

**FAMÍLIA E SUCESSÕES:
Perspectivas em rede:
I Encontro Internacional da
Rede de Pesquisa em Direito de
Família e Sucessões (REFAM)**

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
Marco Aurélio Nascimento Amado
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
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

**Marília Pedroso Xavier
Conrado Paulino da Rosa
Luciana Faísca Nahas**

FAMÍLIA E SUCESSÕES

**Perspectivas em rede: I Encontro Internacional
da Rede de Pesquisa em Direito de
Família e Sucessões (REFAM)**

**I ENCONTRO
INTERNACIONAL
DA REFAM**
Rede de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões


ReFam
Rede de Pesquisa em Direito
de Família e Sucessões


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 Marília Pedroso Xavier,
Conrado Paulino da Rosa, Luciana Faísca Nahas (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Thômaz Souza

Diagramação

Cecília Schell

Preparação de Texto

Lucas Ben
Anna Moraes
José Rômulo Moreira Júnior

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Larissa Teixeira
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiária

Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F198s Família e sucessões : perspectivas em rede : I Encontro Internacional da Rede de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões (REFAM) / organização Marília Pedroso Xavier, Conrado Paulino da Rosa, Luciana Faísca Nahas. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
708 p.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-5800-3

1. Direito de Família e Sucessões. 2. Pesquisa. 3. Direito. I. Organizadores.
II. Título.

CDD 340
CDU 34

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





APRESENTAÇÃO

Com o objetivo de qualificar a pesquisa nas áreas de família e sucessões, no decorrer do ano de 2021, foi estabelecida a Rede de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões (REFAM), sendo composta pelos seguintes grupos de pesquisas:

I – Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS);

II – Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional, Família, Sucessões e Mediação de Conflitos, coordenado pela Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);

III – Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina (UEL);

IV – Direito de Família e Sucessões em Perspectiva (GFAM), coordenado pelas Profas. Dras. Doris Ghilardi e Renata Raupp Gomes, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);

V – Análise Econômica do Direito, coordenado pelo Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves e pela Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR);

VI – Grupo Reconstrução do Direito, coordenado pela professora doutora Luciana Faísca Nahas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL/SC);

VII – Direito das Relações Sociais – Novos Paradigmas do Direito, coordenado pela Profa. Dra. Marília Pedroso Xavier, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Dentre as suas atividades, ainda em 2021, foi realizado o **I Encontro Internacional da Rede de Pesquisa em Direito de Família e**

Sucessões (REFAM), com escopo de disseminar as pesquisas realizadas pelos Grupos de Pesquisas integrantes da Rede, bem como desenvolver ações voltadas à internacionalização integradora dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. O evento ocorreu no dia 24 de setembro e teve transmissão ao vivo pelo canal do *YouTube* da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), anfitriã da primeira edição do evento, coordenada pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa.

O evento contou com seis conferências, realizadas por professores convidados de destaque no cenário jurídico e acadêmico mundial. A primeira exposição foi realizada pela Prof. Dra. Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sobre *Os trinta anos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Em seguida, palestrou o Prof. Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman, da Universidade de Buenos Aires, Argentina, com o tema *O cinema como ferramenta de conhecimento crítico das formas de família*. A Prof. Dra. Rute Teixeira Pedro, da Faculdade de Direito do Porto, Portugal, tratou dos *Pactos sucessório renunciativos entre nubentes. A nova família brasileira* foi o assunto abordado pelo Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello, da Universidade Federal de Alagoas. A seguir, o Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho, da Universidade de São Paulo, palestrou sobre *Direito de família e compartilhamento de dados de crianças e adolescentes*. O Prof. Dr. Fernando Araújo, da Universidade de Lisboa, Portugal, encerrou o evento com o tema *Análise econômica do direito e o direito de família*.

Realizou-se, também, a apresentação de trabalhos submetidos pelos pesquisadores da área, divididos em quatro Grupos de Trabalhos, cada um mediado por dois professores. O Grupo de Trabalho 1, *Relações existenciais e família sucessões*, teve como mediadores as professoras Profa. Dra. Daniela Braga Paiano e Dra. Marília Pedroso Xavier e contou com a apresentação dos seguintes trabalhos: *(Im)possibilidade de desconstituição da paternidade registral: conflito entre vínculos registral, socioafetivo e biológicos* (Iane Dias Krause); *A legitimação sucessória do cônjuge separado de fato: uma análise do Art. 1.830 do Código Civil sob a perspectiva do abuso do direito* (Patrícia Fontanella e Renata Raupp Gomes); *A mobilização do direito como repertório de luta: a ADI 4.277-DF e o reconhecimento do direito à constituição familiar homoafetiva* (Vinicius Araujo Brito de Jesus e Victor Vinicius de Moraes Rosa); *Animus familiae: a identificação e a importância do objetivo de constituir família como elemento subjetivo para o reconhecimento da união estável* (Daniela Braga Paiano e Beatriz Scherpinski Fernandes); *Gestação de substituição: com-*

paração entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano (Luíza Sartori Parise e Natália Trindade Emmel); *Igualdade da licença parental como proteção ao melhor interesse da criança* (Ana Flávia Sartorelli Balancelli e Fernanda Pantaleão Dirscherl); *Licença-parental: perspectivas pelo direito à participação ativa dos genitores na formação de laços afetivos com o recém-nascido e da igualdade de gênero no âmbito familiar e no mercado de trabalho* (Geórgia Manfroi); Revisão legislativa da licença paternidade como efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente: um estudo comparado com a licença espanhola (Laura Vicari Valduga e Fernanda Schrenkel De Trois).

No Grupo de Trabalho 2, *Relações patrimoniais em família e sucessões*, teve como mediadoras as professoras Dra. Doris Ghilardi e Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e contou com a apresentação dos seguintes trabalhos: *Análise econômica do planejamento sucessório* (Alice Pagnoncelli Pituco); *Após a inconstitucionalidade do Art.1.790 do Código Civil, o companheiro atingiu o status de herdeiro necessário?* (Rafaela de Vargas Pereira); *A possibilidade de fixação de efeitos patrimoniais retroativos em contrato de união estável* (Franciny Ellen da Silveira); *Autonomia privada e regime de bens* (Ana Luiza Mendonça e Guilherme Augusto Giroto); *A validade do contrato de geração de filhos frente ao reconhecimento de união estável* (Luiza Marinho de Carvalho Crippa de Oliveira e Larissa Tenfen Silva); *Doação entre ascendente e descendente: limites e possibilidades* (Franciele Barbosa Santos e Isabela Nabas Schiavon); *Fixação de locativos em razão da posse exclusiva de bem comum por um dos cônjuges: análise à luz da vedação ao enriquecimento sem causa* (Conrado Paulino da Rosa e Marina Dezotti Gatto); *Herança digital, suas incertezas e a falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro* (Felipe Bernardes Bugni).

No Grupo de Trabalho 3, *Vulnerabilidades e direitos transindividuais*, teve como mediadores os professores Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves e contou com a apresentação dos seguintes trabalhos: *A doutrina da proteção integral e a destituição do poder familiar: algumas reflexões necessárias* (Dóris Ghilardi e Mariana Demetruk Marchioro); *A hipersexualização no tiktok: como proteger crianças e adolescentes dos riscos da nova febre digital?* (Amanda Maria Trojan e Luiza Rodrigues Pin); *As conquistas e os desafios da população LGBTQIAP+ pela afirmação dos direitos relativos ao exercício da parentalidade: adoção, reprodução assistida e outras possibilidades* (Carolina D'Amorim Barreto e Marina Mayer Pereira); *Autocuratela e a proteção do futuro curatelado como forma de efetivação à autonomia privada*

e à dignidade da pessoa humana (Ana Júlia de Campos Velho Reschke e Luiza Tramontini Benites); *O fenômeno do sharenting e a necessidade de regulamentação jurídica dos casos de exposição demasiada de crianças e adolescentes na internet pelos pais* (Victória Barboza Sanhudo); *Quem são as famílias negligentes? Uma investigação sobre o perfil dos pais e crianças submetidos à ação de destituição do poder familiar* (Deborah Soares Dallemole); *Teoria da derrotabilidade das regras jurídicas: uma aplicação ao direito real de habitação* (Helena Soares Souza Marques Dias).

No Grupo de Trabalho 4, *Métodos adequados de tratamento de conflitos de família e sucessões*, teve como mediadores os professores Luciana Faísca Nahas e Silas Santos e contou com a apresentação dos seguintes trabalhos: *A participação de crianças e adolescentes na mediação familiar: uma análise a partir da doutrina da proteção integral e do direito das famílias democrático* (Lygia Maria Copi); *A aplicação da mediação judicial na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente em tempos de pandemia* (Fernanda Feijó de Oliveira); *O papel do mediador como sistema de “freios e contrapesos” na busca pelo equilíbrio da vida familiar* (Ludmila Uliani Lima); *Por uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva nas execuções de alimentos* (Caroline Pomjé); *Guarda compartilhada e regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva: qual a solução possível?* (Júlia Bittencourt Gonçalves); *O cabimento da indenização por danos morais em casos de abandono afetivo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do assunto* (Henrique Scherer de Verney e Luiza Tosta Cardoso); *A responsabilidade civil nos casos de desistência da adoção: uma análise jurisprudencial* (Caroline Fernandes Dias e Izabella Affonso Costa); *Contrato de coparentalidade: limites constitucionais e jurídicos* (Rita De Cássia Espolador Tarifa e Beatriz Vieira Muchon).

Esta obra reúne todos esses artigos apresentados durante os trabalhos do **I Encontro Internacional da Rede de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões (REFAM)**, frutos de profícuos debates e contribuições para a temática, desejando aos leitores uma agradável leitura.

Porto Alegre, Florianópolis e Curitiba, março de 2022.

Conrado Paulino da Rosa
Luciana Faísca Nahas
Marília Pedroso Xavier
Organizadores

SUMÁRIO

Herança digital: A transmissibilidade dos bens digitais e a possível violação do direito à privacidade: Desafios da complexidade contemporânea | 15

Bábara Sauzem da Silva
Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

(Im) possibilidade de desconstituição da paternidade registral: conflito entre vínculos registral, socioafetivo e biológicos | 41

Iane Dias Krause

A legitimação sucessória do cônjuge separado de fato: Uma análise do art. 1.830 do Código Civil sob a perspectiva do abuso do direito | 67

Patrícia Fontanella
Renata Raupp Gomes

A mobilização do direito como repertório de luta: A ADI 4.277-DF e o reconhecimento do direito à constituição familiar homoafetiva | 89

Vinicius Araujo Brito de Jesus.
Victor Vinícius de Moraes Rosa.

***Animus familiae*: A identificação e a importância do objetivo de constituir família como elemento subjetivo para o reconhecimento da união estável | 121**

Daniela Braga Paiano
Beatriz Scherpinski Fernandes

Gestação de substituição: Comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano | 137

Luíza Sartori Parise
Natália Trindade Emmel

Igualdade da licença parental como proteção ao melhor interesse da criança | 167

Ana Flávia Sartorelli Balancelli
Fernanda Pantaleão Dirscherl

Licença-parental: Perspectivas pelo direito à participação ativa dos genitores na formação de laços afetivos com o recém-nascido e da igualdade de gênero no âmbito familiar e no mercado de trabalho | 185

Geórgia Manfroi

Revisão legislativa da licença paternidade como efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente: Um estudo comparado com a licença espanhola | 203

Laura Vicari Valduga
Fernanda Schrenkel De Trois

Guarda compartilhada e regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva: Qual a solução possível? | 231

Júlia Bittencourt Gonçalves

O cabimento da indenização por danos morais em casos de abandono afetivo: Uma análise jurisprudencial e doutrinária do assunto | 257

Henrique Scherer de Verney
Luiza Tosta Cardoso

A responsabilidade civil nos casos de desistência da adoção: Uma análise jurisprudencial | 281

Caroline Fernandes Dias
Izabella Affonso Costa

Contrato de coparentalidade: Limites constitucionais e jurídicos | 301

Rita de Cássia Espolador Tarifa
Beatriz Vieira Muchon

Análise econômica do planejamento sucessório | 317

Alice Pagnoncelli Pituco

A possibilidade de fixação de efeitos patrimoniais retroativos em contrato de união estável | 335

Franciny Ellen da Silveira

A validade do contrato de geração de filhos frente ao reconhecimento de união estável | 365

Luiza Marinho de Carvalho Crippa de Oliveira
Larissa Tenfen Silva

Doação entre ascendente e descendente: Limites e possibilidades | 397

Franciele Barbosa Santos
Isabela Nabas Schiavon

Fixação de locativos em razão da posse exclusiva de bem comum por um dos cônjuges: Análise à luz da vedação ao enriquecimento sem causa | 415

Conrado Paulino da Rosa
Marina Dezotti Gatto

Herança digital, suas incertezas e a falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro | 437

Felipe Bernardes Bugni

A doutrina da proteção integral e a destituição do poder familiar: Algumas reflexões necessárias | 455

Dóris Ghilardi
Mariana Demetruk Marchioro

A hipersexualização no Tiktok: Como proteger crianças e adolescentes dos riscos da nova febre digital? | 473

Amanda Maria Trojan
Luiza Rodrigues Pin

As conquistas e os desafios da população LGBTQIAP+ pela afirmação dos direitos relativos ao exercício da parentalidade: adoção, reprodução assistida e outras possibilidades | 495

Carolina D'Amorim Barreto
Marina Mayer Pereira

Autocuratela e a proteção do futuro curatelado como forma de efetivação à autonomia provada e à dignidade da pessoa humana | 523

Ana Júlia de Campos Velho Reschke
Luiza Tramontini Benites

O fenômeno do sharenting e a necessidade de regulamentação jurídica dos casos de exposição demasiada de crianças e adolescentes na internet pelos pais | 547

Victória Barboza Sanhudo

Quem são as famílias negligentes? Uma investigação sobre o perfil dos pais e crianças submetidos à ação de destituição do poder familiar | 573

Deborah Soares Dallemole

Teoria da derrotabilidade das regras jurídicas: uma aplicação ao direito real de habitação | 601

Helena Soares Souza Marques Dias

A participação de crianças e adolescentes na mediação familiar: uma análise a partir da doutrina da proteção integral e do direito das famílias democrático | 621

Lygia Maria Copi

A aplicação da mediação judicial na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente em tempos de pandemia | 639

Fernanda Feijó de Oliveira

O papel do mediador como sistema de “freios e contrapesos” na busca pelo equilíbrio da vida familiar | 663

Ludmila Uliani Lima

Por uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva nas execuções de alimentos | 687

Caroline Pomjé

HERANÇA DIGITAL: A TRANSMISSIBILIDADE DOS BENS DIGITAIS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE: DESAFIOS DA COMPLEXIDADE CONTEMPORÂNEA

Bábara Sauzem da Silva¹

Simone Tassinari Cardoso Fleischmann²

1 INTRODUÇÃO

A Era Digital trouxe a possibilidade de se armazenar em meio virtual diversos registros da vida humana, como fotos, músicas, documentários, dentre outros que tradicionalmente ocupavam locais privados, como gavetas, cofres e caixinhas cuidadosamente decoradas embai-

- 1 Mestranda em Direito com Ênfase em Civil e Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Foi bolsista de Iniciação Científica (CNPq) na Escola de Direito da PUCRS, vinculada ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - BPA/PUCRS, onde dedicou-se a pesquisar a respeito do plágio em trabalhos científicos. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito das Famílias, Sucessões e Mediação (UFRGS) (CNPq), coordenado pela Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, onde dedica-se os estudos a respeito da multiparentalidade e socioafetividade. Integrante, também, do Grupo de Estudos sobre Temas Atuais do Direito das Famílias (PUCRS), coordenado pelo Professor Doutor Daniel Ustároz. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Integrante da Comissão Jovem Ibedermano.
- 2 Professora da graduação, mestrado e doutorado UFRGS, mediadora, advogada e parecerista. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito das Famílias, Sucessões e Mediação (UFRGS) (CNPq). Membro do IBDFam RS, membro da Comissão de Direito Sucessório IBDFam.

xo das camas. Indivíduos, paulatinamente, migraram de sua vida física para o ambiente virtual, onde a comunicação através das redes sociais passou a ser o principal meio de contato de muitos.

Nos últimos vinte anos houve um grande avanço tecnológico, a internet passou a ser usada por grande parte da população mundial. A pandemia Covid 19 intensificou este processo. Pessoas passaram a interagir, externar seus pensamentos, compartilhar seus momentos, adquirir bens corpóreos e incorpóreos, expor e dividir seus dados - de forma consciente ou em total ignorância - com setores privados e outros usuários.

Apesar da tecnologia ser uma excelente ferramenta de auxílio para a população mundial, não se pode olvidar que o uso das redes traz diversos obstáculos para seus usuários, tornando-se muitas vezes problemas que necessitam do meio jurídico para resolvê-los.

Desse modo, a presente pesquisa pretende compreender como a nominada “herança digital”³ vem sendo tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro, analisando a problemática da transmissão dos bens digitais e a possibilidade, ou não, de violação do direito à privacidade do *de cuius* e mesmo de quem com ele interagiu durante o uso da plataforma *on line*.

Sabe-se que o direito à privacidade e o direito à herança são direitos fundamentais, devendo ser respeitados e não violados. No entanto, no conflito entre esses direitos, cabe ao ordenamento jurídico encontrar meios para que não se lesione absolutamente um deles em virtude de outro, e que ambos possam, em alguma medida, ser preservados.

No entanto, na ausência de testamento ou de documentos escolhidos nas próprias plataformas, que informem o destino dos bens digitais, pode levar à necessidade de “invasão autorizada” na esfera de privacidade do *de cuius*, em que as redes sociais estão inseridas no acervo hereditário digital. Sabe-se que quem contrata acesso às plataformas tem a justa expectativa de que guardem conteúdos de uso totalmente particular do falecido - mediante senhas de acesso - e também de terceiros que interagem com ele.

Neste cenário, indaga-se quanto ao destino dos bens digitais que não possuem valor econômico, apenas um valor afetivo? Qual seria o destino destes, se fazem parte do acervo digital do falecido e, em princípio, podem ter efeitos econômicos reflexos? A ausência de legislação quanto ao assunto, e a impossibilidade de aplicar o direito sucessório para demandas

3 Preferimos a utilização do termo bens digitais, entretanto, considerando a amplitude de uso do termo do texto, mantemos para fins de compreensão.

que não envolvem questões meramente patrimoniais, traz à baila a problemática que está sendo enfrentada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2 A TRANSMISSIBILIDADE DOS BENS DIGITAIS

2.1 BREVE ANÁLISE ACERCA DOS BENS DIGITAIS

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico reconheceu dois tipos de bens, os bens móveis e os bens imóveis (nos primeiros incluídos os semoventes). O direito patrimonial, em sua origem, caracterizava-se pela supremacia do direito acerca de uma propriedade exclusiva e absoluta, sendo estes bens, corpóreos móveis ou imóveis.⁴

Leciona Alberto Trabucchi quanto aos bens, que estes são coisas qualificadas pelo interesse humano cabendo proteção jurídica, podendo os bens serem materiais ou imateriais.⁵ Desse modo, o autor explica que:

[...] o conceito de bem coincide, portanto, com uma qualificação jurídica do que pode ser objeto de interesse humano; deve sempre se referir a uma coisa como parte do mundo. Nesse sentido, o que não é apenas o que faz parte do mundo exterior e sensível, o que ocupa um espaço ou atua nos sentidos (sólido, líquido, aeriforme e flúor ou energia como a eletricidade, são todos res corporales), mas também tudo o que tem vida apenas no mundo espiritual, como a criação inventiva e a ideia do trabalho artístico ou técnico.⁶

No direito português, o Código Civil traz a ideia de bens como coisas, sendo usado o termo “bem” em relação aos elementos patrimoniais

4 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos ben imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019.

5 TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 48. ed. Vincenza: Wolters Kluwer Italia, 2017.

6 TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 48. ed. Vincenza: Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 672.

mais vastos, “como regime de bens; para corresponder a coisas incorpóreas, os chamados bens imateriais; e para assumir conotações valorativas mais amplas do que a mera *res*, como bens humanos ou bens da personalidade”⁷

Já no direito brasileiro, a classificação trabalhada na legislação civil dá conta que os bens podem ser imóveis e móveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos. Apesar disso, a tradição trabalha com a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos. Neste aspecto, os bens incorpóreos seriam os bens que possuem existência abstrata, enquanto os bens corpóreos seriam os bens que possuem existência material. Sabe-se que as classificações têm sentido no momento em que atendem a finalidades didáticas, ou trazem consequências de tutela jurídica distinta. A eleição de critérios para finalidades meramente discursivas necessitam ser revisitadas, para fins de atualização jurídica. Neste sentido,

O direito dos bens imateriais foi, então, construído fora do Código Civil (LGL\2002\400), em microsistemas: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/91), ao considerar como produtos também os bens imateriais; a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96 (LGL\1996\56), que trata das invenções, patentes, marcas e desenhos industriais; a Lei de Direito Autoral (Lei 9.610/98(LGL\1998\78)); a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11 (LGL\2011\4796)), que trata dos segredos comerciais e do know-how; a Lei do Software, Lei 9.609/98 (LGL\1998\77) (), que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador; a Lei de Proteção de Cultivares (Lei 9.456/97 (LGL\1997\66)), que regula os direitos relativos à propriedade intelectual referente ao direito de cultivar.⁸

No entanto, indaga-se quanto aos bens incorpóreos, se será possível aplicar os institutos previstos no Código Civil aos bens imateriais. Nas palavras de Denis Mazeaud “o Direito dos Bens deve ser repensado como um direito moderno, dinâmico e, ao mesmo tempo, um direito vivo”⁹

-
- 7 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos ben imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 03.
- 8 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos ben imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 03.
- 9 MAZEAUD, Denis. L’avenir du droit des biens: rapport introductif. In.: BOFFA, Romain (directionscientifique). **L’avenir du droit des biens**. Actes du colloque orgisé à Lille le 7 mars 2014. Lextensoéditions, 2016, p. 08.

De acordo com Bruno Miragem, bens incorpóreos, são bens móveis, que de acordo com o Código Civil, “são suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”,¹⁰ sendo estes os bens relacionados à tecnologia, como *software*, aplicações de internet, valores mobiliários, dentre outros. De outro modo, para Romais Boffa, os bens incorpóreos não são bens imóveis, nem móveis¹¹:

Eles não são imóveis, pois não correspondem a uma porção de um terreno. Eles também não são móveis, pois não podem ser movidos de um lugar a outro. Um valor mobiliário ou uma obra do espírito não se aproximam mais de um terreno do que de um tapete. Assim, a noção de bem incorpóreo se desconecta de toda qualificação mobiliária, que não contribui em nada. Na realidade, a adaptação do direito das garantias (reais) e dos procedimentos civis de execução aos bens incorpóreos têm conduzido o legislador a criar novos institutos, que se adequem às especificidades do imaterial. O Livro II do Código Civil deve levar em conta essa singularidade.¹²

Desse modo, para o autor os bens incorpóreos, são os bens desprovidos de matéria.¹³ Nathalie Blanc propõem ser necessária a criação de um regime comum dos bens imateriais, diante de suas características comuns que lhe impedem ser classificados como bens móveis.¹⁴ Verifica-se que uma das características dos bens imateriais é a dificuldade de identificar onde estes estão situados, como um *software as service* que foi customizado em uma *cloud*. Os economistas denominam essa característica dos bens imateriais como “a espacialidade, no sentido em que

10 MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 350.

11 BOFFA, Romain. Quel avenir pour la notion de bien? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016.

12 BOFFA, Romain. Quel avenir pour la notion de bien? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016, p. 51.

13 BOFFA, Romain. Quel avenir pour la notion de bien? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016.

14 BLANC, Nathalie. Que avenir pour l'immatériel? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016, p. 130

desrespeitam a distância física, sendo possível que, ao mesmo tempo e com custo zero, sejam difundidos a qualquer distância.”¹⁵

Os bens incorpóreos, são bens que não desaparecem quando são consumidos, podendo ser utilizados para uma infinidade de propósitos e isso não altera a originalidade do bem.¹⁶ Assim, uma pessoa pode ter acesso “a um *digital asset* disponibilizado em plataformas como Netflix, Spotify, Scribd, Microsoft Office 365”, no mesmo momento que outro sujeito, não havendo custo adicional ao titular daquele bem por ter mais um usuário.¹⁷

A discussão sobre os bens digitais e a sua regulamentação vem crescendo de forma globalizada. Os *digital assets* ou *digital property*,¹⁸ são expressões utilizadas para referir-se a arquivos eletrônicos, onde os usuários possuem interesse e — ou — direitos. Verifica-se que nos Estados Unidos, a Uniform Law Commission — ULC — apresentou uma proposta legislativa denominada *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act — UFADAA* — “revisada em 2015 – *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Act* (RUFADAA) — que dispõe sobre o tratamento de bens digitais”.¹⁹

Desse modo, o denominado patrimônio digital é composto, principalmente, por arquivos em nuvem, que podem ser adquiridos ou armazenados através de serviços on-line, como *bitcoins*, milhas, domínios de Internet, canais no Youtube, contas nas Redes Sociais, *games* e etc. Parte do patrimônio digital é composto por bens digitais de valor econômico apreciável. No entanto, há bens, como fotos, vídeos, e-mails, *playlists*, entre outros, que apesar de não possuírem valor econômico, não deixam de ter valor extrapatrimonial para seus titulares.

15 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 04.

16 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 04.

17 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 04.

18 Para exemplificar o tema, tem-se: “Digital assets are increasingly important in modern society. They are used for an expanding variety of purposes, including as means of payment for goods and services or to represent other things or rights, and in growing volumes. Cryptoassets, smart contracts, distributed ledger technology and associated technology have broadened the ways in which digital assets can be created, accessed, used and transferred. Such technological development is set only to continue.” Disponível em <https://www.lawcom.gov.uk/project/digital-assets/>, acesso em 10.03.22, às 9h45min.

19 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 05.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Teixeira Leal, os bens digitais podem ser passíveis ou não de valoração econômica. Neste aspecto, pode-se citar como exemplo o Instagram, uma Rede Social de compartilhamento de imagens, que se tornou uma ferramenta de negócios, possibilitando que seus usuários utilizem a rede monetizando seus perfis.²⁰

Desse modo, a *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Act*, busca um tratamento uniforme para os bens digitais principalmente quanto à transmissibilidade desses bens, diante da morte de seus titulares.

Verifica-se que a ausência de legislação acerca do tema torna os provedores de internet os maiores controladores do *digital assets*, isso acontece porque “arquivos armazenados virtualmente têm sua transmissão regida exclusivamente por termos de serviços que se diferem de acordo com o provedor”.²¹

Assim, compreende-se a importância de estudar com mais afinco os temas relacionados aos bens digitais, sua tutela e consequências jurídicas é essencial, para poder compreender o fenômeno da transmissibilidade ou não dos bens *post mortem* (herança digital).

2.2 TRANSMISSIBILIDADE DOS BENS DIGITAIS

Verifica-se que a discussão da transmissão dos bens digitais, ganhou força diante de um caso ocorrido na Alemanha, em que os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em um acidente no metrô de Berlim, em 2012, ajuizaram ação contra o Facebook, diante do impedimento de acessar a conta da filha que teria sido transformada em — memorial. Ocorre que, as circunstâncias da morte não estavam esclarecidas, havendo suspeita de suicídio e de bullying no colégio.²²

20 BROCHADO, Ana Crolina Teixeira; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

21 GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019, p. 05.

22 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univil**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWb-vBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex>.

