dizeres de Dias (2017, p. 286), "[...] a igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: crescei e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi o que levou ao repúdio e à marginalização".

> O legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Não há outra justificativa para as uniões homossexuais serem marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito (DIAS, 2017, p.286).

Com efeito, o Supremo Tribunal de Federal, ao julgar a ADI 4.277 e a ADPF 132, reconheceu a união homoafetiva como estrutura familiar e, em razão disso, estendeu-lhe as mesmas prerrogativas da união estável formada por um homem e uma mulher. (DIAS, 2017).

Em relação à ADPF 132, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao pronunciar-se sobre a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, discorreu que a referida estrutura familiar não consta de forma explícita no artigo 226 da Constituição Federal, necessita ser agraciada pelo Direito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p.112):

> As regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, ao manifestar-se sobre a temática, ressaltou que as uniões homoafetivas apenas destoam das relações heterossexuais em virtude de serem instituídas por indivíduos com a mesma orientação sexual (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 119-120):

> O reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Verifica-se, portanto, que o julgado, ao reconhecer a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, buscou afastar qualquer interpretação dada ao art. 1.723 do Código Civil que tivesse o condão de tratar com diferença as uniões estáveis formadas por homossexuais, em virtude do entendimento de que a união homoafetiva é possuidora, de forma análoga, dos direitos que permeiam a união estável formada por heterossexuais.

Tendo em vista a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência passou a permitir, inclusive, a conversão da união homoafetiva em casamento.

Desse modo, a realidade fática demonstra uma sociedade plural, que se modificou com o passar dos anos e passou a aceitar e reconhecer as novas modalidades de família, mais igualitárias, flexíveis e menos sujeitas às regras impostas no passado.

Portanto, diante das novas concepções de família, o antigo modelo patriarcal foi sendo colocado de lado, com o intuito de ceder espaço e dar mais autonomia para os laços afetivos das mais diversas estruturas familiares existentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a abordagem empreendida no presente artigo, o Direito das famílias sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos. Diante disso, na medida em que o tempo foi passando e as modificações

foram surgindo, a ideia que se tinha de família foi se distanciando do modelo patriarcal imposto no passado.

A família modificou-se com o passar do tempo. Foi alvo de diversas transformações, passou pelo patriarcalismo, o qual trouxe a figura do *pater* como chefe de família. Além de ser caracterizado pelo direito canônico, o qual reconheceu a família somente com base no casamento religioso. Para o direito canônico, não era levada em consideração a vida afetiva do casal e recebia, inclusive, as mesmas características da família patriarcal. Mas esse processo de transformação continuou.

Com o surgimento da revolução industrial, os membros familiares passaram a conquistar autonomia com a incorporação no mercado de trabalho e com as atividades terciárias desenvolvidas.

A partir dessas mudanças, então, verifica-se que a satisfação pessoal de todos começou a surgir. Os laços afetivos começaram a se fazer presentes no seio familiar e a autoridade exercida pelo homem foi deixada de lado.

Ao passo em que as características patriarcais, a influência religiosa e o casamento religioso eram requisitos para a estruturação familiar no modelo imposto no passado, os laços afetivos deram margem para o surgimento de novas entidades familiares, mais igualitárias e flexíveis, com suas características próprias e diversas, passando a não mais importar a celebração de casamento para configuração de uma estrutura familiar.

Como se vê, a realidade fática evidencia uma sociedade plural, que se modificou ao longo dos anos e passou a aceitar e reconhecer novas modalidades familiares, fundadas, de acordo com os ensinamentos de Dias (2017, p. 148), "[...] sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias".

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Publicada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.Acesso em jun. de 2020.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Publicada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Publicada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Publicada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. *Lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977.* Regula os Casos de Dissolução da Sociedade Conjugal e do Casamento, Seus Efeitos e Respectivos Processos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 132-RJ.* Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 05 de maio de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70076393222, da 7ª Câmara Cível da Comarca de Montenegro.* Apelante: Tatiana. R. S. Apelado: Edson. L. E. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de março de 2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70076393222&code=0690&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70075033035, da 2ª Câmara Cível da Comarca de Passo Fundo.* Apelante: Instituto. P. E. R. G. S. Apelado: Eloi. C. n. Larissa. P. N. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Porto Alegre, 29 de novembro de 2017. Disponível em: http://

www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70075033035&code=0690&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil:* direito de família. Caxias do Sul: Educs, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito de família.* 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil:* famílias. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASAMENTO INFANTIL: OS REFLEXOS DA LEI 13.811/2019 SOB UMA PERSPECTIVA JURÍDICO-FEMINISTA

Marcelle Queiroz de Almeida[1]
Ingrid Raíssa Guerra Lins[2]

RESUMO

O Brasil atualmente ocupa o 4º lugar no ranking de casamento infantil no mundo, contudo, tal fato é desconhecido pela maioria da população. Conforme a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, a nomenclatura "casamento infantil" refere-se a uniões formais ou informais em que exista pelo menos um menor de 18 anos de idade. Este trabalho analisa o casamento infantil sob uma perspectiva jurídico-feminista, utilizando a recente Lei 13.811/2019 como panorama. Nesse sentido, trata da construção da legislação brasileira quanto à proteção às crianças e adolescentes, assim como às mulheres, no intuito de alcançar a singularidade deste problema em contexto nacional. A relevância no debate da temática perpassa as esferas acadêmicas, sociais e jurídicas, o que contrasta com a escassez de produções destas áreas sobre a matéria. O estudo permitiu observar as raízes sociais pertinentes às uniões precoces, tais como situações de baixa renda, abandono escolar e a desigualdade de gênero e raça que assolam a sociedade brasileira, em especial as meninas menos abastadas e pardas. Ademais, foi possível observar que a referida lei simboliza uma brecha a menos na possibilidade de casamento infantil, contudo, demonstra-se solitária e desarticulada.

Palavras-chave: Casamento infantil; Lei 13.811/2019; Gênero; Patriarcado.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: marcelle29queiroz@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestranda em Gestão Pública e Cooperação Internacional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e-mail: ingridlins.advocacia@gmail.com.

ABSTRACT

Brazil is currently the 4th country in the ranking of child marriage in the world, however, this fact is unknown by the majority of the population. According to the 1989 Convention on the Child Right's, the nomenclature "child marriage" refers to formal or informal unions where there is at least one child under 18 years of age. This work analyzes child marriage from a legal-feminist perspective, using the recent Law 13.811/2019 as a panorama. In this sense, it deals with the construction of Brazilian legislation regarding the protection of children and teenagers, as well of women, in order to achieve the uniqueness of this problem in the national context. The relevance in the debate on the subject permeates the academic, social and legal spheres, which contrasts with the scarcity of productions from these areas on the subject. The study allowed us to observe the social roots relevant to early marriages, such as low-income situations, school dropouts, as well as gender and racial inequality that plague Brazilian society, especially the less affluent and brown skin girls. Furthermore, it was possible to observe that the referred law symbolizes one less gap in the possibility of child marriage, however, it proves to be lonely and disjointed.

Keywords: Child marriage; Law 13.811/2019; Gender; Patriarchy.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os líderes na lista de quantidade de casamentos infantis no mundo, todavia, tal fato é desconhecido pela maioria da população. Segundo o Instituto Promundo, a maior parte dos brasileiros vincula a ideia do casamento infantil a algo distante da sua realidade, quando na verdade permeia todas as regiões do país. A invisibilidade do tema também se estende ao Poder Público, dada a ausência de pesquisas específicas voltadas à matéria, além da falta de implementação de políticas públicas com objetivo de solucionar o problema em questão.

A relevância social, acadêmica e jurídica em debater essa temática se deve à invisibilização do casamento infantil perante a sociedade e o Estado, assim como à escassez de produções acadêmicas sobre o assunto. Os métodos monográficos e estatísticos serão utilizados em conjunto,

no intuito de obter vários enfoques sobre o objeto de estudo. O método monográfico possibilitará a compreensão acerca das particularidades do tema e dos fatores que influenciam para sua ocorrência. Posteriormente, o método estatístico reduzirá os fenômenos sociojurídicos, a partir de termos quantitativos que permitirão averiguar o acréscimo ou decréscimo do fenômeno.

A Lei 13.811 de 2019 altera o Art. 1.520 do Código Civil[3], proibindo em qualquer hipótese o casamento de menores de 16 anos. Tal alteração representa uma brecha a menos nas possibilidades formais de consentimento ao casamento infantil no país. Entretanto, diante da complexidade do assunto, emerge a seguinte pergunta: quais os reflexos da Lei 13.811/ 2019 em prol da diminuição nos índices de casamento infantil no Brasil? Em busca de resposta a esse questionamento, o presente trabalho é dividido em três partes.

A primeira parte busca analisar o casamento na legislação brasileira desde o Código Civil de 1916, passando pela Constituição Federal de 1988 até o Código Civil de 2002. As referidas legislações são analisadas através de pesquisadoras feministas no intuito de atingirmos as particularidades do objeto central deste trabalho: o casamento infantil. Nessa conjuntura de análise, também é necessário trazermos o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), ferramenta de proteção e garantia aos direitos das crianças e adolescentes e que colide diretamente com a possibilidade de casamento infantil.

O segundo capítulo versa especificamente sobre o casamento infantil no Brasil, suas causas e consequências e busca caracterizar os(as) sujeitos(as) mais afetados pela problemática: a menina adolescente[4]. Para tanto, utilizaremos relatórios de duas Organizações Não Governamentais (ONGs) que realizaram pesquisas com pessoas em situação de união precoce. Ainda neste capítulo trata-se dos bastidores da elaboração da Lei 13.811/2019 como resultado de pressão internacional diante da inércia

3 Art. 1.520, CC/2002: "Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código" (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019).

4 Utiliza-se o termo "menina adolescente" para se referir às uniões maritais em que ao menos um dos cônjuges tem idade inferior a 18 anos e que podem ocorrer nas modalidades formal (no civil e/ou religioso) e/ou informal, pois ambas reúnem causas e consequências importantes para investigação (PLAN INTERNACIONAL, p. 18, 2019).

brasileira em manter no Código Civil de 2002 a possibilidade de casamento de menores de 16 anos, o que na prática significava a validação estatal ao casamento infantil desta faixa etária.

O terceiro capítulo é destinado ao debate sobre a relação entre casamento infantil e a manutenção do patriarcado. Através de uma construção transdisciplinar, busca-se esmiuçar o ciclo pertencente à escolha do cônjuge ou companheiro no contexto destas uniões precoces e as consequências destas na vida das envolvidas. Nas considerações finais obtemos a conjugação de resultados de pesquisas desenvolvidas sobre a temática que apontam possíveis direcionamentos para estudos futuros. Neste contexto, hipóteses de incidência determinantes na problemática do casamento infantil como: renda, escolaridade, sexo, raça/cor, somados à inércia do Poder Público, resulta em posição preocupante no ranking mundial de casamento precoce.

2 A DOMINAÇÃO MASCULINA: A HISTÓRIA DE CONTROLE SOB AS MULHERES ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de investigar a problemática do casamento infantil no Brasil, é preciso tratar da matéria "casamento" sob uma perspectiva social e jurídica. Analisar o instituto jurídico do casamento através da legislação civil, em especial o Código Civil de 1916, permite observar um retrato da manutenção do patriarcado na vida das mulheres e meninas adolescentes brasileiras.

Embora a Constituição Federal de 1988 preveja em seu texto a igualdade formal entre homens e mulheres em âmbito público e privado, tal premissa é mera ficção jurídica. A dominação masculina por meio do patriarcado permeia esferas sociais e familiares, nas quais se incluem o casamento. De modo complementar, a Carta de Direitos concedeu status de sujeitos às crianças e adolescentes, assegurando também a busca de garantia aos seus direitos. Logo, a temática do casamento infantil percorre diversas áreas jurídicas, o que também indica a desarticulação destas.

O Código Civil de 2002, mesmo concebido após Constituição Federal de 1988, trouxe inconstitucionalidades em seu texto que seriam sanadas futuramente, a exemplo da Lei 13.811/2019. Além dos dispositivos legais citados, é preciso utilizar o ECA de 1990 para identificar a dissonância entre a Doutrina da Proteção Integral e a possibilidade de casamento de menores de 16 anos trazida pelo Código Civil de 2002.

1.1 A mulher e o Código Civil de 1916: domesticação e submissão

O casamento é um instituto protegido desde o Código Civil de 1916, além de temas correlatos, tais como: a capacidade civil, idade núbil, pátrio poder e virgindade. A conjugação dos elementos demonstra as profundas raízes do casamento infantil na sociedade brasileira, as quais se perpetuam até os dias atuais. Ademais, em articulação aos elementos jurídicos na construção analítica da pesquisa, é preciso adicionar o recorte interseccional dos estudos por meio da perspectiva da classe social e raça/cor, considerando as diferenças existentes entre as mulheres brancas e negras, ricas ou pobres.

De acordo com Barsted (1999), o instituto jurídico do casamento civil do referido Código foi uma transcrição do Código Canônico da Igreja Católica. A indissolubilidade do casamento, a projeção de cuidado do lar e filhos à mulher e o sustento da família ao homem decorrem da sacralização da família que só podia existir por meio do casamento (DIAS, 2008). Estado e Igreja ainda se confundiam e cerceavam a liberdade dos indivíduos e, por consequência, limitavam sua existência. O pátrio poder do Código era a compactuação do Estado com o sistema de dominação masculino, podendo ser definido como a gerência que o homem tinha sobre os filhos e a esposa. Logo, a vida feminina era legalmente limitada à domesticação e subordinação à figura masculina.

As mulheres brancas eram consideradas frágeis e suas uniões eram devidamente formalizadas perante a Igreja e sociedade, quando de classe alta, as mulheres atribuíam o cuidado da casa e filhos à escrava, que após a abolição seria sua empregada (PEREIRA, 2011). Já as mulheres de classe média, desempenhavam atividades domésticas e cuidado da prole. Sob esse contexto de vida privada, as mulheres brancas de classe média e alta se organizaram na luta pelo acesso à formação escolar e ao mercado de trabalho.

A capacidade civil, em regra, era baseada na maioridade civil (21 anos), todavia, isso não valia para as mulheres casadas, pois, ainda que atingindo a idade prevista em lei, elas eram consideradas relativamente incapazes. Entretanto, as mulheres solteiras atingindo a maioridade civil eram tidas como capazes (BARSTED, 1999; RAMOS, 2012). Logo, se solteiras menores de 21 anos, precisavam que seus atos fossem ratificados ou permitidos pelo pai, se casadas, pelo esposo. Tal conjuntura só veio a mudar com o Estatuto da Mulher Casada de 1962.

Segundo Marques e Melo (2008), o referido Estatuto foi fruto da luta feminista e preconizava em sua essência que as mulheres casadas passavam de relativamente incapazes para capazes e a dispensa do esposo para seu exercício laboral. Outro aspecto relevante é que a mulher passou a ser "colaboradora" da sociedade conjugal sob chefia do esposo (BARSTED, 1999).

Outra forma de constatar o tratamento desigual e patriarcal do Código é através da idade núbil, tal conceito refere-se à idade permitida para constituir matrimônio. Conforme o Art. 183 do Código, a idade núbil para as mulheres era de 16 (dezesseis) anos e para os homens de 18 (dezoito) anos. A história da idade núbil na legislação civil é marcada pela diferença de idade entre os consortes, antes do referido Código, era de 12 (doze) anos para a menina e 14 (quatorze) anos para o rapaz (LEVY, 2009). A desigualdade entre as idades é mais um indicativo da extensão do patriarcado na vida feminina, bem como a limitação desta existência ao ambiente privado, uma vez, ausente a possibilidade de exercício/atividade em âmbito público por parte das mulheres.

A expectativa social era que as mulheres casassem o mais jovem possível, pois estariam cumprindo com seu destino de maternidade, domesticação e submissão ao esposo. Tal justificativa de diferenciação da idade núbil era baseada em aspectos biológicos, como a menarca (primeira menstruação), o que compactua com a mentalidade de procriação atrelada ao casamento e a mulher (MELO, 2013). Pode-se perceber que o entendimento atual de casamento infantil era constantemente naturalizado pela sociedade da época. A concepção de infância e adolescência foi difundida apenas na segunda metade do século XX (ÀRIES,1973), logo, a figura feminina passava em pouco tempo de menina para mulher, sem transição.

Além de todas as limitações de existência citadas, também ocorre o controle sobre os corpos das mulheres, mais especificamente sobre a virgindade. O Código Civil em consonância com o Código Penal regulava a sexualidade feminina de modo que a perda da virgindade representava impureza, pecado (RAMOS, 2012; LEVY, 2009). A solução seria o sagrado matrimônio, pois haveria uma reparação da honra perdida, também conhecida como "defloramento", termo trazido pelo Código Civil (ALMEIDA, 2018). Tal mentalidade ainda persiste nos dias atuais conforme veremos adiante, e isso demonstra a persistência de controle na vida feminina, em especial da sexualidade e do corpo.

A lei civil em tese, deveria ser destinada a toda sociedade, todavia, sua aplicabilidade era restrita em maioria aos brancos em razão do

sistema escravocrata. Contudo, após o fim formal da escravatura, a vida de desigualdade e subordinação permanecia. Desse modo, as mulheres negras viviam à margem da formalidade tendo em vista as condições de pobreza e violência que enfrentavam (VIEIRA, 2018). Tal recorte interseccional permite reconhecer a manutenção desta desigualdade na vida das meninas adolescentes brasileiras até os dias atuais, uma vez que ainda ocupam significativa parcela do casamento precoce.

Nesse contexto, é preciso pontuar que na vida das mulheres negras predominava a união informal, elas eram frequentemente vítimas de estupro e por vezes as únicas responsáveis pelo cuidado do filho, além de sempre trabalharem, vivenciaram também uniões prematuras forçadas e ainda exerciam o cuidado dos filhos das mulheres brancas (VIEIRA, 2018). Logo, conceitos trazidos pelo Código como: idade núbil, capacidade civil, pátrio poder e virgindade não contemplam a totalidade das mulheres, uma vez que as mulheres negras, para sobreviver, precisavam estar à margem da lei.

Deste modo, nota-se que mesmo diante das diferenças de classe e raça, as mulheres brancas e negras viviam em sistema patriarcal, responsável por submissão e domesticação feminina. A naturalização da expectativa social de casamento, maternidade e sujeição, são elementos que ainda integram a sociedade e por consequência invisibilizam o problema do casamento infantil.

1.2 A tutela dos vulneráveis: crianças, adolescentes e mulheres na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) inaugurou um novo tratamento jurídico dado às crianças, aos adolescentes e às mulheres. O Brasil passa a experimentar de forma expressa a transição do estado liberal para o social e isso resultou no reconhecimento formal na busca de garantias de direitos sociais. Assim, conforme pode ser observado no capítulo VII da Carta Magna, vislumbra-se o tratamento legal dado a esses grupos, a começar pelo título do capítulo denominado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", seguido do primeiro artigo da seção, o art. 266 da CF/88,[5] o qual traz a família como base da sociedade, sob o manto de proteção especial do Estado (BRASIL, 1988).

5 Art. 226. da CF/88: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

A Carta Constitucional consagra uma nova compreensão de família, na qual o casamento deixou de ser a única forma de constituição. Com a união estável ganhando reconhecimento legal, a família também abandona seu caráter meramente patrimonialista e passa a ter como vínculo o afeto (MELO, 2013). Conforme Lôbo (1999), a família encontra guarida na comunhão da afetividade entre seus membros e é incompatível com um modelo único e matrimonializado. A família é plural e mutável e, nesse sentido, foi necessário o exercício da hermenêutica constitucional por parte dos juristas como maneira de adequar o Código Civil de 1916 às mudanças trazidas, bem como esforços em assegurar a consonância constitucional na futura regulamentação no Código Civil de 2002 (MADALENO, 2018).

A Carta Magna no seu Art. 227[6] também instaura a chamada Doutrina da Proteção Integral às crianças e adolescentes, a qual será detalhada em sequência pelo ECA em 1990. Segundo Konzen (2015), a referida doutrina trazida no texto constitucional representa uma mudança de paradigma quanto às crianças e adolescentes. Estes, pela primeira vez, são reconhecidos pelo Estado como sujeitos de direitos e em decorrência disso há uma relação obrigacional em defesa e proteção de seus interesses. Pela primeira vez também o Estado reconhece a infância e adolescência enquanto fases de transição para idade adulta (18 anos).

Essa mudança constitucional foi fruto de esforços internacionais em formalizar a situação legal deste grupo vulnerável em razão de sua peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico e social. Logo, o Estado tem obrigação legal em combater e erradicar toda e qualquer forma de violação aos direitos humanos deste grupo, incluindo o casamento infantil.

A Constituição também finda o tratamento formal desigual entre homens e mulheres em âmbito público e privado (BARSTED, 1999). Nesse contexto, destaca-se a extinção do pátrio poder na família, este passa a ser chamado de poder familiar. Dessa forma, o homem e a mulher passam a ter o mesmo poder de gerência sobre os filhos e a família (RAMOS, 2012). Essas mudanças mencionadas são fruto de luta feminista, na qual

6 Art. 227 da CF/88.: "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" (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

as mulheres estavam organizadas desde o processo constituinte em busca da garantia de igualdade formal. Com as mudanças sociais, como a consolidação das mulheres no mercado de trabalho, houve uma ressignificação dos papéis de gênero. A figura conservadora de restrição das mulheres ao cuidado da casa e dos filhos, assim como o homem enquanto provedor, foi abalada, porém não extinta do imaginário social patriarcal (BARSTED, 1999).

Após a implementação da Carta Política de 1988, outros dois importantes instrumentos legais devem ser analisados e comparados quanto ao tema central deste trabalho, o casamento infantil. A existência de um estatuto próprio de proteção às crianças e adolescentes consolida um caminho de compromisso estatal em defesa aos interesses deste grupo socialmente vulnerável, enquanto o Código Civil de 2002 disciplina sobre o casamento ou união estável, seus requisitos e consequências.

1.3 O ECA de 1990 versus Código Civil de 2002: uma disputa controversa

A problemática do casamento infantil no Brasil enseja a análise do caráter protetivo reafirmado pelo Estado após a Constituição, por meio do ECA, e a dualidade presente no Código Civil ao tratar da possibilidade de casamento de menores de 16 anos. Analisaremos os referidos institutos de forma isolada e em seguida conjugados.

O Código Civil de 2002 repetiu ditames patriarcais de seu antecessor. Tal constatação pode ser feita através da redação original do Art. 1.520: "[...] Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (Art.1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez", que demonstra que o Estado concedia a permissão a estupradores de casarem com as vítimas e terem extinção de punibilidade. O casamento representava uma recompensa ao homem pelo crime e uma punição à vítima (SILVA, 2017).

Apenas com a Lei 11.106 de 2005, houve a revogação dos incisos VII e VIII do Art. 107 do Código Penal, que disciplinava sobre a extinção de punibilidade em caso de casamento do agente com a vítima. Contudo, tais alterações não repercutiram no Art. 1.520 do Código Civil, mantendo sua redação inalterada. Logo, permaneceu uma dissonância entre a norma penal (específica na matéria) e a norma civil. Ainda que sem eficácia, o Código Civil insistiu em manter o texto originário que legitima-

va o casamento enquanto reparação ao cumprimento de pena criminal (ALMEIDA, 2018).

Nesse contexto, outro ponto importante é a Lei 12.015 de 2009. Ela alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual", tal fato representa uma mudança advinda do movimento feminista. Enquanto os costumes eram baseados na honra, a dignidade sexual era direcionada à vítima (SILVA; LAVORATTI, 2020). Assim, no primeiro caso a proteção era designada à família, mais especificamente ao pai da vítima cuja honra residia no órgão sexual da filha (RAMOS, 2012). Por sua vez, o elemento subjetivo honra dá lugar a objetividade do Estado em tutelar a dignidade da pessoa.

A referida lei também incluiu como estupro de vulnerável o sexo com menor de 14 (quatorze) anos de idade. Assim, a imutabilidade do Art.1.520 do Código Civil estava em descompasso com alterações trazidas pelas mencionadas leis. O referido artigo possuía inconstitucionalidades, desrespeito à dignidade das adolescentes e possibilidade do estupro de vulnerável ser reparado por casamento (LEVY, 2009). Na prática, o Art.1.520 permitia apenas a possibilidade de casamento de menores de 16 anos em caso de gravidez, situação que foi alterada apenas com a Lei 13.811/2019.

O Art.1.517[7] do Código Civil assegura a possibilidade de casamento entre "homens e mulheres com dezesseis anos", que na realidade são adolescentes em formação, tanto que necessitam da autorização de ambos os pais ou representantes legais, se houver divergência destes, cabe a resolução da discordância pelo juiz. Ocorre que, havendo o casamento, a adolescente deixa de ser sujeita passiva do poder familiar e passa a geri-lo de forma ativa em seu novo núcleo familiar, com esposo e filho(a).

O ECA representa a consolidação de esforços sociais nacionais e internacionais em assegurar proteção às crianças e adolescentes e garantir seu pleno desenvolvimento, em ordem familiar, comunitária, social, entre outros (KONZEN, 2015). O referido Estatuto traz em seu texto no Art.3º a criança como pessoa de até 12 (doze) anos incompletos e o adolescente de 12 (doze) anos até 18 (dezoito) anos. Deste modo, esses grupos etários possuem proteção especial do Estado, da sociedade e da família. A idade aceitável para o casamento, no Código Civil, de 16 anos

7 Art. 1.517, CC/2002: "O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil".

não dialoga com a Doutrina da Proteção Integral assegurada pelo ECA, tampouco aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil em erradicação de práticas violadoras da dignidade da população infanto-juvenil. A problemática do casamento infantil é um fenômeno multifacetado e com raízes antigas que se irradiam por toda a sociedade (SILVA; LAVORATTI, 2020).

2 A INVISIBILIDADE DO CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL

Neste capítulo será abordado o casamento infantil no Brasil em dias atuais através de uma análise interdisciplinar, social, jurídica e demográfica. Será caracterizado a dinâmica do casamento infantil através dos sujeitos(as) que o compõe, bem como as consequências decorrentes destas uniões prematuras.

Diante da escassez de relatórios governamentais brasileiros, restam poucos instrumentos de análise sobre a realidade desta temática no país. Dentre estes, será utilizado os estudos promovidos por duas ONG's: Instituto Promundo e Plan Internacional. O primeiro desenvolveu uma pesquisa chamada "Ela vai no meu barco" em 2015, já o segundo realizou um estudo intitulado "Tirando o véu" em 2019. Ambos os estudos das pesquisas realizadas serão utilizados neste capítulo.

Ademais, será abordado também a conjuntura de promulgação da Lei 13.811 de 2019, a qual é resultado de esforços internacionais e iniciativa formal parlamentar de uma deputada federal. Tais elementos conjugados nos permitem enxergar a extensão da problemática do casamento infantil no Brasil e a inércia governamental diante da necessidade de políticas públicas e ações organizadas em seu combate.

2.1 Contextualizando o casamento infantil no Brasil

A nomenclatura "casamento infantil" utilizada neste trabalho compactua com o entendimento de documentos protetivos da Organização das Nações Unidas (ONU) e está em consonância com um dos relatórios aqui utilizados: "Tirando o véu: estudo sobre o casamento infantil no Brasil". Deste modo, casamento infantil é toda união formal ou informal, em que pelo menos um dos cônjuges tenha menos de 18 anos de idade, conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Porém, algumas críticas são feitas com relação ao uso da expressão "casamento infantil" pois, popularmente, o entendimento do termo diz respeito às crianças, não contemplando adolescentes, por exemplo. A divisão etária da infância e adolescência está presente no imaginário social brasileiro, logo, existe uma dificuldade em identificar o casamento infantil, pois muitas vezes ele é atrelado à criança, quando o termo abrange os adolescentes até 18 anos. Outro elemento que gera dificuldade em vinculação à nomenclatura "casamento infantil" é este contemplar a união informal. O "morar junto" não é visto socialmente como casamento pela ausência de formalidade (PLAN INTERNATIONAL, 2019). Tais aspectos mencionados geram a consequência de subnotificação dos dados sobre a problemática. E mesmo assim, nesse panorama, o país ocupa o quarto lugar no ranking.

É importante salientar que a mídia e até mesmo alguns estudiosos sobre o casamento no Brasil costumam relatar que os homens e mulheres estão se casando cada vez mais tarde. Tal fato é verídico, pois se trata de sujeitos maiores de 18 anos, não estando inclusos nas estatísticas o casamento infantil. Dessa maneira, é importante atentar para quais são os sujeitos de análise pertencentes às pesquisas, no intuito de não afastar a problemática da união precoce.

O casamento infantil ocorre em todas as regiões brasileiras, todavia, existe a falsa percepção como algo distante da realidade nacional. A prática geralmente é vinculada como pertencente às áreas rurais ou indígenas (TAYLOR, et al.,2015). A invisibilidade do casamento infantil facilita sua manutenção e dificulta a formulação de políticas públicas que promovam graduais mudanças.

O Brasil possui cerca de 60 milhões de crianças e adolescentes, segundo Censo de 2010. Dentro do total, existe uma equivalência entre meninas e meninos. Contudo, o casamento infantil leva a percepção da problemática de gênero, ao observar que a maioria possui um elemento em comum: meninas adolescentes.

2.2 O casamento infantil: uma questão de gênero

Conforme o Censo do IBGE de 2010, as uniões precoces no Brasil atingem majoritariamente crianças e adolescentes do sexo feminino. Em similaridade a esse dado, em 2016 o número de casamentos e/ou uniões envolvendo menores de 19 anos foi de 28.379 uniões de meninos

contra 109.594 uniões de meninas, mais do que o triplo se comparado aos meninos (PLAN INTERNACIONAL, 2019). Logo, é preciso analisar o porquê desse fenômeno ser marcadamente uma questão de gênero.

Segundo Scott (1990), gênero é uma estruturante da sociedade que constrói relações de poder, assim como raça/etnia, classe social e sexualidade. De forma complementar a esse pensamento, Saffioti (2015) aponta o gênero como construção social e cultural implementadas na sociedade, que na ordem patriarcal gera por consequência a dominação e submissão das mulheres aos homens. A partir disso, faz-se necessário determinar com quem essas adolescentes se casam e os motivos da união precoce.

De acordo com a pesquisa desenvolvida pelo Instituto Promundo, a maioria das adolescentes casaram ou constituíram união estável com homens maiores de idade e com renda. Dentre as motivações mais comuns para o casamento infantil estão: gravidez, desejo de controlar a sexualidade das meninas, desejo de assegurar estabilidade financeira, decisão marital como expressão da agência das meninas, decisão marital como resultado das preferências dos homens adultos (TAYLOR, et., al, 2015).

Assim, serão analisados os fatores a partir da ótica das meninas adolescentes. Conforme visto acima, a maioria das motivações envolve a falta de desejo feminino e quando este ocorre, é preciso analisar se está livre de interferências, pressões familiares ou mesmo resultado da falta de oportunidades. A gravidez ainda continua sendo um fator determinante para as uniões precoces, de modo que, a honra da adolescente é vinculada à virgindade. O casamento é apontado pelos pais como solução da perda da virgindade, com ou sem gravidez. O desejo de controlar a sexualidade feminina é constante, a percepção de iniciação sexual pelos pais ou responsáveis também é suficiente para alusão ao casamento.

A busca de estabilidade financeira está ligada à dependência econômica. À medida que as meninas adolescentes vislumbram no casamento uma forma de segurança e sustento, a sua falta de trabalho gera dependência econômica ao seu esposo/companheiro. A busca de estabilidade muitas vezes é subnotificada por trazer sentimento de vergonha ou desprestígio social, de modo que, esse fator nunca é citado diretamente como principal ao matrimônio. Os pais entendem que a coabitação da filha com o esposo retira deles as obrigações e responsabilidades e passam a ter outro detentor.

Os dois estudos aqui utilizados questionam se a decisão marital como expressão da agência das meninas é legítima ou permeada de

vícios. Uma vez que elas decidem pelo matrimônio por falta de outras oportunidades, os objetivos se tornam: ter mais independência e liberdade, evitar conflitos em casa, ter alguém que a sustente e a insistência/interferência familiar.

É importante destacar também o perfil das meninas adolescentes que se casam com idade inferior a 18 anos. A maior parte da população de crianças e adolescentes entre 0 e 18 anos é de cor parda, seguido de brancos e pretos (IBGE, 2010). Em aspecto socioeconômico, a maior parte está concentrada em domicílios com renda per capita (por cabeça) inferior ou igual a meio-salário-mínimo. Assim, obtém-se como retrato do fenômeno, uma menina adolescente parda, de baixa renda, com idade maior de 15 anos e inferior a 18 anos.

Também é necessário examinar o fator da decisão marital como resultado das preferências dos homens adultos, tal determinante permeia de forma categórica todas as outras motivações para o casamento infantil. Assim, a vontade masculina interfere e surte efeitos, diferente da feminina. A decisão dos homens em sua maioria é motivada por acharem que meninas mais novas (popularmente conhecidas por "novinhas") são mais bonitas e eles serão melhores vistos socialmente (TAYLOR, *et. al*, 2015).

O IBGE divulgou, em março de 2021, o relatório "Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil". Esse atesta que entre 2011 e 2019 houve uma redução de 55% no número de casamentos de mulheres com até 17 anos. Todavia, esse estudo desconsidera a união estável, gerando um campo de visão incompleto. Conforme pesquisa da Plan Internacional (2019), existe uma predominância de uniões precoces informais no país e uma subnotificação dessa informação por parte do Poder Público.

O presente trabalho compactua com o entendimento firmado pela ONU através da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 sobre a definição de casamento infantil enquanto união formal ou informal em que exista menor de 18 anos. Assim, para obtenção de um panorama fidedigno da realidade brasileira, é preciso a união de dados acerca da união estável e casamento. Sendo necessária, para tanto, a conjugação de trabalhos governamentais e não governamentais.

Até o presente momento, mostram-se inconclusivos os reflexos da Lei 13.811 de 2019 em prol da diminuição aos índices de casamento infantil no país, tendo em vista a inexistência de relatórios governamentais que contemplem dados anuais após a promulgação da citada lei. Assim, a futura publicação do Censo 2020 possibilitará a análise de re-

sultados quantitativos sobre o acréscimo ou decréscimo ao número de casamento infantil no país. É preciso pontuar também, que o contexto de pandemia do Covid-19 tem interferido na dinâmica de aumento e queda no número de casamento e união estável.

2.3 A Lei 13.811/2019 e a brecha do Art. 1.520 do Código Civil de 2002

Em 2017, foi apresentado para parlamentares em Brasília o relatório "Fechando a Brecha: Melhorando as Leis de Proteção à Mulher Contra Violência", lançado pelo Banco Mundial em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas. Tal relatório demonstrou em números a incidência do casamento infantil em âmbito mundial e nacional. Segundo a pesquisa, cerca de 15 milhões de meninas menores de 18 anos se casam todos os anos no mundo e 1,3 milhão no Brasil. O relatório analisou a legislação de 173 países, entre eles, do Brasil. Após esse evento, no mesmo ano, foi proposta a alteração do Art.1.520 do Código Civil, que permitia o casamento de menores de 16 anos em caso de gravidez. A legislação brasileira por meio do referido dispositivo validava o casamento infantil e se distanciava de inúmeros países cuja idade mínima para o casamento é de 18 anos. Assim, foi criado um Projeto de Lei (PL) 7.119/2017 de autoria da deputada federal Laura Carneiro.

Como resultado da PL, obteve-se a Lei 13.811 de 2019 que altera a redação do Art.1.520 do Código Civil de 2002 e proíbe o casamento de menores de 16 anos em caso de gravidez, todavia, permanece a possibilidade de casamento entre 16 e 18 anos. Passa a valer a seguinte redação no Art. 1.520: "[...] Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no Art.1.517 deste Código".

A partir da promulgação, alguns autores civilistas comemoraram a citada modificação, mas também indagaram se o efeito jurídico de um casamento em que um dos consortes, menor de 16 anos, seria passível de anulação ou nulidade. O presente trabalho compactua com o entendimento de Madaleno (2018) e Farias (2019). Eles se filiam à corrente de que a consequência seria a nulidade, uma vez que o ato jamais irá se convalidar ou poderá ser reconhecido no futuro com o passar do tempo. Os referidos autores também apontam as incongruências da possibilidade de união precoce com o sistema protetivo do ECA, baseado em critério objetivo e etário. Assim, reforçam a ideia da necessidade de amadureci-

mento a respeito de suas decisões para a assunção de uma vida conjugal repleta de obrigações (MADALENO, 2018; FARIAS, 2019).

Conforme vimos no capítulo anterior, existe a predominância de uniões informais entre menores de 18 anos. Logo, questiona-se a eficácia da referida lei, que fecha uma brecha legal, mas deixa outras em aberto. A proibição faz menção ao casamento, mas silencia sobre a união estável (MONTALBANO, 2019). É preciso mencionar também a falta de sanção civil e/ou penal diante da proibição das uniões de menores 16 anos por via casamentária, a ausência de políticas públicas coordenadas em prol da redução aos índices nacionais. Assim, a referida lei é um impulso para a criação de instrumentos específicos destinados ao combate e diminuição de uma prática violadora aos Direitos Humanos de um grupo socialmente vulnerável.

3 O CASAMENTO INFANTIL E A MANUTENÇÃO DO PATRIARCADO

Pateman (1993) explica que o patriarcado permeia a vida privada e pública das mulheres. A interpretação do patriarcado não deve ser restrita apenas ao direito paterno, pelo contrário, o direito conjugal está submisso ao patriarcado. Desse modo, a desarmonia no exercício do poder familiar gera uma reação em cadeia.

Em um primeiro momento a menina adolescente está sujeita ao poder familiar, que em regra é predominantemente paterno. Ao constituir matrimônio ou união estável, ela passaria a ser gestora de seu núcleo familiar com o esposo, todavia, há a continuidade do patriarcado e a predominância da dominação masculina (PLAN INTERNACIONAL, 2019). Ainda neste ciclo, existe a consequência externa ao ambiente familiar, pois em âmbito público, o patriarcado estabelece uma relação de firmamento e validação pela sociedade, em que a situação de união/casamento vivenciada pela menina adolescente é naturalizada e aceita. Neste sentido, é preciso analisar com mais detalhes os referidos momentos como tentativa de alcançar a complexidade do problema em estudo, o casamento infantil.

A capacidade civil, como vimos, é atingida formalmente aos 18 anos. Entre 16 e 18 anos os adolescentes são considerados relativamente capazes, necessitando da autorização dos pais para o exercício da vida civil (BRASIL, 2002). De forma similar, o ECA e processos judiciais envol-

vendo crianças e adolescentes como guarda, adoção, entre outros, levam em consideração a opinião dos menores para a tomada de decisão pelo magistrado. Assim, estes sujeitos de direito, à medida de seu crescimento, vão conquistando gradativa autonomia, estando sob guarida dos pais ou responsáveis ao longo de sua trajetória. Logo, em inúmeras situações quem de fato quer o matrimônio é o pai da menina adolescente e, ao final, na prática, dois homens desejam o casamento: o pai e o noivo. A vontade masculina prevalece e mantém a estrutura de dominação patriarcal na vida das sujeitas em desenvolvimento (LEVY, 2009).

Ainda no contexto de escolha do cônjuge e/ou companheiro, existe dentre as motivações das meninas adolescentes a expectativa de maior liberdade e controle do ambiente doméstico, gerando uma percepção social de respeito e amadurecimento. Essa mudança repentina rompe com a necessária construção e desenvolvimento da criança e adolescente.

> Mudou muito, né? Porque antigamente eu podia sair, me divertia, não precisava me preocupar com fazer marmita para ele levar para o trabalho, fazer almoço, lavar roupa, cuidar de filho. E eu também tinha mais tempo para meus estudos. E agora com marido e com filho já é mais difícil, é bem diferente, eu não tenho tempo para sair (Menina casada, 16 anos) (PLAN INTERNACIONAL, 2019, p. 41).

As responsabilidades da vida de pessoa casada e gestora de uma família quando desempregada e encarregada da vida doméstica comprometem o pleno desenvolvimento da adolescente, uma vez que ela possui inúmeras restrições que limitam seu lazer, convívio social, e em especial acaba atingindo sua escolaridade. "A educação é um direito constitucional que deveria ser garantido a todas as crianças e adolescentes, mesmo no contexto de uma vida conjugal" (PLAN INTERNACIONAL, 2019, p. 26). Vale destacar que o casamento representa um fator de abandono escolar para meninas adolescentes, mas o mesmo fenômeno não ocorre com os meninos, a relação entre patriarcado e casamento infantil mostra-se persistente.

Conforme abordado no capítulo anterior, na maioria dos casos, as uniões/casamentos estabelecidos são com homens mais velhos (maiores de idade), com maior instrução formal e com melhores perspectivas econômicas. Do outro lado da relação, existe uma sujeita em formação, de pouca escolaridade e sem renda. A relação de desigualdade e depen-

dência financeira por vezes gera a violência de gênero, fenômeno recorrente na dinâmica doméstica feminina (ALMEIDA, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar os reflexos da Lei 13.811 de 2019 no que se refere aos índices de casamento infantil no Brasil sob uma perspectiva jurídico-feminista. A partir da evolução histórica do tratamento jurídico destinado às mulheres, pode-se atestar a antiguidade e naturalização do casamento infantil no país. O estudo comparativo de institutos jurídicos de Direito de Família como casamento, idade núbil e poder familiar, através de lentes jurídico-feministas, permitiu compreender o entrelaçamento legal que compactuava com uniões precoces.