Os pais pretendiam acessar a conta da filha para encontrar indícios que ajudassem a compreender a(s) causa(s) prováveis do falecimento desta, buscando investigar se se tratava de suicídio ou de acidente. O esclarecimento acerca da morte da menina era extremamente importante, para a defesa dos pais em processo judicial de reparação, movido pelo condutor do transporte público, em que pleiteava danos morais pelo abalo emocional sofrido em decorrência do envolvimento no suposto suicídio.²³

Com a tentativa de acesso dos pais à conta do Facebook da filha, esta foi bloqueada, pois o conteúdo compartilhado pela falecida permanecia visível em seu perfil, mas ninguém poderia acessar ao conteúdo de comunicação pessoal privada da conta, conversas e fotos por ela armazenadas. A alegação do Facebook, é de que a transformação da página em memorial, veda o acesso de qualquer pessoa, a fim de proteger não apenas os direitos do usuário falecido, mas de terceiros que possam ter tido contato com este.²⁴

O caso foi julgado pelo Tribunal de Berlin Landesgericht, reconhecendo-se o direito dos pais ao acesso à conta da adolescente. No entanto, o Facebook recorreu e o segundo grau reviu a decisão. O argumento central foi a ausência de “clareza jurídica” acerca da transmissibilidade de bens de conteúdo personalíssimo, além de que o acesso ao conteúdo digital violaria o sigilo das comunicações, conforme a legislação alemã.²⁵

php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C. Acesso em: 10 fev. 2022.

- 23 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univille**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc-t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWb-vBkiQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- 24 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univille**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc-t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWb-vBkiQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- 25 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univille**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc-t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWb-vBkiQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C>.

Houve recurso ao Bundesgerichtshof. O recurso foi provido e a decisão do segundo grau foi reformada, reconhecendo-se o direito sucessório dos pais de ter acesso à conta da filha, além de todo conteúdo lá armazenado. Assim, o contrato de uso de plataforma digital, celebrado entre a menina e o Facebook, é transmitido aos herdeiros por força do princípio da sucessão universal que vigora no mundo digital da mesma forma que o mundo analógico. Importante mencionar, que o Tribunal reconheceu apenas o chamado direito de acesso passivo à conta, sendo autorizado apenas a visualização do conteúdo armazenado, sem a possibilidade de continuar a utilizar a conta.²⁶

Desse modo, a Alemanha passou a seguir a linha de que caso o titular da conta não queria que ocorra a transmissão da conta aos herdeiros, deve em vida, por testamento ou outro documento comprovar a inequívoca, vedando expressamente o acesso dos herdeiros, afastando a hereditariedade do acervo digital, diante da autonomia privada. Desse modo, para a corte alemã o reconhecimento do direito sucessório à chamada herança digital não afronta os direitos de personalidade *post mortem* do falecido²⁷, nem de terceiros.

No testamento de bens digitais podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens digitais: nossas senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previamente para inventariar todo o nosso acervo digital.²⁸

vBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C. Acesso em: 10 fev. 2022.

- 26 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univil**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWb-vBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- 27 Sabe-se que o termo é impreciso, em face das discussões acerca da extinção da personalidade civil com a morte, entretanto, trata-se de um uso corriqueiro da expressão, para fins de projeção *post mortem* da personalidade que existiu enquanto vivo estava.
- 28 LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: Clube dos Autores, 2019, p. 92.

No Brasil, duas são as principais correntes que lidam com a sucessão *post mortem* de bens digitais, a da transmissibilidade e a da intransmissibilidade. Os defensores desta última entendem que nem todos os bens são passíveis de transmissão, sendo assim, somente os bens com característica patrimonial, valor econômico estariam sujeitos a transmissão para seus herdeiros, como os *bitcoins*, acervo de música, livros, etc.²⁹ Nas palavras de Augusto e Oliveira (2015, p. 12):

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social.³⁰

Dessa forma, a problemática surge quando os bens, além de valor econômico passam a ter valor existencial. Isso se dá, diante da possibilidade de haver bens unicamente dotados de caráter afetivo, relacionados ao conteúdo de personalidade, e bens que possuem ao mesmo tempo, apreciação moral. Fotos, vídeos e mensagens de usuários com a família e amigos, são - tradicionalmente - bens de valor afetivo, e não de valor econômico, conectando-se estes com os direitos de personalidade.³¹

Assim, os bens de valor afetivo³², por exemplo, não seriam transmissíveis porque violariam o direito de privacidade e intimidade do fale-

29 TERRA, Aline Miranda Valverde Terra; OLIVA, Milena Donato; MEDOM, Felipe. *Acervo Digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis*. In: BROCHADO, Ana Crolina Teixeira; LEAL, Livia Teixeira (coords.). **Herança Digital**. Indaiatuba: Foco, 2021.

30 AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. **A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus**. In: **Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. 2015, Santa Maria. Anais, Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022, p. 12.

31 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

32 Sobre este tema, vide, por todos, BURILLE, C.; SOUZA, G. V. A sucessão causa mortis dos bens digitais personalíssimos e os tribunais brasileiros: uma análise à luz do teste da proporcionalidade. In: Anizio Pires Gavião Filho; Lucas Moreschi Paulo.

cido, e ainda, o titular do acervo digital não poderia, em vida, optar por futura destinação de seu patrimônio para eventuais herdeiros, pois não trataria apenas do direito de personalidade do proprietário do bem digital, mas também de terceiros.³³

Apesar disso, é importante destacar que a doutrina que defende a impossibilidade da passagem dos bens, não a apresenta como intransmissibilidade total do acervo digital, mas constrói uma intransmissibilidade parcial, pois acaba defendendo que pode haver transmissão de bens, desde que não violem os direitos de personalidade e privacidade do de cujus e terceiros.³⁴

De outro modo, tem-se a corrente da transmissibilidade, que é a corrente semelhante à da resposta dada pelo ordenamento jurídico alemão, ao caso narrado anteriormente, em que todo o conteúdo que integra o patrimônio digital é passível de compor a herança, salvo disposição expressa em vida do titular em sentido contrário.

Neste sentido, os bens digitais patrimoniais deveriam ser transmitidos pelo direito de *saisine* aos herdeiros do titular morto, como as milhas aéreas, *bitcoins*. No entanto, tem uma problemática quanto às bibliotecas, musicotecas digitais por exemplo.³⁵ Trata-se de um novo tipo de “comércio”, que precisa ou não incluir a sucessão. Aqui, cabe checar se estes ativos devem ser considerados de caráter patrimonial. A discussão cinge-se à natureza do direito, se de titularidade ou de acesso. De acordo com Laura Mendes e Karine Nunes Fritz:

Em pesquisa realizada recentemente pela empresa YouGov sobre o que as pessoas gostariam de fazer com suas redes sociais após a morte, constatou-se que 26% das pessoas planejam transferir o seu perfil para pessoas queridas, 67% querem que os perfis sejam excluídos e apenas 7% gostariam que os perfis continuassem indefinidamente na rede.³⁶

(Org.). Constitucionalismo, direitos fundamentais, proporcionalidade e argumentação. 1ed.São Paulo: Dialética, 2022, v. 1, p. 1-292.

33 BROCHADO, Ana Crolina Teixeira; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

34 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

35 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

36 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univil**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 527. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc->

Há uma síntese possível das posições da doutrina que pode ser identificada nos seguintes termos: os bens digitais existenciais não seriam dignos de ser sucedidos pelos familiares, ressalvada a manifestação de vontade expressa nesse sentido, pelo próprio titular em vida. No entanto, em situações excepcionais, mesmo sem o consentimento dado em vida pelo morto, deve ser possível o acesso a estes bens, quando houver para tanto uma justa razão, devendo o Poder Judiciário avaliar, a melhor forma de conciliar os interesses em jogo.³⁷

Entretanto, no Brasil há uma insegurança jurídica quanto à transmissão de bens digitais, uma vez que não se tem regulamentação específica quanto à aplicação das regras clássicas de sucessão à integralidade do que se chamou de herança digital.

3 O DIREITO À HERANÇA E O DIREITO À PRIVACIDADE: POSSÍVEL COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A HERANÇA DIGITAL

A herança é um instituto do Direito Sucessório garantido constitucionalmente e consagrado juntamente com os direitos fundamentais, através do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.³⁸

Em decorrência da *Saisine*³⁹, a sucessão é aberta a partir do momento da morte do de cujus, sendo seu patrimônio transferido de forma

t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILk-GHWbvBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Frevdu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMmtVmi0uEzIpr0yWs8C. Acesso em: 10 fev. 2022.

37 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

38 MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

39 Aqui cabe o questionamento se o sistema jurídico brasileiro efetivamente obedece aos efeitos da *saisine* para além do texto normativo. Para isso, recomenda-se a leitura

imediatamente para os herdeiros legítimos e testamentários, tendo cada um, sua parte do quinhão assegurado, guardada as devidas proporções.⁴⁰

[...] o conjunto de direitos e obrigações que são transmitidos em razão da morte de uma pessoa. Pelo princípio da *Saisine* os bens deixados pelo morto são transmitidos imediatamente aos seus sucessores, inicialmente independe de aceite, se diz que o próprio defunto transmitiu ao sucessor o domínio e a posse da herança, conforme Art. 1.784, do Código Civil Brasileiro: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”⁴¹

Desse modo, verifica-se a grande importância da herança para o ordenamento jurídico pátrio, estando presente no rol dos Direitos Fundamentais. Karina Nunes Fritz e Laura Ferreira Mendes, entendem que “ainda não se tem a cultura de decidir ainda em vida o que será feito com todo o conteúdo produzido e armazenado nas redes sociais e em outras plataformas digitais amplamente utilizadas após a morte.”⁴² Verifica-se que não há nenhuma lei ou tratamento consolidado em relação à transmissibilidade dos bens digitais, que determine a destinação desses bens.

Entretanto, há tempos se tenta aprovar Projetos de Lei que possam regulamentar acerca da herança digital no Brasil, como é o caso do Projeto de Lei 4.847, de 2012, de autoria do Deputado Federal Marçal Filho, do PMDB (arquivado), em que previa alterações no Código Civil, com o acréscimo dos artigos — 1.797-A a 1.797-C — em que pretende estabelecer o conceito de herança digital conceituando como “o conteúdo intangível do falecido, tudo que possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas

ra do texto “Existe *droit de saisine* no sistema sucessório brasileiro” de Daniel Bucar. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das Sucessões**. Indaiatuba, SP: Foco, 2022. p. 1-22.

40 DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2019.

41 LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: Clube dos Autores, 2019, p. 35.

42 FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univille**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAhUgILkGHWbvBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Fpredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usq=AOvVaw3kdzMm-tVmi0uEzIpv0yWs8C>. Acesso em: 10 fev. 2022.

condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da internet; IV – qualquer bem ou serviço virtual e digital de titularidade do falecido”.^{43,44}

Ainda, o supracitado Projeto de Lei estabelece que a herança digital, que não tenha sido testada, será transmitida aos herdeiros legítimos, cabendo a estes “I – definir o destino das contas do falecido; a) transformá-las em memorial; b) apagar todos os dados do usuário; c) remover a conta do antigo usuário”.⁴⁵ No entanto, a problemática desse Projeto de Lei, é que o legislado preferiu garantir maior peso à herança do que ao direito à privacidade do *de cuius*.

Tem-se, ainda, o Projeto de Lei 7.742, de 2017, que foi arquivado. O referido Projeto previa alterações no Marco Civil da Internet. Mencionava o Projeto de Lei que, “os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito”, no entanto, “a exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente”.⁴⁶

Observa-se que, novamente o legislador atribuiu aos herdeiros do falecido o poder de decisão a respeito da herança digital, havendo uma possível violação do direito à privacidade do *de cuius*, e uma preponderância do direito sucessório.

Apesar da dificuldade da aprovação de Projetos de Lei que regulamentem a herança digital, tem-se, recentemente, a aprovação em uma das

43 BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.847, de 2021**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0molzrjzz2mlg19iplfdyufjn258875933.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 20 fev. 2022.

44 Independente de concordar ou não com o conteúdo jurídico deles, os projetos são de extrema importância para o sistema pátrio.

45 BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.847, de 2021**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0molzrjzz2mlg19iplfdyufjn258875933.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 20 fev. 2022.

46 BRASIL. **Projeto de Lei 7.742, de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 20 fev. 2022.

fases, do Projeto de Lei 5.820, de 2019, que no dia 16/12/2021, teve redação final aprovada, pelo Senado Federal.⁴⁷ O referido Projeto de Lei, dará nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil:

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante instrumento particular, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, bem como destinar até 10% (dez por cento) de seu patrimônio, observado no momento da abertura da sucessão, a certas e determinadas ou indeterminadas pessoas, assim como legar móveis, imóveis, roupas, joias entre outros bens corpóreos e incorpóreos.

§1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato.

§2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração.

§3º A mídia deverá ser gravada em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da efetivação do ato, contendo a declaração do interessado de que no vídeo consta seu codicilo, apresentando também sua qualificação completa e das testemunhas que acompanham o ato, caso haja necessidade da presença dessas.

§4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade.

§5º Na gravação realizada para fim descrito neste dispositivo, todos os requisitos apresentados têm que ser cumpridos, sob pena de nulidade do ato, devendo o interessado se expressar de modo claro e objetivo, valendo-se da fala e vernáculo português, podendo a pessoa com deficiência utilizar também a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou de qualquer maneira de comunicação oficial, compatível com a limitação que apresenta.⁴⁸

47 BRASIL. **Projeto de Lei 5.820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filenome=PL+5820/2019. Acesso em: 20 fev. 2022.

48 BRASIL. **Projeto de Lei 5.820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.ca->

Desse modo, o Projeto de Lei 5.820, de 2019, altera e regulamenta a realização do codicilo através de meios digitais, além de trazer o conceito de Herança Digital, em seu parágrafo § 4º, onde prevê que herança digital são os “vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem”.⁴⁹ Um importante avanço legislativo para a sociedade, mas que está longe de regradar a matéria com a complexidade que exige.

De outro modo, é importante mencionar acerca da transmissão dos bens digitais, que apesar da popularidade que encontrou o termo “herança digital” nos debates jurídicos pátrios, ainda há lacuna quanto à natureza, à avaliação, à modalidade de direito (se de titularidade ou de acesso) e também quanto à transmissão destes. No sistema sucessório, sabe-se que nem todos os bens, direitos e obrigações transferem-se com a morte do autor da herança. Há exclusão dos direitos personalíssimos, que têm como exemplo, o direito à privacidade. Estes direitos são intransmissíveis e não incluem a herança por força da lei, de sua natureza ou em razão de convenção.⁵⁰

Observa-se, assim, um possível conflito entre os direitos fundamentais, em que o direito à herança violaria o direito à privacidade do *de cuius*, caso os bens digitais de valor afetivo sejam transferidos imediatamente aos herdeiros. E, neste aspecto Lilian Edwards leciona que:

[...] a noção de que os mortos têm o direito de manter seus segredos após a morte e que isso pode respaldar os direitos (se houver) da família ou herdeiros para acessar ou tomar posse de seus perfis em redes sociais, registros, etc., após a morte. Este argumento é particularmente interessante para (a) ilustrar conflitos entre direitos de propriedade e os direitos de privacidade e (b) aumentar as diferenças cruciais entre os sistemas jurídicos, sendo que, há de se

mara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filenome=PL+5820/2019. Acesso em: 20 fev. 2022.

49 BRASIL. **Projeto de Lei 5.820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filenome=PL+5820/2019. Acesso em: 20 fev. 2022.

50 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

discutir se direitos “pessoais” do de cujus sobreviverão à morte ou não (EDWARDS, 2011, p. 37).⁵¹

Assim, na grande maioria dos casos, os bens digitais estão diretamente relacionados à personalidade do indivíduo, e neste aspecto, no Direito brasileiro não autoriza a transmissão dos direitos de personalidade.

3.2 O DIREITO À PRIVACIDADE E O DIREITO À HERANÇA

Conforme analisado na presente pesquisa, é notório o conflito existente entre o direito à privacidade e o direito à herança, no que tange à impossibilidade de cisão nos meios digitais. Os referidos direitos entram em conflito quando herdeiros legítimos - ou testamentários - almejam tomar posse dos bens digitais do *de cujus*, e não é possível cindir os bens de valor econômico e os de caráter existencial simplesmente e ainda, os de caráter personalíssimos, como é o caso das plataformas monetizáveis. Há, no mínimo, quatro centros de complexidade a serem debatidos: a transmissibilidade dos bens patrimoniais, a dificuldade relacionada aos bens de caráter patrimonial de acesso, a regulação dos bens existenciais que impede sua transmissão (mas a inseparabilidade dos bens patrimoniais) e ainda a existência dos bens afetivos e dos personalíssimos (do falecido e de terceiros).

Estes centros de discussão encontram complexidade no momento em que há opções em vida pelo titular e mais ainda, no seu silêncio. Essa é uma das problemáticas levadas em conta pelo judiciário, onde herdeiros buscam o acesso aos bens digitais do *de cujus*, mas há a possibilidade de que - se este vivo fosse - não desejasse que *post mortem* suas interações virtuais pessoais pudessem ser acessadas por seus herdeiros. Segundo Desirée Prati, deve ser resguardada a privacidade pelos provedores de internet.⁵²

51 EDWARDS, Lilian. Role and responsibility of the internet intermediaries in the field of copyright and related rights. **Report Commissioned by the World Intellectual Property Organization**. Geneva, 2011. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet. Acesso em: 16 out. 2021.

52 RIBEIRO, Desirée Prati. **A herança digital e o conflito entre o direito à sucessão dos herdeiros e o direito à privacidade do de cujus**. 2016, 52 p. Monografia (Gradação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016.

Evidencia-se que na hipótese do evento morte, não se pode tratar da imediata substituição de titularidade do patrimônio digital sem afetar ou até violar a dignidade e igualmente os direitos da personalidade do autor da herança, em particular os seus direitos à intimidade e à privacidade (SARLET, 2018).⁵³

Entretanto, sabe-se que, por característica, nenhum direito fundamental é absoluto e há de se investir esforços na ponderação deles, a fim de que nenhum deles seja completamente sobrepujado por outro.⁵⁴

Ambos os direitos são fundamentais, tanto no aspecto formal quanto no material, porque além de estarem presentes na nossa Constituição Federal, o conteúdo deles está intrinsecamente ligado aos valores de nossa sociedade, então são direitos essenciais. Como não há hierarquia entre eles, deverá ser utilizada a técnica da ponderação, sendo que o que se busca não é dizer que um destes direitos sempre deverá estar acima do outro, a ideia é que analisando a questão da privacidade e o direito de herdar dos sucessores, possamos estabelecer qual princípio deveria prevalecer sobre o outro neste caso.⁵⁵

Guilherme Silva dispõe que é altíssima a possibilidade de ocorrência de conflitos de normas constitucionais diante da diversidade ideológica presente no Estado Democrático de Direito.⁵⁶ Neste sentido, afirma o autor:

53 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

54 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução da 5ª edição alemã de Theorie der Grundrechte.

55 MAGALHÃES, Thalita Abadia de Oliveira. **A possibilidade de acesso aos dados privados no perfil do facebook de usuário falecido**: colisão entre o direito à privacidade e o direito à herança. 2018, 72 p. Monografia – (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018, p. 59.

56 SILVA, Guilherme. A técnica da ponderação – uma (re) leitura a partir da colisão de princípios fundamentais na tutela aquiliana dos direitos de personalidade. **X Salão de Iniciação Científica PUCRS**, 2009. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71247-GUILHERMEAUGUSTOPINTODASILVA.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

Haverá colisão sempre que a Constituição proteja simultaneamente dois valores em contradição concreta, ou ainda, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro 53 direito igualmente fundamental e constitucional. Para solucionar este impasse surge a técnica da ponderação.⁵⁷

Desse modo, observa-se que a probabilidade de haver colisão entre os direitos fundamentais, é extremamente alta. Segundo Ingo Sarlet, é totalmente possível que haja limitação, na colisão entre direitos fundamentais, mesmo que não esteja autorizado pela Constituição Federal, isso se dá diante da possibilidade de restringir esses direitos, a fim de garantir que outros direitos constitucionais se mantenham intactos.⁵⁸

Orienta Ingo Sarlet que, “as limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de limites dos limites”.⁵⁹ Neste sentido, deve ser considerada a limitação de certos direitos fundamentais sem que haja a arbitrariedade.

Analisando-se o entendimento de — limite aos limites — tem-se que é dever jurídico a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, não admitindo que se esgote tal limitação, diante de outro direito fundamental. Pois, é necessário que se resguarde o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo o núcleo a base de um direito, e sem este, não haveria qualquer eficácia de direito, não podendo-o considerar como um direito fundamental.⁶⁰

57 SILVA, Guilherme. A técnica da ponderação – uma (re) leitura a partir da colisão de princípios fundamentais na tutela aquiliana dos direitos de personalidade. **X Salão de Iniciação Científica PUCRS**, 2009, p. 243. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71247-GUILHERME-AUGUSTOPINTODASILVA.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

59 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 407.

60 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

No tocante ao direito à herança, essa possui relação direta com o patrimônio, uma vez que se refere a todas as relações jurídicas patrimoniais realizadas pelo *de cuius* ao longo de sua vida, que serão sucedidos aos seus herdeiros. De outro modo, o direito à intimidade, está ligada à percepção pessoal de cada indivíduo e dessa forma, torna-se essencial para a vida humana, valorando o núcleo do indivíduo, e, portanto, anseia de maior proteção jurídica.⁶¹ Nas palavras da autora Livia Teixeira Leal:

[...] não há transmissão post mortem dos direitos da personalidade no direito brasileiro, e sim a tutela de um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma violação perpetrada pelos familiares do de cuius. Vale dizer: os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do de cuius.⁶²

Destaca-se assim que, “o elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”.⁶³

Assim, na ausência de manifestação do falecido, ainda em vida, acerca da destinação de seu acervo digital que não é dotado de valor econômico, deverá o ordenamento jurídico interpretar que o falecido não possuía interesse que tais bens digitais fossem acessados pelos herdeiros, uma vez que pode haver informações pessoais, que podem acarretar dano irreparável para a sua memória, não podendo este se dar ao direito de resposta.

Entretanto, é necessário analisar-se cada caso concreto, necessitando, ainda, da intervenção do judiciário, quando tratar-se de bens digitais de valor não econômico, ou afetivo, uma vez que como no caso de Berlim, pode haver outros bens direitos e interesses a serem sopesados,

-
- 61 MAGALHÃES, Thalita Abadia de Oliveira. **A possibilidade de acesso aos dados privados no perfil do facebook de usuário falecido**: colisão entre o direito à privacidade e o direito à herança. 2018, 72 p. Monografia – (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.
- 62 LEAL, Livia Teixeira. A internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital, **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD CIVIL**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr.-jun. 2018.
- 63 STOLZE, Pablo; Pamplona Filho, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 18.

quanto ao acesso destes bens. Quanto aos bens digitais de valor econômico, estes podem seguir as diretrizes do Direito Sucessório, não havendo violação aos direitos de privacidade. Entretanto, maior complexidade surge, no momento em que não é possível a separação clara entre eles. Neste caso, uma apreciação tópica parece juridicamente correta.

4 CONCLUSÃO

Com o avanço tecnológico, a sociedade transformou-se de maneira significativa, alterando a forma como as pessoas se relacionam, se comunicam, guardam suas memórias, etc. O acesso virtual passou a fazer parte da vida das pessoas, através do uso de celulares, computadores e *tablets*.

Desse modo, a classificação dos bens também se alterou, sendo que passou a se falar de patrimônio digital, reconhecendo os bens digitais, como tudo aquilo que se coloca na internet, como fotos, mensagens, músicas, transações financeiras. No entanto, tem-se o gerenciamento *post mortem* dos bens digitais é extremamente importante, pois é uma realidade cada vez mais constante dentro do âmbito jurídico.

Analisou-se no presente trabalho que os bens digitais podem ser dotados de valor econômico ou valor existencial ou afetivo, restando evidente que estes compõem o conjunto de bens juridicamente protegidos *de cujus*, podendo ser elencados no rol dos bens que serão transmitidos aos herdeiros, ou não.

Quanto aos bens digitais de valor econômico, estes devem ser transmitidos através do princípio da *saisine*, segundo as regras do direito sucessório brasileiro. Entretanto, a problemática da pesquisa se deu diante da transmissão de bens digitais de valor existencial ou afetivo, que também fazem parte do acervo hereditário do falecido, mas que - em regra - não estariam abrangidos na sucessão tradicional. Aqui, a transmissão desses bens pode vir a violar o direito à privacidade, mas pode ser necessária, em alguma medida, para dar efetividade, inclusive, à tutela patrimonial. Neste caso, pode-se estar diante da colisão de direitos fundamentais.

Assim, observando-se conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à privacidade e o direito à herança, verifica-se que ambos estão tute-

lados constitucionalmente, portanto, recomenda-se fazer uso da técnica de ponderação, a fim de resguardar em maior grau possível, ambos os direitos.

Desse modo, concluiu-se que, é a análise tópica que viabiliza melhor compreensão e aplicação jurídica. Neste caso, podem-se interpretar como direitos passíveis de restrições, um perante o outro. E, recomenda-se, ainda, na modalidade como indicada no texto, a preservação do núcleo essencial desses direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução da 5ª edição alemã de *Theorie der Grundrechte*.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. A categoria dos direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-categoria-dos-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 04 nov. 2021.

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. **A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus**. In: **Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. 2015, Santa Maria. Anais, Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BERTASSO, Bruno de Matos. **Bens digitais em serviços de computação em nuvem e o direito de sucessão**. 2015, 67 p. Monografia (Graduação em Ciências da Computação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/11139/1/2015_BrunodeMatosBertasso.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

BLANC, Nathalie. Que avenir pour l'immatériel? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016.

BOFFA, Romain. Quel avenir pour la notion de bien? In: BOFFA, Romain (direction scientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014. Lextenso éditions, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.847, de 2021**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=-node0molzrjzz2mlg19iplfdyufjn258875933.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei 5.820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019

BRASIL. **Projeto de Lei 7.742, de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 20 fev. 2022.

BROCHADO, Ana Crolina Teixeira; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BURILLE, C.; SOUZA, G. V. A sucessão causa mortis dos bens digitais pessoais e os tribunais brasileiros: uma análise à luz do teste da proporcionalidade. In: Anizio Pires Gavião Filho; Lucas Moreschi Paulo. (Org.). **Constitucionalismo, direitos fundamentais, proporcionalidade e argumentação**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2022, v. 1, p. 1-292.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2019.

EDWARDS, Lilian. Role and responsibility of the internet intermediaries in the field of copyright and related rights. **Report Commissioned by the World Intellectual Property Organization**. Geneva, 2011. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet. Acesso em: 16 out. 2021.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, Vol. 32, No. 1, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267388. Acesso em: 16 out. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. MENDES, Laura S. Ferreira. Case report. Corte alemã reconhece a transmissibilidade da Herança Digital. **Revista de Direito Univil- le**. v. 15, n. 85. Jan-fev. 2019. p. 190. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwin0qae67rAh-UgILkGHWbvBkIQFjADegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F5951%2F3721&usg=AOvVaw3kdzMmtVmi0uEzIpv0yWs8C>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GETSCHKO, Demi. Internet, Mudança ou Transformação?. In: **CGI.br** (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2008. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-2008.pdf>. Aceso em: 06 nov. 2021.