Através de relatórios de ONGs Internacionais, pode-se concluir que o fenômeno afeta todas as regiões brasileiras, mas também possui peculiaridades como, por exemplo, o fato de atingir majoritariamente meninas adolescentes de classe baixa e pardas. Outra constatação importante diz respeito às motivações para a incidência do casamento infantil: gravidez, desejo de controlar a sexualidade feminina (por parte dos pais) e necessidade de estabilidade financeira (por parte das meninas), entre outros.

Dois resultados relevantes obtidos a partir dos estudos da Plan Internacional (2019) são: a predominância da informalidade nas uniões precoces e sua subnotificação pelo Poder Público. Uma vez a recorrência de coabitação de adolescentes em situação de união estável de maneira informal, o Estado carece de dados compatíveis com a realidade social, e por consequência gera maior invisibilidade ao tema. Neste contexto, a visão patriarcal da sociedade sobre casamento e união estável acaba naturalizando a relação de meninas adolescentes inseridas nessa problemática, uma vez que persiste o entendimento de casamento como segurança, formalidade e estabilidade.

A Lei 13.811 de 2019, promulgada a partir de esforços internacionais motivados pela liderança brasileira no ranking de casamento infantil, não faz referência a união estável e tampouco prevê punições em caso de descumprimento. Desta forma, a referida lei mostra-se solitária e desarticulada de instrumentos que possibilitem sua real efetivação, sendo necessário que o Estado elabore pesquisas próprias à matéria, bem como políticas públicas destinadas a alterar a realidade nacional.

Logo, a resposta ao questionamento inicialmente proposto ainda se mostra inconclusiva diante da ausência de pesquisas governamentais anuais posteriores à promulgação da lei. Recomenda-se o monitoramento de dados estatísticos voltados à temática, bem como pesquisas destinadas à investigação do fenômeno em todo território nacional, reconhecendo suas peculiaridades e extensão. Demonstra-se indispensável a conjugação de relatórios governamentais e de ONGs para obtenção da realidade brasileira sobre o casamento infantil.

Diante da escassez de produções deste assunto, o presente trabalho representa um anseio em tornar a problemática cada vez mais discutida academicamente e socialmente. O casamento infantil necessita também ser analisado por uma ótica feminista, uma vez ser um fenômeno marcadamente de gênero e reprodutor do patriarcado enraizado na sociedade conforme apontado nos relatórios das ONGs. Assim, a presente análise constitui um primeiro esforço para futuros estudos sobre a matéria, que unam em seu escopo uma visão crítica e multidisciplinar em articulação a iniciativas governamentais de pesquisa e combate a problemática vivenciada por um grande número de meninas adolescentes brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelle Queiroz de. *Estupro conjugal e (in)visibilidade*: até que a violência nos separe. 2018. 60 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11527/1/MQA15062018.pdf. Acesso em jan. de 2021.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Infância e da Família*. Tradução: Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

BARSTED, Leila Linhares; GARCEZ, Elizabeth. A Legislação Civil Sobre Família no Brasil. In: HERMANN, Jacqueline (org.). *As Mulheres e os Direitos Civis*. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 9-26. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/direitoscivis/mulheres_direitos_civis.pdf. Acesso em nov. de 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em dez. de 2020.

BRASIL. *Código Civil de 1916.* Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em dez. de 2020.

BRASIL. *Código Civil de 2002.* Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em jan. de 2021.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em dez. de 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019.* Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, 13 mar. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm. Acesso em jan. de 2021.

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER PROJETO DE LEI Nº 7.119, DE 2017 (Apensado: PL 7.774/2017). *Confere nova redação ao Art.1.520 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil. LAURA CARNEIRO. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em jan. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil.* Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 nov. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em jan. de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A nova regra da impossibilidade de casamento do menor de 16 anos* (a nova Lei 13.881-19). 2019. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/6874/A+nova+regra+da+impossibilidade+de+casamento+do+menor+de+16+anos+%28a+nova+Lei+13.881-19%29#. Acesso em: nov. de 2020.

IBGE. *Características da População e dos Domicílios:* Resultados do Universo. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/censo-demografico/demografico-2010/universo-caracteristicas-da-populacao-e-dos-domicilios. Acesso em jan. de 2021.

IBGE. *Estatísticas de gênero*: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro, 2021. Disponível

em: https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784. Acesso em 10 mar. de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM (Brasil). *Artigo da Revista Científica do IBDFAM destaca a lei que proíbe o casamento de menor de 16 anos.* 2019. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/6967/javascript Acesso em nov. de 2020.

KONZEN, Afonso Armando. *A proteção do direito à convivência familiar da criança e do adolescente em diálogo com as perspectivas do Direito de Família.* Diké, Aracajú, ano IV, v. I, p. 112-136, jul. 2015. Disponível em: https://revec.revistas.ufs.br/index.php/dike/article/view/3753/3192. Acesso em jan. de 2021.

LEVY, Maria Stella Ferreira. *A escolha do cônjuge.* Revista Brasileira de Estudos de População, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 117-133, jun. 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-30982009000100009. Acesso em jan. de 2021.

LÔBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/507. Acesso em jan. de 2021.

MADALENO, ROLF. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira de. *Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962:* ou como são feitas as leis. Rev. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 463-488, ago. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200008. Acesso em jan. de 2021.

MELO, Thais Requião de. *O que há por trás da norma:* uma análise do tratamento da mulher no direito de família do código civil de 1916 ao de 2002. 2013. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares Sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/18536. Acesso em nov. de 2020.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira; CAROLINE, Ana. *A Lei nº 13.811/2019 e os seus reflexos na união estável.* 2019. Disponível em: https://jus.com.br/arti-

gos/73928/a-lei-n-13-811-2019-e-os-seus-reflexos-na-uniao-estavel. Acesso em dez. de 2020.

ONU. *Convenção das Crianças e Adolescentes.* 1989. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em dez. de 2020.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, Bergman de Paula. *De escravas a empregadas domésticas – a dimensão social e o "lugar" das mulheres negras no pós-abolição*. In: XXVI SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH: 50 ANOS, I, São Paulo, 2011.

RAMOS, Margarita Danielle. *Reflexões sobre o processo sobre o processo histórico histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres.* Estudos Feministas, Florianópolis, 20(1): 344, janeiro-abril/2012

PLAN INTERNACIONAL (Brasil). *Tirando o Véu:* Estudo Sobre Casamento Infantil no Brasil. 2019. Disponível em: https://plan.org.br/https-plan-org-br-wp-content-uploads-2019-07-tirando-o-veu-estudo-casamento-infantil-no-brasil-plan-international-pdf/. Acesso em jan. de 2021.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado, Violência.* 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SAKHONCHIK, Alena; RECAVARREN, Isabel Santagostino; TAVARES, Paula. *Fechando a Brecha: melhorando as leis de proteção à mulher contra a violência.* 2017. Mulheres, Empresas e o Direito. Grupo Banco Mundial. Disponível em: http://pubdocs.worldbank.org/en/200461519938665165/Topic-Note-Protecting-Women-from-Violence-POR.pdf. Acesso em jan. de 2021.

SCOTT, Joan W. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica.* Educação e Realidade, vol. 16, n° 2, Porto Alegre, jul/dez, 1990.

SILVA, Tatiana Mareto. *O que a vigência do artigo 1520 do Código Civil diz sobre a percepção do estupro?* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6290, 20 set. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56710. Acesso em nov. de 2020.

SILVA, Raiane Chagas da; LAVORATTI, Cleide. *Casamento Infantil:* violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Revista Humanidades em Perspectivas: Edição Especial "30 anos do ECA" – 2020, [s. l], v. 2, n. 4, p. 201-218, out. 2020. ISSN: 2674-8428. Disponível em: https://www.uninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/96 Acesso em jan. de 2021.

TAYLOR, Alice; LAURO, Giovanna; SEGUNDO, Marcio; GREENE, Margaret. *Ela vai no meu barco:* casamento na infância e adolescência no brasil. Casamento na infância e adolescência no Brasil. 2015. Instituto Promundo. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2016/08/SheGoesWithMyBoat_PT_Final_15SET.pdf. Acesso em jan. de 2021.

VIEIRA, Bianca. *Mulheres negras no Brasil: trabalho, família e lugares sociais.* 2018. 107 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/331728. Acesso em jan. de 2021.

A GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fabiana Janke Batista[1]
Vanessa Budó Dias[2]

RESUMO

O presente artigo busca analisar o instituto da convivência familiar com enfoque na temática da alienação parental sob a óptica do período de pandemia, cujos efeitos repercutiram de forma inevitável no funcionamento das rotinas familiares do mundo inteiro. Com as suspensões dos direitos de convivência presenciais, a oportunidade de alienação parental se tornou mais possível. Desse modo, é inegável a necessidade de adequação da estrutura familiar na superação dos desafios impostos pelo novo coronavírus. Isso fez com que os tribunais se empenhassem na concessão de uma atenção mais individualizada aos casos concretos de alienação parental e suas peculiaridades. O trabalho foi elaborado com a metodologia qualitativa sendo utilizada a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que tornaram possível concluir que a problemática sobre o tema gerou grande transformação no modo de pensar e praticar o Direito de Família contemporâneo.

Palavras-chave: Alienação parental; Convivência familiar; Pandemia.

1 Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha de Bagé – RS; Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduanda em Direito Contratual pelo Centro Universitário União das Américas – UNIAMÉRICA; e-mail: fabianajanke@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha de Bagé – RS; Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: vanessabudo@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o núcleo familiar sofreu diversas alterações e recebeu derivadas proteções legislativas, até que fossem reconhecidos arranjos familiares de várias espécies, os quais, atualmente, merecem igual proteção, independentemente da sua formação. Esse avanço deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, confere à família, reconhecida como base da sociedade, especial proteção do Estado. Nessa linha, o ordenamento constitucional também atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente – dentre eles, o direito à convivência familiar.

Nesse sentido, a Carta Magna buscou proteger a família e, sobretudo, a criança e ao adolescente frutos dessa união, com a ressalva de que esses merecem proteção integral em razão de serem vulneráveis, pois ainda estão em fase de desenvolvimento de suas personalidades. Assim, denota-se o reconhecimento do seio familiar como o ambiente mais adequado para o desenvolvimento dos menores, motivo pelo qual a convivência familiar também passou a ser considerada um direito fundamental assegurado constitucionalmente aos infantes, somente violado na hipótese de a família deixar de proteger a criança e o adolescente e de proporcionar a eles uma vivência sadia e harmoniosa, essenciais ao seu desenvolvimento.

No entanto, atualmente, cada vez mais nos deparamos com a dissolução da família. Além da desestabilização do casal, essa dissolução afeta diretamente os filhos. Isso porque diversas questões devem ser resolvidas com o término do relacionamento, atinentes à guarda dos filhos e ao direito de visitação, por exemplo. Tais decisões, igualmente, devem respeitar o melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a separação da união dos pais pode ocasionar diversos efeitos negativos sobre eles. Nesse ponto, deve ser analisada a importância da presença das figuras materna e paterna na convivência familiar dos menores e a proteção integral devida a eles enquanto seres em formação.

Contudo, o fenômeno da alienação parental tem ganhado cada vez mais enfoque no mundo jurídico, visto que, com a dissolução da família, é comum a rivalidade entre os cônjuges, os quais, possuídos pelos sentimentos de raiva, ciúme ou vingança, acabam promovendo verdadeira campanha desmoralizadora do outro perante os filhos, com a finalidade de romper o vínculo deles com o ex-cônjuge, ex-companheiro ou

outro guardião dos menores. Essa triste realidade afronta diretamente os princípios da proteção integral da criança e do adolescente e do direito constitucional à convivência familiar harmoniosa, podendo gerar, não raras as vezes, consequências graves aos filhos, levadas até a fase adulta e perpetradas como frustrações.

Deste modo, o presente artigo busca analisar juridicamente o direito à convivência familiar e o instituto da alienação parental. Em especial, observa-se a questão sob a óptica da pandemia do coronavírus, decretada no mês de março do ano de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e cujos efeitos repercutiram inevitavelmente sobre o Direito de Família.

Para tanto, utilizou-se metodologia qualitativa com pesquisa doutrinária e jurisprudencial, ambas possibilitaram reflexões sobre o tema e sobre o modo de pensar e praticar o Direito de Família contemporâneo.

2 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A expressão *direito de visitas* ainda é muito utilizada no ordenamento jurídico para fazer referência ao direito de convivência. Isso ocorre tanto nos processos judiciais quanto na academia.

Segundo Pereira (2020), a utilização do termo é algo antigo e antiquado e não se trata de um simples jogo de palavras. Conhecendo o poder dos termos e a força de seu real significado, trazemos os mesmos para a vida de crianças e adolescentes.

Conforme utilizamos palavras mais adequadas, trazemos novos significados para as relações. O termo *visita* veicula frieza, relação protocolar e formal. Quando falamos em visitar alguém ou até mesmo quando já estamos na casa de amigos, conhecidos e familiares não próximos, nos comportamos de forma muito diversa de quando estamos em nosso lar.

No momento em que estamos visitando, nos sentamos em sofás e/ou cadeiras de forma menos descontraída, nos alimentamos cuidadosamente e até o tom de voz é diferente. Esse protocolo não deve existir entre pais e filhos.

Esse regime de visitação vem sendo objeto de discussões a fim de modificá-lo em sua essência, em virtude de haver criado prejuízos para muitas gerações, a exemplo de crianças e adolescentes conviverem com seus genitores apenas em finais de semana alternados. De acordo com

Rosa (2019), a prática é uma agressão ao verdadeiro direito de convivência. Não há como estabelecer convívio com poucas horas, o que acaba por criar a figura dos pais *fast food,* "genitores-visita" durante algumas horas em finais de semana alternados.

Para corroborar com o raciocínio, utilizaremos um mês com trinta dias, supondo a existência de quatro finais de semana, dois para cada genitor. Porém, a residência base da criança é com um deles, então, esse convive com o filho pelo período de vinte e seis dias. Por não residir na mesma casa, o outro desfruta da companhia do filho durante quatro dias em um mês inteiro.

Ilustrando dessa forma, é possível notar uma convivência desigual. Os laços entre o filho e o pai dos finais de semana alternados, dependendo de todo o contexto do caso, levará tempo ou não irá se firmar de forma definitiva.

Na concepção de Madaleno (2014), o direito à convivência familiar busca assegurar a relação afetiva entre os membros de uma unidade familiar, sendo eles parentes ou não, desde que coabitem. Tem por escopo assegurar a convivência da criança e do adolescente com os seus genitores quando estão separados. O convívio, sob essa perspectiva, representa um direito recíproco entre pais e filhos.

O direito à convivência familiar se trata de um dos princípios aplicados ao Direito de Família. Souza (2014) expõe como um direito fundamental conferido à infância e à juventude desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, igualmente amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Com o direito à convivência familiar assegurado, foram consolidados doutrinaria e jurisprudencialmente o fim da discriminação entre a filiação e afirmada a corresponsabilização dos genitores no tocante ao exercício do poder familiar (PEREIRA, 2014).

O direito de convivência é também uma oportunidade para "[...] manifestar a sua afetividade pela criança, de ambos se conhecerem reciprocamente e partilharem seus sentimentos de amizade, as suas emoções, ideias, esperanças e valores mais íntimos" (MADALENO *apud* SOTTOMAYOR, 2020. p. 135). De acordo com o autor, inclusive, a convivência familiar não diz respeito tão somente à relação entre pais e filhos, mas também entre a família extensa, composta por outros parentes como avós, tios e primos.

Acerca desse direito fundamental assegurado à criança e ao adolescente, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990 e promulgada pelo Decreto presidencial n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990, em seu artigo 9º, compreende:

> É direito da criança conhecer e conviver com seus pais, a não ser que incompatível com o melhor interesse; é direito de manter contato com ambos os pais, caso seja separada de um ou de ambos e, ainda, é obrigação do Estado, nos casos em que as separações resultarem de ação de Poder Judiciário, promover a proteção especial às crianças desprovidas de ambiente familiar, assegurando um ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição (SOUZA, 2014, p. 90).

Afora isso, "[...] o ECA enfatiza o papel da família, considerando-a como núcleo essencial no desenvolvimento da personalidade dos infantes" (*Ibidem*). Em seu artigo 19, o ECA deixa evidente essa relevância do convívio familiar para os menores, ao assegurar a convivência com a sua família de origem e, excepcionalmente, em família substituta. Isso porque "[...] é no seio familiar que a criança e o adolescente estabelecem suas primeiras relações afetivas, de estima inenarrável no processo de formação dos seres humanos" (*Ibidem*).

Cabe descrever, de igual maneira, que a criança e o adolescente apresentam sensibilidade ao meio em que convivem, captando e reagindo de acordo com a disposição de espírito das pessoas ao seu redor. Por esse motivo, Souza (2014, p. 93) realça: "[...] a família é a principal responsável por garantir a efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis".

Felizmente, Rosa (2015) aponta uma evolução em virtude do Direito de Família contemporâneo trazer um novo papel para ambos os genitores, passando-os de visitantes a conviventes.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em diversos casos, quando o casal não consegue superar e lidar com a dissolução da família, eivado de sentimento de rejeição, traição e vingança, acaba desencadeando um processo de desmoralização do outro perante o filho. Assim, este último é "[...] convencido a acreditar em fatos

irreais, com o único intuito de destruir a figura do ex-parceiro" (ROSA, 2012, p. 118).

Historicamente, a síndrome da alienação parental foi definida pela primeira vez em 1985, pelo professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, Richard Gardner (MADALENO, 2014). Segundo Douglas Freitas (2015, p. 23), Gardner publicou um artigo acerca do assunto em razão de ter se interessado pelos "[...] sintomas que as crianças desenvolviam nos divórcios litigiosos".

A expressão *síndrome da alienação parental* deriva do termo *parental alienation syndrome,* cuja tradução de *alienation* corresponde a *criar antipatia*, e a de *parental* corresponde a *paterna*, como instrui Gonçalves (2011).

De acordo com Freitas (2015, p. 23), Gardner teria observado, após a separação e com o ajuizamento de ações, um anseio dos genitores em atingir o outro separando-o do filho, mantendo, assim, uma luta incessante entre as partes.

Apesar de se tratar de um assunto antigo, "[...] a síndrome de alienação parental somente ganhou enfoque no Brasil por volta de 2003 [...]" (*Ibidem*). Recebeu espaço no Poder Judiciário e tornou-se alvo de estudos realizados por equipes interdisciplinares pertencentes à Associação dos Pais e Mães Separados (APASE) e ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Visando diminuir o número de quadros envolvendo esse fenômeno, em 27 de agosto de 2010, foi publicada a Lei n.º 12.318, Lei da Alienação Parental (ROSA, 2012). Para uma melhor compreensão, é mister ressaltar a diferença entre *síndrome de alienação parental* e *alienação parental*. Nesse sentido, analisa-se o conceito de *síndrome de alienação parental*, formulado por Gardner, precursor no tema:

> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças, sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tem nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo, quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da

> criança pode ser justificada, e assim a expressão de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (*apud* SOUZA, 2014, p. 105).

Entretanto, o termo *síndrome de alienação parental* é rechaçado, como informa Souza (2014), uma vez que a expressão não consta no Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. Ou seja, não se trata de uma síndrome ou distúrbio diagnosticado.

De outro lado, *alienação parental* corresponde à série de atos "[...] desencadeadores da desmoralização levada a efeito pelo alienante" (SOUZA, 2014, p.113). Destarte, o conceito legal de alienação parental está previsto no artigo 2º da Lei n.º 12.318/2010, Lei da Alienação Parental:

> Considera-se ato de alienação parental 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 o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Dessa forma, entende-se a síndrome de alienação parental como referindo-se às "[...] questões psíquicas e aos danos sofridos pela criança/ou adolescente em razão da alienação parental praticada por um dos genitores contra o outro, cujo objetivo é afastá-lo do filho que está sob sua guarda" (SOUZA, 2014, p.114). Deve-se lembrar, a alienação parental pode ser também praticada por tios, avós, padrinhos, tutores ou responsável pelos menores.

Outrossim, o agir do alienante é, por vezes, sutil e silencioso, como afirma Madaleno (2014, p. 45), podendo se tornar um trabalho incessante e duradouro, tendo em vista o seu objetivo fixo de romper os laços afetivos do filho com o ex-cônjuge. Com isso, o guardião usa de vários meios para alcançar a sua finalidade.

O artigo 2º da Lei da Alienação Parental, em seu parágrafo único, exemplifica algumas dessas condutas realizadas pelo alienante:

> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
> V - omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Nem sempre, deve-se observar, o alienante age intencionalmente, praticando por vezes condutas despercebidas por ele mesmo, com enfoque equivocado, "[...] uma vez que possui frustrações oriundas da dissolução da união com o outro genitor" (FREITAS, 2015, p.27).

Ademais, a alienação parental pode ser instaurada bilateralmente, como destaca Freitas (2015). Nessa hipótese, ambos os genitores, ou possuidores da guarda do menor, buscam romper o vínculo deste com o outro. Desse modo, as ferramentas fornecidas pelo direito tornam-se ineficazes, sendo imprescindível o tratamento dos alienantes.

Conforme recordada Souza (2014), com seu comportamento, o alienante almeja evitar ou dificultar a convivência do filho com o alienado, usando todos os meios possíveis. Contudo, a convivência familiar é um direito fundamental conferido à criança e ao adolescente, assegurado na Constituição Federal, no ECA e na Lei de Alienação Parental, em seu art. 3º, o qual prevê: "[...] a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável [...]" (SOUZA, 2014, p.127-128).

Ressalta-se que o início da alienação parental ocorre quando a própria criança ou adolescente absorve a desmoralização principiada pelo seu guardião e passa a atacar diretamente o genitor alienado, proferindo injúrias, agressões e deixando de conviver com este. Nesse momento, "[...] mesmo que os menores possuam afeto pelo genitor alienado, o tratam com ódio e como se estranho fosse" (MADALENO, 2014, p.42-43).

Madaleno (2014, p.43) identifica a alienação parental da seguinte forma:

> As ofensas geralmente são infundadas e inverídicas, porém, quando reais, são exacerbadas, afastadas do contexto, como, por exemplo, dizer que não gosta do genitor porque ele é muito controlador, quando na verdade ele apenas não o deixa sair tarde da noite. Observa-se, então, outro sintoma, concernente nas explicações triviais para justificar a campanha de descrédito, em que os menores incorporam argumentos sem lógica para justificar o fato de não mais desejarem a companhia do genitor, composta por episódios passados, exageros ou ocorrências negativas que passaram juntos.

A prática da alienação parental gera diversas consequências no seio familiar, sendo a criança e o adolescente as principais vítimas, por possuírem "[...] menos ferramentas de defesa e de autoimunidades", como aponta Souza (2014, p.133).

Quando a alienação parental é concretizada, "[...] com a desistência do genitor alienado de conviver com o seu filho, o desenvolvimento deste poderá ser comprometido definitivamente se sobrevierem sequelas patológicas" (SOUZA, 2014, p.133). Madaleno (2014, p. 54) cita como consequência desse fenômeno a visão distorcida dos menores sobre o mundo, apresentando sentimentos de abandono, ansiedade e angústia, capazes de suscitar fobias na fase adulta:

> Para sobreviver, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a exprimir falsas emoções, se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental (*Ibidem*).

Acerca disso, Souza (2014, p. 134) reflete sobre a conduta dos filhos na fase adulta, podendo alimentar um grave sentimento de culpa ao perceber a injustiça cometida contra o genitor alienado. Não obstante, infere-se que "[...] os menores, com a alienação parental concluída, têm como modelo tão somente a figura do guardião alienante, tendendo repetir a sua conduta no futuro".

A autora supracitada prevê, igualmente, consequências gravíssimas oriundas do afastamento de um dos genitores na convivência familiar da criança e do adolescente, "[...] eis que a orfandade psicológica motiva alterações comportamentais e psíquicas nos infantes" (*Ibidem*). Ademais, a jurista realiza importante observação sobre o tema:

> É possível afirmar que a mencionada síndrome implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre o pai e mãe e cria imagens distorcidas da figura paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral (*Ibidem*).

Outras consequências desta síndrome são apontadas por Madaleno (2014), tais como problemas de autoestima, carência, depressão crônica, transtorno de identidade, dificuldades de adaptação, consumo de álcool e drogas. Em última hipótese, o suicídio é cogitado como um dos possíveis efeitos dessa prática.

Há uma variabilidade das consequências da alienação parental no tocante à "[...] idade apresentada pela criança e pelo adolescente, com a frequência em que ocorrem as manipulações e o tipo de relação mantida entre os filhos e seus genitores" (SOUZA, 2014, p.135). Outra questão é levantada por Souza, acerca do momento no qual são produzidos os efeitos da alienação parental, podem não ser imediatos à ocorrência da alienação e se manifestarem apenas na fase adulta.

Por fim, vale transcrever o entendimento de Souza (2014) sobre as consequências da alienação parental sobre a criança e o adolescente, primordialmente acerca do respeito à violação do princípio da proteção integral:

> Importante destacar que as práticas de alienação parental e, em especial, as falsas denúncias de abuso sexual não podem mais merecer a aprovação da Justiça, que em nome da proteção integral, de modo muitas vezes precipitado ou sem atentar ao que verdadeiramente possa ter acontecido, contribui para o rompimento do vínculo de convivência que é tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento (SOUZA, 2014, p.141).

Com isso, nota-se que, visivelmente, a prática da alienação parental pode chegar a níveis tão severos de agressão psicológica que são capazes de destruir elos parentais ou afetivos.

4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

4.1 A pandemia do Coronavírus

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou a ocorrência de uma pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2. O vírus Covid-19, como é chamado popularmente, atingiu 72.851.747 pessoas e foi responsável pela morte de 1.643.339 infectados ao redor do mundo.

Em razão desse novo cenário mundial, foram impostas diversas medidas de proteção com o intuito de evitar o contágio em massa. Tais medidas, de acordo com a OMS e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), variam entre higiene pessoal, uso de máscaras, manter distanciamento de, pelo menos, um metro das outras pessoas e até mesmo o isolamento social, entre outras providências.

De uma forma especial, o Direito de Família foi atingido por essa nova condição social, como descrevem Ibias, da Silveira e Rübenich (2020, s/p):

> O Direito de Família não está alheio a essa situação social, muito pelo contrário, as relações familiares foram atingidas pelo Coronavírus no que tange a convivência entre os integrantes da família e o tema da alienação parental em cena.

Isso porque o isolamento social afetou diretamente o convívio de crianças e adolescentes, filhos de casais separados, com os genitores os quais não residem com eles. Nesse ponto, analisaremos como foi possível garantir o direito à convivência familiar constitucionalmente assegurado a esses filhos e como o instituto da alienação parental foi percebido perante a fase histórica da pandemia mundial de COVID-19.

4.2 Convivência familiar em tempos de pandemia

Com a pandemia no Brasil, sinalizada no mês de março de 2020, o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), ligado ao Ministério dos Direitos Humanos e outros do Governo Federal, recomendou a substituição da convivência presencial entre o filho e o genitor que não residam na mesma casa poderia ser substituída por meio telefônico ou online.

Na sequência da recomendação, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) publicou considerações referentes a essa recomendação do CONANDA, alertando que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser garantidos. Segundo o parecer, os mesmos não podem ser suspensos ou interrompidos simplesmente em razão da pandemia, sobretudo o direito de convivência familiar.

De acordo com o documento, o compartilhamento desse dever de cuidado é essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa e, não havendo previsão para o fim do período do isolamento social, afastar a figura parental por tempo indeterminado poderia causar angústia ao filho que ficaria sem saber como lidar com a situação, nem entender ou superar conflitos.

Acrescentou, ainda, que atribuir a apenas um genitor a presença física da prole seria distribuir um ônus passível de gerar desatenção por exaustão e/ou implicar em limitação da realização existencial desse genitor sobrecarregado, além de contribuir para casos de alienação parental. Ao final, salientou a convivência equilibrada como modelo capaz de permitir o vínculo entre pais e filhos, sendo a negativa de convívio parental um ato extremo, podendo ser admitido apenas quando houver risco à criança, ao adolescente ou à sociedade.

Ou seja, o IBDFAM demonstra a ideia de analisar cada caso concreto com suas peculiaridades. Acerca da ocorrência de casos cada vez mais graves em razão do novo vírus, crianças e adolescentes devem ter seu direito de convivência preservado, seja o exercício como for.

Porém, muitos genitores não conseguiram chegar em um denominador comum quanto ao regime de convivência e muitas situações acabaram chegando ao judiciário, seja pela interrupção injustificada da convivência presencial, seja pela busca dos guardiões pela interrupção da convivência com a chancela do judiciário e, ainda, pais e mães buscando o exercício do direito de convivência o qual lhes foi cerceado.

Como grandes exemplos, observa-se nos julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Os entendimentos variaram para ambos os "lados". Isso, considerando-se existir um lado o qual seja o melhor para as crianças e adolescentes.

No agravo de instrumento, Nº 70084390871, julgado pela oitava câmara cível, relatoria da Desembargadora Rosana Garbin, oriundo da comarca de Bagé, entendeu-se:

> A convivência não é, em absoluto, privilégio dos pais, mas, sim, direito dos filhos – na hipótese em exame, uma criança de cerca de dois anos e três meses de idade –, cujos interesses devem prevalecer sobre os de qualquer outro, sendo, em regra, salutar o convívio com ambos os genitores e seus núcleos familiares, o que se coaduna com as garantias constitucionalmente consagradas, a fim de proporcionar à prole adequado desenvolvimento. No caso concreto, não se verificam efetivas razões para ser mantido o regime de convivência entre pai e filho na casa materna, não devendo a existência de animosidade ou a falta de uma boa relação entre os ora litigantes constituir óbice à efetivação do direito suprarreferido. Apresentando o genitor condições de cuidar da prole, evidentemente com rigorosa observância das orientações das autoridades de saúde quanto às condutas preventivas em relação à pandemia de Covid-19, merece incentivo à visitação do pai à criança.

Por outro lado, existem decisões suspendendo a convivência presencial, inclusive durante as festividades de final de ano, e guardiões descumprindo com os encontros virtuais eventualmente determinados. Essas situações abrem portas para o exercício irrestrito da alienação parental, podendo trazer prejuízos muito superiores para os filhos em relação à existência do próprio vírus.

Como exemplo de suspensão de contato familiar com um dos genitores, ocorreu em caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Houve a suspensão temporária de visitas paterna em função da genitora guardiã ser pertencente ao grupo de risco. Para se manter estabelecido o vínculo, optou-se por livre contato por meio eletrônico[3].

3 Processo n: 8057231-30.2020.8.05.0001, Relatora: Juíza Bárbara Correia de Araújo Bastos, data da decisão: 26/04/2020, TJ-BA. Disponível em: https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/12387/. Acesso em dez. de 2021.

4.3 Alienação parental em tempos de pandemia

Como estudamos, a alienação parental consiste em uma triste realidade enfrentada por filhos vivendo sob o regime da guarda compartilhada que sofrem com as atitudes do agente alienador, o qual promove uma verdadeira desqualificação do agente alienado. O fato gera inúmeras consequências psicológicas na vida das crianças e adolescentes vítimas desse instituto.

Contudo, a prática da alienação parental foi intensificada durante a pandemia do coronavírus, sendo utilizada como munição pelos agentes alienadores, os quais sustentam a necessidade do isolamento social de crianças e adolescentes com o único objetivo de afastá-los do convívio familiar com o agente alienado. Nessa senda, Pinto conclui (2020):

> Tomando como base o atual cenário pandêmico, as autoridades sanitárias recomendaram o distanciamento social, dentre outras medidas, a fim de evitar a proliferação e a contaminação em massa. Com isso, as pessoas foram obrigadas a se submeter a um "NOVO NORMAL". No que tange a situação dos infantes, especialmente aqueles que estão sob o regime de guarda compartilhada, o confinamento foi um fator importante para que a prática da alienação parental viesse disfarçada de excesso de zelo e proteção por parte de alguns genitores. (PINTO, 2020, s/p.)

Conforme a autora, inicialmente os tribunais de justiça, visando atender ao melhor interesse das crianças e adolescentes e buscando preservar a sua saúde e de seus familiares durante a pandemia, decidiram pela suspensão do convívio presencial com um dos genitores ou guardiões. Ou seja, optaram pela permanência dos filhos com apenas um genitor ou guardião, ferindo o direito à convivência familiar, mas atender ao princípio do melhor interesse dos infantes (PINTO, 2020).

Uma solução para essa situação judicialmente estabelecida, em um primeiro momento, foi apontada pelos autores Ibias e Silveira (2020) a substituição da convivência presencial pela convivência virtual. A matéria dá enfoque ao avanço tecnológico como ferramenta eficaz para garantir o convívio familiar e, consequentemente, afastar a prática de alienação parental, como podemos ver:

> Não há dúvidas de que as crianças, independentemente do tipo de guarda que estiver pactuada pelas partes ou determinada judicialmente, têm o direito de conviver com seus genitores. Mas, há a necessidade da redução dos riscos de contaminação do coronavírus e as pessoas não devem sair de casa. Logo, inviável a manutenção da convivência pessoal dos filhos com o outro genitor nesse período.
> A suspensão da convivência pessoal neste momento social é o que tutela o melhor interesse dos filhos. Inclusive, para os pais que vivem em cidades diferentes, a convivência das crianças não pode ser presencial e devemos nos socorrer dos meios de comunicação virtual para permitir a coexistência de outra forma (IBIAS; SILVEIRA, 2020, s/p.).

Nessa perspectiva, Mestriner (2020) abordou a decisão da 7º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual substituiu a convivência presencial de um pai com o filho pela convivência virtual durante pandemia de COVID-19. O entendimento do tribunal teve a seguinte base de pensamento:

> Não há um manual regulamentando a coparentalidade em tempos de COVID-19, situação absolutamente extraordinária, uma crise de saúde pública sem precedentes, cujo potencial de letalidade não pode ser minimizado, especialmente, segundo informam epidemiologistas e infectologistas, nessa primeira fase anterior ao ápice da disseminação do vírus em Porto Alegre, que deverá ocorrer no mês de abril.

Em síntese, a genitora requereu a suspensão da convivência paterna durante o período da pandemia COVID-19, considerando a eventual exposição da criança com quatro anos de idade aos riscos inerentes à doença, sustentando a possibilidade de compensação das visitas oportunamente e de acordo com o melhor interesse do infante.

O pai, por sua vez, impetrou recurso no Tribunal do Rio Grande do Sul requerendo a reforma da decisão do juízo de primeiro grau, alegando, resumidamente, que a convivência na forma presencial não importaria em risco para a criança, pois seriam tomadas as medidas de proteção recomendadas. Além disso, conforme assegurado pelo genitor, o filho não faria uso de transporte público para deslocamento entre o domicílio da mãe e o seu.

Em decisão monocrática, a desembargadora relatora, Dra. Vera Lucia Deboni, da Sétima Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu ser correta a decisão de primeiro grau, negando o provimento do recurso, e confirmando a convivência virtual diária do genitor com o filho.

Por outro lado, em matéria publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) aponta-se para o avanço jurisprudencial do tema. O Instituto, zelando pela proteção das famílias e dos princípios regentes das relações afetivas, trouxe o entendimento da juíza Angela Gimenez, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, a decisão determinando o restabelecimento do convívio familiar da filha com seu genitor, visto que a transgressão da guarda compartilhada não se justificava, mesmo diante do cenário pandêmico:

> Nos primeiros dias, notamos algumas decisões liminares que mantiveram o *status quo* da criança, fazendo com que ela permanecesse, por tempo indeterminado, com quem ela estivesse no momento em que a pandemia se instalou.
> No entanto, com o passar dos dias, reconheceu-se que a permanência indiscriminada das crianças com apenas um genitor, por longo tempo, não se afinava com o princípio da proteção integral infantojuvenil, e que o trabalho a ser feito era o de análise particular de cada caso, com o objetivo de se apurar as melhores condições de proteção e cuidado dos filhos em cada família (Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/7242/Pandemia+do+coronav%C3%ADrus+n%C3%A3o+pode+ser+usada+para+rompimento+do+conv%C3%ADvio+parental).

Como podemos observar, a suspensão ou limitação da convivência familiar de crianças e adolescentes com um de seus genitores, se justificada, evidentemente não configura a prática da alienação parental. Contudo, uma vez reconhecida a alienação parental como prática disfarçada de excesso de zelo e proteção, é dever do judiciário intervir na relação familiar com o intuito de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar com o agente alienado.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Paraná atuou positivamente em agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida nos autos de Ação de Modificação de Guarda e Critérios de Convivência,

confirmando a sentença que advertiu a genitora/agravante, com base no artigo 6°, inciso I, da Lei nº. 12.318/2010, Lei da Alienação Parental[4].

Para uma melhor compreensão, reiteramos o teor do artigo 6°, inciso I, da Lei nº. 12.318/2010[5]:

> 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;
> (...)

Um dos argumentos levantados pela genitora agravante foi acerca do enorme risco de os filhos viajarem em plena pandemia para conviverem com o genitor, pelo fato dela residir em Londrina, no Paraná, e o genitor em Natal, no Rio Grande do Norte. No entanto, o Tribunal sabiamente decidiu da seguinte forma:

> Na realidade, a medida se mostra razoável para ampliar e resguardar o convívio entre o genitor e seus filhos, pois estes não frequentam a residência paterna e não mantêm contato físico com o pai desde meados de março do corrente ano. Muito embora seja compreensível o contexto absolutamente excepcional em que a sociedade está inserida, haja vista a pandemia de COVID-19, afigura-se temerário que o genitor aguarde, indefinidamente, a possibilidade de conviver com seus filhos no ambiente familiar paterno.

Dessa forma, o TJ/PR ratificou a sentença proferida em primeiro grau, confirmando a alienação parental praticada pela genitora durante a pandemia, a qual impediu o convívio dos filhos com o genitor pelo período

4 Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/7690/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+ap%C3%B3s+quatro+meses+afastado%2C+pai+consegu e+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+conviv%C3%AAncia+e+f%C3%A9rias+com +os+filhos Acesso em dez. de 2020.

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em dez. de 2020.

de quatro meses, ferindo o direito à convivência familiar. Além da convivência virtual diária, a decisão retomou a convivência presencial do genitor com as crianças, bem como concedeu o direito de permanecerem sob os cuidados do pai de forma integral durante o período de férias com o intuito de recompensá-los pelo afastamento promovido pela mãe alienadora.

Sendo assim, apesar da alienação parental ter sido identificada de forma mais intensa durante o período pandêmico, a justiça brasileira esteve sempre atenta, visando atender aos interesses da criança e do adolescente, em busca da garantia do direito à convivência familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FIN3AIS

Com a realização deste trabalho, analisou-se o direito à convivência familiar e o instituto da alienação parental, realidade ocorrida frequentemente por ocasião da dissolução da família. Situação, essa, agravada especialmente em tempos de pandemia quando o isolamento social foi previsto como uma das medidas de proteção de contágio.

Percebeu-se que, com a ruptura do vínculo entre os pais, os filhos sofrem diretamente os efeitos, pois necessitam do contato com os dois responsáveis para o seu desenvolvimento como ser humano.

Ademais, verificou-se a gravidade das consequências dessas condutas alienantes sobre os infantes, as quais ferem não somente o direito à convivência familiar, mas também podem resultar em frustrações levadas até a fase adulta, intervindo na sua qualidade de vida.

Sobretudo, este trabalho almejou elucidar a constante luta pela garantia do direito à convivência familiar, assegurado constitucionalmente às crianças e adolescentes vítimas de alienação parental, de uma forma especial nos tempos da pandemia de coronavírus. Pode-se concluir que, até o presente momento, o Direito ainda se renova e encontra na evolução jurisprudencial ferramenta eficaz para proteger os diversos arranjos familiares do instituto da alienação parental e garantir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar saudável.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina. *Guarda compartilhada: um avanço para a família.* São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. *Lei da Alienação Parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em dez. de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento 70084390871*. Relatora Rosana Broglio Garbin. 27 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas=-solr/?aba=jurisprudencia&q-70084390871&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em jan. de 2020

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Douglas. *Alienação parental*: Comentários à Lei 12.318/2010. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAMA, Guilherme. *Princípios constitucionais de família: guarda compartilhada à luz da lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Guarda compartilhada:* Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Campinas: LZN, 2008.

GONÇALVES, Carlos. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. *Alienação parental: após quatro meses afastado, pai consegue ampliação da convivência e férias com os filhos.* In: IBDFAM, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/7690/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+ap%C3%B3s+quatro+meses+afastado%2C+pai+consegue+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+conviv%C3%AAncia+e+f%C3%A9rias+com+os+filhos. Acesso em dez. de 2020.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. *Pandemia do coronavírus não pode ser usada para rompimento do convívio parental.*

IBDFAM, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/ 7242/Pandemia+do+coronav%C3%ADrus+n%C3%A3o+pode+ser+usada+para+rompimento+do+conv%C3%ADvio+parental Acesso em dez. de 2020.

IBIAS, Delma Silveira; DA SILVEIRA, Diego Oliveira; RÜBENICH, Aline. *A alienação parental em tempos da pandemia do coronavírus*. In: IBDFAM, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1454/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+em+tempos+da+pandemia+do+coronav%C3%ADrus#:~:text=A%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%20em%20tempos%20da%20pandemia%20do%20coronav%C3%ADrus,-Autor%3A%20Delma%20Silveira&text=A%20Lei%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental,turba%C3%A7%C3%A3o%20da%20rela%C3%A7%C3%A3o%20paterno%2Dfilial. Acesso em dez. de 2020.

IBIAS, Delma Silveira; DA SILVEIRA, Diego Oliveira. Coronavírus e o direito de convivência com os filhos. In: Espaço Vital Independente, 2020. Disponível em: https://www.espacovital.com.br/publicacao-37761-coronavirus -e-o-direito-de-convivencia-com-os-filhos Acesso em dez. de 2020.

MADALENO, Ana Carolina. *Síndrome da Alienação Parental*: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MESTRINER, Angelo. *7º Câmara Cível do TJ/RS - decisões antagônicas entre relatores sobre convívio do filho com os genitores durante pandemia covid-19*. Jusbrasil,

2020. Disponível em: https://angelomestriner.jusbrasil.com.br/artigos/ 840954782/7-camara-civel-do-tj-rs-decisoes-antagonicas-entre-relatores-sobre-convivio-do-filho-com-os-genitores-durante-pandemia-covid-19 Acesso em dez. de 2020.

OMS, Organização Mundial da Saúde. *Folha informativa COVID-19* (2020). Escritório Regional para as Américas. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19 Acesso em dez. de 2020.

OMS decreta pandemia do novo coronavírus: Saiba o que isso significa. *Veja Saúde*, São Paulo, 11/mar. 2020. Caderno Medicina. Disponível em https://saude.abril.com.br/medicina/oms-decreta-pandemia-do-novo-coronavirus-saiba-o-que-isso-significa/. Acesso em dez. de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada*. In: IBDFAM, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada. Acesso em dez. de 2020.

_____ (Org.). *Guarda compartilhada*: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

PINTO, Larissa Silva. A alienação parental no contexto de pandemia. In: IBDFAM, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1537/A+alienação+parental+no+contexto+de+pandemia. Acesso em dez. de 2020.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.154.

ROSA, Conrado. *Desatando nós e criando laços*: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte – MG: Del Rey, 2012.

_____. Guarda Compartilhada e Guarda Alternada: não dá pra confundir! In: IBDFAM, 2015. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1016/Guarda+compartilhada+e+guarda+alternada%3A+não+dá+para+confundir%21. Acesso em dez. de 2020.

SILVA, Ana Maria. *A lei sobre guarda compartilhada*. Leme - SP: J. H. Mizuno, 2008.

SOTTOMAYOR, Edgard de Moura. Guarda de filhos. São Paulo: Leud, 2020.

SOUZA, Juliana. *Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. Leme – SP: Mundo Jurídico, 2014.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE *VERSUS* A DIFERENCIAÇÃO ENTRE IRMÃOS GERMANOS E UNILATERAIS NA CONCORRÊNCIA À SUCESSÃO

Ariane Soares da Fonseca[1]

RESUMO

O Código Civil vigente, ao tratar da sucessão dos colaterais – mais especificamente da concorrência entre irmãos – mantém clara distinção entre os bilaterais e unilaterais, em seu artigo 1.841, afirmando que, concorrendo uns com os outros, os primeiros receberão metade daquilo cabido aos últimos. Essa preferência do ordenamento jurídico aos irmãos germanos, em detrimento dos unilaterais, tem sido alvo de discussões pela doutrina, reclamando pacificação. Assim, busca-se, com o presente trabalho, analisar os argumentos das posições doutrinárias, a fim de estabelecer uma perspectiva de resolução do tema.

Palavras-chave: Sucessão; Colaterais; Irmãos; Divergência Doutrinária.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família sabidamente vem sendo expandido com o passar dos anos e a modificação das relações humanas. Os filhos tidos fora do casamento, considerados ilegítimos pela disposição do artigo 332 do revogado Código Civil de 1916, passaram a ter os mesmos direitos daqueles gerados a partir da relação matrimonial com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu artigo 227, §6º. A Emenda Constitucional

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel) – RS; Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: asofonseca@outlook.com.

66/2010 também facilitou a formação de novas famílias com a dissolução do primeiro casamento pelo divórcio, tornando as "famílias mosaico" comuns. De igual forma, a "família monoparental", formada por apenas um dos genitores e seu(s) filho(s), passou a ser aceita socialmente, sendo cada vez menos rara a existência de irmãos unilaterais. Aliado a isso, a ausência de costume testamentário no país e a progressiva redução da taxa de natalidade conferem relevância aos colaterais na sucessão.

Contudo, apesar dos avanços legislativos em âmbito geral, o Código Civil vigente, ao tratar da sucessão dos colaterais – mais especificamente da concorrência entre irmãos – mantém clara distinção entre os irmãos bilaterais e unilaterais, transportada integralmente do artigo 1.614 do diploma civilista revogado para o seu artigo 1.841, afirmando que, neste caso, os irmãos unilaterais receberão metade do quinhão hereditário cabido aos germanos. Tal distinção, segundo a doutrina mais conservadora, seria plenamente justificável em razão de os últimos serem irmãos de pai e mãe, portanto, possuírem vínculo duplo com o *de cujus* em relação aos primeiros, os quais têm apenas um dos genitores em comum com o extinto.

Partindo de sua interpretação acerca dos princípios da igualdade e isonomia, firmados pela Constituição Federal de 1988, surge corrente contrária ensejando grande discussão doutrinária acerca da constitucionalidade de tal tratamento, porquanto discriminatório, segundo esse entendimento. Considera-se, ainda, o afeto enquanto importante elemento a pautar a sociedade e a jurisprudência nos dias atuais, para defender a necessidade de atualização legislativa quanto ao ponto.

A acirrada discussão doutrinária acerca do assunto ainda não foi submetida à análise do Pretório Excelso, assim, apesar das respeitáveis críticas, os Tribunais têm mantido a interpretação literal, em respeito ao princípio da legalidade. Assim, busca-se, com o presente artigo, debater as posições doutrinárias e suas motivações, a fim de estabelecer uma perspectiva de pacificação acerca da constitucionalidade da norma. Para tanto, faz-se necessário verificar a aplicabilidade dos princípios constitucionais citados ao caso em tela, analisando algumas das recentes decisões dos Tribunais Superiores, os quais vêm cada vez mais considerando o afeto como elemento social (inclusive preterindo o parentesco biológico). Além disso, importa elucidar a sucessão dos colaterais, principalmente no que tange à concorrência entre irmãos germanos e unilaterais.

Desse modo, o texto foi dividido em três capítulos de desenvolvimento, começando pelo estudo do princípio constitucional da igualda-

de e seus desdobramentos, partindo para a estruturação da sucessão dos colaterais e, após, abordando a discussão doutrinária objeto de análise. Quanto à metodologia, adotou-se o método de pesquisa descritiva, a fim de analisar os argumentos apresentados pela doutrina, a partir da coleta de dados de fontes escritas – bibliográfica e documental. Fez-se opção de abordagem pelo método dedutivo, tendo como base a verdade geral a ser captada do atual cenário jurídico das sucessões e dos princípios constitucionais para, após, concluir especificamente a respeito da constitucionalidade ou não da concorrência sucessória entre irmãos germanos e unilaterais na forma trazida pela Lei Civil. Por fim, para a análise e conclusão, utilizou-se o método qualitativo, descrevendo e interpretando os dados obtidos através do estudo.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os princípios constitucionais são o ponto de partida para a operação do direito, possuindo força vinculante e devendo ser observados sob pena de inconstitucionalidade, conforme leciona Paiva (2013, p. 52).

Especificamente quanto ao princípio da igualdade, para além de um "simples" princípio, trata-se de um objetivo constitucional e, ainda, de um fundamento do Estado Democrático de Direito (ANDRADE JÚNIOR, 2011). Daí a necessidade de estudo acerca de seus conceitos e implicações, tanto em âmbito constitucional quanto no Direito das Famílias e Sucessões, a fim de facilitar o entendimento do tema proposto no presente estudo.

2.1 Igualdade no âmbito Constitucional

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 5º, *caput*, a previsão do direito à igualdade jurídica ou formal (igualdade como imparcialidade), afirmando que "[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)". Ainda, consagra a igualdade fática ou material (diretamente ligada ao sentido de justiça e isonomia) no artigo 3º, inciso III, de seu texto: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Segundo Marcelo Novelino (2014, capítulo 23) a igualdade formal é a responsável por impedir a adoção de "[...] tratamentos diferen-

ciados para situações essencialmente iguais ou tratamentos iguais para situações essencialmente diferentes sem uma razão legítima". Por sua vez, a igualdade material surgiu a partir da preocupação com o conteúdo justo do tratamento e com a superação das desigualdades concretamente existentes, as quais não eram observadas pela face formal do instituto, exigindo a adoção de uma postura positiva por parte do Estado. A doutrina explica essa evolução:

> Se é verdade que a sociedade idealmente meritocrática cometia ao Estado unicamente o dever de observar a igualdade de todos, abstendo-se de discriminar, já agora, a sociedade da alteridade requer do Estado um papel ativo, capaz de assegurar a igualdade de oportunidades, capaz de promover positivamente a igualdade (SILVA JÚNIOR, 2020).

Assim, a igualdade material consagra-se por meio de ações positivas do Estado a fim de garantir os direitos sociais dos indivíduos menos favorecidos. As ações afirmativas, por exemplo, visam à redução de desigualdades decorrentes de discriminações (raça, etnia) ou de hipossuficiência econômica (classe social) ou física (deficiência), por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições. Tratam-se, pois, de discriminações positivas ou reversas, geralmente temporárias, uma vez que a concessão de tratamento diferenciado se justifica apenas enquanto perdurarem as diferenças fáticas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclarece:

> O princípio da isonomia – que vincula, no plano institucional, todas as instâncias de poder – tem por função precípua, consideradas as razões de ordem jurídica, social, ética e política que lhe são inerentes, a de obstar discriminações e extinguir privilégios (RDA 55/114), devendo ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei e da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445). A alta significação que esse postulado assume no âmbito do Estado democrático de direito impõe, quando transgredido, o reconhecimento da absoluta desvalia jurídico-constitucional dos atos estatais que o tenham desrespeitado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 360461 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJe de 28/03/08).

Há, portanto, um paradoxo quando se trata de igualdade: quem deseja fomentar a igualdade material deve estar disposto a aceitar uma desigualdade formal, isto é, uma desigualdade no tratamento. Não há como reduzir o desequilíbrio fático sem um tratamento jurídico diferenciado, isonômico, voltado à redução das desigualdades existentes no plano concreto.

2.2 Igualdade no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões

Historicamente, o casamento era a única forma legalmente reconhecida de se constituir família, sendo rechaçada por completo a ideia de conceber filhos fora da entidade familiar, em relacionamentos extraconjugais. Contudo, tal reprovação nunca obstou a existência, de fato, dessas relações, chamadas de concubinato, as quais muitas vezes resultavam em gestações "indesejadas" socialmente. Aos filhos gerados fora do casamento, dava-se o tratamento de "bastardo" e nenhum reconhecimento de direitos de filiação.

Com o passar dos anos e a constante modificação social surgiram avanços a passos lentos no ordenamento jurídico brasileiro, como o desquite (possibilitando o fim dos deveres conjugais, mantendo-se o vínculo matrimonial), a separação judicial e o divórcio (os quais, inicialmente juntos, possibilitaram o fim do vínculo matrimonial e a formação de novas famílias). Daí decorre a necessidade de ampliação do conceito de "família" até então existente e, consequentemente, de conferir igualdade de direitos a todos os indivíduos, independentemente da forma como foram concebidos.

Tal anseio da sociedade foi percebido pelo constituinte originário, o qual reconheceu as uniões estáveis como entidades familiares, no artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988. A mesma Carta Magna estabeleceu, em seu artigo 227, §6º, idênticos direitos aos filhos, havidos ou não do casamento ou, inclusive, por adoção (filiação socioafetiva já legalmente aceita desde o Código Civil de 1916), proibindo "quaisquer designações discriminatórias" relativas à condição de filho.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal deu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação em conformidade com a Constituição Federal para excluir "[...] qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277/DF

e ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 05/05/2011, DJe de 14/10/2011) e ainda declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do mesmo diploma legal, fixando a seguinte tese de repercussão geral:

> No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 646721, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 10/05/2017, DJe de 11/09/2017 e RE 878694, rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 10/05/2017, DJe de 06/02/2018).

Assim, nota-se que o princípio da igualdade vem sendo cada vez mais prestigiado no ordenamento jurídico, mormente no Direito das Famílias, aliando-se os avanços sociais à legislação e jurisprudência, em busca da menor discriminação e maior isonomia possíveis. Tal premissa será utilizada como base para o desenvolvimento dos demais tópicos deste trabalho.

3 A SUCESSÃO DOS COLATERAIS NO CÓDIGO CIVIL

O parentesco colateral é chamado a suceder na ausência absoluta de descendentes, ascendentes e de cônjuge ou companheiro supérstite (equiparados pelo Supremo Tribunal Federal, para fins sucessórios, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721), de acordo com a ordem de vocação hereditária fixada pelo artigo 1.829 do Código Civil[2] e nos termos do artigo 1.839 do mesmo diploma legal[3].

Conforme expressamente previsto no artigo 1.840 daquela lei, "na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos", ressalvado o direito de representação dos filhos de irmãos premorientes,

2 Artigo 1.829 do Código Civil: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

3 Artigo 1.839 do Código Civil: Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

indignos ou deserdados. O grau mais próximo na linha colateral é o 2º, pois a parentalidade transversal se inicia nos irmãos. Dessa forma, havendo irmãos vivos, estes serão chamados a suceder em detrimento dos tios e sobrinhos (parentesco colateral de 3º grau), tios-avôs, sobrinhos-netos e primos-irmãos (parentesco colateral de 4º grau). Sendo algum dos irmãos pré-morto e tendo deixado filhos (sobrinhos do *de cujus*), a estes caberá a sua cota por representação.

Em linhas gerais, cabível ressaltar, ainda, que os parentes colaterais do *de cujus* **são herdeiros facultativos, podendo ser afastados da sucessão, nos termos do artigo 1.850 da norma civil**[4], não lhes sendo reservado o direito de legítima como o é aos herdeiros necessários. Para tanto, o autor da herança deve dispor da totalidade de seus bens mediante testamento, sem contemplá-los.

3.1 Concorrência entre colaterais no 2º grau: a questão dos irmãos germanos e unilaterais

A expressão "germano" era utilizada pela codificação de 1916 em diversos dispositivos, em referência àqueles irmãos de filiação idêntica. Germanos, portanto, são irmãos bilaterais, filhos dos mesmos pai e mãe. Por outro lado, os unilaterais são aqueles vinculados por apenas um dos genitores. Gize-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, tal conceituação não deve levar em consideração apenas critérios biológicos, mas também socioafetivos, pois o artigo 227, §6º, da Carta Magna[5] veda expressamente quaisquer formas de discriminação relativa à filiação, outorgando idênticos direitos aos filhos "havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção".

4 Artigo 1.850 do Código Civil: Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

5 Artigo 227 da Constituição Federal: 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. (...) §6º: 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.

Quando os irmãos do falecido chamados à sucessão são todos bilaterais ou todos unilaterais não há maiores preocupações, porquanto herdarão todos em cotas idênticas, conforme se extrai do artigo 1.842 do Código Civil[6] vigente. Contudo, em se tratando de concorrência entre uns e outros, o *códex* mantém clara distinção, transportada integralmente do artigo 1.614 do revogado Código Civil de 1916 para o artigo 1.841 do atual diploma, o qual afirma: "[...] concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmão unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar".

Assim, Rosa e Rodrigues (2020, p. 192-194) explicam que, aos irmãos bilaterais, deve ser atribuído o peso 2, enquanto aos unilaterais, o peso 1. Após, divide-se o monte mor pela soma dos pesos atribuídos a todos os herdeiros colaterais, chegando-se à chamada "cota hereditária". Ao final, dá-se duas dessas cotas para cada irmão bilateral e uma a cada um dos unilaterais. A título de exemplo, os autores trazem uma relação de herdeiros composta de dois irmãos bilaterais e três unilaterais, partindo-se de um monte mor avaliado em R$ 1.400.000,00. Aplicando-se a fórmula proposta, tem-se a divisão da herança por 7 (soma dos pesos atribuídos aos herdeiros), resultando em R$ 200.000 o valor de cada cota hereditária. Cabe, portanto, uma cota a cada irmão unilateral (R$ 200.000,00) e o dobro dela a cada irmão bilateral (R$ 400.000,00).

3.2 Concorrência entre os colaterais no 3º grau

De acordo com o artigo 1.843 do Código Civil, "[...] não havendo irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios". Há, portanto, exceção à regra de igualdade no quinhão hereditário entre colaterais do mesmo grau, de modo que os sobrinhos preferem aos tios, embora estejam todos no 3º grau da linha colateral. Portanto, pode-se dizer existir uma opção do legislador por preferir os descendentes aos ascendentes, justificada, segundo Farias e Rosenvald (2020, p. 399-400), porquanto "[...] é intuitivo que os descendentes sobrevivam à ascendência".

O artigo 1.843, §2º, do Código Civil[7] traz a mesma distinção verificada entre irmãos bilaterais e unilaterais para os casos nos quais os

6 Artigo 1.842 do Código Civil: Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

7 Artigo 1.843 do Código Civil: Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não

sobrinhos são chamados a suceder. Assim, concorrendo sobrinhos filhos de irmãos unilaterais do falecido com outros filhos de seus irmãos bilaterais, cada um daqueles receberá a metade do cabido a estes. Sendo todos os sobrinhos filhos de irmãos bilaterais ou unilaterais, herdarão em cotas iguais, conforme se extrai do §3º do recém mencionado artigo 1.843 da legislação civilista[8].

Trata-se, aqui, de herança por cabeça e não por representação, uma vez que todos os irmãos do extinto já faltam, passando-se ao grau seguinte do parentesco colateral. Dessa forma, segundo Rosa e Rodrigues (2020, p. 195), deve-se obedecer ao sistema de cálculo apresentado para a hipótese da concorrência entre irmãos bilaterais e unilaterais, atribuindo-se peso 2 aos sobrinhos descendentes de irmãos bilaterais do falecido e peso 1 aos filhos de seus irmãos unilaterais, seguindo-se conforme aquele exemplo.

3.3 Concorrência entre os colaterais no 4º grau

Por fim, quando concorrem à herança tios-avós, sobrinhos-netos e primos-irmãos, última classe sucessória segundo o artigo 1.839 do Código Civil, a sucessão se dá pela regra de igualdade entre colaterais do mesmo grau e, portanto, sem preferência entre uns e outros, eis que não há, neste caso, dispositivo semelhante ao já citado artigo 1.843, *caput*, do mesmo diploma legal (o qual, no 3º grau, dá preferência aos sobrinhos em detrimento dos tios). Aqui, a sucessão dar-se-á apenas por cabeça, pois o direito de representação se encerra no 3º grau, com a possibilidade de os sobrinhos do *de cujus* representarem seus irmãos pré-mortos. As decisões judiciais reforçam este entendimento, como se pode perceber pelo seguinte julgado exemplificativo:

> RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. EXCLUSÃO DE COLATERAL. SOBRINHA-NETA.EXISTÊNCIA DE OUTROS HERDEIROS COLATERAIS DE GRAU MAIS PRÓXIMO.HERANÇA POR REPRESENTAÇÃO DE SOBRINHO PRÉ-MOR-

os havendo, os tios. (...) §2º: Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

8 Artigo 1.843 do Código Civil: Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios. (...) §3º: Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

> TO. IMPOSSIBILIDADE. 1. No direito das sucessões brasileiro, vigora a regra segundo a qual o herdeiro mais próximo exclui o mais remoto. 2. Admitem-se, contudo, duas exceções relativas aos parentes colaterais: a) o direito de representação dos filhos do irmão pré-morto do *de cujus*; e b) na ausência de colaterais de segundo grau, os sobrinhos preferem aos tios, mas ambos herdam por cabeça. 3. O direito de representação, na sucessão colateral, por expressa disposição legal, está limitado aos filhos dos irmãos. 4. Recurso especial não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1064363/SP 2008/0121983-3, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 11/10/2011, DJe de 20/10/2011).

Também pela ausência de dispositivo semelhante ao artigo 1.843, §2º, do diploma civil, quando concorrem apenas sobrinhos-netos, no 4º grau, deixa de existir a diferenciação em razão da descendência unilateral ou bilateral, herdando todos em idênticas cotas. Assim, o presente trabalho não se alongará neste ponto, porquanto irrelevante para o estudo do tema proposto.

4 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS DISTINÇÕES ENTRE O PARENTESCO BILATERAL E UNILATERAL

Como mencionado, a constitucionalidade ou não do artigo 1.841 do Código Civil brasileiro vem dividindo opiniões entre diversos autores, os quais se posicionam a favor ou contra a distinção estabelecida pelo citado artigo entre os irmãos do *de cujus* em razão do vínculo unilateral ou bilateral.

Muito embora a questão não tenha chegado ao Supremo Tribunal Federal até o presente momento, para fins de pacificação do entendimento, há bons argumentos da doutrina merecendo análise. Assim, o presente tópico abordará as duas correntes doutrinárias e analisará seus fundamentos.

4.1 Corrente que defende a constitucionalidade

A doutrina majoritária (TARTUCE, 2020; SIMÃO, 2014) adota posicionamento favorável à distinção dos irmãos germanos e unilaterais na concorrência à sucessão, defendendo a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal, por ausência de ofensa à Carta Magna.

De acordo com Silva (2018), por serem os colaterais herdeiros facultativos, o autor da herança poderia dispor da totalidade de seus bens em favor dos irmãos unilaterais (ou de quem bem entendesse), excluindo os germanos da sucessão. Do mesmo modo, a autora afirma que, "[...] se a pessoa considerar injusta a desigualdade de quotas, poderá dispor pela igual divisão do patrimônio entre os colaterais" através de testamento (SILVA, 2018).

Quanto ao ponto, sabe-se a pouca amplitude da adoção da cultura de planejamento sucessório no Brasil. A título de exemplo, conforme os dados divulgados[9] pelo Colégio Notarial do Brasil, os Tabelionatos de Notas do Estado do Rio Grande do Sul lavraram 5.229 testamentos no ano de 2016 (CONSELHO..., 2017). Ainda, segundo dados da Pesquisa Estatísticas do Registro Civil, publicados no sítio do Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA[10], no mesmo ano, o total de óbitos registrados no Estado, dentre indivíduos a partir dos 20 anos (excluídos aqueles cuja idade era ignorada), foi de 84.511 (SISTEMA..., 2016). Tal pesquisa induz à conclusão de que a imensa maioria das pessoas, de fato, não busca dispor de seus bens em vida, deixando sua herança submetida integralmente à ordem de vocação hereditária.

De acordo com Simão (2014), considerando essa realidade, "[...] caberia à lei presumir de maneira adequada a vontade do falecido". Ao analisar o tema, o autor concluiu inexistir conflito entre o mandamento civil e o artigo 227, §6º, da Constituição Federal, porquanto sequer tratam do mesmo tema: este último pressuporia a igualdade entre filhos, tão somente, e não entre irmãos. Para Simão (2014), a questão não se encerra na constitucionalidade ou não do artigo 1.841 do Código Civil, mas perpassa justamente pela necessidade ou não de alteração legislativa, a fim de adequar a lei aos anseios da sociedade. Ainda, segundo o autor, "a regra sucessória da desigualdade entre irmãos é tão pacificamente aceita pela sociedade brasileira que não existem projetos para a sua alteração, nem vontade política ou social para tanto" (SIMÃO, 2014).

9 Disponível em: https://www.notariado.org.br/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos/. Acesso em jan. de 2021.

10 Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2685#/n3/43/v/allxp/p/2016/c9832/0/c1836/0/c2/0/c260/0,5967,5968,5969,5970,5971,5972,5973,5974,5975,5976,5977,5978,5979,5996,106181,106182,106183/c257/0/l/v,p+c9832+c1836+c2,t+c260+c257. Acesso em jan. de 2021.

Parte relevante da doutrina defende o prestígio da lei civil à isonomia entre os irmãos, pois "[...] a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem se encontra em situação fática desigual" (CHAVES e ROSENVALD, 2020, p. 398). No mesmo sentido, Tartuce (2019, p. 1374) afirma que "[...] não há qualquer inconstitucionalidade nesse artigo privado, por suposta discriminação aos irmãos", primeiro por tratarem de parentescos diversos e, segundo, porque "[...] o dispositivo parece estar situado na segunda parte da isonomia constitucional (art. 5º, caput, da CF/1988), na especialidade, eis que a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, de acordo com as suas desigualdades". Assim, entende-se a distinção de cotas hereditárias na concorrência entre colaterais de 2º grau, como autorizada pela desigualdade fática entre irmãos bilaterais. Contudo, isso não ocorre entre os descendentes:

> Um pai é ligado de maneira igual a quaisquer de seus filhos, pois se trata de linha reta. Com os colaterais, a relação funciona de forma distinta, vez que devem procurar o ancestral comum. Nesse caso, os irmãos bilaterais possuem dois vínculos comuns (pai e mãe), enquanto os unilaterais apenas um vínculo comum (SILVA, 2018).

Rosa e Rodrigues (2020, p. 192) abordam a questão por outro lado: "[...] partindo de um critério objetivo, quem tem mesmo pai e mãe possui maior vinculação do que alguém que somente tem um dos ascendentes em comum". Na mesma linha é o entendimento de Hironaka e Pereira (2007, p. 110), segundo o qual a lei presume que, com o falecimento do irmão, "[...] a herança teria passado, meio a meio, aos (seus) ascendentes [...]" e, com a morte desses, o acervo recebido seria transmitido aos filhos de cada qual, mas "[...] o irmão bilateral receberia uma quota de seu pai, outra de sua mãe, ao passo que o irmão unilateral receberia uma única quota, advinda ou de seu pai ou de sua mãe [...]", único ascendente comum com o irmão anteriormente falecido. Desse modo, os autores entendem a decisão como correta, sendo imperioso considerar a relação do irmão herdeiro com os pais do *de cujus* para fins de definir sua cota hereditária.

E, por fim, os julgados do Superior Tribunal de Justiça caminham no mesmo sentido:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL DOS ALUGUÉIS AUFERIDOS DE IMÓVEL DO ESPÓLIO. CONCORRÊNCIA DE IRMÃO

> BILATERAL COM IRMÃS UNILATERAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.841 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do "*de cujus*", que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. 3. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos aluguéis do imóvel deixado pelo "*de cujus*". 4. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1841 do Código Civil ("Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar"). 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1203182/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19/09/2013, DJe de 24/09/2013).

Nota-se, na decisão, a menção da necessidade de divisão do valor depositado a título de aluguéis, admitindo o levantamento, pelo irmão bilateral, da parcela incontroversa cabida a ele, qual seja, não ultrapassando a sua cota hereditária segundo a sucessão *ab intestato* (sendo esta equivalente ao dobro da cota de cada irmã unilateral), na forma do artigo 1.841 do Código Civil. Assim até a declaração da validez do testamento e excluídas as irmãs unilaterais (herdeiras facultativas), suas respectivas cotas foram reservadas.

4.2 Corrente que defende a inconstitucionalidade

De acordo com, Dias (2013, p. 145), uma das principais vozes a defender a inconstitucionalidade da previsão legal, a distinção entre irmãos "[...] trata-se de perverso resquício da discriminação de que era alvo a filiação chamada ilegítima ou espúria, por ser fruto de relações extramatrimoniais". Em outros tempos, relembra a autora, "[...] ter irmãos unilaterais era escandaloso e pejorativo, porque, em regra, indicava filiação ilegítima no âmago familiar". Ainda, apresenta sua crítica à corrente majoritária:

> [...] insiste a doutrina em não ver inconstitucionalidade na concessão de direitos diferenciados a irmãos e sobrinhos, sob fundamento de que a estes não se estendem as normas constitucionais

> que garantem a igualdade. Diante da vedação constitucional de conceder tratamento diferenciado aos filhos (CF 227§ 6.º), é de se ter tais dispositivos como letra morta (DIAS, 2013, p. 145).

Por sua vez, Lôbo (2018) explica seu posicionamento:

> A vedação da discriminação entre filhos repercute necessariamente nos irmãos, pois a qualidade de irmãos vem do fato de essa relação de parentesco decorrer do estado de filiação. Não há parentesco colateral de irmãos que não tenha sido antecedido do parentesco em linha reta entre ascendente e descendente. Se os filhos do *de cujus* herdam em igualdade, independentemente de serem comuns em relação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente (bilaterais), ou exclusivos dele (unilaterais), não há amparo constitucional para a sobrevivência da desigualdade entre os irmãos bilaterais e unilaterais. Assim, a norma do art. 1.841 é inconstitucional, devendo ser afastada pelo aplicador, para se garantir igual direito sucessório entre os irmãos, desconsiderando-se, consequentemente, as qualificações discriminatórias como unilaterais ou bilaterais.

Outro importante ponto a ser considerado como pano de fundo da questão é a afetividade, cada vez mais reconhecida pelo ordenamento jurídico em detrimento dos laços biológicos. Farias e Rosenvald (2020, p. 397), apesar de se filiarem à constitucionalidade, reconhecem o vínculo familiar como algo mais cultural do que biológico, ensejando assim uma natural restrição do parentesco, decorrente muito mais do afeto do que da ancestralidade. Da mesma forma, Farias e Rosa (2020, p. 357), admitem uma verdadeira progressão geométrica, pois "[...] a afetividade inspirou novas teses, sendo absorvidas em saltos à distância dignos de uma competição olímpica", citando como exemplos o reconhecimento do caráter familiar das uniões homoafetivas, da multiparentalidade e da guarda compartilhada em demandas litigiosas.

Contudo, conforme as relações afetivas se expandem, surgem as dificuldades para o acompanhamento por parte do ordenamento jurídico. No caso concreto, o *de cujus* pode ter maior afeto pelo irmão unilateral do que pelo bilateral, a depender de questões como a convivência, por exemplo. Neste caso, seria obrigado a testar de modo a sua vontade prevalecer à lei. E, como já dito, os brasileiros não adotam a cultura do testamento. Nessa celeuma, Cruz (2012, capítulo 2) traz o seguinte exemplo:

> [...] imaginemos que Jorge e Rodolfo são irmãos bilaterais, mas foram separados quando recém-nascidos. Jorge foi criado por sua tia em um país no continente europeu, cortando por completo a comunicação com seus pais e seu irmão Rodolfo que permaneceram na cidade de Nazaré no interior baiano. Passados 25 anos, Rodolfo falece de doença terminal deixando apenas Jorge, irmão bilateral que desde o nascimento não tem convivência alguma com o *de cujus*, e Mário, irmão unilateral que nasceu após Rodolfo completar 5 anos e conviveu com o extinto até o seu falecimento. É razoável a sucessão nos ditames do Código Civil vigente no exemplo fático acima exposto? É justo que Jorge herde maior parte em comparação a Mário?

Segundo Leite (2003, p. 250-251):

> Perdeu o legislador oportunidade ímpar de resgatar o princípio da igualdade constitucional também no terreno sucessório e, inexplicavelmente, como se disse, retoma literalmente a fórmula antiga – e, agora, inconstitucional – de devolução desigual, em decorrência da origem da prole.

Assim, de acordo com a corrente minoritária, os irmãos unilaterais não deixam de ser irmãos daquele que faleceu, pois com ele possuíram laços de sangue e/ou afetividade durante a vida, merecendo, portanto, tratamento igualitário. Afinal, se "[...] o amor não é desigual, não o deve ser o tratamento jurídico" (NAMBA, 2019).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto a questão aqui tratada ainda não tenha sido objeto de análise pelo controle de constitucionalidade, verifica-se a existência de bons argumentos sustentados por ambas as correntes doutrinárias. No entanto, sopesando os atuais aspectos sociais, mormente no âmbito afetivo e familiar, parece mais acertado aliar-se à posição defendida pela inconstitucionalidade da distinção mantida pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.841.

Com efeito, não há nenhum motivo razoável para a lei presumir a preferência do *de cujus* a beneficiar um irmão em detrimento de outro pelo simples fato de seu vínculo ser unilateral ou bilateral. Mais corre-

to seria presumir a igualdade do merecimento de herança de todos eles, pois o vínculo civil não distingue a unilateralidade ou bilateralidade do parentesco em vida. Ademais, apesar de a doutrina tradicional defender o testamento como forma de possibilitar ao autor da herança a possibilidade de igualar a divisão do patrimônio entre os colaterais (ou até mesmo excluir da herança alguns deles, querendo), mas considerando que a disposição testamentária não é costumeiramente adotada no país, faria maior sentido a lei o obrigá-lo a fazê-lo no caso de preferir um aos demais, porquanto certamente mais rara essa situação.

De outra banda, o argumento da corrente favorável, no sentido de que, caso estivessem vivos os pais do *de cujus* ao tempo de sua morte, a herança chegaria posteriormente aos irmãos bilaterais e unilaterais da forma como a lei hoje dispõe, não merece acolhimento porque viaja à sucessão dos ascendentes, regida por normas diversas e, neste caso, a herança chegando aos herdeiros é a de seus pais e não mais a do irmão anteriormente falecido.

Por fim, apesar de o artigo 227, §6º, da Constituição Federal tratar expressamente da igualdade entre filhos, assim como o artigo 1.829 do Código Civil vigente, o qual trata apenas do cônjuge (e teve sua disposição estendida ao companheiro pela jurisprudência), mostra-se cabível e necessária a interpretação extensiva para a inclusão dos irmãos, pois o vínculo fraterno é antecedido pela própria filiação. Se, na herança dos pais, o filho não será discriminado por ser fruto de relação extraconjugal, de igual forma não deve-se falar em distinção na herança do irmão em razão do vínculo unilateral.

Em suma, entende-se necessário o avanço no panorama da sucessão dos colaterais de 2º (irmãos germanos e unilaterais) e, consequentemente, 3º grau (sobrinhos filhos de irmãos bilaterais e unilaterais), eis que a distinção na concorrência entre uns e outros no mesmo grau é resquício do longínquo Código Civil de 1916, época na qual sequer se cogitava da igualdade entre filhos, menos ainda entre irmãos. Desse modo, faz-se imperiosa a alteração legislativa ou, subsidiariamente, o controle de constitucionalidade pelo judiciário, declarando inconstitucional tal dispositivo ou, ao menos, realizando sua interpretação conforme a Constituição. Deve-se equiparar, para fins sucessórios, todos os irmãos do falecido, sejam eles germanos ou unilaterais, como se fez quanto à filiação, porquanto a lei deve presumir a vontade do *de cujus* e tal distinção não tem mais razão de existir na sociedade atual, a qual certamente já normalizou a figura do "meio-irmão".

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da) igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s.l.], vol. 77, p. 207-226, out/dez. 2011. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/favdoc/document?docguid=I95450bb0209d11e1a375000085592b66. Acesso em jan. de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 05 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em ago. de 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.* Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 14 de jul. de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em ago. de 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 11 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em ago. de 2020.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 05 de jan. de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277/DF.* Relator: Min. Ayres Britto, Plenário, julgado em 05 de maio de 2011, DJe de 14 de out. de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto, Plenário, julgado em 05 de maio de 2011, DJe de 14 de out. de 2011. Dispo-

nível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 360461 AgR/MG.* Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06 de dez. de 2005, DJe de 28 de mar. de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516889. Acesso em set. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 646721*. Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 10 de maio de 2017, DJe de 11 de set. de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf . Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 878694.* Relator: Min. Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10 de maio de 2017, DJe de 06 de fev. de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf. Acesso em de out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp. 1064363/SP 2008/0121983-3.* Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11 de out. de 2011, DJe de 20 de out. de 2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21309707/recurso-especial-resp-1064363-sp-2008-0121983-3-stj. Acesso em jan. de 2021.

CONSELHO FEDERAL DO COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Cresce 42% o número de testamentos lavrados no Brasil nos últimos cinco anos.* [S.l.]: 2017. Disponível em: https://www.notariado.org.br/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos/ Acesso em de jan. de 2021.

CRUZ, Daniel Santana. Sucessões entre Irmãos unilaterais e bilaterais: uma isonomia constitucional ferida. *Instituto Brasileiro de Direito de Família.* [S.l.]: 2012. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/851/Sucess%C3%B5es+entre+irm%C3%A3os+unilaterais+e+bilaterias%3A+uma+isonomia+constitucional+ferida%3F#_ftn2 Acesso em de jan. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Sucessões.* 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto.* Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Sucessões. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* Sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book.*NAMBA, Edison Tetsuzo. Igualdade dos filhos e sucessão. *Estado de Direito.* [S.l.]: 03 de jul. de 2019. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/igualdade-dos-filhos-e-sucessao/. Acesso em out. de 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional.* 9 ed. São Paulo: Método, 2014. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/. Acesso em set. de 2020.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. *In*: *Série Aperfeiçoamento de Magistrados.* Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf. Acesso em fev. de 2021.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha:* Teoria e Prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVA JÚNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 38, p. 168-191, jan/mar. 2002. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/favdoc/document?docguid=I6d0e7450f25511dfab6f010000000000. Acesso em jan. de 2021.

SILVA, Erika Mayumi Moreira da. Sucessão dos colaterais no brasil contemporâneo. *Revista de Direito Privado,* vol. 92, p. 191-221, ago. 2018. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/favdoc/document?docguid=I8e25afc0872e11e89c6b010000000000. Acesso em jan. de 2021.

SIMÃO, José Fernando. A sucessão dos irmãos bilaterais e unilaterais: inconstitucionalidade? *Jornal Carta Forense.* [S.l.]: 02 de abr. de 2014. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-sucessao-dos-irmaos-bilaterais-e-unilaterais-inconstitucionalidade/13423. Acesso em set. de 2020.

SISTEMA IBGE DE RECUPERAÇÃO AUTOMÁTICA – SIDRA. *Tabela 2685.* [S.l.: s.d.]. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2685#/n3/43/v/allxp/p/2016/c9832/0/c1836/0/c2/0/c260/0,5967,5968,5969,5970,5971,5972,5973,5974,5975,5976,5977,5978,5979,5996,106181,106182,106183/c257/0/l/v,p+c9832+c1836+c2,t+c260+c257/resultado. Acesso em jan. de 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil.* 9 ed. São Paulo: Método, 2019.

A MOTIVAÇÃO DOS CÔNJUGES COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO

Laura De Carli Albuquerque[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo, a partir do método de abordagem dedutivo e dialético, destacar a imprescindibilidade do regime de bens para o casamento, voltando-se para a análise dos aspectos relevantes do regime patrimonial e a evolução do sistema em comento diante do grande avanço concretizado com o advento do Código Civil de 2002. Além disso, examina-se quais os requisitos necessários para a realização do desejo de revisão do regime de bens inicialmente escolhido pelos nubentes. Nesse sentido, debruçando-se sobre as principais doutrinas do direito de família, demonstra-se a necessidade de motivação dos cônjuges para alteração do regime como sendo o requisito exigido mais polêmico para alteração do regime, pois a legislação em vigor não dispõe sobre o que se trata esse pedido motivado, gerando, assim, diferentes interpretações na doutrina e jurisprudência pátria. Portanto, investigam-se as principais decisões acerca do tema, dado não haver consonância no referente à necessidade ou não da demonstração dos motivos dos cônjuges ao postular pela mudança de seu regime patrimonial.

Palavras-chaves: Regime de bens; Alteração; Cônjuges; Casamento; Motivação.

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC) — RS; Pós-graduanda em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: laura.albuquerque28@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Código Civil de 2002, permitiu-se a alteração do regime de bens definido inicialmente pelo casal, concedendo-se uma maior liberdade aos cônjuges quanto às suas relações patrimoniais. O regime matrimonial de bens consiste na modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais provenientes do casamento (VENOSA, 2006).

Não obstante a previsão legal instituída, é possível perceber, através da análise da jurisprudência acerca do tema, o pequeno o número de ações judiciais visando à alteração do regime de bens no casamento. Em razão disso, entende-se a existência de múltiplos nubentes desinformados acerca da opção de alterar o regime de bens de seu matrimônio ou, até mesmo, desconhecem a possibilidade de eleger um regime patrimonial através da elaboração de um pacto antenupcial, evidenciando a relevância do presente estudo.

No intuito de contribuir para o estudo do regime de bens do casamento, o presente artigo visa demonstrar a importância do instituto para o matrimônio, bem como esmiuçar o requisito necessário mais polêmico para efetivar a alteração do regime, qual seja, o pedido motivado de ambos os cônjuges. Deste modo, objetivando-se responder se tal requisito se mostra coerente dentro do ordenamento, dissertar-se-á, primeiramente, acerca da relevância do regime matrimonial de bens, ressaltando-se a evolução deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise de seus principais aspectos.