GIOTTI, Giancarlo Barth; MASCARELLO, Ana Lúcia de Camargo. Herança digital. 5º **Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, 2017.

GONÇALVES, Thatiane Rabelo. Novos bens: a realidade dos ben imateriais no direito privado. **Revista de Direito Privado**, vol. 100/2019, p. 19 – 37, Jul – Ago 2019.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: Clube dos Autores, 2019.

LEAL, Livia Teixeira. A internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital, **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCIVIL**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr.-jun. 2018.

LIMA, Isabela Rocha. **Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente**. 2013, 57 p. Monografia (Faculdade de Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

MAGALHÃES, Thalita Abadia de Oliveira. **A possibilidade de acesso aos dados privados no perfil do facebook de usuário falecido: colisão entre o direito à privacidade e o direito à herança**. 2018, 72 p. Monografia – (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

MAZEAUD, Denis. L'avenir du droit des biens: rapport introductif. In.: BOFFA, Romain (directionscientifique). **L'avenir du droit des biens**. Actes du colloque orgisé à Lille le 7 mars 2014. Lextensoéditions, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2021.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança digital no Brasil: o projeto de Lei nº 4.099/2012 e seus possíveis impactos sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: LumenJuns, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital Aplicado**. 2. ed; rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Desirée Prati. **A herança digital e o conflito entre o direito à sucessão dos herdeiros e o direito à privacidade do de cujus**. 2016, 52 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHERRY, Kristina. What Happens to Our Facebook Accounts When We Die?: Probate Versus Policy and the Fate of Social-Media Assets Postmortem. **Pepperdine Law Review**. Vol. 40 Issue 1, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol40/iss1/5/>. Acesso em: 16 out. 2021.

SILVA, Guilherme. A técnica da ponderação – uma (re) leitura a partir da colisão de princípios fundamentais na tutela aquiliana dos direitos de personalidade. **X Salão de Iniciação Científica PUCRS**, 2009. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71247-GUILHERME AUGUSTO PINTO DA SILVA.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

STELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

STOLZE, Pablo; Pamplona Filho, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TERRA, Aline Miranda Valverde Terra; OLIVA, Milena Donato; MEDOM, Felipe. Acevo Digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: BROCHADO, Ana Crolina Teixeira; LEAL, Livia Teixeira (coords.). **Herança Digital**. In: Inaiatuba: Foco, 2021.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 48. ed. Vincenza: Wolters Kluwer Italia, 2017.

(IM) POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL: CONFLITO ENTRE VÍNCULOS REGISTRAL, SOCIOAFETIVO E BIOLÓGICOS

Iane Dias Krause¹

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre os efeitos jurídicos do reconhecimento voluntário de paternidade e a possibilidade ou não de desconstituição, anulação ou exclusão do nome do pai registral do assento de nascimento do filho registrado, em razão de possível conflito entre diferentes vínculos de parentesco. O desenvolvimento da pesquisa parte de um estudo inicial das relações de parentesco, das espécies de filiação pertinentes ao tema e da possibilidade jurídica do reconhecimento da multiparentalidade, através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema. Posteriormente analisa-se, através das hipóteses de maior incidência, a (im)possibilidade de desconstituição da paternidade registral quando em conflito com a paternidade socioafetiva. E, por fim, analisa-se, através das hipóteses de maior incidência, a (im) possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva quando em conflito com a paternidade biológica.

Portanto, a problemática aqui estudada diz respeito a possibilidade ou não de se desconstituir a paternidade registral quando há conflito entre

1 Iane Dias Krause. Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

o vínculo registral, biológico e afetivo. Para atingir o resultado e responder o problema de pesquisa, foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas, identificando entendimentos na doutrina e na jurisprudência, acerca da impossibilidade de se desconstituir ou anular a paternidade registral quando configurada relação socioafetiva.

2 RELAÇÕES DE PARENTESCO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE

As famílias, que até pouco tempo eram estabelecidas pelo vínculo matrimonial e baseadas na verdade biológica, negando-se legitimidade a qualquer outra forma, evoluíram, abrindo espaço para o reconhecimento de relações familiares construídas com base no afeto, que visam o bem-estar de seus membros e a proteção jurídica dos interesses dos filhos. Foram inúmeras as alterações nas famílias contemporâneas nos últimos anos que exigiram transformações, que acabaram refletindo em diversas categorias jurídicas, pois por muito tempo, restringiu-se o reconhecimento de relações parentais apenas aos vínculos biológicos e registrais o que já não cabe, pois o elo socioafetivo é suficiente para formar vínculo de parentesco.²

A partir da Constituição Federal de 1988 passou-se a priorizar o indivíduo, tendo como princípio constitucional fundamental a dignidade da pessoa humana.³ Pode-se dizer, então, que a maior preocupação do direito contemporâneo está em preservar as relações constituídas com base no afeto e no amor, que tem como objetivo a busca pela felicidade. Frente a estes novos conceitos, a figura do pai vem sendo determinada pela convivência e pela relação socioafetiva que existe entre as partes e não pela genética, pelo registro de nascimento ou por presunção legal. Assim, passa-se a uma análise das relações de parentesco previstas no Código Civil, para que se possa estabelecer conceitos acerca das formas

2 CALDERÓN, Ricardo. **A Socioafetividade nas Relações de Parentalidade: estado da arte nos tribunais superiores**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.15, n.35 p.129-141, 2013.

3 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

de paternidade presentes no ordenado jurídico e na contemporaneidade, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

O Código Civil possui um capítulo intitulado “Das Relações de Parentesco”, exclusivamente para tratar dessas relações. Em seu art. 1.593, prevê como formas de parentesco o natural ou o civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem. O parentesco natural funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, descendentes ou ascendentes, na linha reta ou colateral, nos termos dos artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil.⁴ Quanto ao parentesco civil, tem-se que é aquele decorrente de outra origem senão a consanguínea, pois a parte final do artigo 1.593 do Código Civil buscou deixar em aberto às hipóteses que podem originar uma relação de parentalidade, já que o vínculo biológico não é o único que deve ser considerado para determinar o parentesco entre duas pessoas.⁵

A autora Jacqueline Filgueiras Nogueira⁶ e outros autores, como Paulo Nader⁷ e Álvaro Vilaça Azevedo⁸, entendem que são três as espécies de filiação presentes no ordenamento jurídico, quais sejam: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. A filiação biológica pode ser definida como aquela decorrente do vínculo sanguíneo e natural entre pais e filhos, ou seja: “[...] uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas.”⁹. Tal espécie de parentesco, em que pese não se sobreponha as outras, possui enorme importância para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que é assegurado àquele cuja identidade biológica não é conhecida o direito de a qualquer

4 “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” “Art. 1.592 do Código Civil. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.”

5 FACHIN, Luiz Edson. **Vínculo Parental Parabiológico e Irmandade Socioafetiva (parecer)**. In: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285.

6 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.63-95

7 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5. p.311.

8 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013, p.259

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 392.

momento buscar sua origem genética, mesmo que dali não resulte relação de parentalidade. A filiação jurídica, ou registral, se dá a partir da certidão do termo de nascimento do recém-nascido e encontra respaldo legal no artigo 1.603 do Código Civil, que determina que a filiação se prova pelo registro de nascimento e ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta desta certidão, salvo provando-se erro ou falsidade.¹⁰ A filiação socioafetiva é aquela decorrente de vínculo afetivo formado entre os envolvidos e veio para comprovar que ser filho é algo maior do que ser geneticamente herdeiro posto que a figura paterna (ou materna) pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento, mas abriu caminho para que um vínculo afetivo paterno-filial fosse construído.¹¹ A parentalidade socioafetiva se resume a distinção da figura paterna da figura do genitor, considerando os laços afetivos formados pela convivência e pelo cotidiano, mesmo que não haja vínculo biológico. Considerando a importância desse instituto, merece maior atenção.

A parentalidade socioafetiva pode já ser registral, declarada em registro público, decorrente de reconhecimento voluntário de paternidade, ou apenas advinda de uma relação construída com base na posse de estado de filho, que consiste na filiação que se configura através da chamada “teoria da aparência”. Conforme Conrado Paulino da Rosa, a teoria da aparência consiste na forma como outras pessoas enxergam aquele núcleo familiar no qual residem pessoas que se portam como pais e filhos e onde, visto de fora da relação, não há como saber a origem da filiação, se biológico ou socioafetivo.¹² Luiz Edson Fachin define três elementos capazes de caracterizar a posse de estado de filho, que reforçam a teoria da aparência: tratamento, nome e fama.¹³ Estes mesmos elementos serviram como fundamento para o voto do Ministro Luiz Fux nos autos do julgamento da repercussão geral acerca da parentalidade socioafetiva.¹⁴ Portanto, tem-se

10 “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” “Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

11 ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138.

12 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 265.

13 FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 202.

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840.

que a parentalidade socioafetiva veio para contrabalançar a verdade biológica e a registral¹⁵ de forma a validar e conferir proteção maior proteção as relações de parentesco constituídas a partir de um vínculo afetivo.

Até o ano de 2016, as relações socioafetivas eram reguladas pelo Superior Tribunal de Justiça, que possuía entendimentos específicos acerca de possíveis conflitos entre a paternidade registral, socioafetiva e biológica. A jurisprudência pátria vinha manifestando-se em face da prevalência de apenas uma dessas formas de filiação.¹⁶ No entanto, frente a reestruturação das entidades familiares, frente as famílias reconstituídas, fez-se necessário o reconhecimento da possibilidade de coexistência de diferentes relações de parentesco. Neste sentido, o Superior Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060, tese de Repercussão Geral 622, por maioria e nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, reconheceu que: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”¹⁷

Atualmente, portanto, é possível o reconhecimento do instituto da multiparentalidade, através do qual uma mesma pessoa pode ver reconhecido mais de um vínculo de parentesco, simultaneamente e independente da origem. A multiparentalidade vem sendo utilizada como medida efetiva na resolução de conflitos de parentalidade, principalmente nos casos em que uma mesma pessoa mantém mais de um vínculo afetivo.¹⁸

15 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 408.

16 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Parecer - As Relações De Parentesco Na Contemporaneidade - Prevalência A Priori Entre A Parentalidade Socioafetiva Ou Biológica - Descabimento - Definição Em Cada Caso Concreto Do Melhor Interesse Dos Filhos - Multiparentalidade - Reconhecimento em Casos Excepcionais**. vol. 33. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2014, p. 19 – 43. Base de Dados RT Online.

17 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 898.060, tema de Repercussão Geral 622**, Relator: Ministro Luiz Fux; Data de julgamento: 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>> Acesso em: 03 de set. 2021.

18 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.

3 OS EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

Como bem explica Sílvio de Salvo Venosa enquanto não há o reconhecimento da filiação está é estranha ao direito, pois toda gama de direitos e deveres entre pais e filhos decorre do ato jurídico do reconhecimento.¹⁹ Ou seja, enquanto não houver o reconhecimento dos filhos estes não poderão usufruir de seus direitos, pois para reclamar sua posição jurídica é indispensável o reconhecimento da relação de parentesco. Neste artigo aborda-se duas formas de reconhecimento de paternidade: a voluntária e a judicial. Ou ainda, como conceitua Álvaro Villaça Azevedo: “[...] o voluntário (perfilhação) e o judicial (forçado), por meio de sentença.”²⁰ Assim, passa-se a analisar os efeitos jurídicos do reconhecimento de paternidade, com foco nos casos em que o pai opta por reconhecer o filho de forma voluntária.

Primeiramente, cabe ressaltar que quando não há o reconhecimento voluntário por parte do pai biológico ou socioafetivo, pode o filho buscar ser reconhecido pela via judicial, litigiosa, mesmo que representado pela genitora, por meio de ação investigatória ou declaratória de paternidade. A ação de investigação de paternidade é regulamentada pelas Leis n. 8.560/92 e 12.004/09. Assim, quando proposta a ação, o entendimento dos tribunais é de que o exame de DNA é prova suficiente para se comprovar a filiação consanguínea ou excluí-la.²¹ E, nos casos em que o suposto pai se recusa a se submeter ao exame de DNA, recai sobre ele presunção de paternidade, que será apreciada pelo magistrado em conjunto com as demais provas apresentadas, nos termos do artigo 2º-A da Lei 12.004/09. Já nas ações declaratórias, para os casos em que se busca o reconhecimento pelo pai socioafetivo, o que se requer é a declaração uma situação fática que já vem ocorrendo, da relação construída com base na posse de estado de filho.

O reconhecimento voluntário, por sua vez, como o próprio nome já diz, decorre de ato de vontade do pai em reconhecer aquela pessoa como

19 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011, v.6, p. 273.

20 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 259.

21 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.5. p.311.

seu filho e pode ser feito por declaração no registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular, através de manifestação judicial, por testamento, antes do nascimento do filho ou posteriormente ao seu falecimento, conforme hipóteses previstas no artigo 1.609 do Código Civil. “O reconhecimento voluntário é, portanto, um ato pelo qual alguém declara unilateralmente, que outrem é seu filho, produzindo efeitos pela mera manifestação de vontade.”²² Pode advir de ato espontâneo, nos casos em que não existe contra o reconhecente a presunção de paternidade, então aceita e reconhece a paternidade de forma espontânea e vício de consentimento, situação que torna o ato irrevogável.²³ Corroborando este entendimento: “O reconhecimento voluntário é ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como gera o estado de filiação, é irreatável e indisponível.”²⁴

Os filhos havidos na constância de relacionamentos matrimoniais também podem ser reconhecidos voluntariamente pelo suposto próprio pai, pois estão protegidos pela chamada “presunção de paternidade”. Nos termos do que dispõe o artigo 1.597 do Código Civil se presumem concebidos na constância do matrimônio os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e os nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução do matrimônio. Nesse conceito se incluem aqueles nascidos através de “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, utilizadas em substituição à concepção natural quando há impossibilidade ou dificuldade do casal gerar um filho.²⁵

A flexibilização do reconhecimento de paternidade, já que é ato meramente declaratório e de vontade do próprio pai, fez com que muitos se valessem desse pressuposto para registrar filho de terceiro como seu, prática que muitos juristas e doutrinadores chamam de “adoção à brasileira”. Segundo Christiano Cassettari essa é uma prática antiga, utilizada originalmente na época em que não era socialmente aceito uma mulher ser mãe sozinha.²⁶

22 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240.

23 LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009, p.196.

24 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 410

25 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.362.

26 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3 ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 47

Essa conduta milenar tem origem na época em que era malvisto pela sociedade uma mulher dar à luz uma criança de pai desconhecido. [...] Como é sabido, uma das grandes certezas do Direito Civil é de que *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), pois, após o nascimento com vida, o médico atesta, na Declaração de Nascido Vivo (DNV), o laço materno daquela criança. [...] Já quanto à paternidade, temos que *pater is est quem justae nuptias demonstrant* (pai é aquele que demonstra justa núpcia), motivo pelo qual, em situações em que não cabem as presunções do art. 1.597 do Código Civil, a paternidade deve ser declarada pessoalmente perante o Oficial do Registro Civil. Assim, podemos afirmar ser muito fácil um homem assumir a paternidade de um filho que não é seu, razão pela qual tal conduta pode ser utilizada como forma de barganha para um desejo do rapaz, como, por exemplo, o casamento.²⁷

Gustavo Tepedino explica que costumeiramente a adoção à brasileira acontece por dois motivos: para burlar o cadastro de adoção ou naqueles casos em que o parceiro da genitora registra a criança mesmo sabendo não ser seu filho, mas com o objetivo de assumir a paternidade.²⁸ Fato é que, independentemente da motivação para que fosse levado a efeito o registro da paternidade, ninguém pode reivindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo nos casos em que provado erro ou falsidade em seu registro, nos termos do artigo 1.604 do Código Civil. O registro levado a efeito é irretratável, mas admite prova em contrário nos casos em que feito por erro ou coação²⁹, isso porque o pai registral pode ser ou não o ascendente genético.

Para o registro de paternidade dos filhos maiores de idade é precisa consentimento, conforme preconiza o art. 1.614 do Código Civil. Os menores de idade podem ser reconhecidos sem seu consentimento, e a estes cabe impugnar tal registro no prazo de quatro anos depois de atingida a maioridade, tendo em vista que à época não tinham compreensão do

-
- 27 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3 ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 47
- 28 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. Vl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.
- 29 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Família**, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 294. e-Book

ato e nem capacidade para contestar.³⁰ Entretanto, sabe-se que o direito à busca pela verdade biológica é imprescritível, personalíssimo e indisponível, de acordo com o disposto nos artigos 1.606 do Código Civil e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e, inclusive, pode ser exercido em face do genitor ou de seus herdeiros. Dessa forma, passado prazo de quatro anos, ainda cabe ao filho ação de investigação de paternidade e, inclusive, o pleito da anulação do registro em casos de falsidade, conforme afirma Valdemar P. da Luz:

[...] a regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento não se aplica ao direito do filho havido na constância do casamento nem ao filho havido fora do casamento que pleiteie a investigação de paternidade e anulação do registro com base na falsidade deste.³¹

Em verdade, todas as pessoas afetadas possuem legitimidade para pleitear a anulação do registro, inclusive os pais, desde que: “[...] fundadas razões se apresentarem, como se foram ludibriados, ou induzidos em erro, ou obrigados por coação a registrar.”³² Isso ocorre normalmente quando o pai registral busca excluir seu nome do assento de nascimento do filho alegando a existência de vício de consentimento. Nestes casos, o vício de consentimento consiste em erro, pois o homem supõe ser o pai biológico, muitas vezes em razão do relacionamento estável que mantém com a genitora, e procede ao registro da paternidade. Neste sentido, pode-se citar:

O reconhecimento de filiação produz efeitos imediatos, a partir de sua manifestação e do lançamento no registro civil. Vimos que é irreatável e incondicional. Poderá, no entanto, emanar de vícios da vontade ou defeitos formais no registro. Na maioria dos casos, alega-se erro ou coação. A modificação do registro somente se admite com ação anulatória.³³

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.626.

31 LUZ, Valdemar P. da. Manual de direito de família. 1ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009, p.196.

32 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. v. 5. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.410, p. 410.

33 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. v.6. São Paulo: Atlas S.A, 2011, p. 259.

Quanto a filiação socioafetiva, têm-se que o reconhecimento dos filhos socioafetivos também pode ser feito de forma extrajudicial, através de reconhecimento voluntário, nos termos dos provimentos 63³⁴ e 83³⁵ do Conselho Nacional de Justiça, perante o registro civil das pessoas naturais, mediante consentimento do registrado que deve ser pessoa maior de 12 anos. O artigo 10-A do provimento 83 determina que o registrador deve atestar a existência de vínculo afetivo entre as partes mediante apuração objetiva de elementos concretos, como documentos, fotos, registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar, declaração de testemunhas, entre outros. O reconhecimento pode ser feito independente de já haver um pai registral (biológico ou não), sendo que pela via administrativa, só é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do lado materno, nos termos do que determina o artigo 14, inciso V, §1^a e 2^o do Provimento 83 do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, a parentalidade socioafetiva pode já ser registral, declarada em registro público, decorrente de reconhecimento voluntário de paternidade, ou apenas advinda de uma relação construída com base na posse de estado de filho, que consiste na filiação afetiva que se configura através da convivência diária. Nos casos em que a paternidade socioafetiva não for declarada em registro público, poderá o filho ou pai ingressar com ação declaratória de filiação socioafetiva para ver reconhecido o vínculo, uma vez reconhecido este irá gerar todos os direitos e deveres inerentes ao instituto da filiação, inclusive os de caráter registral e patrimonial, em consequência do reconhecimento do vínculo. Pode-se dizer, então, que a filiação socioafetiva, uma vez reconhecida, não pode ser contestada, pois seja mediante processo judicial ou através de escritura pública, o vínculo afetivo restou comprovado para que fosse deferido o registro da paternidade ou da maternidade, por isso seria impossível a sua desconstituição após o reconhecimento voluntário ou por sentença judicial.

34 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento 63, Dje/CNJ n. 191 de 17 de nov. de 2017. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>> Acesso em: 05 de set. de 2021.

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento 83, Dje/CNJ n. 165 de 14 de ago. de 2019. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>> Acesso em: 05 de set. de 2021

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL

A partir do momento em que se passou a considerar o afeto como instrumento jurídico capaz de trazer validade às relações familiares, houve verdadeiro conflito para determinar, a partir da análise de cada caso concreto, se deveria prevalecer a filiação registral, em razão da impossibilidade de desconstituir o registro de nascimento levado a efeito de forma voluntária, a filiação biológica, em razão do direito a busca pela verdade genética ou a filiação socioafetiva, em razão do vínculo afetivo criado pelas partes e, mais além, em quais casos deve ser aplicado o instituto da multiparentalidade. Estes conflitos são solucionados com base no princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos requisitos da paternidade responsável, bem como em atenção ao melhor interesse da criança ou adolescente (no caso dos filhos que não atingiram a maioridade civil).

Diante da possibilidade jurídica da multiparentalidade, com a possibilidade de incluir mais de um pai/mãe no mesmo registro de nascimento, muitos conflitos foram resolvidos optando o julgador por manter todos os vínculos de filiação. No entanto, há situações em que através da análise do caso concreto, a realidade fática demonstra a necessidade de desconstituição do registro ou a improcedência do pedido de inclusão do ascendente biológico. Portanto, passa-se a análise das hipóteses em que uma mesma pessoa já possui um pai registral e uma das partes pleiteia a anulação deste registro ou a inclusão do ascendente biológico.

4.1 CONFLITO ENTRE PATERNIDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA

Como visto, o registro de nascimento levado a efeito é irrevogável e é impossível a sua desconstituição por simples vontade do pai registral, a teor dos artigos 1.603 e 1.604 do Código Civil. Assim, nos casos em que o pai registral é quem pleiteia a desconstituição do registro a ação tende a ser julgada improcedente. O que se extrai da jurisprudência do Tribunal de Justiça

do Rio Grande do Sul acerca do reconhecimento voluntário de filiação, é que quando o registro é feito de forma consciente, ou seja, quem registra tem plena ciência de não ser o genitor e decide mesmo assim registrar o filho de outrem, de formar livre e espontânea, mesmo que de forma irregular (adoção à brasileira), fica impossibilitado de anular ou desconstituir a paternidade.³⁶

O que ocorre em muitos casos é que, motivado pela relação estável que mantém com a mãe da criança, o homem deseja registrar como seu filho da companheira, e quando a relação acaba ingressa com ação negatória ou anulatória de paternidade.³⁷ Acerca do assunto, pode-se citar o julgamento do Recurso Especial n. 1.352.529³⁸, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, caso em que o pai registral ingressou com ação negatória de paternidade alegando inexistência de vínculo biológico. Em suas razões, o autor afirma que manteve relacionamento amoroso com a genitora da criança, que já estava grávida antes do início da relação. O recurso especial em análise foi interposto com o propósito de desconstituir a paternidade registral, para excluir o nome do recorrente de todos os registros notariais do recorrido, com a conseqüente desoneração de obrigações alimentícias e das demais obrigações inerentes ao estado de filiação. Em seu voto o ministro afirma que o autor reconheceu a paternidade do recorrido de forma voluntária, sabendo que a criança não era seu filho biológico e dessa relação estabeleceu-se vínculo afetivo que cessou apenas com o término da relação com a genitora. Assim, o pedido foi indeferido sob a alegação de que o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e que não tenha sido constituído o estado de filiação, marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar, o que não se demonstrou no caso concreto.

Concluiu, então, ser incontroverso que, ao registrar a criança, o autor estava ciente de que não era seu genitor e, ainda assim, assumiu a paternidade. Seu arrependimento posterior não pode anular o vínculo afetivo,

36 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006263859**, Oitava Câmara. Relator: Rui Portanova, julgado em 26 de jun. 2003; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70005595665**, Oitava Câmara, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 27 de fev. 2003.

37 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. e-Book.

38 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.529 / SP 2012/0211809-9; Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em: 19 de out. 2012.

bem como a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode sucumbir diante da falta de provas claras a autorizar a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade. Como segue:

[...] A chamada “adoção à brasileira”, muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.[...] o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. [...], ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. [...] pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. [...] não se pode “vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. [...]³⁹

Dos julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se extrai o mesmo entendimento. As ações negatórias de paternidade ou que ensejam a anulação de registro que foi feito de forma consciente e espontânea, não podem prosperar, principalmente nos casos em que já constituído inegável vínculo afetivo entre pai e filho⁴⁰,

39 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.529 / SP 2012/0211809-9. Relator: Luis Felipe Salomão, julgado em: 19 de out. 2012.

40 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073909897**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, julgado em 26 de jul. 2017; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073959082**, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, julgado em 28 de set. 2017.

para que aquela pessoa não seja prejudicada pelo arrependimento de quem lhe registrou.

Há casos, ainda, em que o pai registral busca excluir seu nome do assento de nascimento do filho alegando a existência de vício de consentimento. O vício de consentimento aqui consiste em erro, pois o homem supõe ser o pai biológico, muitas vezes em razão do relacionamento estável que mantém com a genitora, e procede ao registro da paternidade. Para Conrado Paulina da Rosa, nestes casos, a ação negatória é o instrumento jurídico utilizado por aquele que teve vínculo parental gerado a partir da presunção de paternidade imposta em razão do matrimônio, conforme permite o disposto no artigo 1.601 do Código Civil.⁴¹ A intenção é que a prova do vício seja suficiente para afastar o vínculo afetivo e anular o registro. “Ou seja, a prova do vício (geralmente, o erro) faria sucumbir a filiação socioafetiva, quando da apreciação da ação de impugnação da paternidade pelo Poder Judiciário.”⁴² Para autores como Gustavo Tepedino e Conrado Paulinho da Rosa, a procedência destes pedidos considerando apenas o erro, o vício de consentimento, não atende o melhor interesse da criança e do adolescente. “[...] o foco principal é a pretensão do pai enganado que, ao saber do registro falso, recusa-se a dar continuidade ao exercício da paternidade.”⁴³

No entanto, em caso recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou a desconstituição da paternidade em um caso no qual um homem após descobrir que não era o pai biológico rompeu os laços afetivos com as suas duas filhas registrais. A ministra Nancy Andrighi admitiu que “a instabilidade das relações conjugais na sociedade atual não pode impactar os vínculos de filiação que se constroem ao longo do tempo, independentemente da sua natureza biológica ou socioafetiva”⁴⁴ no entanto, salientou que manter a paternidade registral,

41 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 453-455.

42 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.

43 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.

44 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Longo período de vínculo socioafetivo não impede desconstituição da paternidade fundada em erro induzido**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/>>

enquanto o pai não tem interesse em manter o vínculo afetivo e exercer a função de pai, seria um ato meramente ficcional.

De uma análise de dez recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratam sobre “paternidade socioafetiva” e “ação negatória de paternidade”⁴⁵ verifica-se que o Tribunal vem se manifestando pela desconstituição da paternidade registral naqueles casos em que há prova cabal de que existiu vício de consentimento e que inexistiu vínculo socioafetivo. Assim sendo, “[...] há situações que tornam imperioso desconstituir o registro: quando ele não corresponde nem à verdade biológica nem existe vínculo afetivo que justifique sua manutenção.”⁴⁶ Sobre o assunto, cita-se o entendimento dos autores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

[...] como a parentalidade socioafetiva é baseada na affectio e não no vínculo biológico, inexistente qualquer nexo de sua perpetuação

14122020-Longo-periodo-de-vinculo-socioafetivo-nao-impede-desconstituicao-da-paternidade-fundada-em-erro-induzido.aspx>. Acesso em: 05 de set. 2021.