Após, discorrer-se-á sobre os requisitos necessários elencados na legislação aptos a viabilizar a alteração do regime de bens entre os cônjuges, ressaltando, de imediato, a não existência de consenso acerca da vontade dos cônjuges, por si só, ser suficiente para possibilitar a mudança pretendida. Neste sentido, em relação a estes requisitos indispensáveis, dar-se-á especial atenção ao pedido motivado, expressamente disposto no artigo 1.639, parágrafo 2º do Código Civil, enquanto a discussão recai justamente sobre a abrangência desta motivação.

Assim, diante do problema proposto, verificaram-se posicionamentos liberais preconizando a autonomia das partes na alteração do regime de bens, os quais entendem a simples vontade como constituidora de motivação suficiente. De outro modo, há posicionamentos mais cautelosos no sentido de o Estado possuir o dever de impor limites à faculdade dos cônjuges em eleger um novo regime de bens, condicionando o deferimento da alteração a uma motivação justa e genuína.

Há de se ressaltar, no entanto, a pretensão do presente artigo em contribuir com o estudo da mutabilidade do regime de bens no casamento, sem trazer, contudo, certezas ou conclusões imutáveis. A constante evolução do estudo junto à sociedade é de importância para a tutela dos interesses patrimoniais dos nubentes.

2 A RELEVÂNCIA DO REGIME DE BENS PARA A RELAÇÃO MATRIMONIAL

Inicialmente, é imprescindível tecer algumas considerações acerca da importância da escolha do regime de bens no casamento quando do pacto antenupcial dos nubentes. Segundo, Silvio de Salvo Venosa (2006), durante a vida matrimonial do casal, surge a indispensabilidade de os consortes enfrentarem as necessidades financeiras para o sustento do lar. A organização dessas relações patrimoniais entre os cônjuges se dá através do regime de bens.

É pertinente ressaltar a importância do regime de bens no casamento como constituidora mais relevante entre as relações econômicas do Direito de Família, pois se trata de um efeito inerente ao matrimônio, ou seja, não há casamento sem regime de bens (BARBOSA, 2003). Logo, é indispensável discorrer sobre alguns aspectos regulamentados no Código Civil de 1916, o qual refletia em seus regramentos a realidade do viés patriarcal possuído pelo instituto da família (DIAS, 2011).

Nessa linha, é oportuno verificar que o Código revogado estabelecia a comunhão universal de bens como o regime legal, chamada propriedade em duas mãos. Esse regerá o casamento dos nubentes caso eles não optem por outro regime disposto em lei, ou seja, é aquele adotado na omissão dos cônjuges (LÔBO, 2019).

Além disso, o Código previa o regime dotal entre os cônjuges, o qual não permaneceu na legislação. Neste os bens da esposa eram entregues ao marido, que os controlava, e cujos rendimentos eram destinados a satisfazer as necessidades do lar (DIAS, 2011).

Entretanto, com a promulgação da Lei do Divórcio (6.515/77), sobrevieram algumas alterações, como, por exemplo, o regime legal de bens entre os cônjuges deixar de ser o da comunhão universal, passando a ser o de comunhão parcial, afastando a comunicação dos bens adquiridos pelos nubentes antes do matrimônio. Além disso, as heranças, doações e

legados percebidos por um dos cônjuges, antes ou durante a vigência do matrimônio, também não se comunicam (DIAS, 2011).

Publicado o Código Civil de 2002, ordenamento jurídico civil atual, estabeleceu-se, a partir de seu artigo 1.639, a possibilidade dos nubentes, antes do casamento, utilizarem-se do pacto antenupcial a fim de eleger um regime matrimonial de bens o qual os seguirá durante a vida em casal, regulamentando as relações patrimoniais entre eles.

Por conseguinte, o pacto antenupcial é o instrumento pelo qual os cônjuges podem optar por um regime de bens para vigorar durante seu casamento, tendo o objetivo de antecipar os moldes da divisão de seus bens quando ocorrer a extinção conjugal e, ainda, influenciar nas questões sucessórias do casal (MARQUES, 2014).

Este instrumento tem por objetivo a possibilidade dos consortes planejarem suas relações patrimoniais e protegerem o fruto de seu trabalho e dedicação, amparando um ao outro. A celebração deste pacto é um resgate à autonomia das partes, pois estas possuem o poder de predeterminar e acordar a respeito dos efeitos de seu relacionamento conjugal, ampliando a transparência e a responsabilidade existentes entre elas (NAHAS, 2018).

Outrossim, utilizando-se do pacto antenupcial, os nubentes deverão eleger um dos regimes de bens descritos em lei, ou, ainda, na omissão do casal acerca de qual regime irá vigorar durante seu casamento, aplicar-se-á o dispositivo 1.640 do Código Civil, o qual dispõe que o regime de bens será o de comunhão parcial (BARBOSA, 2003).

Assim sendo, constata-se a existência do regime convencional de bens, caso os cônjuges tenham optado por um regime através do pacto antenupcial e, ainda, o chamado regime legal ou supletivo, quando há omissão por parte dos nubentes quanto a esta escolha (GLANZ, 2005).

Ressalta-se, portanto, para melhor compreensão do instituto estudado, a existência de quatro regimes de bens no casamento, conforme dispõe o ordenamento jurídico atual. São eles: o de comunhão parcial, o de comunhão universal, o de participação final dos aquestos, inserido com o Código Civil de 2002 e, finalmente, o de separação (RIZZARDO, 2019). Neste contexto, o regime dotal de bens, previsto no ordenamento civil anterior, não foi mantido.

O regime da separação de bens prevê que cada cônjuge preserve em seu patrimônio particular os bens possuídos antes do casamento. Da

mesma forma são, também, incomunicáveis os bens adquiridos por cada um na vigência da união (MALUF; MALUF, 2013).

No regime de participação final nos aquestos, considerado como uma atenuação do regime da comunhão parcial, mesmo com bens adquiridos durante o matrimônio, cada consorte mantém seu patrimônio próprio. Dividem-se apenas, com o fim da sociedade conjugal, os bens adquiridos onerosamente pelo casal (GLANZ, 2005).

No regime de comunhão universal de bens, comunicam-se, em regra, todos os bens e dívidas possuídas por cada um dos nubentes antes de celebrar o matrimônio. Da mesma forma, o faz-se para aquilo adquirido após a realização do casamento (BARBOSA, 2003).

Por fim, o regime de comunhão parcial de bens se configura como aquele no qual os cônjuges conservam a propriedade exclusiva dos bens possuídos quando do casamento. Nesse caso, comunicam-se os bens sobrevindos ao casal na constância de sua união, excepcionando-se aqueles elencados no artigo 1.659 do Código vigente (RIZZARDO, 2019).

Desse modo, no exercício da autonomia privada, os nubentes assumem com as núpcias o regime o qual disciplinará as relações econômicas resultantes do casamento, constituindo o regime patrimonial denominado de sociedade conjugal (MADALENO, 2004).

Mesmo havendo a previsão destes regimes para a seleção do casal, a liberdade não se restringe à escolha de um regime dentre os previstos no Código Civil. É permitido ao casal adotar um estatuto personalizado, próprio, atendendo aos seus interesses particulares, seja este definido ou não em lei (NADER, 2016).

Assim, é possível a preferência dos consortes por um regime híbrido, se esse não contrariar as normas de ordem pública. O elenco de regime de bens previstos em lei, ressalta-se, portanto, não é *numerus clausus*, mas simplesmente exemplificativo (NADER, 2016).

Logo, "[...] embora os cônjuges fiquem jungidos a eleger um dos regimes previstos, é facultada a combinação entre eles, de modo a formar um regime misto, mas sem que as disposições se contraponham uma à outra." (RIZZARDO, 2019, p. 574). Desta maneira, os nubentes são livres para estabelecer um regime peculiar, sendo possível optar, por exemplo, pela separação total para reger seu matrimônio e, somente com relação a um bem presente ou futuro, a comunhão universal de bens (DIAS, 2011).

Ainda, é imprescindível para a validade do pacto antenupcial sua feitura por escritura pública, ato formal o qual deve ser seguido pelo ca-

samento, caso contrário, o pacto restará nulo. Sobre sua validade perante terceiros, a convenção antenupcial deverá ser registrada no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (CARVALHO, N., 2014).

Todavia, ressalta-se existirem casos nos quais a própria legislação, mais precisamente o artigo 1.641 do Código Civil, impõe o regime de separação de bens como obrigatório aos consortes. Este regime será imposto para as pessoas sujeitas a causas suspensivas do casamento, como, por exemplo, um sujeito divorciado o qual ainda não realizou a partilha dos bens de seu casamento anterior, aos maiores de 70 anos e àqueles dependentes de autorização judicial para celebrar o matrimônio, sendo, para estes, impossível firmar o pacto optando por um dos regimes de bens (NAHAS, 2018).

Quando o casamento dos cônjuges se desenvolve sem maiores conturbações e problemas, o regime de bens permanece praticamente esquecido na vida em comum do casal. Entretanto, quando passa por situações sinuosas, surgem os problemas derivados do regime de bens (VENOSA, 2006).

Nesse sentido, diante deste esquecimento, atualmente predominante, conforme refere Paulo Lôbo (2019), é o supletivo, qual seja o da comunhão parcial de bens, imposto frente à omissão do casal, dada a inexperiência dos jovens casais, despreocupados com o futuro dos bens adquiridos.

Contudo, a legislação está mais de acordo com a realidade social atual, a emancipação feminina e sua inserção na vida econômica e no mercado de trabalho. Além disso, a mulher, principal destinatária da rígida tutela legal anterior, não está mais submetida ao chefe de família, tendo prosperado o disposto no artigo 226 da Constituição Federal acerca da igualdade jurídica integral entre os cônjuges (LÔBO, 2019).

Assim, denota-se o desafio de conscientização da sociedade atual quanto à possibilidade de construir regramentos específicos para reger o casamento através do pacto antenupcial. Ferramenta, esse, ainda possuidora de pouco alcance social e sendo visto pela sociedade como instrumento para grandes fortunas (NAHAS, 2018).

É notória a relevância jurídica e social do regime de bens para a relação matrimonial, pois este produz efeitos durante toda a vida do casal, influenciando diretamente nos negócios jurídicos por eles realizados e, também, em suas relações sucessórias.

3 DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Após a análise de algumas das mudanças advindas do Código Civil de 2002, é fundamental mencionar o trato acerca da mutabilidade do regime de bens como sendo a maior alteração. À vista disso, torna-se necessário relembrar o estabelecimento da imutabilidade do regime de bens pelo Código Civil de 1916, seja pela opção tácita ou expressa dos nubentes, como sendo absoluto. Em seu artigo 230, dispunha acerca da proibição de alteração do regime de bens dos cônjuges, estabelecendo que, uma vez escolhido um regime dentre os elencados na lei, este seria imutável, ou seja, permaneceria até o fim do casamento.

Desta forma, os nubentes poderiam optar por qualquer regime de bens dentre aqueles elencados em lei, definindo-o no pacto antenupcial. Contudo, uma vez celebrado o casamento, não se permitia a eles a eleição por outro regime, nem mesmo a modificação parcial daquele regime sobre o qual estavam vivendo (LOURENÇO, 2017).

Apesar disso, existiam algumas exceções indiretas desta imutabilidade. Por exemplo, em casos nos quais o pacto antenupcial estipulasse, na hipótese de superveniência de filhos entre o casal, a regência do matrimônio pela separação total de bens, o mesmo poderia converter-se em matrimônio regido pelo regime da comunhão universal de bens. Todavia, o princípio da imutabilidade do regime de bens era a regra geral aplicada aos cônjuges (LOURENÇO, 2017).

O Código Civil atual contém previsão expressa no artigo 1.639, parágrafo 2º, acerca da possibilidade de alteração do regime de bens entre os cônjuges. Tendo em vista a evidente mutabilidade das relações patrimoniais oriundas do casamento pode-se, assim como em toda relação, haver a necessidade de mudanças para adequação à realidade fática.

Destarte, é ponderoso compreender, após a promulgação do Código vigente, a possibilidade do casal de eleger um novo regime de bens, diante das circunstâncias, muitas vezes imprevistas, as quais podem surgir no curso da sociedade conjugal (SANTOS, 2004).

Por conseguinte, o princípio da autonomia da vontade contratual, o qual dispõe acerca do livre arbítrio das partes contratantes de pactuar da forma mais conveniente visando seus interesses, sobressaiu-se ao princípio da imutabilidade do regime patrimonial, pois grande parte dos artigos presentes no Código também apresentaram novos paradigmas concernentes ao casamento.

Assim sendo, é oportuno ressaltar a posição da mulher, em períodos de maior participação na construção material da entidade familiar. Essa posição tem reflexo direto na mudança do regime de bens, observando-se, na atualidade, a subsistência da forte preferência pelo regime convencional da separação de bens (MADALENO, 2020). No entanto, é relevante observar o dispositivo possibilitador da mutabilidade do regime de bens dos nubentes. Esse gerou, e, ainda gera, um extenso debate.

Neste momento, observa-se a primeira controvérsia, a qual, tão logo a entrada em vigor do novo Código, ensejou diferentes entendimentos na doutrina e na jurisprudência, pois passou-se a discutir a possibilidade de os cônjuges os quais celebraram o casamento ainda na vigência do Código Civil de 1916 utilizarem-se do regramento autorizando a alteração do regime de bens. Isso se dá em decorrência da existência de adeptos à tese conservadora, os quais defendem tratar-se de uma violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, frente à irrevogabilidade atribuída ao regime de bens pelo artigo 230 do Código anterior.

Contudo, a jurisprudência atualmente é consolidada no sentido de possibilitar a alteração do regime de bens de seu matrimônio aos nubentes, os quais celebraram o casamento na vigência do antigo Código. O entendimento é, inclusive, pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o qual utiliza-se do argumento de que o dispositivo permite a alteração do regime patrimonial, pois trata-se de aplicação da norma geral com seus efeitos imediatos. (BRASIL, 2015b).

Resta evidente, portanto, diante do estudo analisado, que o princípio básico na escolha do regime de bens do casamento é o princípio da autonomia da vontade, sendo o suporte jurídico para liberdade de se alterar o regime de bens dos nubentes (LOURENÇO, 2017).

Assim, ao inserir novos regramentos acerca do casamento, a legislação atual viabilizou a alteração do regime de bens inicialmente escolhido pelo casal, tanto para os consortes os quais realizaram o casamento sob a égide do novo Código, como para aqueles cujo matrimônio foi realizado sob a vigência do antigo.

4 A MOTIVAÇÃO DOS NUBENTES COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA A ALTERAÇÃO

Vigorando o princípio da mutabilidade do regime de bens, observa-se que, para viabilizar a mudança do regime do casal, é necessária

a autorização judicial. Essa, é concedida mediante a apuração da procedência das razões elencadas como motivação, por ambos os cônjuges, quando do pedido de alteração do regime.

De acordo com Luiz Felipe Brasil Santos (2004), o Código Civil de 2002 adotou o princípio da mutabilidade controlada dos regimes matrimoniais de bens tendo em vista os diversos requisitos a serem observados para a concretização da mudança. Entre eles figuram a exigência do processo judicial, a consensualidade da postulação, a ressalva quanto ao direito de terceiros e, ainda, o pedido motivado dos consortes.

Assim, "[...] ainda que sejam livres os nubentes para moldar o regime de bens por meio de pacto antenupcial, que é levado a efeito mediante escritura pública (CC 1.653), depois do casamento a mudança depende de ação judicial." (DIAS, 2011, p. 254).

Dessa forma, evidencia-se não a rejeição do princípio da imutabilidade do regime de bens de forma absoluta, mas sim sua flexibilização, pois essa alteração assume caráter de exceção, admitida somente se preenchidos os requisitos legais, sendo necessário o pedido motivado dos cônjuges para rever seu regime (BARBOZA, 2004).

Logo, discute-se se este pedido motivado caracterizaria requisito indispensável para propiciar a alteração do regime de bens do casal, e, caso assim se entenda, se a motivação enunciada por ambos os consortes deve necessariamente ser apurada em juízo, para, só então, ensejar a autorização judicial possibilitando a mudança do regime.

As indagações propiciam um largo debate na doutrina e na jurisprudência, pois o Código Civil não explicita as circunstâncias nas quais se considera justificável a modificação postulada pelos consortes de modo a possibilitar a mudança do regime de bens do casal (SANTOS, 2004).

À vista disso, é indispensável expor os principais entendimentos acerca da interferência do Poder Judiciário ao analisar as razões emanadas pelo casal desejando rever seu regime de bens. Ainda, urge demonstrar quais motivos são considerados suficientes, tanto para a doutrina como para a jurisprudência, a fim de ensejar essa mudança no regime dos nubentes.

Há doutrinadores sustentando a procedência ou improcedência das razões invocadas pelos cônjuges com o intuito de alterar seu regime de bens, trata-se de uma indevida e injustificada ingerência do Estado na autonomia de vontade das partes (RIO GRANDE DO SUL, 2011). Ainda, defendem a tese segundo a qual, bastando os nubentes afirmarem o

melhor atendimento de seus anseios por um novo regime, isso cumpra a exigência legal (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Como refere Paulo Lôbo (2019), no balanço das vantagens e desvantagens da alteração de regime, a confiança da legislação na autonomia e liberdade dos nubentes é sensata. Isso se dá, pois, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o melhor para a eleição de seu regime de bens.

De acordo com esse entendimento, as razões do casal para alteração de seu regime podem ser amplas, não cabendo ao Poder Judiciário esmiuçar os motivos dos consortes, salvo ante a evidência de um dos cônjuges estar sendo forçado à alteração (CARVALHO, D., 2014).

Além disso, a motivação interna dos cônjuges para alteração do regime se prende muito mais ao terreno da sociologia, podendo decorrer de uma enorme gama de situações e, portanto, parece não importar para efeito do deferimento da mudança pretendida (GARCIA, 2005).

Os nubentes tinham o desejo de formar uma sociedade comercial, no entanto, o regime não permita. Outro caso se liga à vontade dos consortes de isolarem e separarem o patrimônio de cada um, pois um deles mantém um relacionamento simultâneo consentido ou possui um filho extraconjugal (GARCIA, 2005). Nessa linha, a viabilidade da alteração do regime de bens se traduz como o reverso da faculdade atribuída aos consortes pelo ordenamento jurídico, quando da celebração do pacto antenupcial, ao estabelecerem seus interesses acerca do estatuto patrimonial do casal. Portanto, se o casal pode firmar o pacto e nele dispuser o que acreditam ser mais conveniente, podem também revisá-lo quando entenderem pertinente (XAVIER, 2012).

Corroborando este argumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concluiu pela desnecessidade de justificativa dos cônjuges sobre o novo pacto eleito. Preconiza-se, assim, a minimização da exigência de motivação dos nubentes para alteração do regime de bens, uma vez que na elaboração do pacto antenupcial não é exigido nenhuma justificativa quanto à modalidade optada pelos consortes (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Além disso, é relevante referir o entendimento de Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Segundo ele, a divergência quanto à vida financeira do casal pode ser motivo suficiente para deferimento do pedido de alteração do regime de bens (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2014).

Ademais, é possível verificar a existência de situações nas quais ocorreu a procedência do pedido para alteração quando a motivação se traduzia pelo fato de os cônjuges, quando da celebração do casamento, não possuírem condições financeiras de arcar com a elaboração de um pacto antenupcial, porém, desejavam ter optado pelo regime da separação de bens (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2014).

Segundo Paulo Lôbo (2019, p. 332), "[...] o juiz deve levar em conta as idades e a natural imaturidade dos cônjuges ao se casarem, quando as pessoas não dispõem de informações suficientes para tomada de decisão que determina tão fortemente o futuro do casal".

Nesse seguimento, a exigência legal enseja indevida interferência na autonomia patrimonial do casal, enquanto contraria a liberdade de planejamento familiar dos nubentes, outorgada pelo artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal. Além do mais, isso vai de encontro à determinação expressa no artigo 1.513 do Código Civil, a qual impede qualquer ente personalizado, seja público ou privado, de interferir na comunhão de vida formada pela sociedade conjugal (XAVIER, 2012).

Igualmente, Roberto Lins Marques (2014) defende a liberdade dos cônjuges para alterar seu regime de bens independente de sua motivação. Ainda, conforme o autor, a denegação da mudança pode passar a violar a dignidade da pessoa humana em seu aspecto de liberdade.

Ademais, conforme o entendimento de Maria Berenice Dias (2017), é descabida a exigência legal da justificativa do pedido de alteração ou, ainda, da necessidade de prova da motivação dos nubentes.

Nessa lógica, com a constitucionalização do Direito Civil, mais precisamente do Direito das Famílias, salienta-se o acarretamento de novas possibilidades pela autonomia privada não apenas no campo das relações pessoais e sociais, mas também referentes aos aspectos patrimoniais, como o regime matrimonial de bens (SIMÕES, 2005).

Assim, "[...] a autonomia privada tem como finalidade garantir aos particulares o direito de livremente estipularem cláusulas negociais e os efeitos decorrentes de tal convenção, protegendo-os de uma excessiva intromissão estatal no âmbito de suas relações" (SIMÕES, 2005, p. 21).

Nessa perspectiva, considerando-se a capacidade civil dos consortes, o caráter disponível de suas relações patrimoniais e a concordância sobre a vontade de alterar o seu regime de bens, é possível encontrar opiniões no sentido de ser plenamente aceitável a ocorrência exclusiva dessas mudanças na via cartorária, de forma extrajudicial, ou ao menos

esta possibilidade fosse alcançada ao casal como alternativa à via jurisdicional, da mesma forma como ocorre atualmente para o divórcio e o inventário (XAVIER, 2012).

Por estas razões, foi apresentado em 2013 o projeto de Lei do Senado nº 470, o qual tentou, sem êxito, suprimir a necessidade de um procedimento judicial para alteração do regime de bens de um casamento (BRASIL, 2013a).

Na opinião de Arnaldo Rizzardo (2019), a motivação alegada pelos consortes deve ser pura e simplesmente na mudança do regime de separação para o de comunhão universal. Um exemplo seria a alegação dos bens adquiridos serem frutos da atividade de ambos os nubentes, mesmo se encontrando registrados em nome de apenas um deles.

Da mesma maneira, se o desejo do casal é trocar do regime de comunhão parcial para o de comunhão universal, utilizam-se da motivação da gratidão, ou seja, favorecer um dos cônjuges com o patrimônio do outro, formado antes do casamento, para viabilizar uma maior segurança econômica futura (RIZZARDO, 2019).

Ainda, outro exemplo cabível é a pretensão dos nubentes à mudança do regime da comunhão universal para parcial. Então, a alegação deve se dar no sentido dos consortes desejarem deixar os bens adquiridos antes da celebração do casamento disponíveis para o cumprimento de obrigações contraídas antes do ato, sem envolver aqueles bens adquiridos pelo esforço comum (RIZZARDO, 2019).

Entretanto, na hipótese do magistrado perceber que, no caso concreto, o direito de alterar o regime vigente está sendo utilizado pelos consortes, ou por um deles em prejuízo do outro, com fins colidentes a boa-fé e a finalidade econômica, deverá intervir para evitar o ato abusivo (WESENDONCK, 2011).

De outro lado, ao contrário do disposto pelos entendimentos mencionados, os quais proclamam uma intervenção mínima, ou até mesmo nula, do Estado, há posições argumentando que o objetivo do legislador ao impor a intervenção judicial ao procedimento de alteração foi o de dar maior estabilidade às relações sociais, possuindo a finalidade de evitar a ocorrência fraudes, bem como possibilitar a real consciência do casal acerca dos efeitos da mutabilidade (WESENDONCK, 2011).

Nesse sentido, a preocupação do legislador com a segurança jurídica, a proteção de terceiros e, inclusive, quanto a eventual possibilidade de prevalência de um consorte sobre o outro, supera os fundamentos

elencados em defesa da opção extrajudicial para mudança do regime de bens, como a maior celeridade no processo de alteração, maior facilidade no procedimento para o exercício de seus direitos e, ainda, menor custo para o casal. Segundo esse viés defendido, portanto, o exame a ser realizado pelo magistrado não deve se contentar com a pura e simples análise da regularidade formal, a ponto de permitir a alteração do regime de bens com base em qualquer fundamentação apresentada (ANDRADE; PAIVA, 2015).

Nessa hipótese, o regime de bens não pode ser modificado com o objetivo exclusivo de retirar o requisito habilitando o cônjuge sobrevivente a concorrer com os descendentes do cônjuge falecido, pois, se casados sob o regime da comunhão universal, além do regime da separação obrigatória, o primeiro não concorreria com os descendentes na sucessão legitima do falecido (BARBOZA, 2004).

Sob essa perspectiva, através da análise de caso julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual a alteração foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, verificou-se o entendimento do Órgão Colegiado de que nem toda motivação ensejará a autorização para alterar o regime de bens do casal (BRASIL, 2015a).

A Terceira Turma manteve o posicionamento das instâncias ordinárias, as quais negaram a alteração do regime patrimonial por não considerarem a mera vontade de preservação e particularização dos patrimônios dos nubentes como justo motivo, requisito legal e imprescindível (BRASIL, 2015a).

Em contrapartida, no exame de demanda julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar conclusão diversa. Nesse caso, o Órgão Colegiado decidiu pela não exigência de justificativas exacerbadas ou indícios concretos do prejuízo na conservação do regime patrimonial inicial, sob pena de intromissão descabida à intimidade e à vida privada dos consortes (BRASIL, 2013b).

Desta forma, a partir do estudo dos diferentes posicionamentos acerca da motivação necessária para o deferimento da alteração pleiteada pelos cônjuges, e, ainda, diante da inércia da legislação referente ao pedido motivado, fica evidenciado que a fixação dos casos nos quais se permitirá a alteração decorrerá da análise das peculiaridades do caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do apresentado, é possível constatar a extrema importância do regime de bens para o matrimônio, pois trata-se de um instituto o qual sempre estará presente, quando se estiver diante de um casamento, regulamentando as relações patrimoniais dos cônjuges.

Conforme demonstrado, em regra, o regime de bens permanece sem grande importância para os consortes no decorrer da vida conjugal. Entretanto, quando aparecem conturbações no matrimônio, voltam-se as atenções para os desdobramentos decorrentes do regime escolhido para permear o casamento.

Ademais, ressaltou-se a indispensabilidade da realização do pacto antenupcial pelos cônjuges, instrumento pelo qual o casal poderá estabelecer qual o regime de bens vigorará em seu casamento. Antecipam-se, assim, os moldes de suas relações dentro da sociedade conjugal, podendo, inclusive, utilizar-se de um regime misto.

Assim, o instrumento não deve ser visto como uma possibilidade apenas para grandes fortunas ou, ainda, como contribuição para uma discussão entre os consortes, pois também estabelecem-se efeitos oriundos de uma possível separação, e sim como uma maneira de se utilizar da autonomia privada conferida ao casal.

Conforme examinado, o regime de bens no casamento experimentou grandes alterações ao longo dos anos. Muitas das mudanças, foram concretizadas com o advento do Código Civil atual, tendo a emancipação feminina e seu papel de protagonismo cada vez maior, influenciado para tanto.

Contudo, apesar das relevantes evoluções trazidas pelo Código Civil vigente, o legislador deixou de regulamentar de forma mais específica acerca de alguns aspectos referentes ao regime de bens. Portanto, justamente pela inércia e pelas lacunas deixadas pelo Código, surgiram desdobramentos controversos oriundos da mutabilidade do regime d, tais como os abordados no presente artigo, os quais são objeto de debate na doutrina e na jurisprudência.

Nesse sentido, ressaltou-se como uma das principais evoluções, acerca do regime de bens, a possibilidade de os consortes alterarem o seu regime patrimonial no curso do casamento. Observada a realidade na qual as relações são extremamente mutáveis, isso se dá tendo a autonomia privada dos nubentes se sobressaído sobre a imutabilidade do regime estabelecido no antigo Código.

Assim, verificou-se a imposição de requisitos necessários e indispensáveis pela legislação para possibilitar a alteração do regime de bens dos nubentes. Trata-se, portanto, de uma mutabilidade controlada, tendo como um dos requisitos mais polêmicos o pedido motivado do casal, pois, segundo a legislação, as razões invocadas devem se submeter à análise do Poder Judiciário. Acerca deste requisito, qual seja, a motivação dos cônjuges, demonstrou-se a não consonância entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre aquilo considerado motivo necessário para ensejar a alteração.

Ao analisar os posicionamentos doutrinários sobre o tema, autores como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Arnaldo Rizzardo entendem que as razões pelas quais os nubentes desejam alterar o regime de bens do casamento não são de interesse do Estado, De acordo com eles, deve-se priorizar a autonomia e privacidade das partes.

De outro modo, há um posicionamento minoritário defendendo a necessidade da motivação dos cônjuges para mudança do regime patrimonial ser demonstrada, haja vista a proteção dos próprios nubentes e de terceiros interessados. Tal ponto objetiva evitar possíveis fraudes e simulações.

Desta forma, a partir do estudo dos diferentes posicionamentos acerca da justificação necessária para pleitear a modificação do regime, resta evidente que a verificação dos motivos necessários para justificar o pedido deverá ser branda. Desse modo, os cônjuges não estarão engessados e não se dificultará o procedimento para adequação do regime o qual consideram pertinente para permear o matrimônio.

Ademais, constatou-se a incoerência do sistema adotado pelo Código vigente, porquanto, no momento no qual os cônjuges, no exercício de sua autonomia privada, celebram o pacto antenupcial, poderão dispor do conteúdo desejado. Entretanto, quando dispostos a revisar este pacto, a legislação lhes retira esta faculdade, determinando a necessidade da motivação, que será avaliada pelo magistrado, o qual decidirá pela procedência, ou não, das razões emanadas.

Assim, verifica-se que o mecanismo para a resolução dos problemas mencionados é a análise do caso concreto, pois a legislação não esvaziou os conflitos inerentes à norma. Dessarte, cabe à jurisprudência e a doutrina do Direito das Famílias, assim como se pretende este artigo, auxiliar nas problematizações advindas do tema.

Desse modo, para a análise da complexidade enfrentada, deve-se realizar um balanço entre a autonomia privada dos cônjuges, os quais possuem o melhor entendimento sobre sua vida patrimonial, com a segurança jurídica destes e dos terceiros relacionados a eles.

Por fim, não obstante o artigo apresentado exponha entendimentos fundados na doutrina e jurisprudência, deve-se ter em mente a necessidade de evolução do estudo da mutabilidade do regime de bens. Aliás, sendo o tema em voga, até o momento, pouco discutido no Brasil, se comparado aos demais assuntos pertinentes ao Direito de Família, seus próximos passos podem ser fundamentais para a consolidação de suas peculiaridades, as quais podem, inclusive, dar-se de forma diversa do demonstrado no decorrer deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo. A disciplina da mutabilidade do regime de bens no direito civil brasileiro: Conciliação entre exercício da autonomia privada dos cônjuges e visão institucionalista do casamento. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, n. 139, p. 88-112, dez. 2015.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Direito de família:* manual de direitos do casamento. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.

BARBOZA, Heloísa Helena. Alteração do regime de bens e o art. 2.039 do Código Civil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil.* Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004. p. 325-335.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília, 2013a. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1559264148403&disposition=inline. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.119.462/MG.* Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 12 de março de 2013b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900_137465&dt_publicacao=12/03/2013. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.427.639/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 16 de março de 2015a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro= 201304176560&dt_publicacao=16/03/2015. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.533.179/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 23 de setembro de 2015b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=20130 3672057&dt_publicacao=23/09/2015. Acesso em out. de 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. Regime de bens: comunhão parcial e comunhão universal. *In:* NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (coord.). *Regime de bens:* direito de família e sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014. p. 39-65.

CARVALHO, Newton Teixeira. Efeitos jurídicos do matrimônio: regime de bens. *In:* NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (coord.). *Regime de bens:* direito de família e sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014. p. 02-38.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA, Marco Túlio Murano. *O pacto da maturidade.* Da alteração do regime de bens na constância da sociedade conjugal. *[S. l.],* [2005]. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/28.pdf. Acesso em out. de 2020.

GLANZ, Semy. *A família mutante - sociologia e direito comparado:* inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito civil.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5: Famílias.

LOURENÇO, José. *Mudança do regime de bens no casamento e a controvertida questão de seus efeitos:* possíveis soluções. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20893. Acesso em out. de 2020.

MADALENO, Rolf. A efetivação do Disregard no juízo de família. *In:* FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família. Rio* de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 155-190.

MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Do regime jurídico do casamento – do regime de bens entre os cônjuges. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 31, p. 109-139, jan./jun. 2013. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

MARQUES, Roberto Lins. Pacto antenupcial aspectos formais – mutabilidade. *In:* NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (coord.). *Regime de bens:* direito de família e sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014. p. 105-118.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5: Direito de família.

NAHAS, Luciana Faisca. Pacto antenupcial – o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais. *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Famílias e sucessões:* polêmicas, tendências e inovações**.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 225-248.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; NOGUEIRA, Lucila Carvalho Valladão. A mutabilidade do regime de bens sob a ótica das novas regras constitucionais (após EC 66/10). *In:* NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (coord.). *Regime de bens:* direito de família e sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014. p. 119-140.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Oitava Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70042401083.* Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 28 de julho de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70042401083&ano=2011&codigo=1357473. Acesso em out. de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça**.** (Sétima Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70012341715.* Relatora: Desa. Maria Berenice Dias, 14 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70012341715&ano=2005&codigo=666805. Acesso em out. de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. *In:* WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 211-221.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas**.** *Regime de bens no casamento e na união familiar estável.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

WESENDONCK, Tula. *Direito Patrimonial de Família:* disciplina geral do regime de bens no Código Civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de bens no casamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 52, p. 193-228, out./dez. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

MULTIPARENTALIDADE: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR, EFEITOS SUCESSÓRIOS E OUTRAS QUESTÕES DE RELEVO

Claudia Maria Oliveira de Albuquerque[1]
Vanessa Albuquerque Rocha Guimarães[2]

RESUMO

O presente artigo analisa os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade, em sede de obrigação alimentar e direitos sucessórios e outras correlatas questões relevantes, tema reconhecidamente inovador e dotado de particular importância, contemplando a um só tempo direitos de personalidade e patrimoniais, debatendo a possibilidade de incidência da *supressio* nas ações argentárias, nas quais se identifica o *venire contra factum proprium*. O estudo é feito a partir de pesquisa levada a efeito por meio dos Métodos Bibliográfico e Documental, prevalentemente, no âmbito da doutrina e jurisprudência, e visa a contribuir para o debate e aperfeiçoamento da matéria, ainda em desenvolvimento. A relevância da discussão é inegável e deve ser feita à luz de princípios inspiradores da ordem jurídico-constitucional. O estudo conclui que o estabelecimento da filiação deve ser restrita aos casos de ações movidas por crianças/adolescentes nos quais o melhor interesse sinalize favoravelmente à multiplicidade de vínculos, com todos os efeitos próprios, notadamente de índole alimentar e sucessória.

Palavras-chave: Multiparentalidade; Obrigação Alimentar; Efeitos Sucessórios

1 Advogada. Promotora de Justiça aposentada. Mestranda e Doutoranda na Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação do Ministério Público (FMP). Membra do IBDFAM, membra da International Political Science Association (IPSA) e membra honorária da Academia Brasileira de Filosofia. E-mail: cl.albuquerque@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito; Especialista em Direito Processual Civil; Mestranda e Doutoranda na Universidade Autónoma de Lisboa; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: vanessa.arg.va@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A multiparentalidade, considerada a simultaneidade de vínculos de parentalidade de origem consanguínea ou afetiva entre uma pessoa e diversos ascendentes, é consectário do reconhecimento do afeto como a base sobre a qual se estrutura a família, a partir dos novos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL), responsável pela repersonalização e humanização das relações familiares.

Embora já fosse uma realidade em muitos lares brasileiros, somente a partir da aprovação da Tese correspondente à Repercussão Geral 622, pelo STF, no ano de 2016, o tema ganhou espetacular notoriedade. Assim, ingressou por essa via no ordenamento jurídico pátrio, apesar de permanecer até hoje sem estatuto legal o qual discipline seus "efeitos jurídicos próprios".

À fata de regramento legal, a matéria vem conquistando o debate jurídico e suscitando polêmicas. Este artigo propõe-se a enfrentar aquelas relacionadas à obrigação alimentar, aos efeitos sucessórios e algumas questões relevantes, referentes à colisão de direitos de personalidade e patrimoniais suscitadas pela pluriparentalidade, particularmente nas ações buscando meramente indisfarçável proveito sucessório, analisando-as à luz de princípios plasmados no ordenamento jurídico-constitucional e examinando a possibilidade de reconhecimento da *supressio*, nesses casos.

O trabalho utilizou-se dos Métodos Bibliográfico e Documental, concentrando-se, prioritariamente, em pesquisa de material doutrinário e jurisprudencial, ainda escasso, por se tratar de tema de surgimento recente no universo jurídico.

2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: ALGUNS ASPECTOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS

Os novos valores albergados nas constituições democráticas, no pós-Segunda Guerra, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana[3], alçado ao *status* de princípio supremo pela Lei Federal de

3 A dignidade da pessoa humana corresponde a uma qualidade inerente ao ser humano, derivada do valor intrínseco possuído pelo simples fato de pertencer à espécie humana, intimamente relacionada com as noções de igualdade e universalidade, expressas na fórmula igual dignidade e direitos fundamentais iguais para todos. Em sentido material, pode-se afirmar também que ela está na formação dos direitos

Bonn[4], de 1948, o qual ingressa na ordem constitucional dos Países mundo afora por via da transposição jurídica, operaram uma revolução estrutural nas famílias ocidentais no decorrer do século passado.

O Direito das Famílias foi reconfigurado sob a regência do princípio da dignidade da pessoa humana de modo a guardar harmonia com essa nova ordem axiológica. Como resultado imediato, ocorreu sua repersonalização e a consequente ascensão dos valores existenciais, forçando a ressignificação de muitos de seus conceitos e institutos.

Nesse novo cenário, a família deixou de ser um fenômeno jurídico para ser reconhecida como um fenômeno da vida ou, ainda, uma categoria existencial (CANOTILHO, 2007) comportando os mais variados formatos, considerada o *locus* de realização do ser humano, de constituição do sujeito, ambiente propício ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros.

No transcorrer do século passado, a família de índole patriarcal, marcada pelas desigualdades, paulatinamente cedeu lugar à de natureza igualitária, constituída à base do afeto. A mulher foi consolidando seu espaço no mercado de trabalho e conquistando sua alforria, deixando ser objeto de propriedade do marido para se tornar sujeito de sua própria vida, usufruindo da autonomia correspondente à dignidade inerente a todos os seres humanos. Ou seja, a democracia do espaço público adentrou nos domínios da vida pessoal, sendo edificadora do "[...] amor confluente [...]" (GIDDENS, 1993, p. 206), na qual o casamento entre pessoas de igual autonomia é "[...] significante de compromisso, em vez de um determinante dele [...]" (GIDDENS, 1993, p. 210).

---

fundamentais, notadamente daqueles os quais tutelam a autonomia, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar.

4 Trata-se da Lei Fundamental da Alemanha, elaborada logo após a derrocada do Estado Nacional- Socialista que funda o Estado Alemão ocidental e logo no artigo 1º proclama a intangibilidade da dignidade humana, erigida à condição de princípio estruturante e introduz um catálogo de direitos fundamentais, atribuindo ao Estado a missão de promovê-los e protegê-los e ao povo alemão o compromisso de respeitá-los. A doutrina constitucional alemã e a jurisprudência tedesca a partir daí desenvolveram uma estrutura teórica que serve de orientação para julgados mundo afora, tendo por pressuposto que a dignidade humana é valor supremo e ocupa o topo do sistema constitucional, tornando-se parâmetro de interpretação do ordenamento jurídico.

A emancipação feminina contribuiu fortemente para esses avanços legislativos por trazer à lume não serem as desigualdades naturais existentes entre um e outro sexo a razão do preconceito de antes, ainda em parte existente, mas, isso sim, a desigualdade de origem social. Não por outra razão, considera Bobbio (2011) a expressiva relevância do movimento de emancipação feminina o qual reputa ter sido a única revolução desses tempos, responsável pelo fortalecimento da luta pela erradicação do injustificado preconceito contra um grupo, que, diferentemente de outros preconceitos coletivos, sequer é minoria, pois representa cinquenta por cento do gênero humano.

No ambiente contemporâneo, o papel do Estado não é mais interferir no feitio da família, mas deve se limitar na relação entre os iguais, os cônjuges, tão-só a garantir a autonomia e a intimidade da vida familiar, tornando irretocável a assertiva de Corte Real na consideração: "Não é admissível que a vivência possa ser imposta e não fruída [...]" (REAL, 2016, p. 108). Evidentemente, não se cogita o afastamento completo do Estado das relações familiares, mas, ao contrário, ela faz-se necessária e obrigatória quando estão presentes interesses de crianças em conflito com os de seus pais, nos quais é indiscutível a desigualdade de forças, situações ensejando o afastamento da "[...] omnipotente vontade do sujeito [...]" (CAMPOS, 2008, p. 80) e cedendo lugar à intervenção estatal para tutela prioritária de seus interesses.

3 A AFETIVIDADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA

As transformações processadas na família ao longo do século passado, a partir de seu próprio núcleo estrutural, progressivamente distanciaram a ideia de legitimação vinculada ao casamento. De igual modo, a filiação deixou de ter nas famílias matrimonializadas, sua fonte de legitimação, a qual atrelava-se à odiosa distinção de filhos legítimos e despertando inaceitável discriminação e preconceito. A esse processo, lapidarmente, refere-se Rudinesco como a dessacralização do casamento e humanização dos laços de parentesco (ROUDINESCO, 2003).

A partir da Constituição de 1988, a maternidade ou paternidade, na ordem jurídica brasileira, assumiram um sentido muito mais complexo, ultrapassando a mera condição biológica sobre a qual prevalecem os laços de afeto, nascidos e consolidados na convivência e alicerces dos autênticos vínculos paterno ou materno-filiais. Desse modo, relega-se a

segundo plano a fiel correspondência entre a verdade biológica e a registral, haja vista o estatuído no artigo 1603, do CC, consoante o qual a prova do estado de filho é feita pela certidão de nascimento, que expressa a verdade das relações sociais de parentesco.

Esse novo ambiente inspirado em valores existenciais, tornou-se "[...] o espaço de realização existencial e de afetividade da pessoa humana [...]" (LÔBO, 2019, p. 20) e o afeto, desde então, passou a ser elemento de primordial importância nas relações familiares. A partir desse cenário, entende-se que "[...] Abandonando uma feição patrimonialista e matrimonializada, o Direito das Famílias encontrou no afeto o seu ponto de fluência e confluência, como base valorativa" (FARIAS; ROSA, 2020, p. 128).

À luz desses novos valores e guiado pelo princípio fundante da ordem jurídica, o texto constitucional atribui aos filhos, independente da origem da filiação os mesmos direitos e qualificações e proíbe qualquer designação que importe discriminação (art. 227 §6º). A regra, concretizada pelo art. 1.593, do Código Civil, coloca a filiação biológica e a socioafetiva expressamente em pé de igualdade, estabelecendo o parentesco como natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem.

A partir da nova ordem constitucional inaugurada e da importância alcançada pela filiação socioafetiva no Direito brasileiro, afigura-se de todo pertinente o comentário de Guilherma de Oliveira acerca do sistema de estabelecimento de filiação brasileiro. Com ênfase na peculiaridade os papéis parentais não guardarem relação com o gerar, mas ao contrário, com o amar e o servir, conclui que "[...] o direito brasileiro levou a relevância da posse de estado e da paternidade sócioafetiva até um ponto mais avançado do que se conhecia" (OLIVEIRA, 2016, p. 281).

A perplexidade do jurista português é plausível, pois no direito luso o princípio regente do estabelecimento da filiação é o respeito pela verdade biológica (OLIVEIRA, 2018), a exigir a estrita correlação entre o vínculo biológico e o jurídico, ao ponto de, em defesa do biologismo, o autor asseverar que "[...] cada um tem o pai que a biologia lhe deu [...]" (OLIVEIRA, 2016, p. 273), acrescentando que no direito português é presumido o interesse do filho a "[...] pertencer ao pai cujo é [...]" (OLIVEIRA, 2016, p. 305). Nessa mesma linha, o jurista Diogo Campos a dignidade natural do ser humano como residindo em ser filho dos pais biológicos – "[...] e não de quem o legislador entenda [...]" (CAMPOS; CAMPOS, 2018, p. 107).

4 O ROMPIMENTO COM O SISTEMA BINÁRIO DE CONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO

A modernidade líquida repercutiu de modo avassalador sobre as relações afetivas e a busca pela felicidade imediata, quase *prêt à porter*, aliada à facilidade do desfazimento dos vínculos, contribuiu para encurtar a duração de casamentos e uniões convivenciais, arremessando para segundo plano o investimento tantas vezes necessário para a consolidação dos laços afetivos. Partindo do princípio de que o outro já não pode ser amado, mas apenas consumido, o amor passa a ser tratado como objeto de consumo[5], ao qual são aplicadas as mesmas lógicas do mercado e as relações afetivas vão sendo descartadas por não alcançarem a satisfação desejada no período de prova e, celeremente, outras vão sendo construídas, substituindo as anteriores (BAUMAN, 2001).

Nesse cenário, o crescente número de divórcios[6], favorecido pelo advento da EC 66/2010 e a consequente reconstituição das famílias, oportunizou a constituição de novos vínculos entre padrastos e madrastas e a prole da família original, com desenvolvimento de laços de afeto, nascidos da convivência prolongada e da assunção de papéis parentais. Em muitos casos, estabelecem-se verdadeiros estados de filiação, em grande medida fortalecidos pelo surgimento de irmãos advindos da nova união daqueles que outrora formaram um casal.

A partir dessas mudanças a multiparentalidade é o importante fenômeno surgido, o qual provoca uma verdadeira revolução no modelo de parentalidade vigente em nosso ordenamento jurídico, tradicionalmente composto por um pai e uma mãe. Assim, institui-se um novo paradigma nesse domínio e dá-se início à ruptura do padrão clássico, a significar, exclusivamente um pai e uma mãe.

A multiparentalidade pode ser definida como o reconhecimento do vínculo jurídico parental entre uma pessoa e mais de dois ascendentes, consanguíneos ou não. É a consagração em grau máximo da afetividade como o alicerce sobre o qual se assenta a constituição da família contemporânea no Direito brasileiro.

---

5 "A total ausência de negatividade transforma o amor hoje em objeto de consumo e o reduz ao cálculo hedonista [...]" (HAN, 2017, p. 40).

6 Segundo dados do IBGE, entre 1984 e 2019, observa-se uma tendência de aumento no número de divórcios, e a duração média do casamento, nos últimos dez anos passou de 17,5 a 13,5 anos de matrimônio. (SARAIVA, 2020).

O que já era uma realidade em muitas famílias brasileiras, passou a ganhar o reconhecimento do Direito com a admissão da adoção por casais homossexuais, em época anterior ao emblemático julgamento da ADI 4277[7], quando tais uniões sequer eram admitidas como entidade familiar, resultando na proliferação de registros com dupla maternidade ou paternidade. Alavanca-se com isso, gradualmente, um processo de rompimento com o sistema binário de parentalidade, o qual por tanto tempo orientou o sistema de constituição da filiação no direito pátrio.

4.1 O Recurso Extraordinário 898.060 e a Tese Fixada em Tema de Repercussão Geral 622

Mesmo a multiparentalidade não sendo uma novidade, a matéria adquire espetacular relevância somente a partir do histórico julgamento do RE 898.060, relatado pelo ministro Luiz Fux, em 21 de setembro de 2016, quando, no âmbito da Repercussão Geral 622, o STF, admitindo a necessidade de reformular a disciplina dos vínculos jurídicos parentais à vista do princípio da dignidade da pessoa humana, aprovou-se a emblemática Tese: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, *não impede* o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseado na origem biológica, com os *efeitos jurídicos próprios*." (BRASIL, 2016, n. p., grifo nosso). Uma vez constituído o parentesco pela declaração de multiparentalidade, como consectário lógico, estabelecem-se reciprocamente direitos e obrigações tanto de natureza pessoal quanto patrimonial, incluindo, logicamente, obrigações alimentares e direitos sucessórios.

O Recurso Extraordinário considerou a atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares, entendendo serem as configurações previstas no art 226, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) meramente exemplificativas, destacou a impossibilidade de restringir essas realidades a modelos preconcebidos, o que implicaria em deixar à margem de tutela estatal as filiações com pluralidade de vínculos, em pre-

7 A ADI 4277, sob relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 05 de maio de 2011, reconheceu como entidade familiar união entre pessoas do mesmo sexo, estendendo-lhes a mesma proteção conferida a uniões entre pares heteroafetivos. Na oportunidade referindo-se à redação §3º, do art. 226, da Constituição Federal, asseverou que "[...] não se pode separar por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto [...]" (BRASIL, 1988).

juízo do melhor interesse da criança. A decisão recorreu ao Direito Comparado, invocando julgados da Suprema Corte do Estado de Louisiana, nos Estados Unidos[8] onde, desde os anos 80, tem-se reconhecido a dupla paternidade, com vistas à proteção do melhor interesse da prole e ao mesmo tempo do direito do genitor quanto à declaração da paternidade.

Na parte final, a Tese admite a multiplicidade de vínculos, referindo-se aos "efeitos jurídicos próprios", os quais provocam inquietação na doutrina e jurisprudência, pois a matéria ainda não é contemplada em legislação. Obriga-se, assim, a realizar-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a partir da constituição cujo papel é fundante e a ele confere unidade, mesmo não conduzindo sempre a um resultado uniforme, podendo gerar indesejável insegurança jurídica, a qual não se coaduna com o Estado de direito. Trata-se de tema instigante, à espera de estatuto jurídico próprio, em processo de construção doutrinária e jurisprudencial.

4.2 A Obrigação Alimentar na Multiparentalidade

O STF, ao reconhecer a multiparentalidade como imperativo do princípio da igualdade que permeia o Direito das Famílias contemporâneo, no julgamento do RE 898.060 (BRASIL, 2016), , entendeu ser vedada a discriminação e a hierarquização entre as variadas filiações, aplicando-se a todas elas o dever de paternidade responsável (BRASIL, 1988, art. 226§ 7º), a implicar na assunção por qualquer dos pais ou mães, de iguais deveres inerentes ao pátrio poder, independente do vínculo ser sanguíneo ou socioafetivo. Ou seja, uma vez reconhecida a multiparentalidade, pais biológicos e afetivos têm a mesma obrigação alimentar em relação ao filho.

A questão a ser discutida é como o encargo alimentar deve ser repartido entre os pais, afigurando-se escorreita a posição defendendo a distribuição feita em igualdade de condições, exceto se as realidades socioeconômicas sejam diferentes. Nesse caso, então, terá de ser observado o binômio necessidade-possibilidade seguindo o padrão de proporcionalidade, em conformidade com o artigo 1694 § 1º, do CC, de modo a assegurar o equilíbrio na relação multiparental, atendendo, outrossim, a um

8 O recurso ao Direito Comparado vem expresso na própria Ementa do Acórdão: "14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade [...]".

critério de justiça distributiva (LÔBO, 2019). Esse balizamento deverá, ao mesmo tempo, assegurar que não sejam alcançados à prole alimentos inferiores ao de direito, como também prevenir eventual enriquecimento sem causa, preceito ético consagrado no art. 884, do CC.

Acerca da alimentação prestada a filhos menores de 18 anos e, portanto, decorrentes do poder familiar, como sabido, a rigor cuida-se de *dever de prestar alimentos,* presumindo-se a necessidade. Por essa razão, prescinde de prova nesse sentido e a importância a ser fixada deve ser suficiente para fazer frente às suas necessidades básicas, à vista de sua condição de seres em formação, aos quais os genitores devem proporcionar todos os meios necessários ao desenvolvimento de sua personalidade e, bem assim, de suas aptidões.

Alimentos prestados a filhos os quais ainda não alcançaram a maioridade, salienta-se, não têm por finalidade unicamente propiciar-lhes condições dignas de subsistência, mas, para além disso, devem se situar em um patamar justo que garanta a manutenção mais aproximada possível do padrão de vida usufruído por seus genitores. Não seria minimante razoável impor, injustificadamente, a um filho contentar-se com um nível de vida inferior àquele que seus pais desfrutam e podem lhe proporcionar.

Parte da doutrina, bem representada por Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias, advoga existir uma *paternidade alimentar* a qual atribui ao pai biológico o dever de prestar alimentos ao filho menor, antes mesmo do reconhecimento da paternidade, mesmo no caso desse encargo ser suportado pelo pai afetivo, o qual assumiu esse papel. Ou seja, diante da hipótese do pai biológico rejeitar o rebento, privando-o da convivência paterno-filial tão saudável na formação da personalidade, remanesce o dever de prestar-lhe assistência material, decorrência natural da parentalidade responsável, consagrada no artigo 219, da Constituição. Nada mais justo, pois "[...] amar é faculdade, cuidar é dever [...]", como definido pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do Resp 1159242 (BRASIL, 2012).

Embora no caso examinado pelo STF o credor dos alimentos fosse menor de 18 anos, tratando-se de filho maior, não resta dúvida acerca dos alimentos também serem devidos, uma vez comprovada a situação de necessidade a qual comprometa sua existência digna. Desse modo, a obrigação alimentar é oriunda do vínculo vitalício de parentesco e exigência do princípio da solidariedade.

Apesar da decisão do STF não ter expressamente se manifestado sobre isso, mostra-se inequívoco que o princípio da solidariedade

estabelece prestações recíprocas entre o filho de múltiplos pais e cada um deles, caso estejam em situação de necessidade de cuidados e assistência. Todavia, o assunto merece um exame cauteloso, pois a existência de situação pluriparental pode acarretar um encargo excessivo e vir a ameaçar o seu sustento.

A solução proposta, nesses casos, é a fixação da obrigação de acordo com as regras aplicáveis a pais com mais de um filho, isto é, a definição de um percentual sobre os ganhos líquidos do filho devedor, a ser divido entre os pais, de acordo com a necessidade de cada um deles, atendendo ao binômio necessidade-possibilidade previsto no citado art 1.694 §1º do Código Civil (BRASIL, 2002), podendo acontecer de um ascendente vir a receber uma prestação maior em relação ao outro.

A reciprocidade estende-se aos demais vínculos de parentesco, na linha ascendente ou colateral (BRASIL, 2002, arts. 1696 e 1697), até o quarto grau. É possível, como não raro acontece, os avós, biológicos ou não, serem chamados a contribuir de modo subsidiário e complementar para o sustento dos netos, distribuindo-se o encargo segundo os critérios de igualdade e proporcionalidade, utilizados em relação aos pais alimentantes os quais possuem mais de um filho.

Assim, conclui-se a disciplina legal atualmente em vigor, prevista ao modelo clássico de parentalidade[9], ser aplicável às situações de multiparentalidade quanto ao dever de alimentos ao filho menor e obrigação alimentar ao filho maior. Quanto à obrigação alimentar decorrente dos laços de parentesco, assim considerado o natural ou civil, deve regular-se pelas disposições já previstas no Código Civil, não se observando, em geral, qualquer incompatibilidade afastando sua aplicação.

4.3. Efeitos Sucessórios nas Hipóteses de Multiparentalidade

Os reflexos sucessórios da multiparentalidade são aqueles a despertar as maiores polêmicas. Em homenagem ao princípio constitucional

9 O próprio RE 989.060 reconhece que o pai biológico tem o dever de prestar alimentos ao filho, mesmo sendo o socioafetivo quem promova seu sustento. À título exemplificativo, cita-se, ainda, o Acórdão prolatado pela 8ª Câmara de Direito Privado, no julgamento da AC: 10079210520178260161, publicado em 29/04/2021, em um caso pluriparentalidade, condenou ambos os pais ao pagamento de alimentos ao filho menor, observado o critério da proporcionalidade (BRASIL, 2021).

da igualdade das filiações, reconhecida a multiparentalidade estabelecem-se direitos sucessórios recíprocos entre o filho e seus pais e destes em relação àquele independentemente da natureza do vínculo. Contudo, a Tese, correspondente ao Tema 622, aprovada pelo STF não esclareceu a forma como se procederá a divisão da herança, em um caso ou no outro.

Não há dúvidas quanto ao filho ser herdeiro de todos aqueles com quem mantém vínculo de filiação, até porque, conclusão diversa não encontraria amparo no art 5º XXX, da CF (BRASIL, 1988) a qual erige a herança ao *status* de direito fundamental, de estreita relação com a filiação, sem limitação ao seu exercício. Por outro lado, aquele com múltiplos pais deverá herdar em igualdade de condições com quaisquer outros filhos, independendo da natureza da filiação.

A matéria já foi objeto de exame pelo STJ no Resp 1.618.230 (BRASIL, 2017), quando foi aplicada a Tese nº 622/ STF, a qual será objeto de análise mais à frente. Conforme entendimento da Corte, embora o filho já tivesse recebido herança do pai registral socioafetivo, também fazia jus à herança do pai biológico.

Nesse mesmo sentido é o Enunciado nº 632 da VIII Jornada de Direito Civil (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002), realizada pelo Conselho da Justiça Federal, assim expresso: "Nos casos de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos [...]".

Quanto à participação dos pais plúrimos na herança do descendente, o debate é maior. Existem três posições. Conforme a primeira, falecendo o filho sem deixar descendente ou cônjuge, a herança será dividida entre os ascendentes de primeiro grau, seguindo a regra estabelecida pelo art. 1836º, do Código Civil, em conformidade com a qual será feita uma divisão igualitária entre as linhas, a saber, materna e paterna, não importando a quantidade de pais e/ ou mães existentes em cada uma delas. Essa corrente é representada por Luiz Paulo Vieira de Carvalho. De acordo com a segunda, a herança deverá ser dividida em partes iguais e entregue a tantos quantos forem os ascendentes, indistintamente, à qual se filiam Ana Luíza Nevares e Anderson Schreiber. Por fim, a menos expressiva é a terceira, defendendo a partilha da herança em metade para a linha biológica e metade para a socioafetiva.

Por ocasião da VIII Jornada de Direito Civil (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002), promovida pelo CJF, o Enunciado nº 642 foi aprovado nos seguintes termos:

> Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente, com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em graus e diversidade em linha entre os convocados a herdar, a herança será dividida em tantas linhas quantas sejam os genitores.

O enunciado é claro em seu sentido de dividir os quinhões igualmente entre todos os ascendentes participantes da sucessão. Ao mesmo tempo, evidencia-se a necessidade de atualização do significado clássico de linhas materna e linha paterna, pois a família já não possui a configuração pré-definida de antes, ao contrário, é conceito indeterminado incluindo formações as quais já não comportam a tradicional divisão pai e mãe com correspondência nos gêneros masculino e feminino, como acontece em uniões homoafetivas e aquelas abrangendo ascendente transgênero.

5 AS AÇÕES ARGENTÁRIAS: DIREITOS DE PERSONALIDADE *VERSUS* DIREITOS PATRIMONIAIS, O ENFRENTAMENTO ENTRE O SER E O TER

Importa discutir se em qualquer circunstância deve ser reconhecida a multiparentalidade e garantidos efeitos sucessórios; ou, se em alguns casos, imperativos de ordem ética, assegurariam apenas o conhecimento da ascendência genética sem formação de parentesco e, portanto, sem efeito sucessório; ou, ainda, se é possível reconhecer a paternidade biológica, constituindo a filiação somente para fins de produção de efeitos pessoais, subtraídos os sucessórios.

O debate cresce de importância quando entram em cena ações dissociadas do propósito de conhecimento da ascendência biológica, no exercício do legítimo direito à identidade pessoal, direito de personalidade, ou do interesse de estabelecer a filiação e constituir família ao lado do pai, protegido pelo direito de família. Cogitam-se, nesse caso, demandas visando somente a filiação sucessória, autênticas ações caça à fortuna, tratadas por Schreiber como frívolas ou argentárias como prefere José Simão (TARTUCE, 2018).

Quando do julgamento do RE 898.060 pelo STF, o parecer do MP já manifestara a preocupação as demandas mercenárias poderem ser

ajuizadas por filho possuidor de paternidade socioafetiva[10], movido por propósito caracterizador de abuso de direito e violação à boa-fé objetiva. O mesmo temor é compartilhado pela doutrina. Schreiber menciona: "Argumenta-se que a corte teria abarto (sic) as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas [...]" (SCHREIBER apud TARTUCE, 2016, n. P.).

A matéria das ações argentárias inquieta doutrinadores e divide opiniões (CALDERÓN, GRUBET, 2019). No Direito brasileiro, há defensores de que, uma vez constatada a ascendência genética, a filiação seja reconhecida automaticamente, tornando inafastáveis seus efeitos sucessórios. Em lado oposto, considera-se que, em nosso Direito de Família, a filiação não está atrelada ao biologismo, defendendo a mesma solução reservada aos filhos adotivos, a qual deveria ser estendida aos concebidos pela via da reprodução assistida heteróloga, isto é, garantir o conhecimento das raízes genéticas sem acarretar a constituição de vínculos de parentesco e seus consectários. Essa posição é defendida por Rolf Madaleno (2018) e Paulo Lôbo (2019) e já encontra adeptos na jurisprudência.

Ilustra essa última posição o Acórdão prolatado pela Sétima Câmara Cível, do TJ/RS, no julgamento da Apelação Cível 70059229641, de relatoria da desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, julgado em 26.11.2014 (MADALENO, 2018, p.532), conforme os seguintes termos:

> Reconhecida a vinculação socioafetiva entre a demandante e seu pai registral, que perdurou por três décadas, pertinente apenas, o reconhecimento da origem genética, que restou irrefutável diante da conclusão da prova técnica - exame de DNA, sem reconhecer os direitos patrimoniais e, tampouco, alterar o registro civil da demandante, sob pena de desconfigurar-se os princípios basilares do Direito de Família [...].

A separação dos efeitos do reconhecimento da filiação, vê-se, não é inteiramente desconhecida do direito brasileiro, bastando considerar a ação de investigação de paternidade como imprescritível enquanto a ação

10 "De todo modo, os riscos de indolência e excesso nas questões alimentícias são controlados pelo binômio necessidade-possibilidade, que obsta o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. [...] Eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto [...]". (CALDERÓN, 2016, n. p.).

de petição de herança não o é, inobstante integre o direito à herança o catálogo de direitos fundamentais.

No Direito Comparado, o Código de Macau[11] possibilita a cisão dos efeitos do reconhecimento da paternidade, coibindo o intuito torpe do filho, a quem são negados efeitos sucessórios nos casos de investigação de paternidade nos quais o filho, sabedor de sua ascendência biológica, permanece inerte por tempo demasiado, com manifesto desinteresse de estabelecer ligação paterno-filial com o genitor, evidenciando o propósito inequívoco de mero ganho legatório, (SANTOS, 2016). Essa é a solução proposta por Santos para o Direito português, norteado pelo princípio da verdade biológica impondo a coincidência entre o vínculo jurídico e o biológico.

Tal tese vem sendo acolhida por Tribunais portugueses, como se depreende do julgamento resultando no acórdão 4293/10.7TBSTS.P1.S1 (PORTUGAL, 2015). Nele, o Supremo Tribunal de Justiça português considerou, diante de eventual abuso de direito do filho, que mesmo admitindo o direito à paternidade biológica, devem ser cindidos os efeitos do reconhecimento, garantindo-se ao filho aqueles relativos à questão de estado, negando os de natureza patrimonial, fazendo o julgado referência expressa ao Direito de Macau.

Comporta também, no âmbito desse debate, considerar a aplicação do princípio da eticidade, um dos pilares do Código Civil, ao Direito das Famílias e ao de Sucessões ecoando nos princípios da boa-fé e da confiança a exigir dos membros da entidade familiar um agir calcado na lealdade. Não por outro motivo, nesses domínios, igualmente vigora a proibição do *venire contra factum proprium*, regra a qual tem por finalidade a proteção da confiança violada quando um dos membros da relação familiar incute no outro, em razão de longa inércia, uma expectativa legítima e age contraditoriamente em verdadeira ameaça à estabilidade das relações familiares.

O comportamento contraditório atentando contra a fundada confiança despertada em um dos integrantes da família recebe a reprovação do direito, o qual identifica nele um abuso no exercício do direito

11 O Código Civil de Macau é uma versão modernizada do Código Civil português de 1966, o qual, por seu turno, inspira-se no BGB alemão, pois acolhe a classificação germânica dos ramos do Direito. Macau é uma região autônoma da costa sul da China continental, território português até o ano de 1999, sendo esse o motivo da influência do Direito luso.

subjetivo. Por consequência, o ordenamento impõe ao abusador a perda da posição jurídica, situação denominada de *supressio,* expressão cunhada pelo jurista português Menezes Cordeiro (*apud* CHAVES, 2018).

Para o doutrinador português o abuso de direito ganha destaque no *venire contra factum proprium*, o qual estruturalmente pressupõe "[...] duas condutas, lícitas em si, mas diferidas no tempo. Só que a primeira- o *factum proprium*- é contraditada pela segunda- o *venire* [...]" (CORDEIRO, 2005, n. p.). A *supressio*, portanto, é a proteção proporcionada àquele que confia na inércia de outrem, configurando a simples inação o *factum proprium*. O tempo prolongado de inércia, idôneo a despertar a confiança protegida, deve ser apurado na situação concreta. (CORDEIRO, 2005).

No contexto do Direito de Família, a proibição do comportamento contraditório encontra ambiente mais propício para aplicação no cenário da investigação de paternidade. Veja-se a hipótese típica de *supressio* prevista no art 1609 § único do Código Civil (BRASIL, 2002), na qual é recusado ao pai o reconhecimento da ascendência biológica em investigatória de paternidade *post mortem* de filhos em descendentes, com a indisfarçável intenção de alijá-lo da disputa sucessória do filho desprezado em vida e em relação ao qual deixou de exercer a parentalidade responsável.

A despeito de inexistir regra assemelhada para a hipótese inversa, a omissão legislativa não pode ser interpretada como conivência com situações eticamente reprováveis consubstanciadas em ações argentárias. Ademais, destaca-se, no exercício dos poderes resultantes dos direitos de personalidade, a não desobrigação dos titulares a pautarem seu agir segundo critérios éticos e morais, atendendo aos ditames dos bons costumes, da ordem pública e do bem comum.

Cabe ao Judiciário identificar comportamentos desatentando a esses princípios, sob pena de se tonar chancelador de agir ganancioso e instrumento de realização da torpeza alheia.

Segundo Dworkin, afigura-se apropriado lembrar, os órgãos da justiça devem se orientar por princípios aos quais o filósofo americano refere-se como padrões atendendo a "[...] uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...]" (DWORKIN, 2010, p. 36). E se faz sentindo refletir sobre essa afirmação, mais ainda o faz a indagação por ele proposta "Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão

ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?" (DWORKIN, 2010, p. 39).

À luz dessas considerações, entende-se que, em ações de caça à fortuna, a origem genética há de ser sempre declarada, porquanto corresponde a direito de personalidade, emanação da dignidade humana, mas sem a constituição de vínculo de parentesco, porquanto inexistente o afeto, estruturador dos laços familiares, impedindo-se o êxito do intuito mercenário. Aliás, não parece ter sido outro o motivo pelo qual a Tese fixada pelo STF no Tema 622, ao invés de consagrar a obrigatoriedade de reconhecimento de vínculos parentais simultâneos, apenas considerou a existência de um deles *não impedindo* o reconhecimento de outro.

5.1 A Banalização da Tese Fixada na Repercussão Geral 622 pela Equivocada Aplicação no Acórdão 1.618.230, Prolatado pelo STJ

O Recurso Extraordinário no qual resultou aprovada a tese no julgamento da Repercussão Geral 622, referia-se à investigação de paternidade ajuizada por um pai em relação a *filho menor* já possuidor de pai registral e socioafetivo. Reconhecido o vínculo pluriparental biológico, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e em nome do *melhor interesse* da criança, as circunstâncias levaram a Corte a decidir pela existência da paternidade registral a qual "[...] *não impede o reconhecimento de outro* [... vínculo]" (BRASIL, 2016, n. p., grifo nosso).

As peculiaridades do caso julgado pelo STJ discrepam à demasia do substrato fático o qual ensejou a fixação da tese aprovada pelo STF. O Resp. julgou a pretensão de um filho que, aos *61 anos de idade*, teve convivência com pai registral e posse de estado de filho consolidada por mais de 60 anos, até o falecimento do ascendente, ajuizando ação contra seu pai biológico (morto antes de receber a citação), pretendendo o reconhecimento da paternidade para fins de modificação de seu assento de nascimento e produção de todos os efeitos daí decorrentes.

Conforme consta dos autos, o autor tomou conhecimento de sua paternidade biológica 27 anos antes da propositura da demanda. Isso, no mínimo, significa o adiamento por quase três décadas da constituição de laços afetivos com o ascendente, tornando indisfarçável a intenção mercenária.

A incoerência da utilização da tese estabelecida na Repercussão Geral 622 constata-se logo no item nº 3 da ementa do acórdão, assim vaza-

do: "A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito à busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis [...]" (BRASIL, 2016, n. p., grifo nosso).

A última oração merece ser decomposta para bem analisar a natureza dos direitos enumerados. O referente à ancestralidade e à origem genética são sabidamente direitos de personalidade, cuja proteção é garantida pelo Direito Civil. Inserem-se na difícil definição de direito à identidade pessoal, relacionada à singularidade do indivíduo, à sua historicidade, seu itinerário biográfico e basta o mero reconhecimento do liame biológico para assegurá-los. Já o afeto ou o direito ao afeto, está ligado ao elemento constituidor da família e, portanto, pertence ao domínio do Direito das Famílias.

No caso dos autos, o afeto parece jamais ter existido e o óbito do ascendente, logo no início da demanda, impediu sua eventual existência. A bem da verdade, os fatos não induzem à conclusão de o demandante estar minimamente interessado em estabelecer uma relação amalgamada no afeto com o pai biológico, bastando observar a demora de vinte e sete anos para ajuizar a ação.

Tampouco se reconhece o julgado como tendo promovido a igualdade entre as filiações – muito pelo contrário. A decisão promoveu verdadeiro desprestígio à adoção à brasileira materializada no assento de nascimento do demandante e consagrou uma gritante diferença de tratamento em relação à adoção oficializada, pois, como observa Madaleno (MADALENO, 2018), essa é irrevogável, sob a proteção do art. 39 § 1º do ECA, e vínculos biológicos não se restabelecem nem pela morte dos adotantes (art. 49), embora seja garantido ao filho o conhecimento de suas origens genéticas (art.48) (BRASIL, 1990). E esse deveria ter sido o limite posto pelo STJ, em especial, pelas circunstâncias do caso concreto, onde se reconhecem como lapidares as decisões das instâncias ordinárias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A multiparentalidade é produto do novo arcabouço axiológico, introduzido a partir da entrada em vigor da CF de 1988a qual, sob influência do princípio supremo da dignidade da pessoa humana, repersonalizou as relações familiares, priorizando valores existenciais, guindando

o afeto à condição de elemento estruturante das relações de parentesco, com força suficiente para forjar relações de parentalidade, oponíveis até mesmo às resultantes de liames biológicos. É expressão da elevada importância galgada pela socioafetividade no Direito brasileiro.

Assim, reconhecida a parentalidade e constituindo-se a filiação, os deveres inerentes à paternidade responsável são exatamente iguais para cada um dos ascendentes. Todos os múltiplos pais e mães têm obrigação alimentar em relação ao filho e esse em relação àqueles, por força do princípio da solidariedade, quando precisarem de cuidados e assistência, observados parâmetros de igualdade e proporcionalidade. Da mesma forma, a obrigação, independentemente da natureza do vínculo, estende-se aos colaterais.

Entende-se que, em qualquer circunstância, nas ações objetivando o reconhecimento da multiparentalidade, a ascendência genética deve ser declarada, pois trata-se de direito de personalidade, relacionado com à historicidade pessoal e, de resto, com elevado conteúdo de dignidade humana. Quanto ao estabelecimento da filiação, defende-se a restrição aos casos de ações movidas por crianças nos quais o melhor interesse, sinalize favoravelmente à multiplicidade de vínculos. Fora disso, na hipótese de ação proposta por maiores de idade, quando o liame biológico já é de longo tempo de conhecimento do filho e inexistem laços afetivos entre ascendente e descendente, a sugerir ter sido motivada pelo torpe propósito de garantir direitos hereditários, advoga-se pela recusa da constituição da parentalidade e, menos ainda, conferência de efeitos patrimoniais por motivos de ordem ética.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Modernidade Líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, N. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2011.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. *Código Civil:* comentado. Organizado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em jan. de 2021.

BRASIL. [Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)]. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em fev. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão proferido no Recurso Especial 1159242.* Relator: Ministra Nancy Andrighi, de 24 de fevereiro de 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1159242_a95ca.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1614336622&Signature=iMX8MZINceLyw89AEv8HsHeXqZw%3D. Acesso em fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão proferido na ADI 4277*. Relator: Ministro Ayres Britto, 22 abr. 2018. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão proferido no Recurso Extraordinário 898.060.* Relator: Ministro Luiz Fux, de 21 de setembro de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: http.//redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919. Acesso em jun. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão proferido no Recurso Especial 1.618.230.* Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, de 28 de março de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=15863366tipo=06nreg=20160204124446SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=6dt=201705106formato=PDF6salvar=fals. Acesso em jun. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Acórdão 10079210520178260161 SP 1007921-05.2017.8.26.0161*. Relator: Ministro Salles Rossi, 29 abr. 2021. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2021.

CALDERÓN, R. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade. [São Paulo], 25 set. 2016. *Consultor Jurídico.* Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf--acolher-socioafetividade-multiparentalidade. Acesso em out. de 2021.

CALDERÓN, R; GRUBET, C. Projeções Sucessórias da Multiparentalidade. *In*: TEIXEIRA, D. C. (coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CAMPOS, D. L.; CAMPOS, M. M. *Lições de Direito de Família.* Coimbra: Almedina, 2018.

CAMPOS, D. L. A Procriação Medicamente Assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a omnipotência do sujeito. *In:* ASCENSÃO, J. O. *Estudos de Direito da Bioética.* Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHAVES, M. *Venire contra factum proprium, supressio e surrectio*: a tutela da confiança nas relações familiares. *In:* PEREIRA, R. C.; DIAS, M. B. (coord.). *Família e Sucessões:* Polêmicas, Tendências e Inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

CORDEIRO, A. M. Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 65, v. II, set. 2005. Disponível em: https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e--perspectivas-star/. Acesso em dez. de 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 642. *In*: Jornada de Direito Civil, 8., 2002, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: Justiça Federal, 2002. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com--justificativa.pdf. Acesso em fev. de 2021.

DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério.* 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIAS, C. C.; ROSA, C. P. *Teoria Geral do Afeto.* Salvador: Jus Podium, 2020.

GIDDENS, A. *A transformação da intimidade*: Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. 2 ed. São Paulo: Unesp, 1993.

HAN, B. C. *A agonia do Eros.* Petrópolis: Vozes, 2017.

LÔBO, P. L. *Direito Civil:* famílias. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, R. *Direito de Família.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, R. *Laços que ficam e paternidade alimentar*. Porto Alegre. [2019?]. Disponível em: https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/lacos-que-ficam--e-paternidade-alimentar. Acesso em dez. de 2020.

NOVAIS, J. R. *A Dignidade da Pessoa Humana.* Coimbra: Almedina, 2018.

OLIVEIRA, G. *Estabelecimento de Filiação.* Coimbra: Petrony, 2018.

_____. Critérios jurídicos de parentalidade. OLIVEIRA, G (coord.). In: *Textos de Direito de Família*: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão com n. 4293/10.7 TBSTS. P1.S1.* Relator: Min. Fonseca Ramos, de 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6da-6b6989a a04b780257df0004dc1e6. Acesso em jun. de 2019.

REAL, C. P. C. Relance Crítico sobre o Direito de Família Português. *In*: OLIVEIRA, G. (coord.). *Textos de Direito de Família*: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

ROUDINESCO, E. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTOS, H. L. A verdade biológica, o direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito à historicidade pessoal, à luz dos artsº 1656º,1677º e 1722º, do Código Civil de Macau: Crónica de (3) três disposições legais modelares e avançadas. *Revista da Administração Pública de Macau,* Macau, v. XXIX, n. 111, p. 153-167, 2016-1.

Saraiva, A. Casamentos reduzem pelo quarto ano seguido e passam a durar menos tempo. [Rio de Janeiro], 09 dez. 2020. *Agência IBGE Notícias.* Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29647-casamentos-reduzem-pelo-quarto-ano-seguido-e-passam-a-durar-menos-tempo. Acesso em out. de 2021.

SARLET, I. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARTUCE, F. Da ação vindicatória de filho: análise diante da recente decisão do STF sobre a parentalidade socioafetiva. *Migalhas,* [s.l.], 29 ago. 2018. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/286476/da-acao-vindicatoria-de-filho---analise-diante-da-recente-decisao-do-stf-sobre-a-parentalidade-socioafetiva. Acesso em nov. de 2020.

_____. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. [s. l.], 27 set. 2016. *Jusbrasil.* Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos. Acesso em out. de 2021.

A PRIMEIRA IMPRESSÃO É A QUE FICA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E NAS SESSÕES DE MEDIAÇÃO PRESIDIDAS PELO MAGISTRADO DA CAUSA NO ÂMBITO DOS CONFLITOS FAMILIARES

Itamara Foiatto Ghion[1]

RESUMO

O presente trabalho buscou verificar se há violação ao princípio da confidencialidade no julgamento da lide quando o magistrado da causa preside a audiência de conciliação ou mediação, especialmente no âmbito dos conflitos familiares, à luz do viés cognitivo de confirmação. A pesquisa teve como objetivo geral identificar se a participação do magistrado responsável pela jurisdição como conciliador ou mediador interferiu no julgamento da lide, buscando, ato contínuo, aprofundar o conhecimento acerca de tal princípio, além do dever de sigilo. Outrossim, objetivou-se compreender as heurísticas e os vieses cognitivos, a fim de verificar seu reflexo nas decisões do magistrado da causa quando este preside as audiências de conciliação e mediação. Para tanto, utilizou-se da metodologia indutiva, o qual consiste na consulta de artigos e livros sobre o tema, além de jurisprudência estadual. Ao final, concluiu-se que o princípio da confidencialidade é, definitivamente, descumprido quando o togado responsável pela jurisdição assume posição de conciliador ou de mediador.

Palavras-chave: Audiência de Conciliação e Mediação; Conflitos de Família; Princípio da confidencialidade; Viés Cognitivo de Confirmação.

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: itamara60335@oab-sc.org.br.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Civil moderno, advindo com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, introduziu grande mudança no âmbito da jurisdição de família, principalmente ao contemplar as soluções consensuais de controvérsias dentro do procedimento ditado pelos artigos 694 e 695. Com isso, o presente artigo visa analisar o princípio da confidencialidade nas audiências de conciliação e mediação presididas pelo magistrado da causa no âmbito dos conflitos familiares, diante da interferência do viés cognitivo de confirmação no julgamento da lide.

Dividiu-se, portanto, o desenvolvimento em quatro partes. Tratou-se, no primeiro tópico, dos métodos consensuais de resolução de conflitos trazidos pelo Código de Processo Civil, pela Resolução do CNJ de nº 125/2010, a qual pôs em prática a ideia da justiça multiportas, bem como pela Lei de Mediação (13.140/2015). Analisou-se, em sequência, a audiência de conciliação e a sessão de mediação, objetivando diferenciá-las e apontar seus aspectos semelhantes.

Na terceira parte, aprofundou-se acerca do princípio da confidencialidade, inerentes às práticas consensuais, a fim de demonstrar a razão da preservação do sigilo pelos conciliadores e mediadores. Abordou-se, em síntese, as heurísticas e os vieses cognitivos, em especial, o viés cognitivo de confirmação, no intuito de evidenciar a razão pela qual o magistrado da causa não deveria presidir a audiência de conciliação ou sessão de mediação.

Ao final, por meio da metodologia indutiva, a qual consiste na consulta de artigos e livros sobre o tema, além de jurisprudência estadual, será verificada a interferência do viés cognitivo de confirmação no julgamento da lide quando o magistrado da causa preside a audiência de conciliação ou mediação, especialmente no âmbito dos conflitos familiares, à luz do viés cognitivo de confirmação.

2 OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO TRAZIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Não obstante aos demais métodos consensuais de resolução de conflitos, tais como as constelações familiares, práticas colaborativas, dentre outras, neste trabalho serão analisadas a conciliação e a mediação.

Ab initio, cumpre trazer à tona a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, alterando o artigo 5º da Constituição Federal, para fazer incluir o inciso LXXVIII. Segundo esse, assegura-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação.

A referida alteração no texto Constitucional, em conjugação com o art. 226 da Carta Magna, deu origem ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional nos litígios familiares, pois o ambiente da família é base da sociedade, digno de proteção especial do Estado. Como reflexo desse princípio inovador, a Lei Maior conferiu ao Estado, por meio do Poder Judiciário, a responsabilidade de caucionar a essas demandas uma resposta célere (ROSA, 2020).

Os métodos de autocomposição, nesse sentido, são apresentados como técnicas alternativas ao tradicional sistema judicial – aquele pouco atraente, com procedimentos complicados e ambientes cerimoniosos –, e possuem grande impacto sobre a forma como se alcança não só o acesso formal à justiça, mas sua efetividade, pois buscam integrar o litigante de modo a ele não se sentir perdido ou intimidado (CAPPELLETTI; GARTH, 1999).

Tem-se, à luz do sobredito, a conciliação e mediação como parte da terceira onda do movimento iniciado em 1965, traçada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na qual viabilizaram-se caminhos para o acesso à justiça de maneira eficiente e rápida. Essa fase foi precedida pela assistência judiciária às pessoas economicamente vulneráveis, intitulada primeira onda, e pela representação dos direitos difusos, a segunda onda.

Outra corrente de mobilização ao acesso ao judiciário, intitulada justiça multiportas – ou tribunal multiportas – desempenha função marcante na compreensão do que é "fazer justiça", concedendo ao jurisdicionados opções para solucionar o conflito em um tempo razoável e de modo mais equânime. Ou seja, os próprios tribunais ofertam à população ferramentas diversificadas e simples para que evitem os processos morosos e desgastantes, sem deixar seus direitos desamparados.