- 45 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 50044518020188210037**, Oitava Câmara Cível, Relator: Rosana Broglio Garbin, Julgado em: 27 mai. 2021; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083919118**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 26 de ago. 2020. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084008143**, Sétima Câmara Cível, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 25 de jun. 2020. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083222851**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 25 de jun. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083609362**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 de mai. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084007640**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 28 de mai. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082964644**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 de mai. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082422577**, Oitava Câmara Cível. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 23 de abr. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70081552887**, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em: 23 de abr. 2020; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083043976**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 07 de nov. 2019
- 46 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 410

no caso em que duas pessoas não têm afeto uma pela outra, assim a reciprocidade de interesses é fundamental.⁴⁷

Portanto, entende-se que para que haja anulação do registro deve existir prova cabal, pois o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento e para tanto é necessária prova robusta no sentido de que o pai registral foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e, mesmo assim, em face da constituição dos vínculos afetivos, a paternidade pode ser mantida, pois após se configurar a paternidade socioafetiva não é possível sua desconstituição por vontade única e exclusiva do pai registral. Isso porque o filho registrado, que sempre conheceu aquele como pai e manteve uma harmoniosa relação paterno-filial, não pode se ver, repentinamente, sem amparo por parte deste.

Logo, tanto nas ações de investigação de paternidade, quanto nas ações negatórias de paternidade e pedidos de anulação de registro civil de nascimento, o vínculo biológico não é o único que deve ser levado em conta para análise do pedido. A partir de cada caso concreto deve ser igualmente analisada a relação socioafetiva existente entre as partes e quando comprovado que entre pai registral e filho registrado existe vínculo inegável de afeto, constituído com base na posse de estado de filho, fica impossível a desconstituição e anulação do registro.

4.2 CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA

Sabe-se que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento simultâneo do vínculo de filiação baseado na origem biológica, nos termos do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Portanto, nos casos em que existe uma relação parteno-filiação constituída com base no afeto e reconhecida de forma voluntário ou jurídica, esta relação está plenamente protegida pelo Judiciário, pois o reconhecimento levado a efeito é irrevogável e a impossibilidade de sua desconstituição é medida que se impõe, uma vez que não se pode passar por cima disto em prol do

47 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. e-Book.

reconhecimento da paternidade biológica. Se uma mesma pessoa mantém relação paterno-filial afetiva com o genitor e com o pai socioafetivo/registral, convivendo com os dois simultaneamente e estes dois se apresentam como pais, esta pessoa possui efetivamente dois pais⁴⁸, motivo pelo qual deve prevalecer o instituto da multiparentalidade.

Há casos, no entanto, em que o filho que já possui vínculo de parentesco socioafetivo consolidado, com quem já formou vínculo afetivo de filiação, exercendo seu direito à busca pela verdade genética pretende ver reconhecido também o vínculo de parentesco biológico para que este gere efeitos patrimoniais. Faz-se necessário distinguir o instituto da multiparentalidade desses casos em que se almeja o simples reconhecimento de origem genética, pois a multiparentalidade implica no reconhecimento de mais de um vínculo de filiação para que sejam reconhecidas e produzam efeitos jurídicos as situações vivenciadas por aquela pessoa ao longo da vida.⁴⁹ Se não há intenção por parte do requerente ou por parte do requerido de exercer relação de parentesco na prática, não deve ser reconhecido pedido de reconhecimento da filiação, mas: “apenas o reconhecimento da origem genética, que não gera, por si só, efeitos de parentesco.”⁵⁰

O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento no sentido de julgar improcedente o pedido, pois não basta a realidade biológica para que uma pessoa passe a ter uma relação de filiação.⁵¹ A prevalência será do vínculo afetivo, pois: “são pais aqueles que amam, não aqueles que doam o esperma e o óvulo. É pai aquele que se dedica à formação da personalidade e do caráter do filho”⁵² Doutrinadores como Conrado Paulino

48 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 621.

49 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.

50 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 de set. 2021.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017

da Rosa⁵³ e Rolf Madaleno⁵⁴ defendem esse posicionamento, concordando que deve haver a prevalência do vínculo afetivo.

Para Conrado Paulino da Rosa, a boa-fé deve nortear as relações familiares e servir como base para evitar que demandas de cunho meramente patrimonial sejam admitidas, pois: “não podemos ter um parentesco de afeto e outro do dinheiro”.⁵⁵ No mesmo sentido se posiciona Rolf Madaleno: “Não é suficiente a mera verdade biológica, pois ela deve coexistir com a prevalente verdade afetiva, que a completa com a veracidade registral da filiação.”⁵⁶

Será garantido ao demandante, portanto, o conhecimento da sua origem genética, pois este direito é personalíssimo e indisponível e não necessariamente implica na alteração do registro de nascimento de quem o postula. Assim, é garantido o direito à verdade biológica para que o interessado tenha conhecimento de sua origem, porém sem que se produzam efeitos jurídicos da filiação em razão da existência de uma filiação socioafetiva plenamente caracterizada.⁵⁷ Portanto, quando se está diante de uma ação proposta pelo filho, em respeito a gama de direitos ligados a personalidade, diante de seus elevados interesses e sem que pretenda adquirir direitos apenas patrimoniais, mas para que seja reconhecida situação fática, vivenciada por ele, deve ser aplicado ao caso o instituto da multiparentalidade. Agora, quando o que se busca é o reconhecimento pelo pai biológico apenas para fins patrimoniais ou para que seja conhecida a verdade genética, essa relação não deve gerar efeitos jurídicos inerentes as relações de parentesco.

Por fim, importante ressaltar que o que se viu foram hipóteses de maior incidência o que não significa dizer que devem ser levadas em

53 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.418-421.

54 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 setembro 2021.

55 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.420.

56 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 setembro 2021.

57 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 setembro 2021.

conta para todos os casos. Cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, por isso tão difícil se chegar a um posicionamento unânime entre doutrinadores, ou mesmo entre a jurisprudência.

5 CONCLUSÃO

A partir de uma de uma análise dos conflitos entre vínculos parentais que mais alcançam o judiciário, demonstrou-se que para decidir se é caso ou não de desconstituição da paternidade registral é necessário que seja analisada a relação socioafetiva existente entre as partes. Concluiu-se que o registro de nascimento levado a efeito de forma voluntária e espontânea é irretroatável e impossível de se desconstituir, pois não seria justo deixar o filho desamparado por conta de arrependimento posterior do pai registral. A única hipótese que pode ensejar a exclusão do nome do pai do assento de nascimento do filho é quando há prova cabal de que o homem procedeu ao registro em vício de consentimento, acreditando ser o pai biológico. Nestes casos, o julgador analisará se entre as partes já não se firmou vínculo inegável e irrevogável de afetividade e se o pai registral é também permanecerá sendo pai socioafetivo, em caso positivo, em que pese não seja o ascendente genético, fica este impossibilitado de desconstituir tal registro. Sempre que comprovado que entre pai registral e filho registrado existe vínculo inegável de afeto, constituído com base na posse de estado de filho, fica impossível a desconstituição e anulação do registro.

Agora, se resta comprovado que inexistente relação socioafetiva ou se o vínculo afetivo foi rompido imediatamente após a descoberta, impositivo é a anulação do registro ou a procedência de possível ação anulatória/negatória para que não seja mantido no assento de nascimento daquela pessoa uma paternidade que não irá gerar efeitos em sua vida.

Analisou-se, ainda, os casos em que a demanda é proposta por indivíduo que já possui um pai socioafetivo registral e busca o reconhecimento do pai biológico apenas para fins patrimoniais ou para exercer seu direito a busca pela verdade genética. Nestes casos, a multiparentalidade não é uma opção e devem prevalecer os laços afetivos, pois pai é aquele que cria, educa, dá amor e carinho, como foi amplamente exposto. A multiparentalidade é ferramenta utilizada para que sejam mantidos to-

dos os vínculos afetivos construídos entre pais e filhos durante a vida e não para que seja incluído no assento de nascimento daquele indivíduo um pai que não pretende exercer as funções inerentes a paternidade. Ou seja, deve-se reconhecer a paternidade biológica em concomitância a paternidade socioafetiva, apenas nos casos em que quem demanda convive e possui relação afetiva com ambos os pais.

Por fim, cabe ressaltar que conteúdo deste artigo não visa esgotar as teses acerca do assunto, o objetivo principal é o debate, para que se possa formar uma opinião acerca da impossibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, auferida pela posse de estado de filho, inclusive frente à existência da paternidade biológica, casos em que pode ser admitido as duas formas de paternidade, pois possuem igual valor jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil de 1916**. Planalto, Brasília, DF, DOU de 05 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Lei. 8.069, 13 de jul. de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Planalto, Brasília, DF, DOU de 16 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70006263859**, Oitava Câmara. Relator: Rui Portanova, julgado em 26 de jun. 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70005595665**, Oitava Câmara, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 27 de fev.2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 50044518020188210037**, Oitava Câmara Cível, Relator: Rosana Broglio Garbin, Julgado em: 27 mai. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083919118**, Sétima Câmara Cíve. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chave, Julgado em: 26 ago. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084008143**, Sétima Câmara Cível, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 25 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083222851**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em: 25 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083609362**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084007640**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em: 28 mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082964644**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 de mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082422577**, Oitava Câmara Cível. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70081552887**, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083043976**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 07 nov. 2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em: 21 de set. 2019, publicado no seu Informativo n. 840.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.352.529 / SP 2012/0211809-9**; Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em: 19 de out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Provimento 63**, publicado em: 14 de nov. de 2017. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>> Acesso em: 05 de set. de 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Provimento 83**, Dje/CNJ n. 165 de 14 de ago. de 2019. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>> Acesso em: 10 ago. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 4 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade**. Artigo CONJUR, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **A Socioafetividade nas Relações de Parentalidade: estado da arte nos tribunais superiores**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.15, 2013.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 617.

FACHIN, Luiz Edson. **Vínculo Parental Parabiológico e Irmandade Socioafetiva (parecer)**. In: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.6. p.326-327.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>> Acesso em: 01 set. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. e-Book.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Parecer - As Relações De Parentesco Na Contemporaneidade - Prevalência A Priori Entre A Parentalidade Socioafetiva Ou Biológica - Descabimento - Definição Em Cada Caso Concreto Do Melhor Interesse Dos Filhos - Multiparentalidade - Reconhecimento em Casos Excepcionais.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2014. Base de Dados RT Online.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.473.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 4ª ed. v.05. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo.** Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.84.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Longo período de vínculo socioafetivo não impede desconstituição da paternidade fundada em erro induzido.** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14122020-Longo-periodo-de-vinculo-socioafetivo-nao-impede-desconstituicao-da-paternidade-fundada-em-erro-induzido.aspx>>. Acesso em: 05 de set. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 12ª ed. v. 5. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família.** 6. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>>. Acesso em: 03 set. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11. ed. V.06. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Família.** 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 294. e-Book.



A LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO: UMA ANÁLISE DO ART. 1.830 DO CÓDIGO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO

Patrícia Fontanella¹
Renata Raupp Gomes²

1 INTRODUÇÃO

O cônjuge sobrevivente teve ressignificada a sua posição sucessória no Código Civil de 2002 (CC), passando a integrar o rol de herdeiros necessários (CC, art. 1.845) e a concorrer com descendentes e ascendentes, segundo os pressupostos do art. 1.829, I e II do mesmo Diploma Legal, além de figurar como herdeiro único na hipótese de inexistirem descendentes, ascendentes (CC, art. 1.829, III) ou testamento.³

Doutro giro, a separação exclusivamente de fato ganhou importância na legislação de 2002, de cujas consequências jurídicas se pode

- 1 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professora de Direito Civil na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), e nas Escolas da Magistratura Estadual, Magistratura Federal e do Ministério Público de Santa Catarina. Advogada.
- 2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora efetiva de Direito de Família e Sucessões da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora Estadual da Comissão de Direito das Sucessões do IBDFAM. Advogada.
- 3 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

retirar, inclusive, a caracterização do relacionamento tido pelo cônjuge separado de fato como união estável (CC, art. 1.723, §1º).⁴

Inegável, portanto, que a mera separação de fato repercute na esfera jurídica dos cônjuges e nas suas relações de cunho pessoal e patrimonial. Tem-se como caso paradigmático o disposto no artigo 1.830 do Código Civil vigente que nega a vocação sucessória do cônjuge separado de fato do falecido há mais de dois anos ou quando a separação não se deu por culpa sua. Todavia, como a separação é meramente fática, não formalizada, o legislador deixou algumas brechas que potencialmente podem complicar a sucessão na hipótese de haver cônjuge nessa situação.

O presente estudo tem, portanto, como escopo principal a construção de uma resposta teórica capaz de evitar que as lacunas presentes no artigo 1.830 possam viabilizar a vocação hereditária de cônjuge separado de fato quando as condições do caso específico demonstram ser o exercício dessa posição contrário aos fundamentos do próprio direito exercido.

Nesse contexto, investiga-se a teoria do abuso do direito como rumo a nortear a imensa gama dos casos em que o exercício da posição sucessória do cônjuge separado de fato ofende os princípios elementares que organizam a sucessão conjugal no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do abuso do direito apresenta-se como solução a ser construída concretamente para dar suporte aos operadores do direito, notadamente na ausência de previsão específica acerca das inúmeras possibilidades envolvendo realidades fáticas diversas que, em tese, estariam abrigadas sob o manto do artigo 1.830 do Código Civil.

Sob essa perspectiva, então, o abuso do direito serve como “válvula de escape” do sistema, oferecendo saída jurídica capaz de evitar o exercício antijurídico de um direito que, em tese, existe e, por isso mesmo, é exercitável por seu titular.

Claramente o tema se mostra não apenas imbrincado, mas sobretudo relevante na medida em que as separações de fato são uma realidade inegável no meio social brasileiro, assim como as famílias reconstituídas a partir dessa circunstância.

No que tange os procedimentos metodológicos, no presente artigo parte-se da adoção do método de abordagem dedutiva, a partir do

4 BRASIL. 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/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

qual evidencia-se a análise do caso proposto partindo de uma ótica geral para aspectos específicos, sendo que a análise apresenta uma natureza qualitativa. O método de procedimento adotado é o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

2 A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DOS CÔNJUGES NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE: ENTENDENDO O SEU FUNDAMENTO

A inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários representou uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que no Código Civil de 1916 tal posição era garantida exclusivamente aos parentes em linha reta: descendentes e ascendentes.

Segundo o texto extraído da exposição de motivos do Código Civil de 2002, a razão pela qual o cônjuge sobrevivente passa a ostentar a posição de herdeiro necessário, podendo ou não (a depender do regime matrimonial de bens do casamento tido com o falecido) concorrer com os descendentes e em qualquer hipótese concorrendo com os ascendentes, encontra seu fundamento na alteração do regime legal⁵ de comunhão universal para comunhão parcial de bens⁶.

5 Entende-se por regime legal ou supletivo aquele que incide na regulamentação das relações patrimoniais do casal na ausência ou lacuna do pacto antenupcial/contrato de convivência. Atualmente, o regime da comunhão parcial de bens é o regime legal tanto para o casamento como para a união estável, em conformidade com os arts. 1.640 e 1.725 do CC.

6 Da exposição dos motivos ensejadores da inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários e em concorrência com descendentes e ascendentes no Código Civil, lê-se: “seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto”. BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. p. 57.

Note-se que a modificação do regime legal de bens não é um acontecimento recente no país, tampouco contemporâneo à aprovação da atual codificação civil. A passagem do regime legal de comunhão universal para comunhão parcial de bens coincide com a introdução do divórcio no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 09, de 28 de junho de 1977. Com efeito, a substituição deu-se por intermédio da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, com o propósito de regulamentar o divórcio e traçar novos parâmetros à separação judicial, acabou alterando a previsão de regime legal do artigo 258 do Código Civil de 1916⁷. Essa observação, em particular, é feita no intuito de registrar que, a despeito da aprovação em 2002 do atual Código Civil, não se desconhece o fato de tratar-se de um projeto da década de 1970, cujo texto, depois de revisado, atualizado – pretensamente em consonância à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 – e aprovado, passou a vigorar no país a partir de 2003. Tal circunstância sinaliza o cuidado redobrado que a análise dos dispositivos relacionados à sucessão dos cônjuges deve receber, observado, com especial relevância, o atual paradigma familiar constitucional.

Da comparação entre os regimes, tem-se nítida a diferença: na comunhão universal de bens, comunicam-se os bens anteriores ao casamento e os adquiridos posteriormente a qualquer título, salvo as exceções legais, enquanto, no regime da comunhão parcial, a regra é a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento e a título oneroso.

Na arquitetura jurídica do Código de 1916, crê-se, havia plena compatibilidade entre o regime legal da comunhão universal de bens e a sucessão necessária em favor de descendentes e ascendentes. Isso porque ao cônjuge sobrevivente normalmente cabia, pelo falecimento de seu consorte e em razão do regime de comunhão universal de bens, a metade de todo o patrimônio, até então, de titularidade do casal. Além disso, a comunicação de todos os bens entre os cônjuges, constituindo uma única e indivisa massa patrimonial, coadunava-se perfeitamente bem com a indissolubilidade voluntária do casamento.

O regime legal da comunhão universal afigurava-se, pois, adequado à percepção de perenidade decorrente do casamento que conhecia seu fim somente com a morte, deixando o sobrevivente, por ocasião desta, amparado pela meação de todo patrimônio comum. Vale o registro de

7 “Art. 50 - São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: [...] 7) Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.”

que, nessa conjuntura, uma proteção sucessória mais extensa seria realmente excessiva. Entretanto, a estruturação legal que concebia a posição sucessória do cônjuge a partir do regime da comunhão universal de bens e da indissolubilidade casamentária começa a ruir no instante em que é introduzido o divórcio no país e alterado o regime legal de bens entre os cônjuges, novidades causadoras de certo desconforto e desconfiança em grande parcela da população.⁸

São compreensíveis, então, os motivos que levaram o legislador do projeto de Código Civil de 2002, consoante a própria exposição de motivos revela, a “compensar” o cônjuge sobrevivente, alçando-o à posição de herdeiro necessário e permitindo-lhe concorrer na sucessão do finado com descendentes – em certos regimes de bens – e com ascendentes. A preocupação mais premente dessa época era evitar que o cônjuge sobrevivente ficasse desamparado com a morte de seu consorte.

Observa-se, sob essa perspectiva, que o regime da comunhão parcial de bens confere grande margem de patrimônio particular, ou seja, de bens não comunicáveis no casamento, de modo que hipoteticamente permitiria que os viúvos se vissem sem meação ou sucessão – caso houvesse descendente, ascendente ou testamento – em um momento de extrema fragilidade emocional, potencializado pela eventual insuficiência econômica. Assim, esse pano de fundo motivou a alteração radical da ordem da vocação hereditária no Código Civil de 2002.

Conquanto fosse a proposta absolutamente justificável na conjuntura da sociedade brasileira do final da década de 1970, início dos anos 1980, ainda marcada pela convicção de sacralidade do casamento – responsável por estigmatizar o divórcio – e pela hierarquia sexual a dimensionar o caráter patriarcal da família, ao tempo em que o Código

8 Segundo o relato histórico de Delgado, “o caminho até o divórcio foi extremamente árduo, uma verdadeira ‘batalha’, na célebre expressão consagrada na obra de Arruda Câmara. Os principais combatentes dessa batalha sempre foram os setores ligados à Igreja Católica. Nas trincheiras divorcistas não se pode deixar de fazer alusão ao deputado e senador fluminense Nelson Carneiro. Hoje, é difícil acreditar, mas se dizia que o divórcio ‘dissolvia a família’, ‘reduzia a natalidade’, ‘aumentava o aborto e a criminalidade infantil’, ‘comprometia a educação dos filhos, pela ruína da autoridade paterna e da piedade filial’. O divórcio era sintoma da decadência e do egoísmo social, dizia o padre Leonel Franca, em obra que se tornou famosa nos anos 1950”. DELGADO, Mário Luís. 40 anos de divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>. Acesso em: 21 jan. 2021.

Civil de 2002 é aprovado e passa a vigorar encontra outra realidade social, sobretudo familiar. Mais ainda: encontra uma ordem constitucional absoluta e radicalmente diversa daquela que serviu de berço à sua elaboração.

Dentre as principais características dessa nova ambiência jurídica e social da família destacam-se a isonomia conjugal, reconhecida inclusive em sede constitucional, a liberdade cada vez mais acentuada para contrair e para dissolver o matrimônio, a possibilidade de optar pela união estável na constituição de conjugalidade, enfim, uma verdadeira revolução em poucas décadas.

Interessa aqui reiterar que a flexibilização do divórcio – inicialmente com redução de prazos para a sua obtenção, seguida da viabilidade de obtê-lo extrajudicialmente, culminando com a supressão de quaisquer prazos ou requisitos à sua decretação – demonstra, na expressão utilizada por Bauman⁹, a “liquidez” do vínculo conjugal na contemporaneidade. Sem destoar do casamento, na união estável é também visível a noção de transitoriedade, razão por que se pode afirmar ser a monogamia o modelo ainda dominante de organização conjugal, porém de forma sucessiva, ou seja, tem-se atualmente nas monogamias sucessivas o modelo predominante de conjugalidade.

Evidentemente, a nova parametrização das relações amorosas impõe mudanças no modo de conceber esse compromisso que, como se sabe, não mais é assumido “até que a morte os separe”, mas “até que o afeto acabe”.

Diante de uma configuração social e familiar bem diversa da idealizada pelo legislador do projeto de Código Civil de 2002, porém bastante aproximada do paradigma da CRFB de 1988, a questão a desvendar, preliminarmente ao problema proposto no trabalho, diz respeito à posição sucessória conferida ao cônjuge sobrevivente pela regra do artigo 1.845, seguido do art. 1.829 do mesmo Diploma Civil.¹⁰

Com efeito, a introdução do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários enseja dois aspectos muito importantes a serem esquadrihados na análise proposta. O primeiro diz respeito ao fato de a herança necessária traduzir-se em uma reserva legal sobre o patrimônio

9 BAUMAN, Zygmund. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahara, 2004.

10 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

do titular, que deixa de poder livre e gratuitamente dispor de seus bens em vida ou em razão de sua morte. Nesse sentido, a regra que abriga o cônjuge no âmbito da herança necessária promove inegável intervenção ao direito de propriedade privada, limitando um pouco mais a autonomia patrimonial de quem, a despeito de não ter parentes em linha reta, contrai casamento. Logo, pelo simples fato de estar casado, qualquer que seja o regime de bens, o proprietário perde o poder de disposição gratuita sobre a metade de seu patrimônio. E, mais, na esteira dessa preocupação, segue a de eventual alargamento dessa limitação à propriedade privada caso estendida a posição de herdeiro necessário aos companheiros. Isso porque apesar de o artigo 1.845 do CC¹¹ referir-se expressamente aos cônjuges como herdeiros necessários, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal¹² equiparando os institutos do casamento e da união estável para efeitos sucessórios, com aplicação indistinta da ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829 a ambos os casos, pode-se inferir a derivação desse *status* também aos companheiros. Afinal, as argumentações constitucionais expendida nos votos dos ministros tratam dos princípios da pluralidade e da isonomia, partindo da premissa de que a distinção das entidades familiares significa um retrocesso ou uma proteção insuficiente à união estável¹³.

Interessante observar que não apenas o artigo 1.845 do CC inovou ao introduzir o cônjuge como herdeiro necessário, mas também o fez o artigo 1.829 do mesmo Diploma ao alterar a ordem de vocação hereditária do Código Civil de 1916 – de preferência dos herdeiros mais próximos e exclusão dos mais remotos – na qual era reservada ao cônjuge sobrevivente a terceira posição, sucedendo ao falecido somente na ausên-

-
- 11 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.
 - 12 Conforme assentado no RE 878694 a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, determinando a aplicação do art. 1.829 do Código Civil a cônjuges e companheiros.
 - 13 Nesse sentido, destaca-se a posição defendida por TARTUCE, Flávio. Companheiros são herdeiros necessários? *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 27-38. p. 34, seguido por diversos outros doutrinadores por ele referenciados. No mesmo sentido, apontando para o entendimento da qualidade de herdeiros necessários dos companheiros, tem-se: BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (coords). **Autonomia Privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 503-512.

cia de descendentes e ascendentes. Na determinação da ordem sucessória do artigo 1.829, tem-se no inciso I a concorrência do cônjuge ou companheiro com os descendentes quanto aos bens particulares do falecido, enquanto no inciso II a concorrência sobre todo o patrimônio do sucedido com os ascendentes. Somente no inciso III o cônjuge ou convivente sobrevivente é chamado a receber a universalidade da herança, por não haver descendentes e ascendentes.¹⁴

Ainda que se possa (e deva) criticar a anacrônica posição conquistada pelo cônjuge sobrevivente na legislação de 2002 pelas razões já elencadas, dentre outras que se poderia contrapor, o foco do presente artigo é a previsão acerca da sucessão das pessoas separadas de fato, a engendrar quadro bem mais problemático.

3 SEPARAÇÃO DE FATO E MANUTENÇÃO DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, CONFORME O ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL

Na redação do art. 1.830, reconhece-se “direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.¹⁵

Incontestemente que a redação do dispositivo em comento, apesar do direcionamento diverso ao dado pelo art. 1.611 do Código Civil de 1916¹⁶ – que exigia prévia dissolução judicial da sociedade conjugal para afastar a vocação hereditária do (ex) cônjuge da sucessão do falecido – peca por

14 BRASIL, *op. cit.*

15 BRASIL. 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/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

16 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

uma redação contraditória e confusa, razão por que sua análise comporta o desmembramento de duas situações distintas: a primeira quando a separação de fato não extrapola os dois anos previstos no dispositivo e a segunda quando essa circunstância transborda o prazo bienal.

A separação de fato pelo interregno de até dois anos não se mostra suficiente para afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão do falecido, ao contrário, confirma-se lhe a vocação hereditária, a despeito de não mais conviver ao tempo da abertura da sucessão com o autor da herança.

Com efeito, os problemas que podem decorrer dessa previsão legal são inúmeros, como, por exemplo, estar o sobrevivente separado de fato há menos de dois anos, mas, ainda assim, já compondo nova união estável com terceira pessoa. Ou, de outro lado, ter o falecido se separado de fato para assumir, ele próprio, outro relacionamento afetivo estável. Em ambas as hipóteses pode-se perceber não ser a previsão do artigo 1.830 capaz de dar solução consentânea aos princípios sucessórios e familiares, notadamente o de solidariedade conjugal, base fundante da sucessão legítima, sobretudo a legitimária.

Situação ainda mais perniciosa para a sucessão ocorre quando a separação de fato é superior a dois anos. Nesse caso, ao menos em princípio, o sobrevivente não participa da sucessão do falecido, operando a separação de fato prolongada do casal como um verdadeiro óbice à vocação hereditária do sobrevivo, salvo se a interrupção da convivência não se deu por culpa sua.

Ressalte-se que na prescrição legal não se exige a prova de culpa do falecido pela separação de fato do casal, mas tão somente a demonstração de que o sobrevivente não causou a ruptura da vida em comum.

Para além das questões processuais ensejadas pela redação do art. 1.830 – propositura de ação própria para discutir a culpa pela separação de fato, uma vez que ultrapassaria as estreitas fronteiras do inventário, produção de prova negativa, legitimidade dos herdeiros do falecido para dirimir questão de índole personalíssima, dentre outras – e do anacronismo da culpa em matéria de dissolução da conjugalidade, há, como se frisou anteriormente, problemas de maior envergadura nesse horizonte.

De forma idêntica à participação do sobrevivente na sucessão quando a separação tem duração inferior a dois anos, no caso de lapso maior, mas sem a culpa do sobrevivente (seja lá o que signifique culpa no contexto de uma mera ruptura fática) a vocação hereditária se preserva,

acirrando os questionamentos acerca de nova convivência estabelecida por qualquer um dos ex-parceiros, inclusive com possibilidade de estabelecimento de longa conjugalidade, quiçá até superior ao tempo de casamento do sobrevivente com o falecido.

Em uma leitura isolada dos artigos 1.829 e 1.830 poder-se-ia afirmar a concorrência, nesses casos, do cônjuge sobrevivente com o companheiro ou companheira do falecido ou falecida. Aliás, essa é a solução mais evidente considerando-se o texto legal vigente, embora não seja a que melhor reflita os valores jurídicos do nosso ordenamento ou mesmo a que melhor se coadune com os princípios sucessórios e familiares propostos na CRFB de 1988.

Note-se que a Corte Superior, no paradigmático precedente a seguir colacionado, limitou-se a discutir de quem seria o ônus da prova na hipótese de separação de fato há mais de dois anos. No caso telado, a separação de fato somava quase uma década e ainda assim fora reconhecido pelo Tribunal de origem direito sucessório à cônjuge sobrevivente. Em sede de Recurso Especial, porém, tal decisão acabou sendo reformada, tão somente porque se entendeu caber à cônjuge sobrevivente provar que a separação de fato não fora motivada por “culpa” sua. Vale dizer que a discussão ficou limitada à questão do ônus probatório e nada além. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS. ART. 1.830 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNHÃO DE VIDA SEM CULPA DO SOBREVIVENTE. ÔNUS DA PROVA.

1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa.

2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro.

3. Recurso especial provido.¹⁷

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp, 1513252/SP**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 4.^a T, j. em 03.11.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

Curioso observar que em precedente do Tribunal de Santa Catarina, no qual se afastou a condição de herdeira necessária da esposa, a separação de fato existia há apenas três meses antes do óbito do autor da herança. A decisão, todavia, examinados os pormenores do caso, mostra-se consentânea aos valores do sistema jurídico, muito embora contrarie expressa previsão legal. O prazo de até dois anos deve ser entendido, regra geral, como um período em que ainda existe possibilidade de retomada da vida em comum, a despeito da separação fática. O objetivo legal de determinar-se um prazo máximo no qual ainda se conserva a vocação hereditária das pessoas separadas de fato é o de justamente não afastar da sucessão alguém recém-separado de fato, como parece ser o caso em destaque. O que o diferencia, então, a ponto de merecer a esposa a exclusão da sucessão? Como evitar que um precedente que expressamente contraria o art. 1.830 acabe cristalizado na jurisprudência de um Tribunal, notadamente diante do disposto no art. 926 do CPC¹⁸?

No caso concreto, o ex-casal já havia contratado um advogado, construído um acordo acerca da partilha de bens e iniciado o processo de divórcio quando sobreveio o falecimento do marido. Mesmo sabedora da impossibilidade da retomada da vida em comum, por desejo de ambos os cônjuges, como o acordo bem demonstra, a esposa, valendo-se da previsão legal, reclamou seu direito sucessório, em concorrência com os ascendentes do autor da herança. Eis a ementa do caso:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO - NULIDADE AFASTADA

1 Não há que se falar em cerceamento de defesa se a produção de provas se mostra absolutamente inócua. Mormente quando a prova testemunhal pretendida seria absolutamente inútil para o fim almejado, haja vista que a separação de fato do casal restou confessada e devidamente comprovada por documentos.

Além do mais, não há cerceamento de defesa quando a parte, em sua contestação, não indicou interesse em produzir a prova reclamada, fazendo-o apenas em sede de apelação, muito menos apresentou fatos capazes de convencer o magistrado a investigar acerca da veracidade das alegações.

CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCOMUNICABILIDADE DE BENS - SEPARAÇÃO DE FATO - FALECIMENTO DO

18 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

CÔNJUGE VARÃO - CÔNJUGE VIRAGO SUPÉRSTITE - DIREITO SUCESSÓRIO E DIREITO À QUOTA-PARTE DE SEGURO DE VIDA – DESCABIMENTO

1 Quando inequívoca a ruptura conjugal definitiva, não havendo mais nenhuma relação entre o casal, cessam os efeitos patrimoniais e sucessórios do casamento, sendo “necessário fazer uma leitura idealizada do art. 1830 do Código Civil, com a seguinte dicção: ‘somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou extrajudicialmente, nem separados de fato’ (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

2 A indubitável separação de fato rompe o casamento, faz cessar os seus efeitos e, sobretudo, afasta o laço de afetividade que constitui o seu conteúdo material, bem como impossibilita o pagamento de metade do capital oriundo de seguro de vida ao cônjuge sobrevivente, que não mais compartilhava vida em comum com o falecido na data do óbito. [...].¹⁹

Em que pese não ter sido expressamente ventilada a teoria no acórdão, essa hipótese aponta de maneira exemplar para a perfeita utilização do abuso de direito no enfrentamento da casuística decorrente da redação do art. 1.830, como será na sequência abordada.

4 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO E SUA APLICABILIDADE: VÁLVULA DE ESCAPE DO SISTEMA

A partir da consagração normativa da teoria do abuso do direito no art. 187 do Código Civil de 2002, o tema ganhou nova perspectiva, em especial, no campo do Direito de Família e Sucessório.

O art. 187 dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu

19 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC n. 0302271-15.2014.8.24.0020**. Relator: Des. Luiz César Medeiros, 5.^a Câmara de Direito Civil, j. em 29.08.2017. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²⁰ É disposição normativa muito semelhante à prevista na legislação portuguesa, eis que o art. 187 reproduz, com poucas diferenças, o art. 334.º do Código Civil português²¹, que prevê no art. 334º do Código Civil: “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Esse movimento de “transferência juscultural”²² entre Brasil e Portugal possibilita buscar, na concepção de abuso do direito apresentada em Portugal por António Menezes Cordeiro, as bases para o seu reconhecimento. Para o autor, o abuso do direito traduz a fórmula tradicional que demonstra a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas: “[...] de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade”²³.

Assim, o sentido material do abuso do direito deve ser procurado no caso concreto e não a partir de deduções, posto ser na observação da atuação do indivíduo que se mostra possível verificar se há ou não um exercício jurídico abusivo: é o exercício inadmissível de posições jurídicas por disfuncionalidade face ao sistema, cujo critério para o seu reconhecimento reside na boa-fé objetiva, que se concretiza por meio dos princípios mediante a tutela da confiança (*venire contra factum proprium*, *suppressio e surrectio e inalegalibilidades* formais) e da primazia da materialidade sub-

20 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

21 PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código civil**. Portugal, 1966. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 23 jan. 2021.

22 Expressão utilizada por Judith Martins-Costa para demonstrar a contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro relativamente ao abuso do direito e evidenciar como as diferenças de contexto direcionam a uma diversa apreensão dos textos. MARTINS-COSTA, Judith. A contribuição do código civil português ao código civil brasileiro e o abuso do direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. *THEMIS*: revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial. Código Civil Português: evolução e perspectivas actuais. Coimbra: Almedina, p. 107-128, 2008, p. 114.

23 MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”**. 3. ed. aument. e atual. à luz do código de processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 89.

jacente (*tu quoque* e o desequilíbrio no exercício). Dessa forma, o abuso do direito concretiza-se nos chamados “grupos típicos de atuações abusivas”.²⁴

Essa compreensão possibilita, por sua vez, seja o abuso do direito materializado independentemente da interpretação de cada direito e, também, passível de sindicarem o exercício de quaisquer prerrogativas jurídicas. Sob essa perspectiva, as demais categorias previstas como limites na lei - bons costumes e função social ou econômica do direito - e embora sedimentadas na cultura jurídica brasileira relativa ao tema, não são critérios que possam caracterizar um comportamento abusivo.

A categoria “bons costumes” surge como algo do exterior que exprime a moral social, mas que não prescreve o comportamento a assumir e, ao fixar limites extrínsecos ao exercício de direitos, a sua aplicação configura-se como ausência de direito e não abuso²⁵. No caso do fim econômico ou social dos direitos, a sua análise remete a um problema de interpretação, já que em cada caso deve o intérprete-aplicador verificar em que termos deve ser realizado o exercício jurídico em vista.

Nas precisas palavras de António Menezes Cordeiro, “Não há, pois, que falar em ‘função social e econômica’ dos direitos ou outras posições jurídicas, mas antes que apurar, face a cada situação, até onde vai o espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica utilizando, para tanto, todas as dimensões de interpretação”.²⁶

Nesse sentido, para se descobrir se o exercício jurídico foi realizado com observância da função econômica ou social dos direitos postos à disposição do titular se está diante de um problema de interpretação e

24 A partir da técnica do grupo de casos típicos utilizada na jurisprudência alemã, as decisões são reunidas em catálogos ou grupos, conforme casos em que foi similar a *ratio decidendi* e, uma vez reconduzidas à cláusula geral, as soluções são passíveis de generalização, servindo para resolver outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares: “ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas consequências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação ao sistema de novos casos (o que se tem referido como ‘ressistematização’)”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 171.

25 MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”**. 3. ed. aument. e atual. à luz do código de processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 455.

26 MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses). p. 1231.

apenas em cada caso mostra-se possível verificar os limites funcionais às diversas posições jurídicas. Em consequência, quando os direitos são concedidos com uma certa função como, por exemplo, poderes funcionais, as normas devem ser respeitadas, sob pena de ilicitude por violação ao direito e não ilicitude no modo exercício jurídico.

Na *novel* legislação, a compreensão doutrinária do art. 187 do Código Civil abarcou o critério objetivo, que não faz depender da culpa ou da intenção do titular da posição jurídica o reconhecimento do comportamento abusivo, tampouco da existência de dano. A previsão legal da natureza jurídica do abuso do direito como ato ilícito, e em cláusula geral, permite que a solução seja construída pelo intérprete-aplicador sempre em atenção ao caso concreto, de modo que a responsabilidade civil passa a ser apenas uma das possibilidades advindas de seu reconhecimento.

Para o reconhecimento de um comportamento abusivo, portanto, as limitações ao exercício de posições jurídicas possuem como viga mestra o princípio da boa-fé objetiva, cujo postulado pode ser concretizado por meio de dois subprincípios: 1. a tutela da confiança e 2. a primazia da materialidade subjacente.

Em linhas gerais, a situação de confiança a ser tutelada é expressa pela ideia de boa-fé subjetiva. Tanto nas suas manifestações subjetiva e objetiva a boa-fé está ligada à confiança: a boa-fé subjetiva dá o momento essencial da confiança; a boa-fé objetiva prevista expressamente no art. 187 confere a base juspositiva necessária na ausência de uma disposição normativa específica que tutele a confiança²⁷. Os grupos típicos de situações abusivas nesse caso podem se revelar em situações nas quais se apresentem *venire contra factum proprium*, *suppressio* e *surrectio* e inalegalidades formais.

Por sua vez, o princípio da primazia da materialidade subjacente é revelado quando existem valores materiais que são assegurados pelo Direito, não bastando apenas arranjos formais, mas a efetivação da substancialidade: “a pessoa que viole uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente”²⁸. Da materialidade subjacente decorrem exigências ético-jurídicas que direcionam o comportamento das pessoas no exercício jurídico e a contradição de condutas que não chegam a frustrar a confiança, mas que

27 MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses). p. 1250.

28 MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”**. 3. ed. aument. e atual. à luz do código de processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 117.

no conjunto, afrontam perspectivas de coerência valorativa desconsideram a primazia da materialidade subjacente. Aqui os grupos típicos de situações abusivas podem ser encontrados em comportamentos que preenchem os requisitos do *tu quoque* ou haja desequilíbrio no exercício jurídico.

O recurso ao artigo 187 do Código Civil e às figuras parcelares do abuso do direito - ou melhor, dos tipos de exercício inadmissível de posições jurídicas - deve ocorrer apenas na ausência de solução para a situação apresentada: trata-se de válvula de escape do sistema jurídico.

A seguir dar-se-á maior ênfase para quando há verdadeira violação da materialidade subjacente concretizada na figura parcelar do abuso do direito - ou de um dos tipos de exercício inadmissível de posições jurídicas - denominado *tu quoque*, que poderá ser invocada para afastar direito sucessório pleiteado por cônjuge ou companheiro sobrevivente já separado de fato.

5 A LEITURA DO ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO

Na redação do art. 1.830, reconhece-se “direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.²⁹

Em havendo separação de direito, divórcio ou - a partir da decisão do STF que determinou a aplicação do art. 1.829 a cônjuges e companheiros - dissolução da união estável, não há que se falar em direito de concorrência do cônjuge ou companheiro sobrevivente nesses casos. Contudo, em descompasso com a doutrina e a jurisprudência contemporâneas, o artigo 1.830 trouxe para o âmbito sucessório a discussão de culpa pelo fim do relacionamento - relembre-se o anacronismo da culpa em matéria de dissolução da conjugalidade - bem assim estabeleceu direito de concorrência em situações específicas nas quais o casal estiver apenas separado de fato.

29 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

Nesse sentido, em caso de falecimento quando a separação de fato do casal tenha se dado em até dois anos antes da abertura da sucessão haverá a concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro relativamente aos bens que o direito permita ao caso concreto. Após esse prazo, presume a lei a relação por rompida, e não autoriza a participação sucessória do sobrevivente no acervo pertencente ao *de cujus*³⁰, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Como referenciado, o STJ já se posicionou no sentido de que “cônjuge separado de fato há mais de dois anos só terá direito à herança se, nos termos do artigo 1.830 do Código Civil, comprovar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua”³¹. Portanto, trata-se de exceção à regra concorrer à herança após dois anos de separação de fato e cabe ao cônjuge sobrevivente, nos termos da lei, demonstrar que a convivência se tornou impossível sem culpa sua. Não se desincumbido o cônjuge sobrevivente de seu ônus probatório, não ostentará a qualidade de herdeiro.

Contextualizada a discussão acerca da redação do artigo 1.830 do Código Civil, pode-se vislumbrar a aplicação do art. 187 do Código Civil para afastar a posição jurídica de herdeiro do cônjuge ou companheiro separado de fato do autor da herança quando aquele, em seu comportamento, afastar-se das exigências ético-jurídicas que direcionam o comportamento das pessoas no seu exercício jurídico.

O Código Civil permite ao separado de fato constituir união estável (CC, art. 1.521, § 1º³²). No caso em que o cônjuge ou companheiro sobrevivente e separado de fato já se encontre em uma união estável? Ou ainda, na situação de falecimento no percurso de uma ação de divórcio ainda não concretizada?

Como dito, do sistema jurídico decorrem exigências ético-jurídicas que direcionam o comportamento das pessoas no exercício jurídico: a contradição de condutas que não chegam a frustrar a confiança, mas, no conjunto, afrontam perspectivas de coerência valorativa, desconsideran-

30 HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao código civil: arts. 1.784 a 1.856**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp, 1513252/SP**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T, j. em 03.11.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

32 BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

do a primazia da materialidade subjacente dão ensejo ao reconhecimento do abuso do direito em causa.

A fórmula *tu quoque*³³ pode ser utilizada na repressão de situações nas quais uma pessoa, após violar uma norma, pretenda exercer posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura. O que está em jogo, neste caso, não é a tutela da confiança, mas outro princípio mediante concretizador da boa-fé: a primazia da materialidade subjacente, de onde se retiram exigências ético-jurídicas segundo as quais deve o comportamento dos envolvidos se pautar.

O brocardo latino traduz a ideia segundo a qual uma pessoa que desrespeite uma norma não pode, posteriormente e sem abuso, “- ou prevalecer-se da situação daí decorrente; - ou exercer a posição violada pelo próprio; - ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.”³⁴ O exercício de uma posição jurídica garantido pelo Direito deve ser realizado de forma a possibilitar concretamente e com a máxima efetividade, os valores maiores do sistema: será contrária à boa-fé qualquer conduta que apenas formalmente concretize o que o Direito determine.

No caso de um cônjuge ou companheiro sobrevivente apenas separado de fato - independentemente de ser antes ou após dois anos - tenha, por exemplo, já constituído união estável e venha a pleitear direitos sucessórios à luz do artigo 1.830 do Código Civil é de lhe ser afastado o direito concorrencial.

Nesse caso, o cônjuge sobrevivente ou companheiro não está na situação desejada pela ordem jurídica e não pode exercer, incólume, a sua posição jurídica. Há, portanto, abuso do direito da posição jurídica de herdeiro por violação à boa-fé objetiva na figura do *tu quoque*, cuja consequência a ser aplicada pelo juiz será perda da posição jurídica de herdeiro.

Como bem explica António Menezes Cordeiro, “A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material expressa em seu direito subjectivo, não pode depois, pretender, como se nada houvesse ocorrido,

33 “*Tu quoque* terá sido a exclamação proferida por Júlio Cesar, aquando do seu assassinato, no Senado, dirigindo-se a Bruto e no momento em que se apercebeu de que também ele se encontrava entre os seus assassinos”. MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**: parte geral: legitimidade, representação, prescrição, abuso do direito, colisão de direitos, tutela privada e provas. Coimbra: Almedina, 2011. t. v. p. 327.

34 *Ibid.*, p. 327.

exercer posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio de base, sofre-lhe as consequências”³⁵.

Por sua vez, retomando-se a decisão do TJSC antes referenciada³⁶, também incorre em abuso do direito por violação à boa-fé objetiva na figura do *tu quoque* a ex-esposa que, valendo-se da disposição legal, reclama direito sucessório em concorrência com os ascendentes do autor da herança quando por ocasião da morte o ex-casal já havia contratado advogado, construído acordo acerca da partilha de bens e iniciado o processo de divórcio.

Nas situações apresentadas, trata-se de casos nos quais se encontra um aspecto intenso de deslealdade, de aproveitamento e de malícia que subjaz do comportamento em causa. É situação de comportamento abusivo por violação à boa-fé objetiva na figura parcelar que pode ser traduzida na máxima *tu quoque*.

6 CONCLUSÃO

O tema do direito sucessório do cônjuge ou companheiro sobrevivente é assunto que está na pauta dos julgamentos do cotidiano forense. A redação do art. 1.830 do Código Civil precisa ser revista urgentemente eis que, como já referenciado, peca por ser contraditória, confusa, além de resgatar para a ambiência sucessória a anacrônica discussão familiarista sobre a culpa pelo fim da conjugalidade.

Na ausência de legislação relativamente ao direito sucessório que se mostre em conformidade com os tempos vividos nesta contemporaneidade, a solução dogmática adequada para o afastamento da posição jurídica de herdeiro quando este não esteja na situação desejada pela ordem jurídica para o seu exercício jurídico é a aplicação do art. 187 do Código Civil, que possui a base jurídico-positiva do abuso do direito.

O cônjuge ou companheiro já separado de fato - seja há menos de dois anos ou após esse prazo - que, com seu comportamento, viole a

35 *Ibid.*, p. 336.

36 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC n. 0302271-15.2014.8.24.0020**. Relator: Des. Luiz César Medeiros, 5.ª Câmara de Direito Civil, j. em 29.08.2017. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

boa-fé objetiva deverá ser afastado da concorrência sucessória por comportamento abusivo à luz do art. 187 do Código Civil.

A caracterização da ilicitude decorrente do ato abusivo ou melhor, do exercício inadmissível de posições jurídicas, independe da consciência do titular de que este excedeu no modo do exercício de sua posição jurídica, não constituindo a culpa e o dano elementos fundamentais; basta, tão somente, que o comportamento havido possa ser acomodado em quaisquer dos tipos de exercício inadmissível de posições jurídicas apresentados ou em outros que possam vir a ser detectados pela Ciência do Direito, cujas consequências serão apenas verificáveis *in concreto*.

A previsão legal do abuso do direito em cláusula geral permite que a solução seja construída pelo intérprete-aplicador sempre em atenção ao caso concreto, através da síntese judicial. Nos casos apresentados neste artigo, a sanção para o abuso do direito perpetrado é a perda da posição jurídica de herdeiro.

A intervenção do Poder Judiciário apresenta uma peculiar dimensão quando se trata de um ato abusivo, já que este não adquire existência própria até que haja um pronunciamento judicial. Só cabe invocar o abuso do direito quando não exista uma norma legal vigente que determine uma limitação ao exercício jurídico e se deseja limitá-lo, sendo reconhecido apenas para o caso concreto.

Por fim, cumpre reiterar que o art. 187 do Código Civil se substancia em preceito de ordem pública e, conseqüentemente, pode ser suscitado como matéria de defesa pela parte interessada, pelo Ministério Público nas ações nas quais suas intervenções se fizer necessária ou mesmo conhecida *ex officio*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (coords). **Autonomia Privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 503-512.

BAUMAN, Zygmund. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahara, 2004.

BRASIL. 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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp, 1513252/SP. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T, j. em 03.11.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

DELGADO, Mário Luís. 40 anos de divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>. Acesso em: 21 jan. 2021.

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao código civil**: arts. 1.784 a 1.856. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A contribuição do código civil português ao código civil brasileiro e o abuso do direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. **THEMIS**: revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial. Código Civil Português: evolução e perspectivas actuais. Coimbra: Almedina, p. 107-128, 2008. p. 114.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses).

MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”**. 3. ed. aument. e atual. à luz do código de processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**: parte geral: legitimidade, representação, prescrição, abuso do direito, colisão de direitos, tutela privada e provas. Coimbra: Almedina, 2011. t. v.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código civil**. Portugal, 1966. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC n. 0302271-15.2014.8.24.0020**. Relator: Des. Luiz César Medeiros, 5.^a Câmara de Direito Civil, j. em 29.08.2017. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 21 jan. 2021.

TARTUCE, Flávio. Companheiros são herdeiros necessários? *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Famílias e sucessões**: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 27-38.

A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO COMO REPERTÓRIO DE LUTA: A ADI 4.277-DF E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO FAMILIAR HOMOAFETIVA

Vinicius Araujo Brito de Jesus¹
Victor Vinicius de Moraes Rosa²

1 INTRODUÇÃO

A luta pelo reconhecimento da identidade e dos valores da população LGBTQIA+ alcança um marco de celebração no ano de 2021: há 10 anos, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 132 e ADI 4.277, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Na decisão, ao dar interpretação ao Artigo 1723 do Código Civil conforme à Constituição Federal, o Poder Judiciário permitiu a ampliação dos direitos homoafetivos após um longo processo de luta dos movimentos LGBTQIA+ pela efetivação de seus direitos sexuais de livre constituição familiar.

No decorrer dessa década, a decisão histórica da ADPF 132 e ADI 4.277 causou grandes transformações no campo jurídico, ampliando o espaço de luta para o reconhecimento de novos direitos. Com isso, a partir da decisão supracitada, o Direito brasileiro assimilou novas mudanças dentro de sua estrutura, tais como a consolidação do casamento

1 Graduando; UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”;
vinicius-araujo.jesus@unesp.br

2 Graduando; UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”;
victorv.moraes@gmail.com

civil entre pessoas do mesmo sexo, regulamentada pelo CNJ em 2013, e o direito pleno à adoção por pares homoafetivos.

Convém enfatizar, contudo, que o processo de reconhecimento dos direitos homoafetivos ocorreu após intensa mobilização jurídica e social, não emanando verticalmente do Judiciário. Desse modo, a absorção de novas formas de família pelo Direito há muito vinha sendo debatida na doutrina e na jurisprudência a partir da corrente encabeçada por Maria Berenice Dias, a qual defendia uma concepção ampla de família com direitos igualitários entre casais homoafetivos e heteroafetivos.

Atrelado a isso, os movimentos sociais LGBTQIA+ passaram a utilizar o Judiciário como um possível espaço para o reconhecimento de seus direitos, em especial os relativos à constituição da família homoafetiva, tendo em vista a própria reconstrução doutrinária do Direito de Família. Isso produziu uma série de processos judiciais e decisões que reconheceram a identidade e os valores da população LGBTQIA+ antes mesmo do julgamento paradigmático da ADPF 132 e ADI 4277.

Interessa para a realização e conclusão deste artigo estudar a evolução temporal dos direitos homoafetivos no caso brasileiro, tendo em vista o processo de mobilização jurídica e social que serviu de base para o julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 no STF. Para tanto, serão analisados os eventos que causaram mudanças substanciais no direito à constituição familiar dos sujeitos homoafetivos, com enfoque nos indivíduos, grupos e organizações que buscaram a materialização de seus direitos dentro do Poder Judiciário, a partir de estratégias de ação constituídas dentro e fora do campo jurídico.

Com isso, a presente análise utilizará a perspectiva metodológica da Mobilização do Direito, que vê o Poder Judiciário como um campo de lutas interpretativas para a criação de mecanismos que possibilitam a consolidação dos direitos socialmente ignorados. Assim, analisar-se-ão os fundamentos jurídicos da ADPF 132 e ADI 4.277, bem como a jurisprudência que dela advém, a fim de entender como foi possível o reconhecimento da cidadania sexual dos indivíduos homoafetivos e a consequente transformação de seus direitos de família a partir da mobilização.

Busca-se, portanto, compreender como os indivíduos homoafetivos interpretaram os sinais emitidos pelos tribunais e organizaram suas estratégias de ação para ampliar seus direitos de constituição familiar. Isto é, como a mobilização do Direito operou mudanças sociais através do reconhecimento de novas formas de família dentro do Poder Judiciário, entendendo, por fim, se o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 foi

o bastante para a realização plena do direito à constituição familiar por pessoas homoafetivas.

2 A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO COMO MÉTODO PARA O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE SEXUAL HOMOAFETIVA

O processo de construção da sexualidade humana, longe de ser um mero produto de anseios subjetivos, deve ser posicionado dentro de contextos sociais e históricos específicos. Os atos sexuais, mesmo que semelhantes, ganham significação distinta conforme a cultura e a sociedade nas quais estão inseridos³. Portanto, as identidades sociais, especialmente as identidades sexuais, são construídas através de processos normalizadores, em que o sujeito é substantivado a partir das relações de gênero para delas emergir⁴.

Ao mesmo tempo, ao lado do processo formador da sexualidade humana, o Estado atuou como ente imperativo na tentativa de regular o comportamento afetivo e sexual dos indivíduos. Para tanto, as relações entre pessoas do mesmo sexo atravessaram um longo percurso de invisibilização, o que de um lado levou a criminalização de relações homoafetivas e, de outro, o não reconhecimento da afetividade entre iguais como forma válida de existência⁵.

Conseqüentemente, a luta pelo reconhecimento da cidadania social dos indivíduos com sexualidades não-hegemônicas ganhou espaço dentro da arena social, fazendo com que os movimentos minoritários passassem a enxergar o Direito como possível ferramenta de mudan-

3 WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição*, p. 24-61. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

4 BUTLER, Judith. "Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do "sexo";. In: LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição**, p. 110-125. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

5 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

ça social. De acordo com Foucault apud Scott⁶, o poder é formado por “constelações dispersas de relações desiguais constituídas pelo discurso nos campos da força”, logo, a produção de mudanças sociais deve ocorrer dentro dos espaços geradores de poder e não à parte deles, o que justifica a inserção dos movimentos sociais dentro do campo jurídico.