Embora a Constituição brasileira ressoasse a celeridade, até os Poderes Legislativo e Judiciário atingirem o mesmo tom muito demorou. Antes da promulgação do Código de Processo Civil, o qual trouxe ao direito o acesso aos métodos de autocomposição às partes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a Resolução nº 125/2010, pôs em prática a ideia da justiça multiportas, fazendo da conciliação e da mediação ins-

trumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, visto o cenário de intensa judicialização e terceirização de resolução de conflitos, em especial, na jurisdição de família.

Precedente à integração dos métodos autocompositivos no sistema processual civil, tem-se, ainda, a Lei de Mediação (13.140/2015), dispondo sobre a aplicação do método de resolução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública.

Os ares da mediação e conciliação, entretanto, somente vieram com força no ano de 2016, porquanto da vigência da Lei 13.105/2015, mais conhecida como o novo Código de Processo Civil. Nele, muitos dos operadores do direito de família sentiram o balançar do contencioso: antes de ir à luta, tinham que oportunizar o diálogo entre as partes.

A vontade do legislador é uma só: implementar a solução consensual de controvérsias. Para isso, tem-se, hoje, procedimento especial às demandas familiares, conforme preconizam os artigos 693 e seguintes.

Logo no ato de convocação para integrar a relação processual, ou seja, na citação (art. 238, CPC), o mandado conterá ordem do magistrado para o comparecimento do mesmo à audiência de mediação e conciliação desacompanhado de cópia da petição inicial (art. 695, CPC), numa tentativa de o demandado apresentar-se com espírito mais colaborador à solenidade (ROSA. 2020). Outrossim, conforme preconiza o artigo 694 do referido código, o legislador determinou o empreendimento de todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento.

O fomento ao diálogo é tamanho a ponto de ser oportunizado às partes, pelo parágrafo único do artigo 694 do Código de Processo Civil, o requerimento da suspensão do processo enquanto os litigantes se submeterem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Logo, os métodos podem ser aplicados de forma endoprocessual ou extraprocessual.

A mudança de paradigma, destarte, não veio com a normatização do CNJ, mas sim por força da nova legislação processual, de modo ao legislador determinar a aplicação da conciliação e da mediação familiar pelo juízo como o primeiro passo na busca pela solução dos conflitos familiares (LOREA, 2017).

3 AS DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Ao se explanar acerca da importância dos métodos de resolução consensual de conflitos no procedimento especial de família, faz-se mister diferenciá-los e conceituá-los para melhor compreensão da problemática.

O Código de Processo Civil, nesse sentido, não só trouxe os métodos em seu texto, como os diferenciou de modo a permitir sua aplicação correta dentro do processo. Um ponto de convergência entre os ambos é a presença de um terceiro imparcial, cuja função é auxiliar os envolvidos a criar uma solução para o conflito, todavia, sem interferir na decisão das partes.

A sessão de mediação, por sua vez, é uma ferramenta "[...] de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas" (TARTUCE, 2013, p. 1), ao passo que a audiência de conciliação é um mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e capacitado conduzirá a sessão permitindo às partes envolvidas buscarem uma solução para a contenda, podendo, ainda, sugerir soluções compatíveis com o interesse das partes (SALES e CHAVES, 2014).

A lei processualista traz, nos §§ 2º e 3º do art. 165, outra importante diferenciação entre os métodos, porquanto o conciliador atuará, preferencialmente, nos casos nos quais não houver vínculo anterior entre as partes, pois poderá sugerir soluções para o litígio. O mediador, em contrapartida, agirá naqueles onde essa ligação inexiste, não podendo sugerir desfechos, devendo auxiliar os envolvidos a compreender as questões e os interesses em conflito, permitindo a eles a possibilidade de reestabelecer a comunicação e, se possível, alcançar uma resolução consensual por si próprios.

Percebe-se o reconhecimento da interdisciplinaridade, em especial dentro da prática da mediação familiar, pois se visa construir nas sessões um olhar para além do litígio, apoiado em outras vertentes da ciência (BARBOSA, 2015) utilizando do conhecimento de áreas para além da jurídica como, por exemplo, da psicologia.

O terceiro imparcial, posto isto, será o conciliador ou o mediador capacitado na forma curricular determinada pela Resolução nº 125/2010

do CNJ, o qual deverá se submeter a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário.

A Lei 13.105/2015 determinou aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, permitindo a realização das audiências de conciliação e as sessões de mediação, a fim de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165, *caput*, CPC). Todavia, inequivocamente, raras comarcas foram atingidas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), razão pela qual muitos magistrados ocupam os lugares de conciliador ou de mediador, inclusive nas demandas por eles julgadas.

4 DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E NAS SESSÕES DE MEDIAÇÃO

Para introduzir o tópico, traz-se à tona o artigo 166 do Código de Processo Civil, o qual elencou os princípios regentes da audiência de conciliação e a sessão de mediação, sendo eles: princípio da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da oralidade, da informalidade, da decisão informada e da confidencialidade.

Segundo a Resolução nº 125/2010 do CNJ, os princípios da independência e da autonomia residem sobre a liberdade de atuação do terceiro imparcial, dizendo a imparcialidade respeito ao tratamento igualitário entre as partes no conflito, as quais devem, a todo tempo, estarem cientes dos seus direitos e do contexto fático, sob a exegese do princípio da decisão informada. A oralidade e a informalidade, por seu turno, estão interligadas conforme todas as etapas do ato processual são verbalizadas, de forma a possibilitar a compreensão, mesmo, para tanto, sendo necessária a adaptação de regras, sem desrespeitar a legislação processual.

O princípio da confidencialidade, diante de sua importância para as práticas consensuais de resolução de conflitos, teve sua extensão definida pelo código processual, o qual aplicou-o "[..] a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes" (§ 1º, art. 166, CPC). Conforme reforçado pela lei processualista, motivado pelo dever de sigilo e do princípio da confidencialidade, inerentes às suas funções, o conciliador e o mediador não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (§ 2º, art. 166, CPC).

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (EFAM) divulgou 62 enunciados para orientar a aplicação do Código de Processo Civil, dos quais sete tratam sobre as sessões de conciliação e mediação. O enunciado 56 remete ao sigilo, preconizando o registro unicamente das informações expressamente autorizadas por todas as partes. O enunciado 62 refere-se ao princípio da confidencialidade e determina ao conciliador e ao mediador o dever de advertir aos presentes, no início da sessão ou audiência, da extensão do mesmo a todos os participantes do ato.

O motivo da confidencialidade e o sigilo serem tão resguardados dentro das práticas consensuais de resolução de conflitos é o asseguramento às partes de um lugar seguro de diálogo, com a certeza da interlocução entabulada não ser usada contra ou indevidamente, sobretudo em juízo (TARTUCE, 2013). As únicas exceções ao princípio da confidencialidade, conforme a Resolução nº 125 do CNJ, são: i) expressa autorização das partes; ii) violação à ordem pública ou às leis vigentes. É possível, portanto, pela excepcionalidade, levar ao processo conteúdo obtido na sessão se os envolvidos assim optarem, ou na hipótese de exposição da ocorrência de um crime de ação pública, por exemplo.

Além do dever do sigilo, a resolução já citada enfatiza o impedimento aos conciliadores e mediadores a testemunhar no caso, muito menos atuar como advogado das partes envolvidas, em qualquer hipótese[2].

Sendo a razão da existência do princípio da confidencialidade a preservação do sigilo dentro das tentativas de autocomposição, a não participação do magistrado como condutor das sessões é crucial, pois, caso não se concretize um acordo, será ele quem julgará a lide (TARTUCE, 2013).

Propõe-se refletir sobre uma situação concreta. Um pai e uma mãe estão disputando a guarda do filho e o genitor acaba, no curso da mediação, confessando um fato desabonador espontaneamente a seu respeito, o qual não pretendia, por uma obviedade, levar aos autos. Essa informação inevitavelmente ressoará em eventual decisão do magistrado

2 Artigo 1º, inciso I, Anexo III, Resolução 125/2010 do CNJ, *in verbis:* Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; [...].

uma vez presente na sessão, isso tudo graças ao viés cognitivo de confirmação, o qual será apresentado no tópico sequente.

5 VIÉS COGNITIVO DE CONFIRMAÇÃO

A psicologia é o estudo do comportamento humano, o qual pode ser conceituado como "[...] toda e qualquer ação, seja a reflexa [...], sejam os comportamentos considerados conscientes que envolvem experiências, conhecimentos, pensamentos e ações intencionais, e, num plano não observável diretamente, o inconsciente" (LANE, 1994).

Dentro da psicologia tem-se as heurísticas cognitivas, funcionando como pensamentos prontos, ativados em certas situações. Seriam como aplicativos de celular instalados os quais, uma vez acionados, otimizariam as decisões (FABER, 1970). Logo, isso elucidaria o motivo pelo qual, repetitivamente, agimos de forma semelhante em determinada situação.

Sendo as heurísticas atalhos mentais –até então, um ponto positivo, pois nos propicia menos gasto de energia para agirmos de forma otimizada –, o problema aparece quando essas não dão conta de interpretar a situação posta e acabam direcionando o indivíduo às interpretações errôneas e a circunstância vivenciada. Surgem, com isso, os vieses cognitivos, conduzindo a pessoa a uma resposta intuitiva, com falsa percepção de estar certa, contra uma resposta alternativa lógica e correta (FABER, 1970).

Acerca do viés cognitivo, ainda deve-se apontar:

> O viés cognitivo então pode ser definido como uma tendência cognitiva que nos direciona para um caminho específico, normalmente não adequado. Essa tendência aparece em diferentes contextos, como avaliações estatísticas, atribuições ou julgamentos sociais, erros de memória, preconcepções (sic) culturais, crenças e muitos outros (FABER, 1970).

Existem, destarte, vários vieses cognitivos, entre eles: de *status quo*, de trancamento, de ancoragem, do ponto cego, de congruência, da expectativa, etc. Entretanto, se dará atenção especial ao viés de confirmação.

Segundo Cory S. Clements (2013), viés de confirmação é a tendência do indivíduo de basear-se em suas próprias convicções, procuran-

do evidências de modo a suportá-las. Ao mesmo tempo, ignoram aquelas contrariando o que acreditam ser/estar correto[3].

A partir disso, explica-se a relação do viés de confirmação com a vedação às audiências de conciliação e mediação serem presididas pelo magistrado da causa. Desse modo, todos os diálogos nessas sessões serviriam de base para o juiz conceber um plano, mesmo inconscientemente, de seu parecer acerca de qual dos pais deveria ter a guarda do filho, por exemplo.

Nas palavras de Kevin J. Lynch (2015), os juízes sofrem do mesmo viés de confirmação o qual afeta o resto das pessoas. Utilizar atalhos mentais os ajuda a lidar com as incertezas e a pressão do tempo nos processos judiciais[4]. Naturalmente, os magistrados estão condicionados a esse viés cognitivo, levando-os a buscar por provas, dentro do processo, os quais tendem a corroborar com suas crenças a respeito da lide, subvalorizando as demais (TARUFFO, 2012).

Há, nessa seara, abertura para violação do princípio da confidencialidade, pois o teor das tratativas viabilizadas dentro das sessões não deve ser utilizado e trazidas para os autos.

O desembargador relator da apelação cível nº 0248819-20.2016.8.19.0001, Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sétima Câmara Cível (2017), ao proferir seu voto consignou: "[...] se, excepcionalmente, [...] a audiência de conciliação ou de mediação vier a ser conduzida por um magistrado, ele não poderá julgar a causa, em respeito ao princípio da confidencialidade (art. 166)". E continua: "[...] a única hipótese de proferimento de sentença na audiência do art. 334 consiste na homologação da autocomposição, como consta no seu parágrafo 11 [...]".

Faz-se interessante destacar a anulação da sentença *ex officio,* a fim de salvaguardar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança. Muito embora a participação do magistrado da causa na audiência de autocomposição tenha sido levada em conta, outros acontecimentos processuais foram considerados para alcançar tal decisão.

---

3 Tradução livre. No original: *"This tendency to cling to our own beliefs-looking to evidence that supports while rejecting evidence that contradicts those beliefs is known as confirmation bias"*.

4 Tradução livre. No original: *"Judges suffer from the same cognitive biases that afflict the rest of us. Judges use shortcuts to help them deal with the uncertainty and time pressure inherent in judicial process."*

O princípio da confidencialidade, à vista do sobredito, deve ser levado a sério pelos agentes da justiça, sobretudo pelos juízes, de modo a salvaguardar o sigilo dos diálogos e das provas apresentados nas sessões de mediação ou audiência de conciliação, preservando-os a fim de não serem utilizados indevidamente no processo como fio condutor das decisões proferidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os números do Conselho Nacional de Justiça obtidos no ano de 2019, cerca de 69,2% das comarcas brasileiras são compostas por uma única vara. Ainda, 66% das unidades judiciárias são de juízo único ou de competência exclusiva cível ou criminal.

Embora haja previsão do Código de Processo Civil para que os tribunais criassem Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), poucas comarcas são atingidas. Essa realidade leva inúmeros magistrados a performarem o papel de conciliador ou de mediador, inclusive nas demandas por eles julgadas.

Não obstante, a minoria dos procuradores busca o CEJUSC como alternativa para enfrentar os conflitos de seus clientes, seja por desconhecimento ou desconfiança do funcionamento do serviço quanto à sua eficiência.

Como visto, ser conciliador ou mediador exige treinamento técnico específico, regido pela Resolução nº 125/2010 do CNJ. Através dessa, é desenvolvido nesses agentes a negociação, de modo a poderem ser colocados como terceiros imparciais dentro das práticas, capacitados para auxiliar os envolvidos a criar uma solução para o conflito, sem exercer pressão à composição.

O dever do sigilo e o fiel cumprimento ao princípio da confidencialidade são intrínsecos ao papel de conciliador e mediador, pois todas as informações produzidas no curso do procedimento são sigilosas e não podem, *a priori*, ser utilizadas nas decisões processuais.

Dessa forma, quando os magistrados presidem a audiência de conciliação ou mediação das causas de sua jurisdição, acabam por violar o princípio da confidencialidade, cuja razão de existir reside na preservação do conteúdo das conversas. Logo, se a autocomposição restar inexitosa, este mesmo juiz será responsável por proferir as decisões futuras e,

inevitavelmente, mesmo de forma inconsciente, trilhará o curso da lide sem analisar todo o conjunto probatório, tomando para si somente confirmações de seu pensamento primeiro.

Os vieses cognitivos de confirmação, há muito estudados pela psicologia, conduzem o indivíduo a uma resposta intuitiva, normalmente equivocada, com base em crenças pessoais. Um desses, o de confirmação, condiciona os magistrados a levarem em consideração apenas as provas coadunando com o juízo prévio feito outrora.

No mundo onde vivemos a primeira impressão é a que fica. Todavia, ainda é possível conceder às demais "portas" da justiça mecanismos de forma a serem capazes de alcançar a efetividade tão esperada, iniciando com o aumento do número de conciliadores e mediadores nas comarcas, submetidos a treinamentos voltados às técnicas de negociação e às habilidades interpessoais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.* Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em fev. de 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art695%C2%A73. Acesso em fev. de 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2014. Brasília,* DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível. Direito Processual Civil. Ação Indenizatória. Procedimento Comum. Sentença de Procedência do Pedido Autoral Proferida em Audiência Inaugural de Conciliação. Nulidade. Error In Procedendo Configurado. Anulação Que Se Impõe nº Apelação Cível nº 0248819-20.2016.8.19.0001.* Relator: Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carva-

lho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.as0px?UZIP=1&GEDID=000418970F9477967042CA-6B18B880D93AD9C5064E025D10 Acesso em fev. de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CLEMENTS, Cory S. *Perception and persuasion in legal argumentation: using informal fallacies and cognitive biases to win the war of words*. 2013, BYU Law Review 319. Disponível em: https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2709&context=lawreview. Acesso em fev. de 2021.

FABER, Jean. Viés Cognitivo: quando ser racional não é o bastante /cognitive bias. *Revista Ciências em Saúde*, [S.L.], v. 4, n. 4, p. 2-8, 1 jan. 1970. Revista Ciências em Saúde. http://dx.doi.org/10.21876/rcsfmit.v4i4.536. Disponível em: http://186.225.220.186:7474/ojs/index.php/rcsfmit_zero/article/view/536. Acesso em fev. de 2021.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Resolução Nº 125 de 29/11/2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em fev. de 2021.

LANE, Silvia T. Maurer. *O que é psicologia social*. 22 ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5615627/mod_resource/content/1/O-que-%C3%A9-Psicologia-Social.pdf. Acesso em fev. de 2021.

LOREA, Roberto Arriada. *Mediação Familiar na atual Política Judiciária*. In: Maron, Marilene; Molinari, Fernanda (Org.). Procedimentos em Mediação Familiar. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017.

LYNCH, Kevin J. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions,* 66 FLA. L. REV. 779 (2015). Disponível em: https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=flr. Acesso em de fev. de 2021.

MAGISTRADOS, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de. *O poder judiciário e o novo código de processo civil***.** Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da**.** *Direito de Família Contemporâneo*. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SALES, Lilia Maia de Morais; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. *Seqüência:* Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 35, n. 69, p. 255-279, 17 dez. 2014. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p255. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255. Acesso em fev. de 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.* 2013. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf. Acesso em fev. de 2021.

TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencia.* Editora Metropolitana. 2012. Disponível em: https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf. Acesso em 25 fev. de 2021.

O EMPREGO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR PELO PODER JUDICIÁRIO NAS CAUSAS FAMILIARISTAS E O DIREITO À INTIMIDADE

Denise Antonia Lentini Parisi[1]

RESUMO

Considerando que a constelação familiar, preconizada por Bert Hellinger, revela dinâmicas inconscientes, cujo conteúdo não se pode predizer, e, em contrapartida, que o direito à intimidade confere ao seu titular a livre escolha do que deseja e a quem deseja tornar público fatos, acontecimentos, dados que digam respeito à sua biografia pessoal e ao seu mundo íntimo e relacional, este estudo analisará os requisitos necessários para que, nas causas do Direito de Família, o emprego da constelação sistêmica familiar pelo Poder Judiciário, como instrumento auxiliar de autocomposição dos litigantes, não caracterize violação de direito fundamental e de personalidade pertinente à intimidade e vida privada dos jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação Familiar. Direitos Fundamentais. Direitos de Personalidade. Direito à Intimidade.

1 INTRODUÇÃO

A seara da família é delicada e complexa e, por esta razão, tudo que dela advém requer análise acurada, cuidado dobrado, sensibilidade aguçada, desapego a padrões de normalidade, além da integração de múltiplos saberes.

É importante dizer que não se pode descartar do universo familiar suas particularidades, constituídas pelas biografias pessoais, as

1 Graduada em Direito e especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mediadora Judicial e extrajudicial pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Endereço eletrônico: deniseantonialentini@gmail.com

influências ambientais, culturais, sociais, históricas, econômicas e transgeracionais, nem tão pouco reduzir a sua importância na sociedade e na formação dos indivíduos.

A família transita pelos mais diversos sentimentos e emoções, lidar com os conflitos dela decorrentes significa adentrar aos mistérios das subjetividades, as causas provindas do inconsciente e reconhecer o que diz a velha canção: "o coração tem razões que a própria razão desconhece" (PINTO, ZILDA, 1942).

A sociedade brasileira vive, já há algum tempo, o fenômeno da judicialização, o que implica dizer que, também, as intrincadas relações familiares, pedem solução ao Poder Judiciário, que nem sempre encontra no reportório de suas leis, resposta aos reclamos da subjetividade dos jurisdicionados que a ele, muitas vezes, retornam em novos litígios que guardam como pano de fundo sempre a mesma origem.

Abordar as questões de família, a partir da construção de uma única ciência, subtraindo-lhe a complexidade, as peculiaridades e os contextos em que elas ocorrem, significa analisar e observar partes separadas e atribuir-lhes meia soluções e, em consequência, negar-lhes existência plena.

O Poder Judiciário, reconhecendo a necessidade de integrar outros saberes, tem hoje como realidade em várias partes do Brasil, a aplicação da constelação sistêmica familiar, preconizada por Bert Hellinger, como elemento auxiliar na resolução adequada de conflitos.

Considerando que a abordagem de Hellinger traz, como sede do conflito, dinâmicas estruturadas nos recônditos da vida privada, originárias do inconsciente do jurisdicionado e de seu sistema familiar e ainda, por outro lado, que a intimidade e privacidade são valores jurídicos amplamente amparados no ordenamento jurídico brasileiro, este estudo objetiva analisar a existência ou não de restrições quanto ao emprego pelo Poder Judiciário da constelação sistêmica nas causas familiaristas.

2 A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR: ALGUNS DE SEUS ASPECTOS

O Poder Judiciário, a fim de atender as demandas familiaristas, se vê, cada vez mais, diante de questões que dizem respeito à vida privada, determinantes na resolução do conflito, mas que não encontram respostas efetivas no Direito, pelo que, para cumprir sua função de pacificar com justiça, sem prolongar no tempo a espera dos litigantes, tem

buscado novas formas de atuar para construir processos de resultado (PIMENTA, 2001:152).

A partir da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu-se a política pública de métodos adequados para a resolução de conflitos, amplamente incentivadas, posteriormente, pelos Códigos Civil e de Processo Civil, em especial para as causas de Família; tudo para que os jurisdicionados possam resolver por si, sem a intervenção de um juiz, questões que, na grande maioria das vezes, seriam solucionadas sem a sobrecarga das emoções (SOARES,2017:09).

Neste contexto, a constelação sistêmica familiar preconizada por Bert Hellinger apresentou-se como um caminho rápido para chegar à origem de conflitos, a partir da revelação de dinâmicas inconscientes, pelo que o Poder Judiciário passou a adotá-la, sendo hoje uma realidade nacional, inclusive nas causas de família.

Compete pontuar que não se encontra no ordenamento jurídico a admissão direta do emprego da constelação sistêmica familiar pelo Poder Judiciário. Um de seus esteios está na precitada resolução do Conselho Nacional de Justiça que, além da mediação e conciliação, permite o uso de outros mecanismos de solução.

A constelação familiar foi trazida ao Poder Judiciário brasileiro pelo juiz Sami Storch que, assim a define, em seu artigo "A resolução de conflito por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares" para a Revista da Unicorp (2016):

> Trata-se de uma abordagem sistêmica fenomenológica, originalmente usada como forma de terapia, segundo a qual diversos tipos de problemas enfrentados por um indivíduo (bloqueios, traumas e dificuldades de relacionamento, por exemplo), podem derivar de fatos graves ocorridos no passado não só do próprio indivíduo, mas também, de sua família, em gerações anteriores e que deixaram uma marca no sistema familiar. Mortes trágicas ou prematuras, abandonos, doenças graves, segredos, crimes, imigrações, relacionamentos desfeitos de forma "mal resolvida" e abortos são alguns dos acontecimentos que podem gerar emaranhamentos no sistema familiar, causando dificuldades em seus membros, mesmo em gerações futuras (STORCH, 2016: 307).

A partir dessa definição, pode-se dizer que a constelação familiar tem como uma de suas características demonstrar os comportamentos inconscientes, praticados independentemente da vontade e norteados

por registros de memória. Esses registros são constituídos a partir da trajetória pessoal do indivíduo e, também, da transmissão de material psíquico por várias gerações (CHATELARD E REHBEIN, 2013).

Valendo-se do pensamento sistêmico, para fins da constelação familiar entende-se que a família é um sistema composto por membros - com função e lugar - que constantemente interagem e influenciam uns aos outros, sendo o todo familiar mais importante que as individualidades que o compõem. Cada sistema familiar é singular, não há um modelo padrão, ele varia na mesma proporção da existência das famílias e apresenta normas e códigos próprios que regulam a vida de seus membros, elegendo valores e crenças, assim como determinando padrões de conduta aceitáveis ou não. Esta "singularidade plural" logo se revela quando lembramos que a casa do amigo de infância tinha regras bem diferentes da nossa, que as proibições de nossos pais era o deixar à vontade da outra família (DÉNIZ,2016:26).

Faz parte do funcionamento do sistema familiar , segundo a abordagem sistêmica, que todo efeito seja retroalimentado como causa, o que implica dizer que a conduta de um membro, negativa ou positiva(efeito), ainda que de outra geração, repercute e gera consequências sobre o todo familiar que, por sua vez, para fins de equilíbrio e autopreservação, transmite, inconscientemente e como causa, no caso de atitude negativa, a um de seus membros a necessidade de repetir aquele mesmo comportamento para que a reparação ocorra (BACAL, 2013).

Cria-se, então, em razão da homeostase, as lealdades invisíveis, também denominadas de emaranhamentos, que consistem na repetição de padrões de comportamento por gerações. Neste sentido, Victor R R Celestino e Julia S Buchermaluschke no artigo "Um novo olhar para abordagem sistêmica na Psicologia", publicado FACEP Pesquisa: desenvolvimento e gestão" (2015):

> [...] Essas lealdades possuem papel fundamental na homeostase familiar, tal como se houvesse um "livro virtual de prestação de contas" (Boszormenyi-Nagy, 1984), no qual são contabilizados créditos e débitos intergeracionais, que estabelecem as obrigações de dar, receber e retribuir. Quem recebe fica em dívida com o membro que deu, portanto, com obrigação de retribuir e corresponder às expectativas desse, e assim repetidamente por gerações, visando o equilíbrio das relações (Bacal, 2013). As lealdades invisíveis podem ser observadas na repetição de padrões através das gerações. Esses padrões familiares podem estar relacionados a um papel desempenhado por um de seus membros, a um problema ou a uma queixa repetitiva, ou às escolhas pessoais, amorosas e pro-

> fissionais. Essas repetições, conscientes ou inconscientes, ocorrem para assegurar a manutenção da identidade familiar, consistindo na manifestação de vínculo com as gerações anteriores (Bacal, 2013). (pg

Note-se que, conforme a abordagem sistêmica, muitos comportamentos geradores de conflitos, podem encontrar sua razão de ser na profunda ligação e comprometimento que cada membro tem com seu sistema familiar, a ponto de aceitar, inconscientemente, atuar na vida de maneira diversa daquela que seu lado racional indica como melhor caminho. Esta lealdade se justifica pela necessidade de pertencimento ao grupo e a manutenção deste ao longo das gerações. Todo sistema cobra lealdade de seus membros, estes devem aderir, cumprir as regras e o que deles se espera, bem como transmitir às gerações futuras os aspectos mais importantes da família, sendo certo que, toda esta estrutura de vínculos familiares se dá inconscientemente (BACAL, op. Cit.).

É importante perceber que, mediante o diálogo com outros saberes, que as causas do Direito de Família trazem em seu bojo questões muito complexas, principalmente, por não se ter como negar que o inconsciente dos litigantes apresenta um relevante papel para a solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário, conforme bem posiciona Rodrigo da Cunha Pereira, em seu verbete, "Inconsciente", para o Dicionário de Direito das Famílias e Sucessões (2017):

> INCONSCIENTE [...] A conscientização de que o sujeito do inconsciente está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos, pode ajudar a desvendar muitos porquês das demandas judiciais que são verdadeiras trajetórias de sofrimentos. [...] A consideração da existência do inconsciente nas relações jurídicas remete-nos a uma compreensão mais ampliada sobre a prática do Direito de Família (PEREIRA, 2017:442-443).

Face aos aspectos abordados acima, pode-se concluir que os caminhos para autocomposição, mediante o emprego da constelação sistêmica familiar, perpassam necessariamente pelo "sujeito do inconsciente que está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos", pelos rincões obscuros do ser, lugar da não consciência, que armazena informações pessoais e transgeracionais que modulam comportamentos, definem formas de agir e estar no mundo e, por assim serem, trazem à baila intimidades e dados próprios da vida privada, fatos estes que são considerados de alta relevância para o mundo jurídico, o que será visto a seguir.

3 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE: ASPECTOS PRINCIPAIS

A partir da Carta Magna de 1988, os direitos subjetivos ganham especial reconhecimento e, no rol dos direitos fundamentais, institui-se a proteção do Estado à intimidade e privacidade da pessoa humana (art. 5º, inciso X, CF/88), sendo no Código Civil integrados à categoria de direito de personalidade, pelo que a sua tutela jurídica se dá a nível constitucional e infraconstitucional (BRUNHARI, ZULIANI, 2012:54).

Os direitos de personalidade, categoria a que pertence o direito à intimidade e privacidade, são aqueles que decorrem da condição humana, suas projeções físicas, psíquicas e destinam-se a preservar a integridade da pessoa humana, em todas as suas vertentes, mediante limites impostos tanto ao poder público, como a particulares, apresentando inegável ligação com o princípio da dignidade humana (FERMENTÃO, 2006:215). São, pois, guardiães de tudo que pertença ao mundo particular do cidadão, conforme aponta Régis Schneider Ardenghi, no artigo "Direito à Vida Privada e Direito à Informação: Colisão de Direitos Fundamentais", a saber:

> Os direitos da personalidade são direitos personalíssimos, essenciais à pessoa humana, e garantidores de toda a esfera individual. Segundo definição de Bittar (2004), são aqueles direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários e oponíveis erga omnes, que têm posição singular no âmbito dos direitos privados, por protegerem valores inatos, ou originários, da pessoa humana e, também, da pessoa jurídica, como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade (ARDENGHI, 2012:10).

Assim, equivale dizer que a intimidade e privacidade, como direitos de personalidade, por serem considerados inerentes à pessoa, universais e natos, indispensáveis ao seu desenvolvimento, conforme a corrente jusnaturalista que predomina na doutrina brasileira, não necessitam sequer serem positivados para contarem com a proteção estatal (ARAUJO, 2014).

No que concerne à diferenciação entre direito à intimidade e privacidade, a corrente de maior expressão é de origem alemã que defende a teoria das esferas, a qual a partir de três camadas, círculos concêntricos, tem na de maior amplitude, a proteção à vida privada, nela está contida o direito de resguardo, ou seja, tudo o que não se quer levar ao conhecimento do outro; a segunda esfera situada dentro da primeira refere-se à intimidade como o direito de excluir quem não participará do conheci-

mento das particularidades do ser em si e mundo relacional e, finalmente, a última esfera que se refere ao segredo, aquilo que a pessoa não admite contar de si, abrindo neste sentido raras exceções (GARCIA, 2018:9).

A teoria das esferas contribui significativamente para a definição dos aspectos da vida privada que merecem a proteção estatal. No entanto, apesar de seus esforços para distinguir os conceitos de intimidade e privacidade, não logrou êxito, prevalecendo na doutrina, a não diferenciação, visto que guardam estreita ligação, tratando-os como termos pertencentes ao mesmo núcleo semântico (ibid:22). Este artigo, seguindo a doutrina dominante, também não fará esta diferenciação.

O conceito de intimidade é aberto pois, passível de influências de diversas ordens e mutável ao longo do tempo, tendo sempre, contudo, independentemente de questões circunstanciais, como função primeira, resguardar a pessoa humana das interferências em sua vida privada, seja pelo Estado ou de qualquer particular, conforme a preciosa lição de Carlos Eduardo Bittar na sua obra Direitos de Personalidade, a saber:

> O direito à intimidade se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais cuida-se de garantir a "[...] elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e a sua correspondência", e em alguns casos até o patrimônio (BITTAR, 2004:38).

Corroborando este pensamento e atentando para as causas do Direito de Família, no que concerne à ingerência do Estado na vida privada, vale observar o especial cuidado que o Poder Judiciário deve dispensar para que a intimidade dos jurisdicionados seja preservada, conforme apontamento feito por José Adércio Leite Sampaio no livro Direito à Intimidade e à Vida Privada, a saber:

> [...] relações conjugais ou extraconjugais, a natureza da união conjugal, história amorosa e sentimental, relações familiares e afetivas, preferências e gostos sexuais, devem ter justificativa particularmente séria, objetiva e relevante ao interesse público para serem investigados ou revelados (SAMPAIO, 1998: 390).

É, também, de suma importância alertar que, mesmo sendo as relações familiares experenciadas na vida privada, é defeso a qualquer de seus membros violar o direito à intimidade do outro, cabendo, exceção

apenas no caso de exercício do poder familiar para atender ao melhor interesse da criança ou adolescente (DELGADO, 2017:43).

Não se pode esquecer que o legislador, por considerar ser próprio das causas familiaristas as questões de ordem íntima, típicas da vida privada, impõe no inciso II do artigo 189 do Código de Processo Civil, que sejam resguardadas pelo segredo de justiça, outorgando incontestável proteção à privacidade dos jurisdicionados, afastando toda e qualquer interferência de terceiros (JUNIOR, 2017).

Ressalte-se que o direito à intimidade se destaca diante do pluralismo e da dignidade humana, valores fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, por proteger a multiplicidade de aspirações e singularidades encontradas na sociedade, respaldando a liberdade de escolha entre os diversos modos de ser, estar, viver e se relacionar que constituem a vida privada das pessoas (TEIXEIRA, 2018: 81).

Finalmente, pode-se afirmar que o direito à intimidade é valor jurídico de primeira ordem e ainda que, seu exercício, tem como eixo central a autonomia da pessoa em deliberar sobre o que, a quem e em que medida quer dar conhecimento a terceiros de circunstâncias, acontecimentos que digam respeito ao seu mundo interior, neste comportando crenças, pensamentos, sentimentos, emoções e ainda, sobre a forma que vivencia suas relações, cabendo ao Poder Judiciário tutelar a sua proteção (MONTEIRO, 2007).

4 A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR E A PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE: ASPECTOS A CONSIDERAR

Por meio do emprego da constelação sistêmica familiar pelo Poder Judiciário, a revelação de motivos inconscientes, como origem de litígios familiares, permite adentrar ao que há de mais íntimo no particular mundo dos jurisdicionados. Assim sendo, para que se preserve o direito à privacidade se faz mister analisar os critérios a serem adotados, para que haja o consentimento livre e consciente dos litigantes, quanto ao conteúdo das informações e aos terceiros que tomarão conhecimento.

O primeiro ponto importante sobre a questão do conteúdo das informações reside no desconhecimento prévio por parte dos jurisdicionados, pois, conforme já explicitado anteriormente, a constelação sistêmica traz à tona dinâmicas inconscientes e tem como condição o "mergulho" no desconhecido, sem medo ou intenções, para que a real causa do conflito surja, conforme explica Bert Hellinger:

> No caminho fenomenológico, expomo-nos, dentro de um determinado horizonte, à diversidade dos fenômenos, sem escolha e sem avaliação. Esse caminho do conhecimento exige, portanto, um esvaziar-se, tanto em relação às ideias preexistentes quanto aos movimentos internos, sejam eles da esfera do sentimento, da vontade e do julgamento. Nesse processo, a atenção é simultaneamente dirigida e não-dirigida, concentrada e vazia. A postura fenomenológica requer uma disposição atenta para agir, sem, contudo, passar ao ato. Ela nos torna capazes e prontos para a percepção [...]. A ausência de intenção e de medo permite a sintonia com a realidade como ela é, inclusive com seu lado atemorizante, avassalador e terrível (HELLINGER, 2007b, p. 15).

Não obstante, a imprevisibilidade do conteúdo é inegável que trará aspectos íntimos da vida dos jurisdicionados, conforme bem apontou Storch em citação feita anteriormente sobre as causas dos conflitos familiares, mas que vale repetir em pequeno trecho:

> Mortes trágicas ou prematuras, abandonos, doenças graves, segredos, crimes, imigrações, relacionamentos desfeitos de forma "mal resolvida" e abortos são alguns dos acontecimentos que podem gerar emaranhamentos no sistema familiar, causando dificuldades em seus membros, mesmo em gerações futuras (STORCH, op.cit.).

Saliente-se que o mencionado conteúdo pode se referir à vida pessoal do constelado, assim como de vários membros do sistema familiar, entre eles os mais próximos, mas também, os mais distantes e ainda, outras pessoas que, mesmo sem o laço de parentesco, são incluídas no sistema, os chamados vínculos de destino, em razão de uma diversidade de acontecimentos, como por exemplo: o assassino e a vítima; o ladrão de terras e o que as perdeu; o benfeitor e o que recebeu o privilégio (SCHEINEDER, 2007).

Assim, pelo fato da abordagem fenomenológica revelar dinâmicas inconscientes, que inclusive podem repercutir na esfera emocional e psíquica, é de se considerar, como elemento relevante e indispensável para a preservação do direito à intimidade, a manifestação da vontade livre e consciente do jurisdicionado em se submeter à constelação familiar, manifestação essa que poderá se dar, caso lhe seja ofertada, ampla e claramente, em linguagem apropriada e acessível, com pormenores, informações que lhe permitam avaliar se quer ter para si os conhecimentos a serem acessa-

dos pela constelação, se quer ter reconfigurações em seu sistema familiar ou ainda, se não se importa que sua intimidade seja exposta em que grau for.

Note-se que esse bem informar é necessário e desafiante; vez que a constelação familiar não é popularmente conhecida no Brasil e seus mecanismos são complexos e distantes da lógica cartesiana o que, mesmo para letrados, é, num primeiro momento, de difícil assimilação, sem falar no grande percentual de analfabetos, contando com os funcionais que fazem parte da realidade brasileira[2].

Ainda, para garantir a manifestação livre dos jurisdicionados, o Judiciário há de atentar para que não sofram influência de qualquer ordem, ou de quem quer que seja, mantendo a neutralidade, se certificando, inclusive sobre a postura do advogado, caso esteja presente, para que não contamine a vontade do seu tutelado com a ideia de "aceitar ser constelado para mostrar boa vontade ao juiz", visando, em postura adversarial, a obtenção de sentença favorável, não valorando, todavia, a pessoa humana e seu direito à intimidade[3].

Além do conteúdo, outro elemento fundamental para o exercício da autonomia é o direito do jurisdicionado de saber por quem as informações serão conhecidas, desse modo, vale adiante esclarecer alguns dados importantes.

A constelação familiar pode se dar em grupo, quando a vivência é compartilhada por várias pessoas, além do jurisdicionado-constelado e o facilitador-constelador, sendo que alguns dos presentes podem configurar como representantes, assumindo um papel referente ao tema-problema, captando sentimentos e sensações físicas de seus representados (VIEIRA, 2020: 34).

Para ficar mais claro, é como se fosse um teatro: há plateia – público que assiste; há diretor – o facilitador; há o roteirista – o constelado que lança o tema-problema e há os atores – os representantes, sendo estes alguns elementos da plateia convidados a participar.

---

2 Vide: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2018/03/22/constelacao-familiar-terapia-e-usada-pela-justica-para-casos-de-familia.htm . Último acesso em: 13 de março de 2021.

3 Vide:https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjnmLCHy63vAhVSIrkGHYpjAhsQFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Ftab.uol.com.br%2Fnoticias%2Fredacao%2F2020%2F02%2F11%2Fconstelacao-familiar-pseudociencia-ou-humanizacao-do-judiciario.htm&usg=AOvVaw06ALzrJDcuRrmwQjR-AHWZ . Último acesso em: 13 de março de 2021

Os representantes, diferentemente do teatro, não têm script, através de sensações corporais vão se expressando e percebendo a história dos representados que se configurará e revelará as causas do conflito familiar trazido no tema (BRYSON, 2002:28).

É possível constelar em grupo, sem que os representantes saibam qual membro da família que estão representando, ficando esta informação apenas entre o facilitador e constelado (VIEIRA, op.cit.:37).

A constelação familiar, também, pode ser individual quando não se verifica a presença do grupo, sendo, neste caso, os representantes substituídos por símbolos que fazem suas vezes, como por exemplo, papéis, almofadas, bonecos, entre outros (BRYSON, op.cit.:31).

Assim, para fins da manifestação de vontade pertinente à exposição de intimidade a terceiros, entendendo por este, toda pessoa além do próprio jurisdicionado, é dever do judiciário dar informações sobre todos os presentes na sessão, de maneira específica para que o jurisdicionado saiba quem são, o que ali fazem, de modo que bem exercite seu direito de escolher a quem dar conhecimento de sua vida pessoal, podendo manifestar recusa, sem necessidade de declinar os motivos, com relação a todos presentes na sessão ou apenas alguns dos participantes.

Perceba-se que sempre haverá terceiros nas constelações, o que variará é o número deles e, portanto, seja qual for a modalidade adotada deve ser observada a questão da privacidade do jurisdicionado

A transparência apontada neste estudo é condição básica para que a escolha se dê de forma livre e consciente; já que o direito à intimidade cria uma barreira, um espaço de reserva entre o privado e o público, garantindo a escolha do que será compartilhado com terceiros, tendo nas ingerências e intromissões grave ofensa ao caráter existencial, subjetivo e individual da pessoa humana, interesse primeiro de todo ordenamento jurídico brasileiro (BRANCO e COSTA, 2002:37).

Em suma, o emprego da constelação familiar pelo Poder Judiciário nas causas de família, para que se garanta a preservação do direito à intimidade deve se curvar à manifestação livre e consciente dos jurisdicionados.

É importante ainda, lembrar a conquista histórica em se ter positivado o Princípio da Dignidade Humana, no qual se esteia o direito à intimidade, valores jurídicos de primeira ordem e grandeza, recordando os inúmeros atentados à vida íntima praticados durante a ditadura militar, sendo certo que no Estado de Direito não se pode justificar a pacificação

dos jurisdicionados às custas de ofensa a direitos fundamentais e de personalidade (TEIXEIRA, 2018: 84).