Nesse sentido, ao discorrer sobre as diferentes esferas de reconhecimento subjetivo e intersubjetivo dos sujeitos, Axel Honneth⁷ diz que as lutas sociais são baseadas na busca pelo reconhecimento que se expressa nas esferas do amor, do Direito e da solidariedade, produzindo diferentes níveis de autoconfiança, autorrespeito e autoestima, respectivamente. Com isso, a busca pelo reconhecimento no campo jurídico torna-se fundamental para gerar o autorrespeito e o sentimento de pertencimento do indivíduo ao corpo social em que ele está inserido.

Nesse ínterim, pontua-se que a história da homoafetividade tornou-se, com o processo de desenvolvimento das sociedades ocidentais, a história de uma identidade que busca explicação e base em diversas áreas do conhecimento (biológico, psíquico, social e histórico). Logo, a sexualidade tornou-se não apenas um produto do sexo, mas “a possibilidade de algum tipo de espaço social e apoio social ou rede que dê sentido às necessidades individuais”, indo além do mero desejo erótico dos indivíduos⁸ (WEEKS, p. 50, 2000), já que a construção das identidades é fundamental para o reconhecimento, visibilidade e demanda por direitos (SILVA e col, 2014).

Apesar disso, a homoafetividade foi posicionada dentro de uma área inóspita do campo jurídico, sendo que as uniões entre pessoas do mesmo sexo foram consideradas por muito tempo como “casamento inexistente” (MADALENO, 2020). Dessa maneira, além dos imperativos afirmativos de conduta que impunham um comportamento heteronormativo aos sujeitos, o Estado ainda limitou a realização afetiva e fami-

-
- 6 SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses.** Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989, p. 20. Tradução disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em 03/06/2020. Acesso em: 19/08/2021.
- 7 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Editora 34: São Paulo, 2003. Acesso em: 16/08/2021.
- 8 WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade.** In: LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição, p. 50. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

liar desses indivíduos, impedindo a constituição do autorrespeito gerado pelo reconhecimento jurídico⁹.

Pontua-se, ainda, que o processo de sedimentação das identidades sexuais funciona a partir de uma “força de exclusão e abjeção”¹⁰, que posiciona os indivíduos com performatividades sexuais deslocadas da heteronormatividade em uma área inóspita de não reconhecimento de direitos. Esse sentimento de desrespeito e invisibilização é o motor que engendra as lutas sociais¹¹, o que ocorre após a compreensão dos descontentamentos como injustiças, formando comunidades que constroem redes baseadas em uma interpretação integrada dessas injustiças¹².

Por conseguinte, com a queda dos regimes autoritários e a evolução dos Estados democráticos na América Latina, os movimentos sociais passaram a pleitear novas formas de reconhecimento social, dentre elas a busca pela assunção de uma cidadania sexual¹³. Com isso, os ativistas políticos posicionaram a luta pelo reconhecimento da homoafetividade ao lado de outras demandas sociais de Direitos Humanos¹⁴, a partir de uma perspectiva multiculturalista e interseccional, na qual compreende-

-
- 9 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Editora 34: São Paulo, 2003. Acesso em: 16/08/2021.
- 10 BUTLER, Judith. “Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo””; In: LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição**, p. 110-125. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.
- 11 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Editora 34: São Paulo, 2003. Acesso em: 16/08/2021.
- 12 LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro**, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1XhkrJhSjdKk_9ZlrrQ13knkNgJa6Wl_K. Acesso em: 06/09/2021.
- 13 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233-262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.
- 14 CORRÊA, Sonia. **O percurso global dos direitos sexuais**: entre “margens” e “centros”. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 04, 27 nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2294/1727>. Acesso em: 01/09/2021.

-se que as diversas formas de opressão se relacionam entre si, em especial às relativas à raça, classe e gênero¹⁵.

Nesse contexto, o movimento LGBTQIA+, ao procurar a visibilização das relações homoafetivas, buscou inspiração em outros movimentos sociais para encontrar suas bases de ação. Cita-se o exemplo do movimento feminista mexicano, que a partir de suas ações intra e extralegais, criou, ao lado de outros atores políticos, um terreno fértil que culminou no reconhecimento legislativo dos direitos sexuais das mulheres¹⁶. Tal comportamento inspirou a ação de grupos homoafetivos, que partiram dos referenciais e dos “marcos de ação” deixados pelos movimentos feministas, para reivindicar o direito à união legal homoafetiva¹⁷.

Essa possibilidade de atuação relacional entre ativistas de diferentes organizações e movimentos sociais é uma alternativa à luta clássica por direitos fundada nos direitos humanos universalizantes¹⁸, que coloca Direito e política em esferas díspares da arena social. Pelo contrário, com o crescimento das demandas por reconhecimento social, incrementou-se a perspectiva mobilizatória do Direito com o foco nos movimentos

15 MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia**: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, no 21, jan./jun. 2009, p. 150-182. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/BkRJyv9GszMddwqpnrcrjvdm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01/09/2021.

16 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233-262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

17 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233-262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

18 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233-262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

sociais, considerando o campo jurídico como um dos componentes do sistema político¹⁹.

Assim sendo, o movimento de mobilização do Direito pelos movimentos sociais refere-se “às ações de indivíduos, grupos ou organizações em busca da realização de seus interesses e valores”²⁰, a partir da identificação de sentimentos de injustiça comuns, o que ocorre justamente dentro do movimento LGBTQIA+. O campo jurídico, portanto, torna-se um campo de lutas interpretativas, onde a lei é uma fonte de símbolos e significados, cuja significação confere referencial para os marcos de ação coletiva²¹.

Atrelado a essa força mobilizatória, está o aumento do protagonismo dos tribunais, que atuam para atender as demandas pautadas por esses movimentos, fazendo com que a análise dos processos judiciais se torne fundamental para organizar as ideias e orientar as ações dos grupos sociais²². Dessa maneira, a observação relacional de outros atores políticos aliada a resposta dos tribunais frente aos direitos peticionados permite com que os movimentos definam suas estratégias, tais como: quais as formas de propor suas demandas, quais os atores envolvidos e os caminhos que otimizam o reconhecimento de seus direitos²³.

19 PERRICONE, Anitta. La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición. **Revista de ciencia política**, vol. 40, nº 1, p. 73-94: 2020. Acesso em: 14/08/2021.

20 LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1XhkrJhSjdKk_9ZlrrQ13knkNgJa6Wl_K. Acesso em: 06/09/2021.

21 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233 262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

22 MCCANN, Michael W. Poder judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos usuários. **Revista da EMARF**, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro. 2010, p. 175-196. Acesso em: 30/08/2021.

23 CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233 262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSKZ72JjYcMLYQi-KCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

Tendo isso em vista, o presente artigo visa analisar as condições sob as quais a mobilização do Direito ocorreu no caso do movimento LGBTQIA+ brasileiro, verificando as condições e os atores envolvidos nesse percurso. A fim de compreender os resultados da mobilização, analisar-se-ão os argumentos e os sujeitos que compuseram a ADPF 132 e a ADI 4277, buscando entender como esse julgamento refletiu a mudança doutrinária e jurisprudencial que vinha sendo construída antes do julgamento, visualizando como a decisão serviu de referencial para mudanças posteriores.

A partir disso, Perricone²⁴ destaca que antes de discutir os efeitos da mobilização do Direito é necessário compreender quais os recursos disponíveis para a luta. Para tanto, a autora divide as condições mobilizatórias dos grupos a partir da abundância ou escassez de recursos organizacionais, oportunidades políticas e oportunidades legais, os quais são marcados, respectivamente, pela capacidade de financiar campanhas para demandar direitos, possibilidades de acesso ao sistema político e abertura do campo jurídico.

O estudo proposto, portanto, parte da premissa do reconhecimento jurídico como base para a valorização do indivíduo em relação a si e ao corpo social, sendo que a visualização das injustiças é o motor que engendra as lutas pelo reconhecimento dos direitos homoafetivos. A partir disso, com a mobilização do campo jurídico pelos indivíduos LGBTQIA+, apresentar-se-ão as condições sob as quais essa mobilização ocorreu, pois, dependendo dos recursos e aliados disponíveis, a mobilização produzirá efeitos positivos para o reconhecimento ou não. Isso só será exposto após a descrição pormenorizada do percurso para a validação dos direitos familiares de indivíduos homoafetivos, através do estudo da ADPF 132 e ADI 4277 e suas consequências no campo jurídico.

Em resumo, no Brasil, a mobilização do Direito impulsionou o surgimento de inúmeros processos judiciais que tentavam a produção de efeitos jurídicos para as uniões homoafetivas. Esse ímpeto mobilizatório culminou com o julgamento do STF, no ano de 2011, da ADPF 132 e ADI 4277, as quais conferiram interpretação conforme à constituição ao Art. 1723 do Código Civil, possibilitando a união estável entre indivíduos do mesmo sexo. Posteriormente, o STJ e o CNJ concederam a permissão para a realização do casamento entre sujeitos homoafetivos, havendo ain-

24 PERRICONE, Anitta. La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición. **Revista de ciencia política**, vol. 40, nº 1, p. 73-94: 2020. Acesso em: 14/08/2021.

da a possibilidade de adoção por esses casais. Assim, espera-se esclarecer as condições nas quais esse processo ocorreu, demonstrando a possibilidade de a mobilização do Direito operar como ferramenta de mudança social, tendo em vista a escassez ou a presença de recursos organizacionais, oportunidades políticas e oportunidades legais.

3 A ADPF 132 E A ADI 4277 E O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Antes da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal dar interpretação conforme à Constituição ao Art. 1723 do Código Civil, a união homoafetiva suscitava controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileira, podendo ser compreendida como sociedade de fato ou entidade familiar autônoma²⁵. A primeira corrente, denominada restrita e, portanto, já superada, entendia que a união de pares homoafetivos devia ser tratada pelo viés patrimonial, como sociedade de fato, sempre de acordo com o direito das obrigações²⁶, tendo em vista a omissão das codificações brasileiras sobre essa entidade familiar²⁷.

À vista disso, Maria Berenice Dias apontava que conceder juridicidade somente para uniões estáveis heteroafetivas constituiria preconceito constitucional²⁸. Nesse sentido, cunhou o termo “homoafetividade” e a expressão “união homoafetiva” a fim de destacar o vínculo de afeto

25 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 41. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

26 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

27 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 30/08/2021.

28 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1179. 9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

dentro da relação conjugal homoafetiva²⁹. Ademais, criticou a classificação das uniões homoafetivas como meras sociedades de fato, já que essas se formam com finalidade exclusivamente econômica para dividir resultados, enquanto aquelas, assim como as heteroafetivas, buscam o comprometimento afetivo e a vivência partilhada da vida³⁰.

Interessante notar, que a sexualidade humana funciona como um “dispositivo histórico de poder” que opera um ideal regulatório sobre o comportamento dos sujeitos³¹. Nesse processo de construção da sexualidade, a heterossexualidade tornou-se compulsória, institucionalizando-se como comportamento padrão que ligou a sexualidade à determinada categoria sexual (genital)³². É nesse contexto que Foucault apud Weeks³³ utiliza a ideia de biopoder, não como uma força negativa que funciona com base em proibições, mas sim como um complexo ímpeto imperativo preocupado em dizer qual o modo adequado (e viável) de vida. Por isso, o processo de construção da sexualidade é marcado pelo reconhecimento de certas identidades sexuadas em detrimento de outras.

Desse modo, ao reforçar o caráter afetivo das relações entre pessoas do mesmo sexo, Maria Berenice Dias³⁴ endossou a corrente doutrinária ampla que pretendia a desbiologização do conceito de família, ensejando um possível reconhecimento jurídico para as uniões homoafetivas.

29 VECCHIATTI, P. O STJ e a união homoafetiva a: da “sociedade de fato” à família conjugal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 01, p. e294, 11 jul. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revista-dedireito/article/view/294>. Acesso em: 01/09/2021.

30 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva não é apenas dividir economias**. *Conjur - Consultor Jurídico*, 24 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato>. Acesso em: 20/08/2021.

31 WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição*, p. 24-61. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

32 WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição*, p. 24-61. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

33 WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição*, p. 24-61. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

34 BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo**. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2019. Acesso em: 01/09/2021.

Isto posto, a corrente, encabeçada pela supracitada Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ganhou espaço majoritário na doutrina e jurisprudência nacional³⁵ partindo da premissa de não ser possível uma interpretação literal da lei, mas sim uma sistemática do Texto Maior a fim de compreender o rol de famílias da Constituição, presentes em seu artigo 226, como meramente exemplificativos³⁶.

Por conseguinte, a construção jurisprudencial nos Tribunais de Justiça Estaduais passou a indicar uma tendência de aplicação do conceito amplo de família antes mesmo do STF, como foi o caso dos tribunais de Minas Gerais e Rio de Janeiro³⁷. Cabe destacar, porém, o pioneirismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da AI 599 075 496, de 1999, ao determinar que conflitos decorrentes de relações homoafetivas fossem incluídos na Vara de Família³⁸. Outrossim, várias são as decisões no tribunal gaúcho que reconheceram direitos de família para casais de pessoas de mesmo sexo, tais como a Apelação Cível 70012836755 em 2005, e os Embargos Infringentes 70006984348 e a Apelação Cível 70005345418 de 2003³⁹.

Simultaneamente, os tribunais superiores reiteraram os entendimentos dos tribunais estaduais na aplicação do conceito amplo de família. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao decidir sobre a permanência de um estrangeiro no Brasil baseado na união familiar, declarou que a união homoafetiva é entidade familiar⁴⁰ ainda no ano de 2008. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já havia deferido reiteradamente

35 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 447. 9788530989385. Disponível em: Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

36 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 447. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

37 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 447. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

38 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina. **Fundamentos Do Direito Civil - Direito De Família - Volume 6**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.31. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 23/08/2021.

39 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 449. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

40 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 449. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

direitos previdenciários a parceiros homoafetivos⁴¹, além de autorizar, ao lado do CNJ, a inclusão de companheiros nos planos de saúde e benefícios sociais de servidores públicos⁴².

Deve-se destacar que o avanço da jurisprudência para o reconhecimento dos direitos familiares da população LGBTQIA+ ocorreu já que a Constituição Federal não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e a aplicação do artigo 226 da Carta Federal para casais homoafetivos só poderia ser impedida por norma explícita, devendo ser aplicada por analogia para casais homoafetivos⁴³. Essa justificativa, denominada de norma geral negativa kelseniana⁴⁴, serviu de base para a fundamentação das ações dos indivíduos homoafetivos que buscavam o reconhecimento dos direitos decorrentes de suas relações afetivas e familiares.

Ademais, a assimilação dos direitos homoafetivos pelo campo jurídico teve também como base o Princípio da Dignidade da pessoa humana, segundo o qual existe um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade da dignidade do indivíduo que é violado por qualquer atitude que objetifique a pessoa, causando coisificação⁴⁵. A proteção dessa dignidade, ressalta-se, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, sendo a família local de realização mútua e pessoal da felicidade⁴⁶.

Atrelado a isso, ao lado da dignidade humana, o princípio da afetividade ganhou *status* jurídico, levando o afeto a ser concebido enquanto o dever de cuidado, proteção e assistência necessários entre os indivíduos de

41 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 454. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

42 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva não é apenas dividir economias**. Conjur - Consultor Jurídico, 24 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato> Acesso em: 20/08/2021.

43 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 40. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

44 BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo**. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2019. Acesso em: 01/09/2021.

45 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 32. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

46 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina. **Fundamentos Do Direito Civil - Direito De Família** - Volume 6. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 23/08/2021.

uma mesma família. Portanto, como aponta Pereira⁴⁷, os atos, fatos e negócios jurídicos passam pela subjetividade, fazendo com que o desejo ganhe juridicidade, transformando o afeto em vetor das relações familiares, conjugais e parentais⁴⁸. Em resumo, o respeito, a dignidade e o afeto tornaram o conceito de “família” plural, podendo essa, de acordo com o Princípio da liberdade familiar, formar-se de acordo com a autonomia das partes⁴⁹.

Isto posto, a concretização definitiva do entendimento da união homoafetiva como entidade familiar ocorreu em 2011 com a decisão do STF acerca da ação proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, ainda em 2008. O então governador propôs a ADPF 132/RJ para reconhecer que uniões homoafetivas são entidades familiares⁵⁰. Tal medida fez-se necessária pois o Tribunal do Rio de Janeiro vinha emitindo decisões que não reconheciam direitos homoafetivos de família, levando a uma interpretação conflituosa do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro com os preceitos da Constituição Federal⁵¹.

Dessa maneira, os indivíduos homoafetivos identificaram violações diretas a preceitos constitucionais ao analisar a fundamentação das decisões do Tribunal Carioca que negavam a licença por doença, o auxílio-doença e a assistência médico-hospitalar para servidores com parceiros do mesmo sexo. Isso impulsionou o ajuizamento de demandas judiciais para o reconhecimento desses direitos, criando um repertório de luta a partir do qual os indivíduos homoafetivos encontraram, na Constituição Federal, seu principal aliado na tentativa do reconhecimento de suas constituições familiares. Somado a isso, em 2009, a Procuradoria

47 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**: Volume V. 28. Ed. revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 33. 9788530990664. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 15/08/2021.

48 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**: Volume V. 28. Ed. revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 33. 9788530990664. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 15/08/2021.

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 32. 978655593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

50 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 450. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

51 LEITE, Glauco Salomão. **Jurisdição constitucional, ativismo judicial e minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 16/08/2021.

Geral da República moveu ação com igual objetivo, a qual foi recebida como ADI 4277/DF, sendo somada a ADPF 132/RJ supracitada⁵².

O julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF ocorreu com presença de diversos *amicus curiae* da sociedade civil, como o Conectas Direitos Humanos, o Instituto brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, entre outros⁵³. Sob relatoria do Ministro Ayres Britto e com votação unânime dos Ministros, houve o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida⁵⁴. Produziu-se, assim, decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*⁵⁵, consolidando toda a construção dos tribunais que já sinalizavam a adoção do conceito amplo de família.

Nesse interím, a fim de compreender a fundamentação da decisão que levou a ampliação dos direitos homoafetivos, frisa-se, primeiramente, que Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 1.723 do Código Civil não impede o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo. Para tanto, todos os direitos e deveres jurídicos são iguais para todos os tipos de casais, independentemente da orientação sexual⁵⁶, de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação odiosa, da igualdade, da liberdade e da proteção da segurança jurídica⁵⁷.

52 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 451. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

53 FILHO, Ricardo Andrade Coitinho; RINALDI, Alessandra de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”**: Onde os direitos e as moralidades se cruzam. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 28, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/kbRpWfXKRzwxky7Wmz9TFMg/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 25/08/2021.

54 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1181. 9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

55 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 453. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

56 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 41. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

57 FILHO, Ricardo Andrade Coitinho; RINALDI, Alessandra de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”**: Onde os direitos e as moralidades se cruzam. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 29, jan.-abr. 2018. Disponível em:

Em segundo lugar, observa-se, no voto do Ministro Ayres Britto, relator das ações, a importância da desbiologização da família e da valorização dos vínculos afetivos entre seus membros, pois, segundo ele, a família é um fato cultural, não se limitando a uma definição biológica, religiosa ou até mesmo normativa. Logo, ao cunhar o termo “homoafetividade” como vínculo de afeto e solidariedade entre pessoas de mesmo sexo, o STF retomou a concepção doutrinária outrora usada por Maria Berenice Dias e reforçou que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem geral, sem discriminação, reafirmando o constitucionalismo fraternal, livre de preconceitos, expresso no preâmbulo constitucional⁵⁸ e base para a pluralidade das formas de família:

núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional (Ministro Ayres Britto, ADI 4.277, 2011, p. 646).

Ao destacar a pluralidade das formas de família, o relator, assim como os ministros que votaram favoráveis ao reconhecimento das uniões homoafetivas, utilizou a ideia da norma geral negativa de Kelsen para embasar ainda mais suas explicações. Desse modo, o silêncio da Carta Magna sobre essas relações não poderia ser usado para impedi-las, pois o que não está expressa ou implicitamente proibido, está permitido. À vista disso, a Ministra Cármen Lúcia⁵⁹ conceitua que o Estado Democrático de Direito

<https://www.scielo.br/j/civitas/a/kbRpWfXKRzwxky7Wmz9TFMg/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 25/08/2021.

- 58 LEITE, Glauco Salomão. **Jurisdição constitucional, ativismo judicial e minorias**: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 32. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 16/08/2021.
- 59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 17/08/2021.

possui como um dos pilares a Dignidade humana, que pressupõe, acima de tudo, a liberdade de escolha e autonomia privada. Em suas palavras:

Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática (Ministra Cármen Lúcia, ADI 4.277, 2011, p. 700).

Nota-se que o STF absorveu os argumentos doutrinários e jurisprudenciais produzidos pela mobilização anterior ao julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, que já vinham sendo manifestados pelas decisões de outros tribunais. Tal decisão, portanto, é consoante com a repersonalização das relações de família com a descaracterização da excessiva preocupação pelas relações patrimoniais⁶⁰, e o deslocamento de sua função para a realização dos projetos existenciais de seus integrantes⁶¹ na garantia da realização da afetividade como condição primordial de adequação do direito com a realidade⁶².

Em suma, a união homoafetiva foi considerada entidade familiar enquanto representar afetividade, estabilidade e ostensibilidade⁶³. Ora, como ensina Pereira⁶⁴ e como foi reforçado pelo voto do Ministro Ayres Britto, a família é fato cultural e não natural, podendo, portanto, mudar com a sociedade. Nesse sentido, a não adequação do Direito à realidade representaria uma expropriação da cidadania, já que a concepção de família natural e estática não é mais realidade com a tutela da família sem filhos pela Consti-

60 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

61 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.10. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

62 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.11. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

63 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.40. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

64 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 215. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

tuição, o fim da procriação como finalidade da família, adoção permitida independentemente de estado civil, entre outras mudanças de paradigmas⁶⁵.

Tal entendimento é reforçado reiteradamente após a histórica decisão do STF, como nas orientações de que questões decorrentes da união homoafetiva são de competência da Vara da Família pela V Jornada de Direito Civil em Enunciado n. 524 do CJF e pela decisão do Superior Tribunal de Justiça em 2013⁶⁶. Todavia, a possibilidade da união estável homoafetiva não representa por si só a consolidação plena dos direitos de família homoafetivos. Assim, é necessário compreender como essa decisão repercutiu em outras esferas do Direito das famílias brasileiro, em especial no que tange ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e da adoção por pares homoafetivos.

3.1 CONSEQUÊNCIA JURÍDICAS DA ADPF 132 E ADI 4277: O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

Viu-se, anteriormente, que a constatação das disparidades entre o Direito formalmente garantido e o Direito socialmente eficaz⁶⁷ fez a luta dos movimentos sociais sair da esfera legislativa e adentrar as trincheiras do Judiciário. Esse processo de luta pela desmarginalização das relações homoafetivas e pelo reconhecimento dos direitos da população LGBTQIA+ é de ganho pessoal e íntimo, na realização da felicidade e dignidade da pessoa humana, e de toda a comunidade, pois:

quando um grupo socialmente discriminado é reconhecido em seus direitos, quando ganha espaço para expressar seus gostos e sentimentos (desde que isso não aconteça em prejuízo dos outros), a sociedade inteira se torna um pouco mais livre [...]. (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 189).

-
- 65 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.41. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.
- 66 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 454. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.
- 67 SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

Nesse percurso para a consolidação da cidadania sexual dos sujeitos homoafetivos, com o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se possível sua conversão em casamento civil⁶⁸. À vista disso, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, que a união estável poderá ser convertida em casamento com a facilitação da lei, o que se coaduna com o princípio da liberdade de constituição familiar⁶⁹. Igualmente, o Enunciado n. 526 do CJF/STJ da V Jornada de Direito Civil, declarou que a conversão de união homoafetiva para casamento homoafetivo é uma possibilidade de lei⁷⁰.

Tal foi o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na REsp 1.183.378/RS, publicado no seu Informativo n. 486, em outubro de 2011, tornando possível o casamento civil direto por pares homoafetivos⁷¹. No caso, duas mulheres tiveram a habilitação civil do seu casamento negada pela primeira e segunda instância do Judiciário⁷². Assim, em acórdão, o voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão defendeu que o julgamento da ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF conferiu interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil de forma a reconhecer a união contínua, pública e duradoura entre pessoas homoafetivas como entidade familiar, conforme o poliformismo familiar constitucional, protegido, sem exclusões, pelo Estado. Ademais, sustentou que o casamento civil é o melhor mecanismo de proteção da família pelo Estado, não sendo possível, portanto, que seja negado tal proteção por critério de orientação sexual.

Isto posto, a Resolução n° 175/2013 tratou de regulamentar a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre homoafetivos⁷³. Segundo a letra da resolução, levando

68 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 453. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

69 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 82. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

70 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 453. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

71 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 33. 9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

72 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1181.9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

73 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 118. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

em conta o julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, e o julgamento da RESP 1.183.378/RS pelo STJ, ficou consolidado a inexistência de impedimento para a celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Portanto, em seu artigo primeiro, é vedada a recusa de autoridade competente para habilitar e celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento de pares homoafetivos. Reforçando seu sentido, o artigo segundo dispõe que a recusa da autoridade implicará em comunicação ao respectivo juiz corregedor para tomar providências cabíveis. Além disso, o Provimento n.37 do Conselho Nacional de Justiça de 2014 possibilitou o registro da união estável homoafetiva no livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais. Ainda, em 2015 o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da REsp. n. 1.302.467/SP de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu o direito a alimentos do companheiro homoafetivo que restar em situação financeira precária⁷⁴.

Portanto, como resultado dos entendimentos supracitados, não há mais diferenciação entre família homoafetiva e a heteroafetiva⁷⁵. A família homoafetiva não é autônoma, resultado de mera aplicação analógica, mas sim entidade familiar como a heteroafetiva, com mesmos direitos, deveres e efeitos jurídicos⁷⁶. O casamento homoafetivo é, portanto, representação da igualdade acima do literalismo e omissão da lei, pois a diversidade sexual é um fato, e ignorar uma realidade negando ou omitindo direito incorreria discriminação do Estado, criando uma sociedade dividida entre pessoas de primeira categoria, com direitos completos, e de segunda categoria, com direitos e prerrogativas negadas⁷⁷. Logo, para o prosseguimento do artigo faz-se necessário o estudo da adoção por casais do mesmo sexo, a fim de entender se os sujeitos LGBTQIA+ conquistaram seu direito à plena constituição familiar.

74 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1184.9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

75 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 117. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

76 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 41. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

77 FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo: a desconstrução de estigmas e a construção de parâmetros para o desenvolvimento pessoal e a justiça social**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

3.2 DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA COMO REALIZAÇÃO PLENA DO DIREITO A FAMÍLIA

Em primeiro lugar destaca-se que a principal barreira para a adoção conjunta homoafetiva se dava com o artigo 42, parágrafo segundo do ECA. Nele, a adoção conjunta é condicionada à existência de casamento ou união estável dos adotantes⁷⁸. Desta forma, até o julgamento conjunto da ADPF n. 132 e na ADI n. 4.277, que reconheceu a união homoafetiva como união estável, prevalecia o entendimento da não possibilidade de adoção conjunta por pares homoafetivos⁷⁹.

Nesse sentido, a dificuldade enfrentada por casais homoafetivos na realização plena do direito à constituição familiar levava ao ingresso do pedido de adoção isolada por apenas um dos integrantes do casal, ocorrendo um pedido posterior pelo companheiro remanescente sob o argumento do vínculo socioafetivo com a criança ou adolescente⁸⁰. Desse modo, mesmo antes do julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal, a realidade brasileira permitia que, na prática, a adoção conjunta ocorresse, o que não era ideal para o adotando tendo em vista que a recusa estatal em conceder adoção conjunta em razão da sexualidade dos adotantes criava uma modalidade intermediária de direitos. Isso gerava uma série de prejuízos ao vulnerável pela falta de vínculo jurídico com um de seus pais, excluindo possibilidade de alimentos, sucessão, nome, entre outros direitos de família⁸¹.

O impedimento da colocação de crianças e adolescentes em família homoafetiva é uma vedação aos seus direitos fundamentais e, sobretu-

78 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 730.9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

79 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina. **Fundamentos Do Direito Civil - Direito De Família** - Volume 6. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.265. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 23/08/2021.

80 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153. Acesso em: 15/08/2021.

81 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 28/08/2021.

do, da dignidade humana de todos os envolvidos⁸². Nesse entendimento, o casal homoafetivo pode adotar em conjunto enquanto entendido como união estável ou casamento civil⁸³ de acordo com o direito de constituir planejamento familiar conforme o artigo 226, parágrafo sétimo da Constituição Federal⁸⁴. Portanto, para adotar basta comprovação de casamento ou união estável, bem como demonstração do atendimento ao interesse do adotando pela estabilidade e boa estrutura familiar⁸⁵.

Reforçando esse entendimento, o Informativo n. 432 do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp 889.852/RS, emitiu decisão que admitiu adoção para casal homoafetivo ainda em 2010⁸⁶. Ademais, no ano de 2012 a Terceira Turma do STJ, no REsp. n. 1.281.093-SP, reafirmou o direito de adoção por casal homoafetivo tendo em vista que o julgamento do STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar⁸⁷.

Sob essa orientação, o Provimento 63/2017 do CNJ uniformizou em todo o território nacional o registro de nascimento e a emissão de certidão para filhos havidos por reprodução assistida determinando que em caso de casais homoafetivos o assento de nascimento deverá ser adequado para constar os nomes dos ascendentes sem referência a “mãe” e “pai”⁸⁸. Observa-se, tão logo, que a pluralidade da configuração familiar, evidenciada pela diversidade de formas de alcançar a paternidade, seja pela adoção, seja por técnicas de reprodução assistida. Igualmente, a Re-

-
- 82 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 286. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 28/08/2021.
- 83 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 135. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.
- 84 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina. **Fundamentos Do Direito Civil - Direito De Família** - Volume 6. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 266. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 23/08/2021.
- 85 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 454. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.
- 86 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 449. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.
- 87 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 734.9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.
- 88 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 216. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

solução CFM n. 2.168/2017 resta claro que a reprodução assistida é uma possibilidade para casais homoafetivos⁸⁹.

Em suma, tendo em vista que o amor e o afeto são as bases de uma família e somente por eles uma família é unificada⁹⁰, a possibilidade da adoção homoafetiva é a plena realização do princípio da afetividade e da igualdade no seio da vida privada. Segundo Campos, Oliveira e Santana⁹¹ (2018) a adoção é a inclusão de crianças e adolescentes na vida familiar através de vínculos afetivos. É ato de vontade com fator sociológico. Portanto, a adoção por pares homoafetivos não só é atendimento aos interesses e direitos fundamentais da população LGBTQIA+, mas também um aumento da possibilidade de proteção de crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade⁹².

4 A DECISÃO DO STF COMO CONSEQUÊNCIA DA MOBILIZAÇÃO DO DIREITO

A partir da análise do processo de reconhecimento da união estável homoafetiva e, posteriormente, do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a respectiva adoção por esses casais, observou-se que os processos judiciais funcionaram como um espaço de luta para negociação das

89 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 284.9788530987961. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 01/09/2021.

90 MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 28/08/2021.

91 CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida; SANTANA, Raquel. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2018. Disponível em: IBDFAM: Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar Acesso em: 15/08/2021.

92 CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida; SANTANA, Raquel. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2018. Disponível em: IBDFAM: Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar Acesso em: 15/08/2021.

identidades individuais⁹³. Nesse sentido, o movimento LGBTQIA+ encontrou, no Direito, um potencial emancipatório⁹⁴, o qual, mesmo sendo uma instituição mantedora da ordem social e do *status quo*, possibilitou a afirmação dos direitos de indivíduos que antes encontravam-se em uma zona abissal de não reconhecimento jurídico⁹⁵.

Analogamente ao caso brasileiro, a mobilização do Direito permitiu a afirmação dos direitos homoafetivos tanto em países da América Latina, como na Europa. É o caso, por exemplo, do Estado Português, cujo Judiciário, no ano de 1998, negou a guarda de uma criança a um pai que firmou uma união homoafetiva após seu divórcio. Nesse processo, apesar da primeira instância reconhecer a possibilidade da guarda baseada no melhor interesse da criança e do adolescente, bem como no direito à não discriminação, a corte recursal portuguesa acabou indeferindo seu pedido, sob a justificativa de que o menor deveria ficar com o genitor que representasse melhor os valores dominantes da sociedade portuguesa⁹⁶.

No caso de Portugal, com o indeferimento da guarda de seu filho, o sujeito envolvido no processo peticionou seus direitos frente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual produziu uma decisão histórica ao conceder a guarda, com base em uma interpretação dinâmica do conceito de família presente na Constituição Europeia de Direitos Humanos e fundada na não discriminação⁹⁷. Destaca-se, ainda, que a hermenêutica jurídica utilizada baseou-se em uma interpretação principiológica, cons-

93 SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

94 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais**, 65, Maio 2003, p. 03-76. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 17/08/2021.

95 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais**, 65, Maio 2003, p. 03-76. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 17/08/2021.

96 SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

97 SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

truída a partir de uma intensa mobilização por parte do movimento LGB-TQIA+ que na década de 1990 já havia efetivado outras conquistas, como a retirada da “homossexualidade” da lista de doenças da OMS.

Conseqüentemente, no caso português, observou-se um amplo apoio organizacional e político, uma vez que as instituições internacionais de direitos humanos e o próprio movimento LGB-TQIA+ já haviam sedimentado as bases para a discussão a partir de ações estratégicas, o que permitiu uma mudança no pensamento jurídico do Tribunal Internacional e o reconhecimento da constituição familiar homoafetiva. Desse modo, ainda que de maneira residual e simbólica, o conflito jurídico propiciou o reconhecimento de novas identidades e valores, através do debate acerca do conceito de família, da não-discriminação, do melhor interesse da criança e do adolescente e dos direitos humanos⁹⁸.

Ao analisar o caso brasileiro de consolidação dos direitos homoafetivos, percebe-se uma semelhança com certos pontos do caso português. Isso pode ser comprovado pois a mobilização do direito, de um lado, encontrou um amplo apoio organizacional no Brasil, o que ficou claro pela presença dos *amicus curiae* no processo de julgamento da ADPF 132 e ADI 4277. Esses atores sociais, em sua maioria, incrementaram a demanda a partir da perspectiva do reconhecimento das uniões homoafetivas, o que ampliou quantitativamente e qualitativamente o debate⁹⁹.

Atrelado a isso, o movimento LGB-TQIA+ beneficiou-se de um sistema jurídico aberto, tendo em vista a interpretação positiva conferida às uniões homoafetivas pelos tribunais estaduais de grande parte do país. Portanto, a presença de decisões judiciais anteriores à propositura da ADPF 132 e ADI 4277 com perspectivas favoráveis para os direitos homoafetivos, permitiu a construção dos quadros de ação e repertórios de luta dos movimentos sociais que visualizaram os princípios constitucionais como um meio de garantir a legitimação de seus direitos sexuais e de constituição familiar, levando-os a consolidar, posteriormente, seu direito ao casamento civil e a adoção de crianças e adolescentes.

98 SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

99 LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1XhkrJhSjdKk_9ZlrrQ13knkNgJa6Wl_K. Acesso em: 06/09/2021.

Por fim, é de suma importância destacar que a mobilização do Direito, ainda que tenha seu resultado vinculado às condições organizacionais, políticas e jurídicas, pode produzir efeitos simbólicos mesmo no caso de negação das demandas peticionadas no Judiciário, funcionando como forma de registrar o descontentamento do grupo social¹⁰⁰. É o que ocorreu, por exemplo, no caso do movimento LGBTQIA+ no Chile, pois, embora a interpelação ao Judiciário não tenha representado a mudança legal em si, houve uma ampliação do debate acerca dos assuntos postulados, que ganharam apoio da opinião pública. Portanto, mesmo com a derrota, a mobilização permitiu a produção de efeitos simbólicos positivos, uma vez que a discussão foi pautada e, posteriormente, levada para a arena legislativa¹⁰¹.

Similarmente, o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF em 2011, bem como a possibilidade da celebração e habilitação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo pelo CNJ em 2013, influenciaram o debate legislativo sobre a questão. Nesse sentido, na mesma época em que ocorreram as mobilizações judiciais sobre o tema, a Câmara dos deputados e o Senado Federal pautaram a discussão do projeto de lei que pretendia alterar o Art. 1723 do Código Civil para permitir as uniões homoafetivas, ao mesmo tempo que propunham a discussão do Estatuto da Família, que aumentava a especial proteção do Estado às entidades familiares, mas só concedia esse *status* jurídico para as famílias tradicionais heteroafetivas¹⁰².

Em resumo, a mobilização jurídica possui fortes aliados no contexto brasileiro analisado, gerando uma interpretação do código civil conforme os preceitos constitucionais, dando legalidade e legitimidade para a constituição familiar homoafetiva. O movimento LGBTQIA+ conseguiu a promoção de mudanças diretas a partir da abertura do sistema jurídico após um longo percurso baseado em repertórios de ação firmados em decisões judiciais anteriores. Isto é, ainda que nem sempre reconhecidas as identidades em disputa, o conflito judicial foi fundamental

-
- 100 LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1XhkrJhSjdKk_9ZlrrQ13knkNgJa6Wl_K. Acesso em: 06/09/2021.
- 101 PERRICONE, Anitta. La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición. **Revista de ciencia política**, vol. 40, nº 1, p. 73-94: 2020. Acesso em: 14/08/2021.
- 102 BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito homoafetivo**: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2019. Acesso em: 01/09/2021.

para reposicionar as balizas de luta para a ampliação da cidadania sexual desses sujeitos e, conseqüentemente, do conceito de família.

5 CONCLUSÃO

O percurso para o reconhecimento dos direitos homoafetivos teve como marco o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, o qual conferiu interpretação ao Artigo 1723 do Código Civil conforme à Constituição Federal, reconhecendo a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, o sentimento de invisibilização e injustiça acarretado pela ausência de direitos engendrou uma mobilização jurídica e social por parte do movimento LGBTQIA+, provocando o Poder Judiciário antes mesmo do julgamento paradigmático estudado.

Em relação a isso, os tribunais de justiça estaduais, o STJ e o próprio STF emitiram inúmeras decisões, especialmente a partir dos anos 2000, que concederam direitos pontuais a casais ou indivíduos homoafetivos, servindo de referência para a estruturação da ação do movimento LGBTQIA+. Essa série de decisões aliou-se a uma reconstrução doutrinária encabeçada por Maria Berenice Dias, que reposicionou a base ideológica do Direito das famílias, ampliando o conceito de entidade familiar para além dos fatores biológicos estigmatizantes.

Conseqüentemente, o aumento das demandas pelos reconhecimentos dos direitos sexuais, especialmente de constituição familiar homoafetiva, fez com que as decisões do Judiciário servissem de marco argumentativo para a proposição de novas demandas, que culminaram com o julgamento histórico da ADPF 132/RJ e ADI 4277/RJ no ano de 2011. Assim, baseado no princípio da afetividade, da não discriminação, na dignidade da pessoa humana e na pluralidade de formas de família conferidas pelo rol exemplificativo do artigo 226 da Constituição Federal, o Superior Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas, retirando essas formas de família do caráter patrimonial conferido a elas, anteriormente, ao serem consideradas como sociedades de fato.

Com a decisão vinculante do STF, o campo jurídico continuou a assimilar as mudanças trazidas pelo movimento LGBTQIA+, determinando a obrigatoriedade de os cartórios celebrarem o casamento civil

homoafetivo em 2013 e, posteriormente, reafirmando a possibilidade de adoção por casais formados entre pessoas do mesmo sexo. Configurou-se, portanto, um cenário de reconhecimento das vivências individuais, familiares e coletivas dos sujeitos homoafetivos, os quais foram reconhecidos juridicamente por sua natureza, gerando o autorrespeito necessário para plena realização individual e conquista da felicidade - o que, como viu-se, é melhor realizado dentro do âmbito familiar, pois a família é a primeira comunidade humana, e comunidade vem da ideia de “comum unidade”.

A mobilização jurídica promovida pelos indivíduos homoafetivos permitiu o reconhecimento de suas identidades e valores em um contexto prévio de não concessão de direitos. Isso permitiu um aumento da cidadania social, e até mesmo sexual desses sujeitos, que interpretaram os sinais emitidos pelos tribunais e configuraram suas bases de ação a partir dos princípios constitucionais. Isto é, a mobilização do Direito permitiu, no caso dos direitos homoafetivos no Brasil, uma ampliação do rol de direitos a partir de garantias já previstas na Constituição, o que só foi possível tendo em vista a presença de aliados importantes no sistema Jurídico brasileiro e na sociedade civil.

Tal como ocorreu em países como Portugal, Chile e México, a mobilização do Direito no caso brasileiro permitiu uma reconfiguração do direito das Famílias, a partir da ampliação do debate sobre as novas formas de constituição familiar. Nesse sentido, a ocupação do Direito e sua visualização como uma possível ferramenta de mudança social somada aos aliados presentes no contexto nacional, permitiram a plena realização do direito familiar homoafetivo, no âmbito legal. Isto é, ainda que não haja leis positivas no Código Civil que permitam a constituição familiar homoafetiva, os casais formados entre pessoas do mesmo sexo tem liberdade para constituírem suas famílias com amparo legal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 44-59. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 30/08/2021.

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: 25/08/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 25/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 17/08/2021.

BUZOLIN, Lúvia Gonçalves. **Direito homoafetivo**: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2019. Acesso em: 01/09/2021.

BUTLER, Judith. “Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo””. In: LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição**, p. 110-125. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.

CARMONA, Carlos Arturo Martínez. Cómo el movimiento lgbt define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxv, núm. 239 - mayo-agosto de 2020 - p. 233-262. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U5vz0Bm0_FkjVnSK-Z72JjYcMLYQiKCQY/view. Acesso em: 01/09/2021.

CORRÊA, Sonia. **O percurso global dos direitos sexuais: entre “margens” e “centros”**. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 04, 27 nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2294/1727>. Acesso em: 01/09/2021.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Acesso em: 15/08/2021.

CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida; SANTANA, Raquel. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2018. Disponível em: IBDFAM: Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar Acesso em: 15/08/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> Acesso em 20/08/2021.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva não é apenas dividir economias**. Conjur - Consultor Jurídico, 24 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato> Acesso em: 20/08/2021.

FILHO, Ricardo Andrade Coitinho; RINALDI, Alessandra de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: Onde os direitos e as moralidades se cruzam**. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 26-42, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/kbRpWfXKRzwxky7Wmz9TFMg/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 25/08/2021.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo: a desconstrução de estigmas e a construção de parâmetros para o desenvolvimento pessoal e a justiça social**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 184-210. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Editora 34: São Paulo, 2003. Acesso em: 16/08/2021.

LEITE, Glauco Salomão. **Jurisdição constitucional, ativismo judicial e minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 29-44. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 16/08/2021.

Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17/08/2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 9786555593655. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 18/08/2021.

LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1XhkrJhSjdKk_9ZlrrQ13knkNgJa6Wl_K. Acesso em: 06/09/2021.

MCCANN, Michael W. Poder judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos usuários. **Revista da EMARF**, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro. 2010, p. 175-196. Acesso em: 30/08/2021.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia**: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, no 21, jan./jun. 2009, p. 150-182. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/BkRJyv9GszMddwqpncrJvd-n/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01/09/2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530987961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/>. Acesso em: 01/09/2021.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In: FERRAZ, Carolina Valença; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 44-59. 9788502202245. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 28/08/2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 9788530992996. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27/08/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família: Volume V**. 28. Ed. revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530990664. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 15/08/2021.

PERRICONE, Anitta. La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición. **Revista de ciencia política**, vol. 40, nº 1, p. 73-94: 2020. Acesso em: 14/08/2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais**, 65, Maio 2003, p. 03-76. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 17/08/2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Edições Afrontamentos: Porto, 1999. Disponível em: <https://www.athuar.uema.br/wp-content/uploads/2018/01/Pela-M%C3%A3o-de-Alice-o-social-e-o-pol%C3%ADtico-na-p%C3%B3s-modernidade.pdf>. Acesso em: 13/08/2021.

SANTOS, Cecília MacDowell e col. Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 2009. Acesso em: 16/08/2021

SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history**. New York, Columbia University Press. 1989. Tradução disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em 03/06/2020. Acesso em: 19/08/2021.

SILVA, K e col. Arquitetura material-simbólica dos banheiros: funcionalidade a quem? Pensata? **Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP**, v. 4, p. 48-68, 2014. Acesso em: 29/08/2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina. **Fundamentos Do Direito Civil - Direito De Família - Volume 6**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 23/08/2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530989385. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 19/08/2021.

VECCHIATTI, P. O STJ e a união homoafetiva a: da “sociedade de fato” à família conjugal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 01, p. e294, 11 jul. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294>. Acesso em: 01/09/2021.

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade - 2ª Edição, p. 24-61. Autêntica: Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em: 01/09/2021.



ANIMUS FAMILIAE: A IDENTIFICAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Daniela Braga Paiano¹
Beatriz Scherpinski Fernandes²

1 INTRODUÇÃO

Os estudos atuais levam à compreensão de que o ser humano sempre viveu em comunidade, e que a união de pessoas com ou sem coabitação, com a presença do auxílio mútuo e afeto entre as partes, é natural. Tal formato de convivência permaneceu inquestionável até a ascensão da instituição da Igreja e a exigência do matrimônio para a configuração da família.

Nesse contexto, a união estável permaneceu marginalizada no Brasil até o seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, apesar de nunca ter deixado de fazer parte da realidade social.

-
- 1 Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Coordenadora do Projeto de Pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL). E-mail: danielapaiano@hotmail.com.
 - 2 Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Participante do projeto de pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL). E-mail: biascherpinski@gmail.com.

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 2002 expôs os requisitos legais para a caracterização do instituto, quais sejam, a união pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituir família. Desde então, discussões sobre a aferição da presença do *animus familiae* e da natureza jurídica da união estável perante a teoria do fato jurídico permanecem.

Diante desse cenário, busca-se analisar o modo de identificação do elemento subjetivo necessário para a caracterização da união estável a partir das características e comportamentos exemplificativos elencados pela doutrina e jurisprudência pátria, além de demonstrar a importância desse requisito na categorização da natureza jurídica desse instituto.

O presente estudo se utiliza do método lógico-dedutivo, das técnicas de coleta de informações e levantamento de dados, e da modalidade de pesquisa documental indireta da legislação e doutrina brasileiras e estrangeiras e da jurisprudência do país.

Entende-se que a justificativa da pesquisa está na frequente confusão do instituto da união estável com um mero relacionamento entre namorados, principalmente em razão da dificuldade de definir o que é o objetivo de constituir família.

2 A UNIÃO ESTÁVEL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A união de pessoas formada com o objetivo de constituir uma entidade familiar, ou seja, a família como um fenômeno social, antecede a existência do casamento e é considerada como um fato natural³. A “união afetiva livre, informal, sempre existiu (e sempre existirá)”⁴ e se tornou um problema para a sociedade apenas após a instituição do casamento como regra de conduta pela sociedade⁵.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 459.

5 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

É sabido que o ato de se isolar não é uma característica da natureza humana⁶ e: “muitos ordenamentos civis, mesmo pertencentes ao passado, construíram relações familiares e pessoais em modo diverso daqueles adquiridos pela civilização cristã”⁷, sendo necessário “respeitar aquilo que o direito é, isto é, expressão de uma-realidade histórica e cultural.”⁸

No Brasil, a partir do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento foi formalizado⁹, enquanto a união fática não matrimonializada permaneceu sem o *status* de entidade familiar, sendo juridicamente tratada pelo Direito das obrigações.¹⁰

Nesse período, a dissolução da união estável levava ao reconhecimento de direitos obrigacionais decorrentes da convivência do casal, como com a divisão do patrimônio construído pelo esforço comum ou com o arbitramento de indenização por serviços domésticos à concubina.¹¹

As uniões não matrimonializadas ficaram à margem da sociedade até 1964, quando da edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a partilha de bens em casos de concubinato puro (união estável), desde que comprovado o esforço comum, tratando tais uniões como uma sociedade comercial.¹²

Assim, antes do alcance da proteção constitucional e do reconhecimento da união estável como uma entidade familiar, foi encarada uma “lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de

6 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1893.

7 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

8 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

9 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 204.

10 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.p. 459.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36-38.

12 BARBOSA, Gabriela Jacinto. União estável no Brasil: reflexões sobre o caminho percorrido. In: GHILARDI, Dóris; GOMES, Renata Raupp. **Estudos avançados de direito de família e sucessões**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 56.

concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento.”¹³

Graças ao senador Nelson Carneiro, congressista considerado como expoente do reconhecimento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, foram garantidos direitos como “à pensão e ao salário família do servidor civil e militar” conferidos à companheira, “o reconhecimento de arranjos familiares, além daqueles oriundos do casamento” e os direitos sucessórios aos conviventes das diversas formas de união.¹⁴

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como entidade familiar e recebeu essa nova nomenclatura em substituição ao termo concubinato, inaugurando uma: “nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu”.¹⁵

Rolf Madaleno expõe que foram significativamente modificados “os paradigmas socioculturais brasileiros, ao retirar o concubinato do seu histórico espaço marginal e passar a identificá-lo não mais como uma relação aventureira e de segunda categoria, mas, doravante, como uma entidade familiar denominada como união estável”¹⁶.

Alguns anos após a promulgação da Carta Magna, em 29 de dezembro de 1994, foi editada a primeira lei destinada ao instituto da união estável. A Lei de nº 8.971, que “pretextou os direitos dos companheiros no campo dos alimentos e da sucessão.”¹⁷ Foi considerada como “inspirada no Projeto de Lei n. 37, de 1992, de autoria do Senador Nelson Carneiro”.¹⁸

Dois anos depois, foi inaugurada a Lei de nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que “reconheceu a existência da união estável, no caso de haver

13 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 118.

14 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? a posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, [S. l.], v. 13, n. 6, p. 131-149, 2016. Disponível em: <https://indexlawvps31.websiteseuro.com/index.php/rdb/article/view/2967>. Acesso em 18 de julho de 2021, p. 133.

15 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 214.

16 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1897.

17 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1900.

18 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1900.

precedente separação de fato de convivente casado, diante da evidência do desaparecimento do impedimento do casamento pela separação de fato, como por fim foi consagrado pelo Art. 1.723, § 1º., do Código Civil.”¹⁹

De acordo com o Professor Álvaro Villaça Azevedo, idealizador da referida lei, esta: “estabelecia certos parâmetros, em defesa dos concubinos, para que, em sua liberdade convivencial, não ofendessem direitos, um do outro, colocando em risco a estabilidade da família brasileira.”²⁰

Contudo, a compreensão era que a segunda lei “não revogou totalmente a primeira, havendo, no passado, uma aplicação concomitante das normas, uma colcha de retalhos legislativa.”²¹ Tais inconsistências poderiam ter sido resolvidas pelo projeto de Lei de nº 2.686/1996, que “tinha a finalidade de corrigir falhas e preencher lacunas das precedentes leis e pretendia uniformizar um prazo mínimo de cinco anos de convivência como requisito da união estável”. Entretanto, o projeto foi vencido pelo atual Código Civil.²²

No ano de 2002, com o Código Civil, foi sistematizada: “toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior, com ele incompatível.”²³ “Os arts. 1.723 a 1.727 da atual codificação material preveem as regras básicas quanto à união estável, particularmente os seus efeitos pessoais e patrimoniais. Além disso, devem ser aplicadas as regras relacionadas aos alimentos”²⁴

Para Paulo Lobo, no atual código ainda é possível notar que “a preferência evidente do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades.”²⁵

19 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1900.

20 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

21 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 196.

22 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1903.

23 LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 119.

24 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 196.

25 LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 119.

A busca da equiparação da união estável ao casamento está presente, ainda, no Código de Processo Civil, que estabeleceu dispositivos referentes à equalização do companheiro ao cônjuge quanto às questões processuais, como suspeição e impedimento, qualificação das partes, produção de provas e impedimentos de testemunhas.²⁶

3 A IDENTIFICAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Estabelecido o contexto desse formato de união fática no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os desafios para o seu reconhecimento como entidade familiar, passa-se a estudar a identificação dos requisitos objetivos necessários para a caracterização de um relacionamento como uma união estável.

O Art. 1.723 do Código Civil estabelece que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”²⁷

A partir da previsão legal, conclui-se que o reconhecimento da união estável depende da presença de elementos objetivos e subjetivos no relacionamento. Extrai-se que se enquadram como elementos objetivos a publicidade, a continuidade e a durabilidade, sendo o objetivo de constituição de família elencado como um requisito subjetivo.

os elementos reais (= convivência pública, contínua e duradoura) corroboram para a demonstração da existência de um elemento que, além de nuclear, em conformidade com a pesquisa realizada, é cerne do fato jurídico da união estável: o objetivo de constituição

26 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 198.

27 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15 de agosto de 2021.

de família. Ponto nevrálgico à investigação da natureza jurídica do instituto, é o elemento de maior indeterminação jurídica.²⁸

A convivência pública depende da consideração do casal como companheiros um do outro pelos vizinhos e moradores do bairro, cidade ou região, pelos amigos, colegas de trabalho e membros da comunidade do casal, tendo em vista que a união estável é um fato social tão exposto como o casamento.²⁹

O reconhecimento da união como contínua e duradoura exige uma análise mais complexa, visto que a legislação brasileira constitucional e infraconstitucional não mais define um lapso temporal para a caracterização da união estável, ao contrário do que acontece em países como Portugal e Argentina, por exemplo.

Em Portugal, a lei exige a “prova de dois anos de vida em condições análogas às dos cônjuges” para a configuração da “união de facto”, que não deve ser confundida com a “união de facto do concubinato duradouro”, na qual não há coabitação, aparência externa de casamento ou convicção interna de união.³⁰

Já na Argentina, o artigo 510 do Código Civil estabelece, entre outros requisitos, que os companheiros “não tenham impedimentos de outra união e que mantenham a convivência por um período mínimo de dois anos.”³¹

28 BORTOLATTO, Ariani. **A união estável à luz da teoria do fato jurídico**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Catarina, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/227357/PDPC1537-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de setembro de 2021, p. 206.