Neste contexto, para que nunca se esqueça, cabe citar Judith Martins Costa no seu artigo "Comentários ao acordão proferido na apelação civil n º700842005 do Tribunal de Justiça RS", a saber:

> Numa frase que ganhou fama, disse Norberto Bobbio a respeito dos direitos humanos que o problema grave em nosso tempo não era mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los. A tarefa mais urgente, da qual estamos todos cotidianamente encarregados, escreveu Bobbio, é a de saber "qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" [...] Retomando o alerta de Bobbio com o qual iniciei essas linhas, posso concluir que o problema da proteção aos direitos humanos (e aos direitos de personalidade) pode, se não ser resolvido, ser ao menos corretamente enfrentado pela atenção a casos como o relatado. O direito ao respeito, consectário da dignidade humana, não pode ser dissolvido na normalização do desrespeito, antes exigindo – quando violado – a atenção de juízes atentos às possibilidades oferecidas pela dogmática do direito civil para a proteção dos direitos humanos (COSTA, 2020).

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, na busca de ofertar soluções mais assertivas às causas familiaristas, principalmente pela carga de subjetividade que as marcam, tem utilizado a constelação familiar, preconizada por Bert Hellinger, como forma de amplificar a concepção dos jurisdicionados sobre os conflitos e assim, incentivá-los a resolver, por autocomposição, os litígios, inclusive para evitar o ingresso de novas ações.

A abordagem fenomenológica, cujo conteúdo é sempre de cunho íntimo, não permite aos jurisdicionados avaliarem o grau de exposição de sua vida privada, prejudicando, assim, num primeiro momento, que manifestem, de maneira consciente sua vontade em se submeterem ou não à constelação familiar; assim como deliberarem sobre quem terá acesso a tais informações e ainda, se desejam ou não terem sua vida emocional ou psíquica afetadas de algum modo pelo referido método.

Portanto, para que seja preservado o direito à intimidade, protegido por dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, o Poder Judiciá-

rio há de garantir o fornecimento de informações quantas forem necessárias, livre de qualquer indução, de maneira que garanta ao jurisdicionado a compreensão sobre os diversos graus de exposição de sua vida privada a que estará sujeito, deixando-o absolutamente livre para decidir, primeiramente, se tem efetivo interesse em se valer dos benefícios informados, inclusive, sobre os efeitos em sua vida emocional e psíquica e depois, se concorda em se submeter à constelação, mesmo sem conhecimento prévio do conteúdo a ser revelado e diante de terceiro, sendo este qualquer pessoa além dele próprio.

Conclui-se, por fim, que o Poder Judiciário não poderá priorizar a pacificação dos conflitos nas causas de família, mediante o emprego da constelação familiar, em detrimento à preservação do direito fundamental e de personalidade, categoria que pertence a intimidade e vida privada dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vaneska Donato. A gênese dos direitos de personalidade e sua inaplicabilidade à pessoa jurídica. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.11606/T.2.2017.tde-02102017-111538 .Último acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

ARDENGHI, Régis Schneider. "Direito à Vida Privada e Direito à Informação: Colisão De Direitos Fundamentais", 2012. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57. Último acesso: 23 de fevereiro de 2021.

BACAL, Maria Elisa Almeida. Lealdades visíveis e invisíveis: um estudo sobre a transmissão geracional da profissão na família. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível: http://www2.dbd.pucrio.br/pergamum/tesesabertas/0912471_2012completo.pdf Último acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos da Personalidade. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO Gerson Luiz Carlos e Costa Judith Martins. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva: 2002.

BRYSON, Ursula Franke. O rio nunca olha para trás. São Paulo: Conexão Sistêmica: 2012.

BRUNHARI, Andrea de Almeida e ZULIANI, Enio Santarelli. "Princípios Constitucionais e Direito de Imagem". São Paulo: Revista do Advogado, vol 117, 2012.

BUCHERMALUSHKEP, Julia S.. CELESTINO, Vitor R.R.."Um Novo Olhar Para a Abordagem Sistêmica Na Psicologia", 2015. Disponível: http://periodicos.unifacef.com.br/index.php/facefpesquisa/article/view/1109 . Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

CHATELARD, Daniela Scheinkman e REHBEIN, Mauro Pioli, "Transgeracionalidade psíquica: uma revisão de literatura", 2013. Disponível https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S198402922013000300010&script=sci_arttext&tlng=en. Último acesso em 20 fevereiro de 2021.

COSTA, Judith Martins. "Comentários ao acordão proferido na apelação civil n º700842005 do Tribunal de Justiça RS", file:///C:/Users/denis/AppData/Local/Temp/686-1950-1-SM-1.pdf . Último acesso: 26 de fevereiro de 2021.

DELGADO, Mario Luiz. "Direitos da Personalidade nas relações de família". Disponível em https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/34.pdf: Último acesso em 23 de fevereiro de 2021.

DÉNIZ, Octavio. Como sanar tu arbol genealógico – Manual practico de Psicogenealogia. Madrid: La Cantoner,2016.

FERMENTÃO, Carina Vilella de Andrade. "Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito". 2006. Disponível em: file:///C:/Users/denis/AppData/Local/Temp/313-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-1011-1-10-20070802.pdf . Último acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

GARCIA, Rafael de Deus. "Os Direitos à Privacidade e à Intimidade: Origem, Distinção e Dimensões", 2018. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/dc5f41da29c40f898a9846be9ee5a41b.pdfÚltimo acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

HELLINGER, Bert. Ordens do Amor: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007b.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. "O segredo de justiça no novo Código de Processo Civil – análise das principais inovações" 2017 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.07.PDF. Úlltimo acesso em: 24 de fevereiro de 2021.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. Direito à Privacidade versus Direito à Informação.2007,Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141145/R17302.pdf?sequence=3 . Último acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva: 2018.

PIMENTA, José Roberto Freire. "A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho". 2001. Disponível: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73091. Último acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

PINTO, Marino e ZILDA, Zé. Aos pés da Santa Cruz. Victor, 1942 (3:11).

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHNEIDER, Jakob Robert. A prática das constelações familiares. Patos de Minas: Atman, 2007.

SOARES, Karine Braga. "A mediação como possibilidade de transformação de conflitos familiares judicializados". 2017 Disponível: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_189.pdf. Último acesso: 18 de fevereiro de 2021.

STORCH, Sami. "Direito Sistêmico: A resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares". 2016. Disponível:https://unicorp.tjba.jus.br/wpcontent/uploads/2019/11/ARTIGO_16_DIREITO-SIST%C3%8AMICO-A-RESOLU%C3%87%C3%83O-DECONFLITOS-POR-MEIO-DA.pdf. Último acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. "Autonomia Existencial". 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232 . Último acesso em: 25 de fevereiro de 2021.

VIEIRA, Adhara Campos. Constelar para transformar: um estudo de caso da constelação sistêmica em processos de violência dos crimes contra a mulher. Dissertação, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38633/1/2020_AdharaCamposVieira.pdf. Último acesso: 21 de fevereiro de 2021.

UMA CRÍTICA À TUTELA SUCESSÓRIA DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS LIMITES BIOÉTICOS

Carolina D'Amorim Barreto[1]

RESUMO

O presente artigo tem o intuito de esclarecer sobre a capacidade de suceder do nascido por reprodução humana medicamente assistida *post mortem* e, sendo o caso, se este seria herdeiro legítimo ou testamentário. Faz-se necessário destacar a existência de uma omissão do legislador concernente à regulação do instituto da reprodução assistida no Brasil, de forma que o ordenamento se utiliza dos direcionamentos da bioética, bem como das disposições da Resolução do Conselho Federal de Medicina. Para iniciar a exposição do tema em questão, destaca-se, na doutrina, a presença daqueles os quais entendem o concebido por meio da inseminação artificial póstuma como não tendo direito sequer de figurar como sucessor, utilizando como base a interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil. Em seguida, explana-se acerca da incongruência desse quando visto junto ao artigo 1.597 III do Código Civil e ao princípio constitucional da igualdade substancial entre os filhos. Após a compreensão da problemática, será possível concluir sobre a tutela sucessória adequada para essa prole e a necessidade de uma regulamentação específica.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*; Capacidade sucessória; Princípio da igualdade entre os filhos; Bioética, Omissão legislativa.

1 Bacharel em Direito; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD); e-mail: caroldamorim.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A problemática existente na questão da capacidade de suceder do nascido por reprodução humana medicamente assistida *post mortem* e, sendo o caso, se este seria herdeiro legítimo ou testamentário, além de ser de suma importância na atualidade, encontra-se em diversos campos do ordenamento jurídico brasileiro, pois debater sobre os possíveis direitos sucessórios do concebido póstumo figura desafio árduo. A doutrina nacional não se debruça com a devida atenção sobre esse ponto, sendo as obras tratando do tema, de certa forma, superficiais. Há uma defasagem tanto no tratamento da problemática central, quanto no desenvolvimento do raciocínio para chegar ao fundamento das diversas posições.

Evoluções científicas ocorrem a todo tempo na sociedade, dificultando o trabalho do legislador, por conta da complexidade em fazer o Direito acompanhar essas mudanças com inteireza. Adequar os conceitos passados à nova realidade demanda tempo, pois transformações no meio jurídico envolvem fatores internos, suas próprias normas, e externos, os apelos sociais.

O Direito se utiliza dos preceitos da bioética e do biodireito para poder limitar os avanços no campo da tecnologia, visando a busca pela compreensão dos possíveis efeitos dessa nova área inexplorada para a sociedade. Dito isso, antes mesmo do surgimento de qualquer norma regulamentadora no âmbito jurídico, faz-se necessário respeitar os limites estabelecidos pela ética.

A capacidade de dominar a técnica da reprodução assistida representa um imenso progresso para a sociedade. Isso se dá por conta da oportunidade gerada àqueles que têm dificuldade de reprodução de maneira natural, constituírem família.

No século passado, houve um grande avanço tecnológico no âmbito da reprodução assistida; contudo, poucos países conseguiram regulamentar esse instituto. Observa-se, no caso do Brasil, não haver sequer uma norma regulamentando as técnicas da reprodução assistida, muito menos alguma referindo-se ao tema central da problemática desse artigo.

A prática da reprodução humana medicamente assistida tem consequências em múltiplas searas do Direito. No Direito de Família, essa matéria se envolve nos princípios constitucionais norteadores do campo, mas, especialmente, dizendo respeito à filiação e a presunção de

paternidade. No Direito das Sucessões, no entanto, ela se envolve na capacidade do concebido de suceder ou não e por qual espécie de sucessão.

Por conta do vazio legislativo encontrado pela reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 foi o primeiro a citar tal prática. Tendo como norte os dispositivos trazidos pelos Conselhos Federais de Medicina, ele apenas estipulou uma das vastas consequências surgidas em sua utilização.

Com isso, de acordo com o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 aplica-se a presunção de paternidade ao nascido por inseminação artificial homóloga, mesmo o genitor estando morto, pois é considerado como concebido na constância do casamento. Tratar disso na normatização jurídica brasileira representa um avanço do Direito, mesmo havendo muito a se falar.

A controvérsia sobre esse tema se percebe quando o debate é direcionado para o artigo 1.798 do Código Civil, o qual estabelece que sejam sucessores aqueles nascidos ou já concebidos no momento do falecimento do autor da herança, excluindo-se, dessa forma, a participação do nascido por reprodução assistida *post mortem*. Conforme se observa, há um conflito entre os dois artigos supramencionados, sendo reconhecido o vínculo filiatório e afastando-se o sucessório.

Há uma eminente necessidade do julgador de direito estabelecer diretrizes sobre o tema, pois trata-se de uma situação controversa tanto no campo normativo quanto no doutrinário. Dessa forma, o presente artigo busca elucidar pontos de discussão significativos para a exploração do problema, de forma a compatibilizar conhecimentos com o objetivo de propiciar um equilíbrio jurídico.

O estudo abordará brevemente a definição de reprodução assistida homóloga *post mortem* e quais são os limites jurídicos e bioéticos os quais esse procedimento deverá respeitar. Dessa forma, será abordado se há necessidade de consentimento prévio do *de cujus* para a realização dessa técnica, se a inserção do nascido por esse procedimento em uma família monoparental é um quesito prejudicial e, por fim, sobre os dispositivos na Resolução mais recente do Conselho Federal de Medicina

A doutrina será dividida em diversos posicionamentos tornando a instrução mais compreensível e objetiva, com o intuito de caracterizar os pontos relevantes de cada entendimento. Uma vez sistematizada a polêmica sobre a questão, será oportunizado o momento de oferecer uma possível solução ao conflito em debate, de forma a analisar a viabilidade

do nascido por reprodução assistida *post mortem* ser herdeiro legítimo ou apenas poder configurar como herdeiro testamentário.

2 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A partir do momento no qual a realização da concepção póstuma tornou-se possível, ela tem sido vista, em alguns contextos sociais, como um consolo ao medo do homem em relação à morte.

Os jusnaturalistas são contra essa prática, pois pregam uma posição do homem em conformidade com a natureza, na qual ela não se encaixa. Contudo, as leis referentes a esse tema são bastante diversas ao longo do mundo (WINDER, 2007, p. 72-74).

No direito comparado, a Lei Alemã 745/1990 prevê a quem realize reprodução assistida *post mortem* uma pena privativa de liberdade de até três anos ou multa. A maioria dos doutrinadores alemães entendem essa prática como uma ofensa aos bons costumes. Segundo eles, após a morte, não se deve falar na capacidade de deliberação sobre o destino dos gametas (WINDER, 2007, p. 75-76).

Inicialmente, o ordenamento português também vedava integralmente tal forma de reprodução. Todavia, o artigo 22º da Lei nº 32/2006 passou a prever uma exceção ao caso, na hipótese de existir embrião anteriormente fecundado, desde que haja prévio consentimento do falecido e, ao realizá-lo, também seja informado o prazo para implantação, no qual deve ser ponderadamente analisado (PORTUGAL, 2006).

O ordenamento espanhol, por sua vez, passou a prever tal atuação, devendo haver o consentimento do falecido por meio de testamento ou por meio de registro em cartório. Além disso, o processo só poderá ocorrer em até doze meses do falecimento, admitindo apenas o direito de filiação do concebido (DINIZ, 2011, p. 617).

Elencados tais pontos norteadores, deve-se fazer uma explanação sobre o significado de reprodução humana assistida *post mortem* e como tal prática reflete-se no Direito pátrio. No intuito de facilitar o entendimento, o presente artigo irá tratar apenas dos aspectos relacionados à fecundação homóloga, ou seja, quando o material genético utilizado na reprodução assistida consiste nos gametas masculinos e femininos do próprio casal (GAMA, 2003, p. 729).

Convém tratar da conceituação da reprodução assistida *post mortem*, isto é, quando já falecido o marido doador da informação genética. Nesse sentido, de acordo com Farias e Rosenvald (2014, p. 603), "[...] naturalmente, para que a hipótese se torne viável faticamente, é preciso que o sêmen ou o próprio embrião tenham sido preservados criogenicamente e somente implantados no corpo da mulher após o óbito de seu esposo".

A reprodução assistida *post mortem* também pode ocorrer no caso de morte da mulher. Contudo, nessa situação, seu óvulo deveria estar criopreservado – ou então o próprio embrião – de modo a, após ser fertilizado, ser implantado em um útero alheio (GAMA, 2003, p. 745).

Essa prática, feita por meio da técnica de gestação por substituição, é a mais nova na área e, por conseguinte, ainda não tão aprofundada nos estudos. Portanto, esse artigo utilizará como referência os casos nos quais o homem se encontra falecido.

O inciso III, o qual trata da inclusão feita pelo legislador da matéria no art. 1.597 do Código Civil de 2002, referente à filiação e à reprodução assistida, embora tímido, tem dado abertura para diversas discussões e debates, quando diz: "Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, *mesmo que falecido o marido*. (grifo próprio)" (BRASIL, 2002).

Contudo, há aqueles interpretando tal inciso de forma diferente, como é o caso de Guilherme Gama (2003, p. 38). Advertindo no sentido de o inciso querer fazer referência apenas ao estabelecimento de paternidade, a qual seria absoluta e não relativa nesses casos, não querendo dizer que a prática desse tipo de reprodução é aceita e estimulada pelo direito brasileiro.

Todavia, este entendimento é minoritário, e o ordenamento brasileiro entende tal inciso como tornando clara e evidente a anuência dessa técnica, além da concessão de presunção de paternidade ao nascido na forma da reprodução assistida póstuma.

3 DOS LIMITES JURÍDICOS E BIOÉTICOS DA FECUNDAÇÃO PÓSTUMA

Adriana Maluf (2013, p. 4) faz uma reflexão válida no sentido de ser necessária uma avaliação, referente aos reais benefícios ocasionados pelos progressos tecnológicos à sociedade, defluindo inúmeras indagações bioéticas. Desse modo, essa última surgiu juntamente com a

necessidade dos valores morais e sociais acompanharem à evolução das pesquisas e aplicações biotecnológicas.

Assim, é importante esclarecer que:

> O termo Bioética surgiu na década de 1970 e tinha por objetivo deslocar a discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um caminho mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética (MALUF, 2013, p. 7).

A área, portanto, é considerada como um instrumento de humanização do avanço biotecnológico. Conforme elencado por Diniz (2011, p. 41), convém ainda ressaltar, não é porque uma coisa é cientificamente possível de ser realizada que ela será moral e juridicamente aceita. Dessa forma, a dignidade humana é considerada um valor ético, devendo ser observada e regulada pela aplicabilidade da bioética.

Assim, esse ramo rege e influencia os progressos tecnológicos, inclusive a reprodução humana assistida, a qual é objeto de estudo deste artigo, juntamente com outro campo do conhecimento jurídico, surgido em decorrência do primeiro e tornando-se independente – o biodireito.

Tendo em vista tais circunstâncias referentes à aplicação e atuação do biodireito, pode-se notar que "[...] não impedir os avanços das ciências e ao mesmo tempo impor limitações a uso das descobertas científicas é o papel do direito" (MALUF, 2013, p. 17).

Nesse sentido, conforme Sá e Naves (2011, p. 4) afirmam, a interdisciplinaridade desses dois campos é indispensável. Portanto, ambos têm como pressuposto a força da norma, levando em conta o efeito judicializante da bioética, e a grande função desses institutos é assegurar os direitos fundamentais, mesmo fazendo uso de técnicas distintas de abordagem as quais, ao final, se preenchem.

O Direito como instrumento regente da sociedade, deve buscar de maneira satisfatória meios para a regulação das biotecnologias atender aos seus propósitos. Dessa forma, a atuação conjunta com a bioética se torna essencial para uma boa inserção da reprodução humana assistida na sociedade, sem ferir preceitos biológicos e jurídicos.

3.1. Do consentimento do *de cujus*

Uma grande parte da doutrina defende a posição de que "[...] somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após seu falecimento" (DIAS, 2013, p. 376).

Portanto, esses juristas consideram, principalmente, o fato do princípio da autonomia da vontade regular a aplicação do material genético, bem como, o dever de proteger o direito da filiação a uma estrutura familiar feita pelos dois pais (AGUIAR, 2005, p. 117). Em contraponto, com base no direito da criança a existência, há doutrinadores os quais defendem a aplicação desta técnica independentemente de consentimento prévio.

Por conta de tais controvérsias doutrinárias, consolidou-se[2] a compreensão de que a realização da fertilização assistida com o material genético do falecido deverá ser feita pela mulher ainda na condição de viúva. Ao mesmo tempo, deve haver uma autorização expressa do marido para a utilização do seu material genético após sua morte.

O Enunciado, asserção reforçada pela doutrina e jurisprudência, ao qual essa posição foi obtida quis, com isso, definir que "[...] descumpridas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater ist est*" (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 603).

Entende-se que a anuência do *de cujus,* para se permitir a utilização do material recolhido em laboratório, é realmente o meio mais adequado e seguro para a realização da reprodução humana assistida *post mortem*.

3.2. Da família monoparental

A família monoparental entende-se como o núcleo familiar composto por um dos ascendentes e seus descendentes. Ela pode ser classificada como originária ou superveniente, inclusive nos casos de reprodução assistida. (GAGLIANO, 2011, p. 508).

A originária ocorre quando a família inicialmente se constitui dessa forma, como nos casos de "reprodução independente". Já a superve-

2 O Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil aprovou entendimento de que para a efetuação da presunção da paternidade do marido falecido, será obrigatório a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, estar na condição de viúva, sendo exigida, ainda, a autorização escrita do marido para a utilização de seu material genético após sua morte.

niente ocorre quando a família se inicia composta por duas pessoas, mas sofre algum fator tornando-a monoparental, como o caso da reprodução assistida *post mortem* (GAGLIANO, 2011, p. 508).

Portanto, a reprodução assistida *post mortem* acaba por formar um núcleo familiar contemporâneo. Esse, pode ser formado pela mulher e seu filho fruto de uma das técnicas de criopreservação ou um homem com seu filho fruto de uma gestação por substituição análoga a uma dessas técnicas.

Pablo Stolze (2011, p. 513) observa que "[...] reconhecida a sua condição de entidade familiar, todas as regras de Direito de Família lhe são aplicáveis, não sendo possível fazer qualquer discriminação ou tratamento diferenciado".

Ademais, a Constituição Federal enaltece o reconhecimento desse novo núcleo familiar em seu artigo 226, §4º. Nele, afirma: "[...] entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]", de modo que não há mais divergências sobre a sua existência (BRASIL, 1988).

Esse tipo de estrutura familiar, vale observar, não deve ser essencial à reprodução assistida *post mortem*, pois podem ocorrer situações nas quais, posteriormente, a mesma se tornará uma família reconstituída ou recomposta por conta do critério da paternidade ou maternidade socioafetiva, que podem surgir se a viúva ou o viúvo constituírem um novo afetivo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 108) trazem uma observação interessante sobre esse assunto. Segundo eles, "[...] a família recomposta pode, por igual, ser decorrente de uma anterior família monoparental, na comum hipótese de uma mão solteira que resolve, posteriormente, constituir casamento ou união estável com terceira pessoa".

Dessa forma, o nascido por reprodução assistida *post mortem* pode acabar tendo um pai ou mãe socioafetivos, enaltecendo o caráter transitório e não essencial possível monoparental. O acréscimo de sobrenome do padrasto/madrasta pode ocorrer, preenchendo os requisitos legais, porém não terá efeitos jurídicos, nem sequer efeitos alimentares ou sucessórios (CHAVES; ROSENVALD, 2014, p.110-111).

3.3 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10

O Direito precisa estar sempre aberto para tratar de situações novas surgidas com a mudança constante da sociedade, tendo em vista seu objetivo de organizá-la em prol de uma convivência ideal. Conforme as pesquisas avançam, seus efeitos, quais sejam, a capacidade de influência e atuação, acabam por alcançar de forma mais ampla a sociedade, a qual se encontra sem o respaldo efetivo do Direito.

Há uma ausência de legislação específica sobre a reprodução assistida. Embora o Código Civil apresente diretrizes aplicáveis, ele acaba por divergir da doutrina na interpretação, de modo que foi a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 1992 a iniciar a tentativa de regulação desse campo.

A Resolução nº 1.358/92 preceituava essencialmente normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sobre qual tipo de usuário tem capacidade para passar por esse processo, os deveres das clínicas, centros ou serviços aplicando esses procedimentos, como a doação dos gametas ou pré-embriões deve ser realizada e como tais métodos podem ser usadas como diagnóstico e tratamento para doenças genéticas ou hereditárias.

Como uma norma geral de aplicabilidade da reprodução assistida, a Resolução expressava que, "[...] as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente" (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2008, p. 93).

Posteriormente, essa resolução foi revogada pela Resolução CFM nº 1.957/10, a qual inovou em matéria de reprodução assistida *post mortem*. Em sua Seção VIII, informava que "[...] não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente".

Ademais, passou a exigir uma autorização prévia, por escrito, sobre o destino dos gametas e pré-embriões, para além dos casos de falecimento de um dos genitores, ou de ambos, para divórcio, ou, ainda, casos de doenças graves.

Com isso, a partir de sua publicação, para uma clínica poder realizar esse tipo de reprodução, passou a fazer-se necessária a referida autorização direcionada especificamente para esse procedimento.

Especificamente quanto à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução nº 2.013/2013 alterou apenas a redação constante na Seção VIII. Nela, estipulou-se que o método "[...] é possível, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente".

Ademais, é importante esclarecer, a Resolução do CRM nº 2.168/2017 regula a reprodução assistida no Brasil atualmente[3], reforçando a determinação supracitada. Entretanto, não há maiores informações sobre esse campo, por exemplo, não se estabelece as medidas a serem tomadas caso o procedimento ocorra sem tal autorização expressa, não elencando qual seria a sanção imposta à clínica a qual o realizou e como configuraria a situação do concebido.

De acordo com a membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Heloísa Helena Gomes Barboza (*apud* IBDFAM, 2013), a resolução é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo trazendo apenas normas éticas e não sendo classificada como uma norma de âmbito geral, ou seja, como uma lei genérica.

Conclui-se, portanto, que a falta de amparo legal referente ao tema acaba por elucidar controvérsias doutrinárias sobre seus diversos desdobramentos. Entre elas, a constante na problemática deste artigo, o qual se encontra investido na tentativa de esclarecer o tipo de sucessor do nascido por reprodução assistida póstuma.

4 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A TUTELA SUCESSÓRIA DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA PÓSTUMA

Conforme amplamente explanado, há uma omissão do legislador concernente à regulação do instituto da reprodução assistida (RA) no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, utiliza-se essencialmente dos preceitos da bioética e do biodireito, além dos dispositivos trazidos pelos Conselhos Federais de Medicina, para nortear seus desdobramentos.

3 Em novembro de 2020, foi publicada a Resolução do CRM nº 2.283/2020, a qual apenas alterou a redação do item 2 do inciso II, "Pacientes das técnicas de RA", passando a ser: "2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros". Desse modo, verifica-se a preocupação em remover qualquer interpretação contraditória, a qual prejudicasse a eficácia da norma, de modo a não excluir possíveis interessados na RA.

Especificamente no referente à reprodução humana medicamente assistida póstuma, verifica-se a controvérsia primordial consistindo no debate direcionado ao artigo 1.798 do Código Civil. O mesmo estabelece como sucessores legítimos aqueles nascidos ou já concebidos no momento do falecimento do autor da herança (BRASIL, 2002).

De acordo com tal preceito legislativo, o concebido por meio da RA *post mortem* estaria excluído do instituto da sucessão, já que a sua concepção se daria após a morte do seu progenitor.

A única alusão feita pelo Código Civil sobre RA consta no artigo 1.597, inciso III, no qual estabelece a aplicação da presunção de paternidade ao nascido por inseminação artificial homóloga[4]. Mesmo o genitor estando morto, a prole é considerada como concebida na constância do casamento.

Conforme se observa, há um conflito entre os dois artigos supramencionados, vez que é reconhecido o vínculo filiatório. Contudo, quanto ao vínculo sucessório esses afastam-se.

Por ser uma matéria extremamente polêmica, essa oportuniza a manifestação de inúmeras correntes. Portanto, a doutrina se divide em três posicionamentos os quais, com intuito de facilitar a leitura, denominaremos de negativista, misto e afirmativista.

O posicionamento negativista, consiste essencialmente em negar qualquer espécie de direito sucessório à prole oriunda da inseminação artificial *post mortem*, tanto na forma legítima como na testamentária. Isto é, utilizam-se do argumento deste não estar concebido e, menos ainda, nascido no momento do falecimento, prendendo-se à literalidade do artigo 1.798 do Código Civil.

Desse modo, embora haja previsão sobre a presunção de paternidade nessa modalidade de técnica de reprodução assistida, os doutrinadores defendendo essa posição entendem esses artigos como conflitantes no ordenamento e, portanto, não haveria como coexistirem. Nessa linha, Maria Helena Diniz (2011, p. 617) assevera:

> Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação artificial *post mortem*,

4 Consiste na utilização do material genético do próprio casal, ou seja, não existe aqui a presença de terceiro alheio. O parentesco, nesses casos, é de origem biológica, estabelecido pela consanguinidade (GAMA, 2003, p. 729).

> já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). "Filho" póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu "pai" genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato.*

Orlando Gomes (2012, p. 30) também chama a atenção para esse posicionamento. Para ele, o concebido apenas teria direito a suceder se houvesse alguma lei complementar regulamentando o tema.

Convém ressaltar outro argumento embasando esse posicionamento, o qual se refere essencialmente à preservação da segurança jurídica do ordenamento brasileiro. Se prevista a possibilidade desse indivíduo concebido após a morte do *de cujus* suceder, haverá sempre um risco de alteração de todo o inventário, proporcionando aos herdeiros um período de insegurança.

O autor José de Oliveira Ascensão (2013, p. 27-28) assevera esse problema na prática, quando diz:

> Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlance da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações nunca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada.

Este posicionamento, portanto, leva em consideração a letra fria da lei, de forma a não buscar uma interpretação teleológica frente à situação problema. Além disso, quando analisa a aplicabilidade de tal reconhecimento da capacidade sucessória dos concebidos póstumos, não entende como será aplicado na prática por conta do princípio da segurança jurídica, o qual deve ordenar todo o sistema.

O posicionamento misto entende-se pela capacidade de suceder do concebido *post mortem* exclusivamente pela via testamentária, pois utilizam de maneira analógica[5] o instituto da prole eventual de terceiros[6]

5 A aplicabilidade da analogia tem como base os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, preceituando que quando existir uma lacuna na lei ou quando esta for omissa, de maneira a não solucionar os fins sociais englobando a matéria dela, o ordenamento assinala seu preenchimento por intermédio da analogia e dos costumes (LINDB, 1988).

6 Para ilustrar melhor tal entendimento, vale recordar que filiação eventual significa

– já que, nesse caso, o testador destinaria uma parte de seu patrimônio à sua própria prole eventual.

Assim sendo, por conta desse instituto estar previsto apenas na via testamentária (art. 1799, I, do Código Civil), a sucessão do filho não seria viável pela via legítima. Todavia, esse entendimento não é aceito por Giselda Hironaka (2003, p. 96):

> O testador não pode indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. A solução, assim, seria o testamento por via reflexa, ou seja, se for testador, ele deve indicar a doadora do óvulo e se for testadora, ela deve indicar o doador do espermatozoide.

Há aqueles, ainda, que, mesmo concordando com certos preceitos elencados por esse posicionamento, ficam relutantes no quesito da necessidade de um prazo para esse filho póstumo poder nascer e ter seus direitos sucessórios.

Isto é, o referido instituto prevê prazo de até dois anos para a concepção da filiação eventual (art. 1800, § 4º, do Código Civil), havendo divergência de entendimentos na aplicação desse prazo para os casos de RA póstuma – especialmente quando se considera que os embriões criopreservados devem ficar conservados por no mínimo três anos para então depois serem descartados, se essa for a vontade.

Nessa linha, Maria Berenice Dias defende existir argumento sustentando essa limitação, pois "não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos" (2013, p.126).

Para o posicionamento misto, à vista disso, o concebido por reprodução assistida *post mortem* tem direito de suceder por meio da via testamentária. Desse modo, por meio da analogia, ele é considerado um filho eventual, devendo constar nesse instrumento a vontade do testador de garantir a essa criança uma parte de seus bens.

Por conta do instituto estar previsto apenas na via testamentária, a sucessão desse filho, não é viável pela via legítima neste posiciona-

essencialmente "filhos ainda não concebidos" de uma pessoa ou de um casal determinado que for indicado pelo testador, segundo preceitua o Código Civil no artigo 1.799, I (DIAS, 2013, p. 343).

mento, independentemente de não garantir a isonomia no tratamento entre os filhos.

Por fim, o posicionamento afirmativista defende a possibilidade de o filho gerado por reprodução assistida póstuma suceder legitimamente, em busca do respeito ao princípio legal da igualdade substancial entre os filhos. Logo, não se aceita haver qualquer espécie de diferenciação entre eles, inclusive no referente a prazo para concepção (DIAS, 2013, p. 125).

Dito isso, portanto, não poderia haver discriminação entre filhos em nenhuma seara do direito, seja por vínculo biológico, afetivo ou jurídico. Ou seja, porque foi concebido de forma natural ou por meio da reprodução assistida, incluindo-se nesse campo também os concebidos por inseminação póstuma (BOER, 2007, p. 111).

Analisando uma maneira adequando-se melhor ao preceituado pela Magna Carta, o concebido por meio dessa técnica não deveria ser considerado herdeiro testamentário somente. Isso, pois tem-se em vista que não admitir sua configuração como herdeiro legítimo seria, para alguns, aceitar a existência de uma aplicação diametralmente oposta aos princípios constitucionais.

Ademais, o sistema atual já prevê a solução para os casos de herdeiros legítimos preteridos poderem participar da partilha, a aplicação da petição de herança conforme o art. 205 do Código Civil, tem prazo prescricional de dez anos. A adequação desse instituto aos casos de reprodução assistida não é entendimento novo, tendo em vista que o enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil trata da admissão desta, veja-se:

> Enunciado 267 – A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança (SALOMÃO, 2006).

Entretanto, perdura a divergência sobre o início do prazo de prescrição deste instituto. Há controvérsia se ele seria a partir do trânsito da ação de reconhecimento de paternidade ou da abertura da sucessão.

Em recente decisão[7] sobre o tema, o STJ tomou como base o preconizado pela súmula 149 do STF, a qual dispõe que "[...] é imprescritível

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial n° 479.648/MS –*

a investigação de paternidade, mas não o é o direito a petição de herança". Sintetizando, defende a contagem a partir da abertura da sucessão, pois a matéria se refere à direito patrimonial, de modo a não poder ser contestado *ad eternum* (NUNES, 2020).

Nesse sentido, há aqueles defendendo a não aceitação dos direitos do cidadão sendo reduzidos por conta de uma dificuldade prática de garanti-los. Assim, para esse posicionamento, se o instituto da petição de herança pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, nada impediria mais um cenário no qual sua admissão fosse cabível. Portanto, para eles, aquilo o qual está se protegendo – a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana – deveria ser considerado algo maior do que a simples dificuldade prática a ser enfrentada pelos outros herdeiros, isto é, deveria suplantar a própria segurança jurídica do ordenamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da biotecnologia no campo da reprodução assistida representa um proveito significativo para a sociedade, especialmente para aqueles os quais não teriam como constituir família por meio da concepção natural, seja por conta de alguma doença, seja porque são inférteis/estéreis. Esse instituto ainda não tem sua regulamentação expressa pelo ordenamento brasileiro, de forma a se utilizar de disposições constantes nas diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Na falta de uma regulação legislativa sobre o tema reprodução assistida, os institutos da bioética e do biodireito também colaboram com o estabelecimento de limites para os avanços médicos e tecnológicos, de forma a preservar, na medida de seu alcance, a integridade daqueles os quais se submetem aos seus procedimentos. O indivíduo não pode ficar integralmente exposto às consequências, muitas vezes ainda não conhecidas, de campos ainda não explorados de maneira consistente. Esses institutos decorrem da necessidade de respeito aos preceitos éticos organizadores da sociedade, visando preservar a dignidade da pessoa humana dos avanços técnico-científicos.

De acordo com o avanço dos aspectos filiatórios no Brasil, percebe-se a não existência, no ordenamento, de uma distinção discriminatória entre os filhos, não sendo mais divididos em filhos legítimos e ilegítimos.

Proc. 2014/0039759-2. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, DJe 06 mar. 2020.

Atualmente prevalece a aplicação do princípio da igualdade substancial entre os filhos, isso é, não se deve mais falar em tratamento desigual entre eles. Esse princípio norteador do Direito de Família, inclusive, localiza-se expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, de modo a figurar como um princípio constitucional.

Uma vez realizada a reprodução assistida, a presunção de paternidade é assegurada, admitindo-se que o pai seja, em verdade, o marido da mãe, independentemente de haver vínculo biológico. O artigo 1.597, III do CC prevê a aplicabilidade da presunção de paternidade, inclusive, para aqueles os quais se submetem a técnica de concepção *post mortem*. Todavia, há defensores, nesse tipo de reprodução, da presunção relativizada, a depender da existência de uma anuência prévia do *de cujus*. Isso se encontra previsto no Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, e, por conta da omissão do legislador sobre a temática, essa é a disposição orientando o judiciário.

A inseminação artificial *post mortem*, com isso, é uma técnica utilizada por aqueles sem condições de conceber uma família de forma natural, a qual, tragicamente, é acometida pelo falecimento de um dos membros do casal e a concepção se dá após esse ato. Dessa forma, uma situação possível é de o homem morrer e a mulher inseminar o material genético criopreservado dele ou da mulher falecer e o homem realizar a inseminação do embrião concebido em laboratório em uma "barriga de aluguel".

Segundo os ditames atuais previstos na Constituição Federal de 1988, uma divergência sequer nas garantias e direitos entre os filhos não deveria ser aceita, tendo por base o princípio da isonomia entre os filhos e com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Houve tempos nos quais era natural estabelecer restrições a depender da origem dos mesmos, mas isso foi superado e o artigo 227, §6º da Magna Carta veda qualquer tipo de diferenciação relativa à filiação, de modo a nem mesmo os intérpretes do direito poderem afastá-lo.

Frente a todos esses argumentos, depreende-se que com o vínculo paterno-filial reconhecido, seja por meio do critério biológico ou de ficção jurídica, resta claro o direito do filho em suceder. Desse modo, entende-se não haver sentido em reconhecer, no âmbito do Direito de Família, a existência de uma relação juridicamente protegida e, no âmbito do Direito das Sucessões, o inverso.

A problemática do tema deste artigo consiste essencialmente no fato de a doutrina ser pacífica a respeito da forma pela qual o nascido

por reprodução assistida póstuma deve suceder. Com isso, o presente optou por dividir os entendimentos doutrinários em três posicionamentos, quais sejam o negativista, o misto e o afirmativista.

Sintetizando os argumentos já expostos, o primeiro posicionamento consiste essencialmente em negar qualquer espécie de direito sucessório a esse filho, com base no argumento do mesmo não estar concebido e, menos ainda, nascido no momento do falecimento, prendendo-se à literalidade do artigo 1.798 do Código Civil. O segundo defende que o filho deve configurar como herdeiro testamentário, fazendo-se uma analogia à prole eventual de terceiros, contanto, não admite a figuração desse como herdeiro legítimo. Por fim, o terceiro caso entende que o filho nascido pela técnica *post mortem* deve ser considerado herdeiro legítimo, pois, de acordo com o princípio da igualdade substancial entre os filhos, não pode haver qualquer espécie de diferenciação entre eles.

Frente a todas essas reflexões, constata-se que a melhor solução para este conflito jurídico seja garantir ao nascido por reprodução assistida póstuma o direito de suceder por meio da legítima. Nesse, terá o prazo de dez anos, a contar da abertura da sucessão, para participar da partilha, por meio da interposição de ação de petição de herança.

Conforme verificado, a aplicação deste instituto da petição de herança aos casos de reprodução assistida já foi motivo de debate entre juristas e, atualmente, se encontra previsto no Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil. Dessa maneira, possibilita uma resolução cabível pelo ordenamento para o conflito em questão.

Embora a via testamentária configurasse uma maior estabilidade ao ordenamento, especialmente para os herdeiros os quais já figuram no inventário, pois a partilha não ficaria tanto tempo suscetível a uma possível concepção de um filho eventual, se estaria, contudo, admitindo um tratamento diverso entre eles. Nesse sentido, conclui-se que não ser possível aceitar a redução dos direitos da prole concebida por reprodução assistida *post mortem* por conta de uma dificuldade prática de garanti-los.

Desse modo, ao concluir que o nascido por reprodução assistida *post mortem* deve ser considerado herdeiro legítimo, nota-se a garantia do tratamento igualitário entre os filhos, independentemente do modo pelos quais foram concebidos, ao tempo no qual utilizar-se da ação de petição de herança de modo a alcançarem seus direitos sucessórios, ora definidos.

Os avanços tecnológicos se desenvolvem a todo momento, submetendo o Direito a uma necessidade de disparar em busca de regularização

legislativa, pois esse não consegue acompanhar a celeridade daqueles. O Direito tem o compromisso de atualizar-se conforme a sociedade muda de configuração, devendo se manter sempre efetivo para garantir sua eficácia.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, sequer uma regulamentação da atividade da reprodução assistida. Portanto, a celeuma referente a este conflito jurídico está longe de findar. Dito isso, ao fim do debate, cumpre ressaltar a necessidade do legislador de diligenciar, com celeridade, as normas gerais sobre esse tema, para ter-se ao menos no que se basear quando do discurso sobre a reprodução humana medicamente assistida *post mortem*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.* 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. Resolução do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista. *IBDFAM*, 2013. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/5033/Resolu%C3%A7%C3%A3o+do+CFM+%C3%A9+evolu%C3%A7%C3%A3o%2C+mas+ainda+%C3%A9+necess%C3%A1rio+lei+sobre+o+tema%2C+diz+especialista. Acesso em jan. de 2021.

BOER, Juliana Ferraz. *O direito à sucessão legítima do filho concebido por inseminação artificial homóloga post mortem* (2007). Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em dez. de 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.* Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em fev. de 2021.

_____. *I Jornada de Direito Civil.* Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em fev. de 2021.

_____. *III Jornada de Direito Civil.* Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em fev. de 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acesso em dez. de 2020.

_____. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em fev. de 2021.

_____. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10.* Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957. Acesso em fev. de 2021.

_____. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/17. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. Acesso em fev. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial n° 479.648/MS* – Proc. 2014/0039759-2. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, DJe 06 mar. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1856700&num_registro=201400397592&data=20200306&peticao_numero=201900359796&formato=PDF. Acesso em dez. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Manual de Direito das Famílias.* 9 ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* direito das famílias. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil:* direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação:* o Biodireito e as Relações Parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. *Sucessões*.15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**.** *Comentários ao Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito.* 2 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2013.

NUNES, Paula Freire Santos Andrade. Prazo prescricional de 10 anos para ajuizar petição de herança corre a partir da abertura da sucessão. *IBDFAM*, 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1579/Prazo+prescricional+de+10+anos+para+ajuizar+peti%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a+corre+a+partir+da+abertura+da+sucess%C3%A3o. Acesso em dez. de 2020.

PORTUGAL. *Lei nº 32, de 26 de julho de 2006.* Diário da República Eletrônico de Portugal, [2006]. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/539239. Acesso em mar. de 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito.* 2 ed. Belho Horizonte: DelRey, 2011.

SALOMÃO, Lídia. Enunciados da Jornada de Direito Civil da CJF. *Jurisway,* 2006. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso em dez. de 2020.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "In Vitro" da Bioética ou Biodireito.* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida:* aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

A TECNOLOGIA E A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: A EXPANSÃO DO TESTAMENTO PARTICULAR NO DIREITO BRASILEIRO

Cinara Furian Fratton[1]
Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra[2]

RESUMO

O presente ensaio explicita o implemento da tecnologia ao testamento particular através do vídeo testamento e do testamento por videoconferência. O método empregado no estudo foi o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina, legislação e posição jurisprudencial existente acerca do tema trabalhado. Chegou-se à conclusão de se tratar de verdadeira a hipótese de expansão do testamento particular, uma vez que com a utilização da tecnologia ocorre um alargamento nas hipóteses de incidência, sobretudo, em respeito à autonomia da vontade privada preservando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana inerente a todos os seres humanos no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Sucessão Testamentária Particular; Testamento excepcional; Autonomia Privada; Vídeo Testamento; Videoconferência.

1 INTRODUÇÃO

Esta investigação trata de um tema acerca do qual se tem discorrido devido ao uso da tecnologia no cotidiano dos brasileiros, realidade cada

1 Bacharel em Direito; Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: cinara-fraratton@defensoria.rs.def.br

2 Bacharel em Direito; Pós-Graduado em Ciências Penais; Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) — RS; e-mail: venancioterra@hotmail.com.

vez mais presente na vida de milhares de pessoas. Inquestionavelmente, o *modus operandi* entre as pessoas foi alterado em razão do cenário pandêmico causado pela Covid-19, fazendo-se necessária a utilização, cada vez maior, de meios tecnológicos para a continuação das relações ordinárias.

Diante da inegável realidade tecnológica à qual a sociedade moderna está exposta através da mídia, redes sociais, plataformas digitais, comunicação on-line, reuniões virtuais, assinaturas digitais e eletrônicas, contratos firmados com apenas um clique, indaga-se sobre a validade da elaboração do testamento particular através de meios eletrônicos.

Neste ensaio, aborda-se a expansão da sucessão testamentária particular, partindo-se dos dispositivos gerais e das limitações à autonomia privada decorrentes do ordenamento jurídico e do testamento particular.

Num segundo momento, trata-se da dispensa das testemunhas no testamento particular à luz do artigo 1.879, fundamentado na observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, analisam-se o vídeo testamento e o testamento por videoconferência no tocante à validade do uso dos recursos tecnológicos para a realização do ato de disposição de última vontade, autorizados pelo Provimento n° 100/20, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, configurando verdadeira hipótese de expansão da prática.

O método empregado no objeto do ensaio é o hipotético-dedutivo a partir de análise bibliográfica, doutrina, legislação e posição jurisprudencial existente acerca do tema trabalhado.

2 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A partir do momento da abertura da sucessão inexiste uma imposição legislativa obrigatória, muito menos um *modus operandi uno*, porque há campo aberto para preservar a vontade do falecido. Neste momento a sucessão pode ser realizada inteira ou parcialmente por intermédio de disposições de última vontade, ou seja, através de testamento.

Ao testador será possível, com liberdade absoluta, dispor inteiramente de seus bens quando inexistirem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, conforme o artigo 1.845 do

Código Civil de 2002 e companheiro)[3]. Entretanto, a disposição de última vontade será parcial quando existirem herdeiros necessários, hipótese na qual, necessariamente, deve ser reservada a legítima metade dos bens do testador. "Essa restrição tem a inegável finalidade de proteger o cônjuge ou convivente e os parentes mais próximos, ou seja, a família em um sentido estrito" (GESSE; DIB, 2020, p. 49).

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.857, toda pessoa capaz pode dispor, através de testamento, da totalidade de seus bens, ou parte deles, para depois de sua morte. Do mesmo modo, conforme o artigo 1.860 do Código Civil de 2002, ao tratar da capacidade para testar, o incapaz ou aquele o qual não tenha o pleno discernimento também não pode fazê-lo, dispondo a idade de dezesseis anos como mínima para isso. Portanto, acerca da capacidade para realizar o testamento, o legislador adotou um critério biopsicológico, pois abordou de um lado um critério biológico e do outro um psicológico, conferindo ao relativamente incapaz essa possibilidade, exigindo apenas a idade de dezesseis anos e o pleno discernimento para os atos da vida civil. A incapacidade superveniente do testador não torna o testamento inválido, bem como a capacidade posterior não valida aquele feito pelo incapaz, posto que o testamento é regido pela cláusula *tempus regit actum*, nos termos do artigo 1.861 do Código Civil de 2002.

Em linguagem objetiva, a "[...] sucessão legítima é a deferida por determinação de lei, em atenção ao vínculo familial ou, na falta deste, ao vínculo político, existente entre a pessoa do sucedendo e a do sucessor [...]", como preleciona Clóvis Beviláqua (2000, p. 103). Ademais, "[...] a sucessão legítima, também chamada de *sucessão intestada* ou *ab intestato*, tem como base a liberalidade do autor da herança, exercida por omissão, e uma responsabilidade familiar mínima" (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 278).

Efetivamente, o presumido vínculo sentimental afetivo estabelecido entre pessoas de um núcleo familiar induz ao silêncio do *auctor hereditatis*, com vistas a aderir à previsão legal de transmissão patrimonial. A sua premissa fundante é a de que o autor da herança, por ter se mantido silente, gostaria de beneficiar os seus familiares, em ordem de proximidade, e o seu cônjuge ou companheiro com o patrimônio deixa-

3 O Supremo Tribunal Federal nos julgados RE 646721 e RE 878694 assentou a tese da aplicabilidade do mesmo regime sucessório do cônjuge aos companheiros sobreviventes.

do, quando de seu passamento. Para tanto, é estabelecida uma ordem de vocação hereditária, preferencial e taxativa, com a indicação das pessoas a serem convocadas (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 278).

De tal modo, a sucessão legítima decorre da norma legal, independentemente de qualquer declaração volitiva do *auctor hereditatis*, beneficiando, por ordem preferencial, as pessoas contempladas no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.829, às quais, muito provavelmente, ele gostaria de transmitir o seu patrimônio (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 280). Dessa feita, surge a conhecida frase do jurista belga Henri de Page de que a sucessão legítima "[...] é um testamento-modelo, o testamento do homem racional" (Page, 1946, p. 869).

Por evidente, havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar sofre uma redução, resguardando-se a legítima (metade do patrimônio líquido do titular). Nesse caso, havendo testamento, o mesmo coexistirá tranquilamente com a sucessão legítima (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 282).

Portanto, a legítima pertence aos herdeiros necessários e não poderá ser incluída em testamento, podendo apenas possuir disposições de cunho não patrimonial. Em outras palavras, é possível a realização de testamento apenas com disposições "[...] concernentes ao enterro e cerimônias fúnebres do disponente, de cláusulas restritivas à herança (inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade), de designação de tutor, de perdão do sucessor indigno [...]" (CARVALHO, 2017, p. 124).

Denota-se a proteção legal conferida pelo legislador à legítima pertencente aos herdeiros necessários expressos, conforme o teor do artigo 1.846 do Código Civil de 2002. Vale destacar a característica do testamento como sendo sempre um ato personalíssimo, podendo ser modificado a qualquer tempo.

Nessa conjectura, o direito de impugnar a validade do testamento por falta de algum dos requisitos legais que o torne válido extingue-se no prazo de cinco anos a partir da data de seu registro, de acordo com o disposto no artigo 1.859 do Código Civil de 2002 (BRASIL).

Independentemente do grau da nulidade ventilada, mesmo se absoluta, em sede de sucessão testamentária ela convalesce após o prazo de cinco anos. Logo, essa é uma exceção ao artigo 169 do Código Civil de 2002, o qual expressamente dispõe a não convalescência do negócio jurídico com o decurso do tempo.

Tal entendimento possui divergência na doutrina. De um lado, Maria Berenice Dias entende a impossibilidade de se questionar qualquer coisa (2015, p. 476). De outro, os autores Flávio Tartuce (2018, p. 379) e Cristiano Chaves de Farias (2018, p. 338) posicionam-se apontando o artigo 169 do Código Civil de 2002 como a melhor solução, pois a nulidade absoluta não deve convalescer com o decurso do tempo e o tema por abranger matéria de ordem pública não estaria sujeito ao decorrer de prazo prescricional.

Quanto ao testamento particular, destaca-se tratar-se da forma mais prática de dispor do patrimônio, vez que não exige a presença do notário nem do tabelião para sua elaboração. É conhecido como testamento hológrafo, por ser escrito à mão pelo próprio testador, podendo ter outras denominações como particular, aberto, privado ou do próprio punho.

Segundo o Zeno Veloso, o conceito de testamento particular decorre da normativa do artigo 1.876 do Código Civil de 2002. A mesma inovou em relação ao Código de 1916, referindo tratar-se de um "ato de disposição de última vontade, escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido a três testemunhas, que também o assinam" (VELOSO, 2018, p. 385).

Partindo desse ponto, nos termos do artigo 1.876, *caput*, do Código Civil de 2002, o testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico (máquina de escrever ou por computador). Se for escrito de próprio punho, são requisitos essenciais para sua validade, sob pena de nulidade absoluta (operando efeitos *ex-tunc*), a leitura e assinatura do autor na presença de pelo menos três testemunhas, as quais devem subscrevê-lo, confirmando o ato, conforme o artigo 1.876, §1º do Código Civil de 2002. Se for elaborado via processo mecânico, não pode, em hipótese alguma, conter rasuras ou espaços em branco, exigindo-se a assinatura do testador, depois de tê-lo lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão, conforme o artigo 1.876, §1º do Código Civil de 2002.

Mais uma vez, em prol da operabilidade, no sentido de facilitação dos institutos civis, materializou-se uma diminuição do número de testemunhas. Anteriormente eram necessárias cinco, no artigo 1.645 do Código Civil de 1916, passando para três, no atual Código Civil de 2002.

Por questão de lógica, o testamento feito de forma escrita pelo próprio interessado e pelas opções antes expostas não poderá ser elaborado por analfabeto, o qual sequer sabe escrever, ou ainda por cego, de-

vido à sua impossibilidade de ler o documento. Sendo assim, o último somente pode prestar declaração de última vontade pela forma pública, conforme explicita o artigo 1.867 do Código Civil de 2002.

Um ponto debatido na doutrina diz respeito à problemática acerca dos requisitos formais, os quais podem acarretar a nulidade absoluta do testamento, por desrespeito à forma do artigo 166, inciso IV, do Código Civil de 2002.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020) vem mitigando a existência de alguns requisitos formais do testamento particular os quais não afetam a "substância do ato de disposição". O número de testemunhas assinando e confirmando o ato de disposição de última vontade, ou o de presentes na leitura são alguns exemplos. Essas leves flexibilizações de alguns requisitos formais, por parte do Tribunal da Cidadania, vêm sendo consolidadas ao longo dos anos, senão vejamos:

> Recurso especial. Testamento particular. Validade. Abrandamento do rigor formal. Reconhecimento pelas instâncias de origem da manifestação livre de vontade do testador e de sua capacidade mental. Reapreciação probatória. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia. (STJ, REsp 828.616/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 05.09.2006, DJ 23.10.2006, p. 313).
>
> Civil. Processo Civil. Procedimento de jurisdição voluntária de conformação de testamento particular. Possibilidade. Critérios. Vícios menos graves, puramente formais e que não atingem a substância do ato de disposição. Leitura do testamento na presença de testemunhas em número inferior ao mínimo legal. Inexistência de vício grave apto a invalidar o testamento. Ausência, ademais, de dúvidas acerca da capacidade civil do testador ou de sua vontade em dispor. Flexibilização admissível. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ - REsp 1583314 / MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe em 23/08/2018).

De acordo com Conrado Paulino da Rosa e Marco A. Rodrigues (2019, p. 222, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou a preservação da vontade do testador, sendo admissíveis determinadas flexibilizações nas formalidades legais exigidas para validade do testamento particular, a depender da gravidade do vício do qual padece

o ato de disposição de última vontade. Dessa forma, são suscetíveis de superação aqueles de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento. Por outro lado, os de maior gravidade podem ser chamados de formais-materiais, porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretando a invalidade do testamento lavrado sem observância das formalidades cuja finalidade seria conferir a exatidão da vontade do testador.

Na mesma obra, os autores (ROSA; RODRIGUES, 2019, p. 222-223) esclarecem que após a morte do testador, publicar-se-á em juízo o testamento particular, com citação dos herdeiros legítimos (art. 1.877 do CC). Com tal promulgação em juízo, tem-se início a fase de execução ou de eficácia do testamento particular, presente uma confirmação judicial do seu conteúdo, ou seja, qualquer herdeiro, legatário ou, até mesmo, o testamenteiro pode ajuizar a ação de registro de testamento.

Ainda assim, conforme o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL) informa, no artigo 737, §1º, os herdeiros os quais não tiverem requerido a publicação do testamento serão intimados para tomar ciência do ato. No parágrafo seguinte do mesmo documento, avisa-se acerca da confirmação do testamento pelo Juiz quando presentes os requisitos legais e ouvido o Ministério Público.

Com a finalidade de evitar risco de ocultação ou extravio, o autor Zeno Veloso (2003, p. 141) sugere a possibilidade de o testador deixar duas ou mais vias de um mesmo testamento hológrafo com diversas pessoas de sua confiança (em especial o herdeiro nomeado, o legatário) e em alguns lugares diferentes, incluindo, até mesmo, um cofre bancário. No curso da ação de registro de testamento o juiz tomará depoimento das testemunhas do ato. Mesmo se essas não fornecerem, em pormenores, depoimento sobre o conteúdo do documento, elas devem, ao menos, declarar, coincidentemente, que a leitura do instrumento foi feita perante elas e reconhecer as suas próprias assinaturas, assim como a do testador.

Porém, pode ocorrer a peculiar situação da falta concomitantemente das três testemunhas, a exemplo de terem falecido num acidente de carro ou, ainda, de não haverem sido encontradas ou de a única encontrada sofrer demência. Dessa forma, o testamento restará irremediavelmente prejudicado e não terá eficácia alguma. Assim, a sucessão legítima regulará o destino dos bens do *de cujus*, já que suas disposições mortuárias não serão cumpridas.

O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira se as testemunhas compreenderem seu teor, conforme estabelece o art. 1.880 do Código Civil de 2002. Neste ponto, o entendimento da língua por parte das testemunhas é essencial, pois elas precisam comprovar o conteúdo do ato. Nesse caso, será feita a tradução do documento por pessoa autorizada (tradutor juramentado) para instruir o original, no ato de apresentação do testamento em juízo.

Várias vantagens são inerentes ao testamento particular, como, *verbi gratia*, a facilidade na sua elaboração, o custo reduzido ou inexistente e a agilidade no procedimento. Por outro lado, alguns obstáculos podem ocorrer quanto ao testamento particular, de modo a obstar o uso desse instrumento. Um exemplo disso é a insegurança por eventuais falhas atinentes à sua elaboração ou a redação de suas cláusulas pelo testador, especialmente, porque na maioria das vezes este não conta com a adequada orientação de um profissional capacitado para disposição dessa magnitude.

O testamento particular, é importante ressaltar, exigirá a futura confirmação em juízo, com a inquirição de testemunhas as quais nem sempre sobrevivem ao próprio autor do testamento, tornando o mesmo padecente de eficácia jurídica. Nesse cenário, a sucessão legítima será a maestra regente dos bens do *de cujus* e não as disposições testamentárias, que restarão por fracassadas. Esse é o ponto fraco no campo da segurança jurídica do testamento particular, ou seja, ele poderá ser ineficaz a depender do caso concreto.

3 DISPENSA DAS TESTEMUNHAS NO TESTAMENTO PARTICULAR: ANÁLISE DO ARTIGO 1.879 CC/2002

Reside no artigo 1.879 do Código Civil de 2002 a previsão do testamento sem testemunhas, hipótese na qual o legislador inovou "ao permitir o testamento particular sem a participação de qualquer testemunha. Verdade que só poderá ser feito em situações excepcionais declaradas na cédula" (FARIA, 2017, p. 179).

Todavia, a definição da situação excepcional ficará adstrita ao juízo do julgador, o qual deverá analisar a "[...] circunstância excepcional que impede o concurso de testemunhas [...]" (PEIXOTO, 2009, p. 313) apontada pelo testador, confirmando ou não o testamento. Desta forma,

por ser matéria de ordem subjetiva, mesmo o motivo sendo excepcional para o último, pode não sê-lo para o primeiro, "[...] não produzindo efeitos a ato de última vontade" (FARIA, 2017, p. 179).

Recorrendo à lição de Zeno Veloso (2003, p. 144), o referido artigo representa "outra forma de testamento especial", estando mal localizado no Código Civil de 2002. De tal modo, não seria uma variante do testamento particular, pois o "dispositivo representa uma inovação em nosso direito testamentário" (VELOSO, 2003, p. 144).

Entretanto, no entendimento de Maria Helena Diniz, trata-se de "testamento de emergência (forma simplificada de testamento particular)" (DINIZ apud PEIXOTO, 2009, p. 313) aquele feito pelo testador encontrando-se em situação anormal (incêndio, desastre, internação em UTI, avião em pane, naufrágio, etc.) ou na qual seja impossível a intervenção testemunhal, a exemplo de não existirem pessoas de sua confiança ou na ausência de testemunhas (testador em local ermo).

O caso seria de "[...] uma declaração de última vontade fora da parametrização formal dos testamentos ordinários" (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 450), caracterizando um testamento especial quando reconhecidas as circunstâncias de extraordinariedade. Destarte, "[...] considerando o testamento emergencial como uma espécie de testamento especial, a consequência natural seria submetê-lo às regras gerais daquelas figuras (especiais) [...]" (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 282), como, por exemplo, a incidência da caducidade, no caso de ser confirmado no prazo de noventa dias, na eventual sobrevivência do testador à situação extraordinariamente narrada.

No mesmo sentido, consolidou-se o entendimento doutrinário supramencionado no Enunciado de nº 611 da VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho de Justiça Federal (CJF, 2015).

Sobre o tema, a doutrina (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 450) comenta o progressivo reconhecimento da situação extraordinária pela Jurisprudência. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, na Apelação Civil de nº 434164000, julgado da Sétima Câmara de Direito Privado, datado de 21/05/2008, entendeu pela declinação da excepcionalidade, uma vez que estava constituída no temor de morte quando da realização de procedimento cirúrgico. De tal modo, a ausência de identificação de testemunhas tornou-se fato irrelevante por serem expressamente dispensadas nesse tipo de situação, conforme anuncia o artigo 1.879 do Código Civil de 2002. No entanto, a falta da assinatura e a

declaração de circunstância excepcional afastariam a validade da disposição testamentária (ROSA; RODRIGUES, 2019, p. 223).

Ademais, o tema gravita na própria moção da dignidade da pessoa humana, pois esta deve ser observada quando da disposição de última vontade. Ou seja, baseia-se na vontade livre e manifesta para a disposição dos bens em situações excepcionais, merecedora do devido respeito e consideração por parte do Estado.

Sobre o tema, coaduna-se indispensável trazer as extas palavras utilizadas por Ingo Sarlet (2002, p. 62), quando este realizou a conceituação de dignidade da pessoa humana, apresentando-a como:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na mesma vertente, Ana Carolina Brochado Teixeira entende o conceito de dignidade humana como relaciona-se intimamente à autonomia, tendo "[...] como função limitar a atuação do legislador, do juiz, do médico, da família e de outras entidades intermediárias em situações existenciais, para que seja garantido tal espaço único de decisão pessoal" (TEIXEIRA, 2018, p. 103). Desta forma, o "[...] princípio da dignidade exige que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores" (TEIXEIRA, 2018, p. 103).

Precisamente, com o propósito de ampliar e materializar a expansão da autonomia existencial da vontade privada do indivíduo é mandatório um estudo mais aprofundado de como conjecturar a incidência dos testamentos eletrônicos na sucessão testamentária, mormente, no atual cenário pandêmico vivenciado.

4 TESTAMENTO ELETRÔNICOS: DO VÍDEO TESTAMENTO

As plataformas digitais são cada vez mais utilizadas na sociedade moderna e ganham relevância progressiva. Atualmente, é inimaginável pensar em viver sem o uso da internet, da comunicação via *WhatsApp*, da facilidade das conferências e reuniões virtuais, do canal *YouTube* e das redes sociais *Instagram*, *Facebook* e outras. Até mesmo o modo de consumo vem sendo alterado em decorrência da tecnologia, bastando apenas um clique para efetuar compras dos mais diversos produtos, sem contar as formas inovadoras de pagamento, através de Pix, QR *code*, etc.

Uma leitura preliminar sobre os requisitos do testamento particular leva à conclusão da não aceitação da modalidade do testamento por vídeo pela legislação brasileira, pois essa determina requisitos mínimos para tal ato, tais como: a assinatura do testador e a existência de pelo menos três testemunhas, conforme disposto no artigo 1. 786, §2°, do CC/2002. O vídeo testamento, por não preencher esses requisitos legais, parece ser rechaçado no Brasil.

Com a entrada em vigor do Código Civil, em 2002, período no qual as ferramentas tecnológicas citadas já eram conhecidas, o legislador deixou de mencionar o emprego do vídeo como uma forma para a realização do ato, determinando que o testamento particular deve ser realizado com a presença dos requisitos formais, sob pena de nulidade. Assim, na codificação vigente, a ausência dos requisitos essenciais do testamento particular – assinatura do testador e a presença mínima de três testemunhas – seriam causas de desnaturação do ato a ponto do testamento não ser reconhecido como válido. Nesse sentido, Zeno Veloso (2018, p. 394) vaticina:

> Aquele escrito, que não foi assinado pelo seu autor, e denominado testamento, deixou de cumprir duas rigorosas exigências formais: deixou de ser assinado pelo testador; não foi lido pelo testador às testemunhas. Sendo assim, é um negócio nulo, e a nulidade é absoluta, de pleno direito.

Contudo, a despeito da realização do testamento particular em vídeo não ter sido expressa pelo legisladora grande valia de tal meio nos dias atuais é inegável. Sendo o desejo do testador expresso dessa forma, com certeza, a manifestação volitiva seria melhor compreendida.

Ademais, para os optantes do testamento particular, valer-se do recurso de vídeo contribui de forma pragmática em suas vidas, sobretudo

no cenário atual, no qual o uso de meios digitais é recorrente. A gravação em vídeo reflete uma verdade consentânea com a vontade do testador, porque o momento do registro espelha sua real intenção.

A utilização das ferramentas tecnológicas é uma realidade significativa e presente de forma intensa na vida moderna e, com certeza, permanecerá por muitos anos vindouros. Cabe examinar quais seriam as necessidades para validar essa forma de testar.

Partindo-se da concepção do testamento particular, o testamento em vídeo seria mais uma possibilidade, mesmo se não contiver os requisitos hoje exigidos pelo Código Civil de 2002. A tomada de algumas cautelas é necessária, de modo ao ato preservar a manifestação volitiva e ser apto a ensejar a segurança jurídica.

Segundo Gustavo Kloh Muller Neves (2020, p. 57), ao tratar dos elementos do testamento em vídeo, a presença do testador não seria obrigatória se o vídeo tiver sido assinado de forma eletrônica e o conteúdo for expresso de maneira clara e assertiva. O autor sugere a possibilidade da presença de um terceiro lendo ou externando o conteúdo, através de uma representação ou um desenho e, assim, dispensando-se a presença do testador. Ele pondera, contudo, que a presença do último no vídeo é um modo de legitimar sua vontade:

> Se presente, pode haver circunstâncias que justifiquem a admissão de um vídeo não criptografado, ou ao menos submetido a uma plataforma que não admita edição não rastreada. Normalmente, há rastro na edição em plataformas como o YouTube (NEVES, 2020, p. 57).

O mesmo autor chama atenção para a questão das testemunhas no e do vídeo. A primeira serviria para legitimar a atuação da segunda, porque, assim, diretamente, a pessoa aparecendo também comprova a sua realização.

Já a via indireta é quando a testemunha não aparece na gravação, mas apenas vê a filmagem sendo produzida, sendo chamada para depor sobre o mesmo. Conforme pontua Gustavo Kloh Muller Neves, em face da necessidade de confirmação do testamento particular via judicial, todos serão ouvidos e a verdade virá de quem viu o vídeo, não havendo a necessidade de haver testemunha na gravação. Assim, com base no artigo 1.879 do Código Civil de 2002, o juízo analisa as circunstâncias excepcio-

nais e a validade da filmagem para afastar qualquer impedimento formal (NEVES, 2020, p. 57).

De acordo com Mário Luiz Delgado, a manifestação de vontade por recurso audiovisual é objeto de propostas legislativas e questiona sua possibilidade de aplicação de forma imediata. O autor cita o Projeto de Lei 3.799/19, de autoria da Senadora Soraya Thronicke, o qual prevê todos "[...] os testamentos ordinários podem ser escritos ou realizados por sistema digital de som e imagem, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas" (BRASIL, 2021). Entretanto, enquanto não for aprovada tal proposta, Delgado assevera pela viabilidade da utilização de plataforma audiovisual, referindo-se àquilo entendido pelo Superior Tribunal de Justiça por flexibilização dos requisitos formais.

Nessa linha, é importante destacar o julgado recente proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do Recuso Especial nº 1583.314 (BRASIL, 2018), cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi. De acordo com o entendimento da Corte na ocasião, nos testamentos particulares são admissíveis determinadas flexibilizações a depender da gravidade do vício do ato de disposição. Restou assentada a existência de defeitos de menor gravidade relacionados ao aspecto externo do testamento, tais como quantidade legal de testemunhas e a ausência de leitura do testamento de forma conjunta a todas elas. Porém, há outros defeitos categorizados em nível maior, sendo determinantes para contaminar o próprio conteúdo, colocando em dúvida a sua exatidão e a clareza da manifestação de vontade do testador.

No caso retratado – a questão dizia respeito à ausência de leitura de testemunhas de forma conjunta e com o testador – foi flexibilizada porque o desrespeito à formalidade era vício formal, de menor gravidade e, portanto, possível de não macular o conteúdo do ato de disposição. A relatora destacou não haver questionamento ou dúvidas acerca da capacidade civil do testador e nem sobre a real vontade de dispor dos bens em favor do herdeiro beneficiado pelo testamento. Desse modo, houve flexibilização da forma, sobressaindo-se a vontade do autor do testamento.

Outro aspecto importante do testamento em vídeo diz respeito à perspectiva de conferir maior segurança a essa modalidade de testar através da ata notarial, como autoriza o artigo 384 do Código de Processo Civil. Gustavo Kloh Muller Neves chama a atenção sobre a diferenciação da "[...] ata notarial tradicional e a materialização de documentos eletrônicos, com valor probante é intrínseco" (NEVES, 2020, p. 58). Conforme

o autor, ela jamais substituiria o testamento, porque é ato personalíssimo, mas documentaria a existência do vídeo, levando a efeito sua validade.

5 TESTAMENTO ELETRÔNICOS: VIDEOCONFERÊNCIA

Partindo-se da premissa do testamento particular, questiona-se acerca da admissibilidade de um testamento por videoconferência. Suponha-se que o testador esteja em uma sala e as testemunhas em salas virtuais e separadas, sem a presença física de qualquer deles. Nesse caso, surge o questionamento da validade do ato de disposição de última vontade nessas circunstâncias.

A flexibilização dos requisitos formais de menor gravidade nos testamentos particulares vem sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, como vimos acima. Nessa toada, um importante julgado reconhecendo o testamento sem assinatura de próprio punho da testadora, validando a vontade do disponente, consta no Recurso Especial de n° 1633254, julgado datado de 11/03/2020 (BRASIL, 2020).

Nessa decisão, entendeu-se acerca da não confirmação do testamento pela ausência de assinatura de próprio punho pelo testador e a substituição pela impressão digital seria formalidade dispensada. Decidiu-se pela cedência da nulidade decorrente da não observância da forma, sem distinção, quando verificada a originalidade das disposições de última vontade do testador. Outro fundamento foi de ordem topológica, no qual a ministra relatora, ao interpretar o artigo 1.645 do Código Civil de 1916[4], apontou não haver razão para entender de forma discriminatória um dos três incisos inseridos no mesmo dispositivo legal (e, por isso, sob a mesma hierarquia e exigibilidade normativa).

Aliado a tais considerações, destaca-se a necessidade de levar em consideração a conjuntura cultura e social vigente ao tempo da aplicação do texto legal, ressaltando a necessidade de haver identificação com a realidade da sociedade moderna a qual, atualmente, internaliza as ferramentas digitais de forma cotidiana. Extrai-se do julgado:

4 Artigo. 1.645 do Código Civil de 1916. São requisitos essenciais do testamento particular: I - Que seja escrito e assinado pelo testador. II - Que intervenham cinco testemunhas, além do testador. III - Que seja lido perante as testemunhas e, depois de lido, por elas assinado.

> A atual sociedade brasileira e mundial é indiscutivelmente menos formalista que aquela existente ao tempo da confecção do Código Civil que, a despeito de ter entrado em vigor no ano de 2003, originou-se do Projeto de Lei n 634 de 1975, pensado e gestado, pois, por juristas e especialistas que certamente haviam nascido na década de 40. As pessoas do mundo moderno não mais se individualizam e se identificam apenas por sua assinatura de próprio punho, mas, sim, pelo seus tokens, chaves, logins e senhas, ID'S, certificações digitais, reconhecimentos faciais, digitais e oculares e, até mesmo, pelos seus hábitos profissionais, de consumo e de vida captados a partir da reiterada e diária coleta de seus dados pessoais. As decisões judiciais dispensam a assinatura de próprio punho e negócios jurídicos de relevância são celebrados apenas por WhatsApp, Facebook, Instragram, chats, cliques e infinitos "de acordo" em contratos que não se tem absolutamente ciência de nada. É no mínimo paradoxal, pois, que ainda se exija, em alguns outros poucos negócios jurídicos, o papel e a caneta esferográfica sem que haja justificativa teórica, prática e jurídica plausível, simplesmente porque sim, porque é a praxe e a tradição. Admite-se a transferência de valores milionários por intermédio de um clique, mas não se admite a disposição de última vontade de um bem somente pela ausência de uma formalidade, a despeito de inexistir dúvida sobre a vontade da testadora. Nesse contexto, não é minimamente razoável supor ou impor que um millenal ou um pós-millenal que pretenda dispor de modo testamentário de sua herança digital somente o possa fazer se imprimir um documento e assiná-lo de próprio punho.

A partir dessas premissas e com as cautelas de segurança da veracidade dos vídeos, a viabilidade de utilizarem-se meios modernos de comunicação tais como a videoconferência mostra-se uma realidade inegável no contexto social atual. Realidade na qual a utilização de documentos eletrônicos se torna uma prática recorrente dos brasileiros, como se verifica através da existência de título de eleitor e carteira nacional de habilitação com a mesma validade dos documentos físicos. "Como as formas, vimos, são protetivas, e os meios eletrônicos podem ter mecanismos eficientes de segurança e criptografia, há fundamento de validade para o reconhecimento de um testamento seguro em vídeo" (NEVES, 2020, p. 57).

Desse modo, poderia ser adotado o mesmo procedimento do ambiente presencial para a sua realização, mas em modo virtual, oferecendo-se a maior segurança conferida ao testamento particular, quando

for lido para as testemunhas. A presença delas de forma simultânea ao testador, mesmo em salas virtuais diferentes, não tem o caráter de impedir a validade do ato, pois tanto a vontade testada quanto a confirmação da leitura poderão ser verificadas de um modo mais seguro e protegido, sendo captadas através do uso de plataforma digital.

A dispensa da presença física do testador foi admitida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na edição do Provimento n°. 100[5], em 20 de maio de 2020, autorizando-se a reunião virtual entre o tabelião e os demais serventuários e as partes por videoconferência. Esse progresso procedimental foi destacado pelos autores Eduardo Gesse e Victor d'Arce Pinheiro Dib, uma vez que:

> [...] isto se constitui num avanço considerável e no reconhecimento de que o direito não pode, agarrado nas formalidades, dar de ombros à evolução de outras ciências e em especial a evolução tecnológica, que permite às pessoas conversarem como se estivessem juntas mesmo estando centenas de quilômetros de distância uma das outras" (GESSE; DIB, 2020, p. 54).

Em relação às cautelas a serem tomadas para a elaboração do testamento por videoconferência, deve-se atentar para o uso do "*deepfake*"[6], de modo a não haver distorção da vontade do testador e evitar fraudes na edição do vídeo[7]. Para Mário Luiz Delgado, isso demonstra a "necessidade de que a gravação se faça na presença das testemunhas, que também

5 Provimento n°. 100/2020. Artigo 2°. Para fins deste provimento, considera-se: V – videoconferência notarial: ato realizado pelo notário para verificação da livre manifestação da vontade das partes em relação ao ato notarial lavrado. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334. Acessado em out. de 2021.

6 Segundo Ítalo Miqueias da Silva Alves, *Deepfake* significa uma amálgama de "*deep learning*" e "*fake*". É uma técnica de síntese de imagens ou sons humanos baseada em técnicas de inteligência artificial. Disponível em: https://miqueiasa.jusbrasil.com.br/artigos/1194596401/deepfakes-e-a-inteligencia-artificial-o-papel-do-direito-digital-no-combate-a-fake-news-no-ambito-eleitoral-civil-penal-e-administrativo. Acessado em out. de 2021.

7 Em tradução livre: o termo *Deepfake* é conhecido por ser referir a um vídeo editado usando algoritmo em substituição a pessoa original por outra – especialmente uma figura pública – de modo ao vídeo aparentar autenticidade. Disponível em: https://www.merriam-webster.com/words-at-play/deepfake-slang-definition-examples. Acessado em out. de 2021.

deverão declarar em áudio e vídeo que a tudo presenciaram e assistiram" (DELGADO, 2020). Para o autor a manifestação da vontade do testador pode ser realizada tanto por escrito, com a interpretação literal dos dispositivos legais, quanto como uma leitura de amplitude maior, finalística voltada à realidade contemporânea ao pós-pandemia, por recursos de audiovisual, no testamento particular, com ou sem testemunhas – nas hipóteses do artigo 1.879 do CCB/2002. Admite-se ao testador tanto poder ser valor do testamento por escrito, como do testamento na forma virtual e, nesse último caso, poder ser realizado através do comparecimento virtual no tabelionato de notas, junto às testemunhas, todos presentes na sala virtual (*meeting room)*, conforme autoriza o Provimento n° 100 do CNJ.

Adiciona-se que a ata notarial pode ser uma forma de atestar a existência do testamento por videoconferência, nos mesmos moldes retratados para o vídeo testamento. Assim, ela teria o condão de produzir prova sobre a existência da videoconferência.

Portanto, ambos os casos refletem a ocorrência do fenômeno da expansão testamentária através da ampliação da autonomia da vontade privada com a implementação da tecnologia ao Direito Sucessório pátrio. Assim, respeita-se cada vez mais a dignidade da pessoa humana, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, o testamento particular vem sofrendo a incidência de um fenômeno expansivo porque o contexto social está em constante evolução. Por isso, ao é inegável ao Direito Sucessório acompanhar as transformações culturais, estruturais e jurídicas, não sendo possível alijar as novas ferramentas decorrentes do meio digital como mecanismos impeditivos de também contribuírem para a formação de novas formas de testar. Em razão disso, delimitar as disposições de última vontade às hipóteses taxativas postas no texto legal vigente caminharia em sentido contrário à própria ideia da preservação da autonomia privada, a qual, por sua vez, está imbricada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência alinham-se no sentido de admitir a flexibilização dos requisitos formais, desde que preservada a vontade do testador e o conteúdo das cláusulas testamentárias, pois a incidência da tecnologia ao Direito Sucessório, sobretudo às

hipóteses de testamento em vídeo e por videoconferência, enquadra-se nessa nova onda. Desse modo, materializa-se um alargamento da incidência do disposto no artigo 1.879 do Código Civil pátrio de 2002 para as situações referidas.

O testamento em vídeo, com teor concludente, vem a agregar e possibilitar melhor compreensão à manifestação volitiva do testador. Acautelando-se das medidas necessárias tais como a presença de testemunhas, seja no momento da realização do vídeo ou da própria gravação, porque em ambas as situações elas serão chamadas para confirmação perante o juiz e a assinatura eletrônica do vídeo, não se denotam riscos em relação à fraude do meio. Somado a isso, o emprego do testamento em vídeo espelha de forma solar a real intenção do testador, devendo ser plenamente aceito em nosso sistema como mais uma modalidade de testar.

O testamento por videoconferência, vale destacar, apresenta-se como uma alternativa viável para o atual cenário no qual estamos inseridos no enfrentamento à pandemia, sem precedentes, causada pela Covid-19. Desta forma, coaduna-se como meio eficaz e salutar para na preservação do bem maior, a vida, quando da realização da disposição de última vontade.

Assim sendo, com a concretização deste ensaio, é possível a necessidade de implementar recursos tecnológicos no Direito Sucessório pátrio. É possível aludir, minimamente, tratar-se de verdadeira hipótese de expansão do testamento particular, quiçá do Direito Sucessório, já autorizados pela Corte de Justiça, conforme visto nos julgados citados, reconhecendo a validade de testamento privilegiando a vontade do testador, o qual se sobrepõe a vícios de formais de menor alcance sem macular a declaração deixada pelo autor da herança, mediante a flexibilização dos requisitos legais formais.

Por fim, com a implementação da tecnologia ocorre explícito alargamento das hipóteses de incidência da disposição de última vontade, materializando-se a observância da autonomia da vontade privada e preservando-se o princípio da dignidade da pessoa humana inerente a todos os seres humanos em um Estado Democrático de Direito à luz da nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *A autonomia privada nas relações de direito de família.* Disponível em**:** https://unoesc.emnuvens.com.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*, Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. *Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. *Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, Lei do Processo Administrativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em out. de 2021.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em out. de 2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões.* São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/847. Acessado em out. de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334. Acessado em out. de 2021.

DELGADO, Mario Luiz: *O testamento em vídeo como uma opção de lege data.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata. Acessado em out. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. apud PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. *Manual Prático do Inventário e da Partilha.* 3 ed. Leme - SP: Jhmizuno, 2009.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 4 ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Neto. *Curso de Direito Civil: sucessões.* 5 ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2019.

GESSE, Eduardo; DIB, Victor d'Árce Pinheiro. Os reflexos da pandemia de COVID-19 na sucessão testamentária. *In: Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. V.*42 (nov./dez.). Belo Horizonte, 2020.

JUSBRASIL. Disponível em: https://miqueiasa.jusbrasil.com.br/artigos/1194596401/deepfakes-e-a-inteligencia-artificial-o-papel-do-direito-digital-no-combate-a-fake-news-no-ambito-eleitoral-civil-penal-e-administrativo. Acessado em out. de 2021.

MADALENO, Rolf. *Planejamento Sucessório.* Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2013.

MERRIAM-WEBSTER. Disponível em: https://www.merriam-webster.com/words-at-play/deepfake-slang-definition-examples. Acessado em out. de 2021.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Testamento em vídeo, corporificação de testamento em vídeo e disposição testamentária incidente em vídeo: leituras sob as óticas da instrumentalidade das formas e da boa-fé objetiva no direito brasileiro. *In: Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* V. 38 (mar./abr.). Belo Horizonte, 2020.

PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles, Bélgica: Établissements Émile Bruylant, 1946.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. *Manual Prático do Inventário e da Partilha.* 3 ed. Revisada, Ampliada e Atualizada. Leme - SP: JHMIZUNO, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha, Teoria e Prática.* Salvador: JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea. Acessado em out. de 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil***,** Belo Horizonte, v.16, p. 103, abr./jun. 2018.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELOSO, Zeno. *Direito Civil.* Belém-PA: Anoreg, 2018.

DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)