29 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 240.

30 PEREIRA, André Gonçalo Dias. Notas sobre a união de facto em Portugal In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CORREIA, Atalá; DE SOLAVAGIONE, Alicia García. **Tratado da união de facto**: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021, p. 793.

31 **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION**. Ley n. 26.994. Tradução livre de: ARTICULO 510. - Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años. Disponível em: Texto atualizado | Argentina.gov.ar. Acesso em 03 de agosto de 2021.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, “apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada”³². Sendo que, para Paulo Lobo, “a estabilidade decorre da conduta fática e das relações pessoais dos companheiros”³³. Assim, a caracterização desses elementos deve ser analisada no caso concreto.

4 ANIMUS FAMILIAE: O ELEMENTO SUBJETIVO DA UNIÃO ESTÁVEL E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O ESTUDO DA NATUREZA JURÍDICA DESSA ENTIDADE FAMILIAR

O elemento subjetivo - constituir família - é o fundamento da união estável como uma entidade familiar e é consubstanciado na vontade do casal. A sua importância é esclarecida a partir da possibilidade de que, em uma relação não familiar, estejam presentes todos os outros elementos da união estável sem que seja possível a sua consideração, já que o namoro da pós-modernidade pode ser público, contínuo e duradouro ainda que o casal não se considere como família.³⁴

32 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41.

33 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 120.

34 Nesse sentido: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC-02, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família. 2. A congruência de todos os fatores objetivos descritos na norma, não levam, necessariamente, à conclusão sobre a existência de união estável, mas tão somente informam a existência de um relacionamento entre as partes. 3. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais.

A união estável não deve ser confundida com um namoro. Para Rodrigo da Cunha Pereira, “o que distingue esses dois institutos é o *animus familiae*, reconhecido pelas partes e pela sociedade (trato e fama).”³⁵

Rolf Madaleno expõe alguns comportamentos e características que podem ser relevantes na identificação do objetivo de constituir família:

O propósito de formar família se evidencia por uma série de comportamentos exteriorizando a intenção de constituir família, a começar pela maneira como o casal se apresenta socialmente, identificando um ao outro perante terceiros como se casados fossem, sendo indícios adicionais e veementes a manutenção de um lar comum e os sinais notórios de existência de uma efetiva rotina familiar, que não pode se resumir a fotografias ou encontros familiares em datas festivas, a frequência conjunta a eventos familiares e sociais, a existência de filhos comuns, o casamento religioso, e dependência alimentar, ou indicações como dependentes em clubes sociais, cartões de créditos, previdência social ou particular, como beneficiário de seguros ou planos de saúde, mantendo também contas bancárias conjuntas.³⁶

E quais comportamentos e características podem ser levados à conclusão de ausência do objetivo de constituir família? No emblemático caso de afastamento da união estável julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no voto do relator Erickson Gavazza Marques é destacado que: “A convivência *more uxório* deve ser notória, ou seja, os conviventes deverão tratar-se como marido e mulher socialmente, revelando a intenção de constituir família, o que implica em uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que inexistam prole comum.”³⁷ No mesmo julgado:

4. A demanda declaratória de união estável não pode prescindir de um diligente perscrutar sobre o “querer constituir família”, desejo anímico, que deve ser nutrido por ambos os conviventes, e a falta dessa conclusão impede o reconhecimento da união estável. Recurso provido. (REsp 1263015/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012).

- 35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 180
- 36 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1938.
- 37 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 1094671-33.2016.8.26.0100**. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/08/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14359636&cdForo=0>. Acesso em: 02 de setembro de 2021, p. 06.

causa estranheza que, por um incontável número de vezes, quando o réu ia para o Rio de Janeiro, ele sequer desfrutava da liberdade de ficar na casa da autora e sim em hotel (fls. 663/666), o mesmo ocorrendo com a autora quando vinha a São Paulo, ocasião em que pernoitava na sofisticada hospedagem da Rua Oscar Freire, no caso o Hotel Emiliano.³⁸

Além da permanência em hotéis mesmo estando na mesma cidade da residência do suposto convivente, foram considerados como fatores que demonstram a inexistência da comunhão de vidas o fato da apelante lançar uma bibliografia autorizada sobre a sua história de vida sem mencionar o apelado, precisar da comunicação de funcionários do condomínio para anunciar a sua chegada no domicílio do apelado, e necessitar de prévia autorização do réu para entrar no apartamento sozinha.³⁹

Outrossim, o estudo desse elemento subjetivo exige a compreensão de que este deve ser existente no presente, o que impede que meros noivados, que proclamam a família do futuro, sejam confundidos com uma entidade familiar. Nesse sentido, está o seguinte o primeiro julgado sobre ‘namoro qualificado’ do Superior Tribunal de Justiça, que analisou a situação fática de um casal de noivos que passaram a coabitar no exterior, o que não foi possível para o reconhecimento da união estável.⁴⁰

38 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 1094671-33.2016.8.26.0100**. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/08/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14359636&cdForo=0>. Acesso em: 02 de setembro de 2021, p. 07.

39 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 1094671-33.2016.8.26.0100**. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/08/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14359636&cdForo=0>. Acesso em: 02 de setembro de 2021.

40 RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS

A coabitação, apesar de ser um elemento que pode contribuir com o reconhecimento da união estável, não é um requisito para a sua caracterização. O estudo dos elementos constitutivos da união estável leva, portanto, à compreensão de que o casal conhecido publicamente com estabilidade e objetivo presente de constituição de família será reconhecido como entidade familiar, independentemente de coabitação.

Nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais, em cidades diferentes. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem.⁴¹

O objetivo de constituir família deve ser compreendido como o elemento volitivo necessário para o reconhecimento da união estável, e por isso é o requisito de maior importância no estudo da natureza jurídica dessa entidade familiar.

Sabe-se que a união estável é considerada como “um contrato não solene, elaborado por escrito, ou verbal”⁴² e “uma das características principais da união estável é a ausência de formalismos para a sua consti-

ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1454643/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03/03/2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271454643%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271454643%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271454643%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271454643%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 de setembro de 2021.

- 41 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 120.
- 42 MALUF, Carlos Alberto Dabus. União estável no direito brasileiro. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CORREIA, Atalá; DE SOLAVAGIONE, Alicia García. **Tratado da união de fato**: Tratado de la union de hecho. São Paulo: Almedina, 2021, p. 291.

tuição, pois independe de qualquer solenidade para tanto, bastando apenas o início da vida em comum⁴³.

A identificação da natureza jurídica da união estável enseja o estudo dos fatos jurídicos, que podem ser classificados como fatos jurídicos involuntários, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos em sentido amplo. Nessa classificação, Rodrigo da Cunha Pereira a considera como ato-fato jurídico⁴⁴, assim como Paulo Lobo, que expõe que:

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas - ou de uma delas - seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe.⁴⁵

Marília Pedroso Xavier se contrapõe a essa corrente ao defender que: “que se reconheça a natureza da união estável como ato jurídico composto, sendo que a vontade e o suporte fático são igualmente importantes⁴⁶, e ao considerar que a tese da união estável como ato-fato jurídico provoca um aumento de causas no Poder Judiciário e exige um nível de ingerência estatal capaz de violar a autonomia privada e diminuir a dignidade da pessoa humana.

De acordo com a mesma autora, “da leitura do Art. 1.723, do Código Civil, o elemento volitivo do objetivo de constituir família apresenta-se

43 MALUE, Carlos Alberto Dabus. União estável no direito brasileiro. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CORREIA, Atalá; DE SOLAVAGIONE, Alicia García. **Tratado da união de fato**: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021, p. 291.

44 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184.

45 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 120.

46 XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 83.

como um requisito indispensável para a configuração da união estável, bem como o suporte fático da convivência pública, contínua e duradoura.⁴⁷

Desta forma, defende-se aqui que, para o seu reconhecimento, além das características fáticas, deve estar presente a vontade de constituir família pelo casal, intrínseca ao objetivo de constituir família, filiando-se, portanto, à corrente que apresenta a união estável como um ato jurídico composto.

Uma forma de exteriorizar o objetivo de constituir família é a celebração de um contrato de convivência, que pode estabelecer a “regulamentação contratual das relações econômicas ou patrimoniais entre os conviventes, de modo a permitir a estipulação de outros efeitos da união, além dos legalmente previstos, no âmbito da liberdade de contratar direitos e obrigações disponíveis”.⁴⁸

Assim, apesar de não ser a prática mais comum entre os companheiros, é possível, conforme previsão legal, a formalização da união estável em um contrato de convivência, que, além de garantir a autonomia privada das partes, contribuirá com o alcance da segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

A história da união estável brasileira demonstra uma difícil trajetória para o seu reconhecimento como entidade familiar, motivo pelo qual sua caracterização não deve ser banalizada. Apesar de ser um modelo familiar que sempre existiu, a união estável era uma entidade invisível e não regulamentada, e recebia soluções jurisprudenciais hoje analisadas como insultuosas, como a indenização por serviços domésticos arbitrada em favor da chamada concubina.

A partir da Constituição Federal de 1988, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro passou a conferir aos conviventes efeitos coerentes com o ato de constituir família, como o direito real de habitação, alimentos, divisão de bens e questões sucessórias.

47 XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 82.

48 CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269-270.

Em razão da relativamente recente regulamentação da união estável, conforme se observou na análise jurisprudencial da matéria, problemáticas permanecem no que tange à aferição da presença do elemento subjetivo, qual seja o de constituir família, indispensável para o reconhecimento da entidade familiar, assim como em relação à natureza jurídica da união estável no plano dos atos e fatos jurídicos.

Em que pese a seriedade do instituto, o modelo atual pode trazer dúvidas de configuração da relação familiar pelas próprias partes envolvidas, que ainda que manifestem ou mantenham como íntima a ausência de vontade de integrar uma união estável, podem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário como companheiras caso o julgador entenda pela presença dos elementos caracterizadores.

O breve estudo dos elementos objetivos e dos elementos subjetivos necessários para o reconhecimento da união estável no Brasil permitiu a conclusão de que, na contemporaneidade, conceitos arraigados têm sido superados. Contudo, ainda há muito a ser definido pela doutrina e jurisprudência pátrias, o que leva ao seguinte questionamento: como identificar a presença do *animus familiae* na relação para que seja possível caracterizá-la como união estável?

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARBOSA, Gabriela Jacinto. União estável no Brasil: reflexões sobre o caminho percorrido. In: GHILARDI, Dóris; GOMES, Renata Raupp. **Estudos avançados de direito de família e sucessões**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 56.

BORTOLATTO, Ariani. **A união estável à luz da teoria do fato jurídico**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Catarina, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/227357/PDPC-1537-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1263015/RN**. Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RESP+1263015%2FRN&b=DTXT>. Acesso em: 01 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1454643/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03/03/2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271454643%27\)+ou+\(%27Resp%27+adj+%271454643%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271454643%27)+ou+(%27Resp%27+adj+%271454643%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 de setembro de 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 1094671-33.2016.8.26.0100**. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/08/2020. Disponível em: <https://esaj.tjps.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14359636&cdForo=0>. Acesso em: 02 de setembro de 2021.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley n. 26.994. Disponível em: Texto actualizado | Argentina.gob.ar. Acesso em 03 de agosto de 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? a posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, [S. l.], v. 13, n. 6, p. 131-149, 2016. Disponível em: <https://indexlawvps31.websiteseuro.com/index.php/rdb/article/view/2967>. Acesso em 18 de julho de 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. União estável no direito brasileiro. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CORREIA, Atalá; DE SOLAVAGIONE, Alicia García. **Tratado da união de fato**: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Notas sobre a união de facto em Portugal. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CORREIA, Atalá; DE SOLAVAGIONE, Alicia García. **Tratado da união de fato**: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO, PORTUGUÊS E AMERICANO

Luíza Sartori Parise¹
Natália Trindade Emmel²

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista que a gestação de substituição é a prática que permite a gravidez de uma mulher que não aquela que pretendeu desenvolver o projeto parental, verifica-se que há divergência entre os ordenamentos jurídicos dos países quanto a sua admissibilidade, regulamentação e abrangência da lei. Analisa-se, desta forma, os ordenamentos brasileiro, luso e americano.

No Brasil, a legislação silencia-se, havendo, pois, tão somente a Resolução n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, a qual admite a cessão temporária do útero de forma relativa. No que tange ao ordenamento luso, apesar da Lei n. 32/2006 já ter admitido a gestação de subs-

- 1 Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: lusparise@gmail.com.
- 2 Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nataliaemmel@gmail.com.

tituição por um lapso temporal curto, os Acórdãos 225/2018 e 465/2019 tornaram-na inconstitucional e, por este motivo, regressou-se à proibição absoluta. Noutro sentido, vislumbra-se a ampla possibilidade nos Estados Unidos da América - apesar de alguns Estados não aderirem ao mesmo posicionamento -, sendo inclusive destino de muitos casais em busca do tão almejado sonho da parentalidade.

Neste diapasão, considerando a vasta divergência entre os sistemas jurídicos a respeito da maternidade por substituição, necessário averiguar a problemática quanto a sua viabilidade - ou não -, bem como a melhor solução a ser dada pelos Estados-Nações e, caso deva prevalecer a vontade das partes no que tange a escolha de realizar o procedimento, a regulamentação e a legislação pertinente à prática.

O objetivo central da investigação científica consiste em examinar a proibição relativa e absoluta, bem como a liberalidade da maternidade por substituição à luz de regulamentações e/ou legislações - se existentes - dos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano. Com vistas a solucionar o problema apontado, bem como a hipótese acima aventada, perquiriu-se na averiguação da problemática de forma qualitativa, com caráter exploratório, tendo como abordagem os métodos dedutivo e comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Destarte, ao final, restando a temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar a perceptível diferença entre os três países estudados no que tange à possibilidade da técnica, sendo de fácil verificação que os Estados Unidos, conquanto cada estado tenha autoridade para legislar, é o maior expoente quanto à possibilidade - e um ponto de esperança -, sendo certo que serve de destino a todos aqueles que em seu país de origem impossibilitam a realização do feito.

2 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ESCORÇO HISTÓRICO, REGULAMENTAÇÃO E DOCTRINA

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

Desde o advento do Código de Hamurabi até os Códigos Civis atuais, tanto do ordenamento jurídico brasileiro, quanto português e americano, existem presunções legais de parentalidade - para fins de reconhecimento da filiação -, as quais decorrem de premissas da maternidade - *partus sequitur ventrem* (o parto segue o ventre) e *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa)³ - e da paternidade - *pater is est quem nuptiae demonstrant* (pai é aquele que as núpcias demonstram)⁴. Nesse sentido:

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentaria. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnavais entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.⁵

Contudo, ainda que, por um longo período, isto decorria do fato de que só era viável se ter filho por meio do ato sexual, na atualidade o

3 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Livros. p. 938.

4 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 369.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 584.

projeto parental é amparado pelas técnicas de reprodução assistida⁶. Isto é, a infertilidade, que já foi um destino que se teria de aceitar com resignação⁷, independentemente de se querer e de se planejar ter filhos, não impossibilita mais que um entre cada seis casais que apresente infertilidade⁸ possa buscar a intervenção do homem no processo natural, a fim de que se satisfaça o desejo de alcançar a tão sonhada parentalidade⁹. Fato é que as técnicas de procriação artificial assistida suprem a insuficiência biológica dos seres humanos¹⁰, de modo que essas vêm ganhando grande destaque como sendo a solução para casais impossibilitados de gerar naturalmente uma vida.¹¹ Com isso, evidentemente axiomas absolutos relativizam-se¹², já que é possível a gravidez ocorrer mediante o uso de

-
- 6 PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina - principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil RBD Civil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Plataforma *HeinOnline*. p. 58.
- 7 FALCÃO, Marta. FALCÃO, David apud SENNA, Carina Cátia Bastos de. Princípios fundamentais aplicáveis a procriação medicamente assistida. **Revista de Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 7, n. 10, p. 32-46, jul. 2020. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/320/277>. Acesso em: 10.set.2020. p. 33.
- 8 BADALOTTI apud CLOTET; FEIJÓ; OLIVEIRA apud SARTORI, Giana Lisa Zarnardo. **Reprodução Humana Assistida: um direito fundamental?**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015. p. 127.
- 9 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus apud GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014. p. 68.
- 10 PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora. p. 848.
- 11 GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014. p. 68.
- 12 SENNA, Carina Cátia Bastos de. O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 4, n. 5, p. 70-95, jun. 2017. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/37/40>. Acesso em: 09.set.2020. p. 71.

material genético de outras pessoas, não sendo, necessariamente, a mãe a que gesta e o pai quem cede o material genético.¹³

Em verdade, desde o Antigo Testamento já se visava a parentalidade para além das presunções do Código de Hamurabi, visto que em uma das histórias bíblicas, Raquel cedeu uma serva ao seu marido, com o escopo de que ela gerasse um filho em nome da sua dona¹⁴. Contudo, foi em 1978 que ocorreu a técnica de transplante de embrião do útero de uma mulher para a outra¹⁵ – “mãe de aluguel”. No mais, ainda no século XX, em 1985, o casal Stern celebrou um contrato de gestação de substituição com Mary Beth Whitehead para que esta gerasse o bebê proveniente da união, em que também seria doadora do óvulo, a fim de que, posteriormente, entregasse a criança para que a Sra. Stern adotasse-a; entretanto, ao dar à luz, a contratada recusou-se a entregá-lo, havendo, pois, uma disputa judicial em que foi concedida, pela Corte de New Jersey, a guarda ao casal Stern, mantendo, todavia, os direitos parentais da Sra. Whitehead, que obteve direito limitado de visita¹⁶.

Diante disso, cumpre referir que há uma mudança significativa do caso bíblico de adultério de Jacob, consentido por Raquel, para os casos da atualidade que recorrem a uma técnica de procriação medicamente assistida (PMA), pois naquele a gravidez da mãe de gestação decorre da prática de ato sexual; já nestes, a maternidade de substituição opera mediante o recurso da técnica de PMA¹⁷.

A respeito da gestação de substituição, cabe ressaltar que esta é conhecida como cessão temporária de útero, útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação sub-rogada, gestação por outrem, maternidade por substituição, barriga de aluguel, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe

13 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 181-182.

14 GÉNESIS apud PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 178.

15 BARBAS apud COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 123.

16 BOWMAN apud GRAZIUSO, Bruna Kern. **Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: Regulamentações e práticas de casos nacionais e transnacionais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2017. p. 16-17.

17 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 180.

substituta, mãe hospedeira e mãe por procuração¹⁸, e nada mais é do que uma prática que permite a gravidez de uma mulher que não é aquela que pretendeu desenvolver o projeto parental¹⁹. A respeito disso, leciona Rosa:

O sonho da parentalidade nem sempre é possível a todos os casais, seja por impossibilidades já imaginadas desde o início do relacionamento, como nos casais homossexuais masculinos, ou nos casos descobertos após várias tentativas frustradas de inseminações, nos casais heterossexuais. [...] Quando extintas as possibilidades da maternagem biológica e, ainda o casal não deseja a filiação por adoção, a saída será a maternidade por substituição, também chamada de doação temporária do útero ou maternidade solidária.²⁰

Fato é que, conforme o Parecer 63/CNECV/ 2012, a expressão “maternidade de substituição” passou a designar-se “gestação de substituição, a fim de melhor espelhar a realidade permitida pela lei, a qual veda a utilização de gametas da gestante no processo em que é participante, traduzindo-se o seu contributo simplesmente no processo de gestação²¹.”

Por fim, cumpre referir que não há como subestimar matérias de incontornável relevância jurídica. A maternidade de substituição existe e deve ser regulamentada, sob pena de se criar um vazio jurídico em domínios muito sensíveis dos Direitos Humanos, como são os direitos de gênero e os direitos das crianças. Nesta perspectiva, não há como o direito impedir a concretização das possibilidades científicas que se vão oferecendo no domínio da gestação. É possível esgrimir por leis bem es-

18 RODRIGUES, Daiany da Silva; MOREIRA, Raquel Veggi; RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat. CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. A Cessão Temporária do Útero: Análise de Limitação Etária de 50 Anos para a Cedente. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: LexMagister, v. 21, p. 61-79, nov./dez. 2017. p. 66.

19 GAMA apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 36.

20 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 411.

21 GANTE, Sílvia Leonor Ferreira. **A Maternidade de Substituição Problema ou Solução?**. 2018. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/85696/1/Disserta%20a7%20a3o%20final%20pdf.pdf>. Acesso em: 09.set.2020. p. 49.

truturadas sobre a matéria, sendo obrigatório realizar-se tal conduta no Estado Democrático de Direito.

2.2 MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

A temática da gestação de substituição restou evidenciada em nosso país quando da exibição da novela *Barriga de Aluguel*, pela Rede Globo de Televisão, na década de 1990. À época, diante do fomento do tema, anúncios de jornal traziam casos de mulheres que estavam “alugando sua barriga” para a experiência, ato, até então, não normatizado, conforme a reportagem “Mineira quer alugar útero por US\$ 10 mil”, do *Folha de São Paulo*²².

A primeira regulamentação acerca do tema foi de iniciativa do Conselho Federal de Medicina que, por meio da Resolução n. 1.358/1992, adotou normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, pelo que trazia em seu conteúdo normas bastante genéricas a respeito da gestação de substituição²³. Em suma, além da doação temporária do útero não admitir caráter lucrativo ou comercial, seria necessário que existisse um problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação na doadora genética e que a doadora temporária do útero pertencesse à família daquela num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina²⁴.

Apesar das contundentes objeções da Igreja Católica²⁵, após 18 (dezoito) anos ditando as regras da maternidade por substituição, a re-

22 PEIXOTO, Paulo. **Mineira quer alugar útero por US\$ 10 mil**. *Folha de São Paulo*, Belo Horizonte, 25 de junho de 1992. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=11735&anchor=4788080&origem=busca&originURL=&pd=fb-fc94f807e0ac08f4b235bdd4010661>. Acesso em 30.ago.2021.

23 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), **Resolução 1.358 de 11 de novembro de 1992**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em: 20 nov. 2016.

24 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), **Resolução 1.358 de 11 de novembro de 1992**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em: 20 nov. 2016.

25 MEIRELLES apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 569.

solução anterior foi substituída *in totum* pela Resolução n. 1.957/2010, com a manutenção dos mesmos mandamentos no que tange à gestação de substituição. O regramento só foi alterado, de fato, com a edição, três anos mais tarde, da resolução nº 2.013/2013 pelo mesmo Conselho Federal de Medicina. Referida resolução ampliou o regramento sobre a maternidade de substituição²⁶. Uma alteração importante em relação às resoluções anteriores diz respeito ao grau de parentesco entre a gestante de substituição e os autores do projeto parental, que foi estendido para o quarto grau. Outra mudança significativa é a de que agora o parentesco exigido pode ser entre a gestante de substituição e qualquer dos autores do projeto parental. Nas últimas resoluções, a regra geral era o parentesco com a mãe que doaria o material genético. Por fim, a regra do parentesco não mais conta com outra possibilidade senão a do parentesco familiar; antes, os demais casos eram avaliados pelos Conselhos Regionais de Medicina, medida que não cabe mais na resolução de 2013.

De qualquer sorte, resta controvertida a proibição do caráter comercial da maternidade de substituição, ou seja, somente a forma altruística (voluntária) é permitida. A Resolução de 2013 seguiu, neste aspecto, um costume consolidado no Brasil, além de entrar em sintonia com as interpretações dos dispositivos constitucionais e civilistas aplicáveis ao tema. Outrossim, novidade é o limite de idade (50 anos) e um parecer médico positivo sobre a adequação clínica e emocional para atuar como gestante de substituição.

Em 2015, é editada nova resolução sob o n. 2.121, revogando, neste diapasão, a resolução de 2013, modificando-a em alguns pontos. Ressalta-se, por oportuno, a novidade introduzida pela nova edição: a impossibilidade de não familiares participarem da experiência de gestação de substituição foram retiradas do texto. Outrossim, informações que devem constar no prontuário do paciente foram modificadas para contemplar aspectos biopsicossociais, riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e aspectos legais da filiação, este último com um tópico em separado, reforçando a informação. Além disso, o relatório médico com o perfil psicológico (que atesta adequação clínica e emocional) agora é exigido de todos os envolvidos, não somente pela doadora temporária do útero.

26 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), **Resolução 2.013 de 16 de abril 2013**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 20 nov. 2016.

Na resolução de 2015 veio expresso que tal garantia de tratamento e acompanhamento médico à mãe que doará temporariamente o útero se dá por parte dos pacientes contratantes de serviços de reprodução assistida - na resolução anterior, não havia a designação de quem deveria garantir tais tratamentos e acompanhamentos²⁷.

Em 2017, em novo processo de revisão da resolução sobre reprodução assistida, foi editada a resolução nº 2.168²⁸. Como mudança, atualizou-se o termo “doação de útero” para “cessão de útero”. Contudo, as novidades mais importantes se deram nos pontos 1 e 3.5 da resolução, eis que foi estendida a possibilidade de cessão temporária para descendentes, e também pessoas solteiras passam a ter direito de se utilizarem da cessão temporária de útero. O restante das normas seguiu o mesmo entendimento da resolução anterior. Ainda esteve vigente a Resolução n. 2.283/2020, a qual nada modificou os termos ditos na anterior, visto que apenas a aprimorou sem revogá-la²⁹.

No presente ano, contudo, revogou-se as duas resoluções referidas, entrando em vigor, pois, a resolução n. 2.294/2021, de 27 de maio de 2021, a qual altera no item VII “problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.” para “problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira”, já que, por vezes, necessário o uso de gametas de uma terceira pessoa do gênero feminino - inseminação heteróloga - nos casos de casais heterossexuais³⁰. Além disso, a resolução em vigor implementa, respectivamente, no ponto

-
- 27 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 2.121 de 16 de julho de 2015**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de setembro de 2015. Seção I, p. 117. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> Acesso em: 20 nov. 2016.
- 28 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.168 de 10 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- 29 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.283/2020 de 27 de novembro de 2020**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 de novembro de 2020. Seção I, p. 391. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 30.ago.2021.
- 30 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.294 de 15 de junho de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de junho de 2021. Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 04.set.2021.

1 e no ponto 2 do mesmo item: “A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina” e “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.”³¹.

Em suma, portanto, os princípios que norteiam o regime de doação gratuita e temporária do útero, da primeira até a mais recente resolução do Conselho Federal de Medicina, conforme Santiago, são: o parentesco, a benemerência, a gratuidade e a impossibilidade de reprodução pelas vias normais³². Contudo, para Dias nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem presta um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem³³, já que se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.

Apesar disso, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, consoante o art. 199, § 4º, da CRFB, bem como seria nula a criança enquanto objeto do contrato, nos termos do art. 104, inc. II, do CC, e configurado ilícito penal, conforme o art. 242 do CP, já que se pune parto alheio como próprio e o registro como seu filho, enquanto criança de outrem³⁴. De fato, veja-se a carência legislativa no que tange a esta temática. A legislação silencia-se no todo, já que não há nenhuma lei em sentido estrito que trate do assunto; e, sim tão somente projetos de leis esparsos com tramitações pendentes há anos. A ausência normativa e as dificuldades impostas pelo Conselho Regional de Medicina impedem a prática da maternidade de substituição. Contudo, por certo, acabam por incentivar a clandestinidade, tendo em visto que a

31 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.294 de 15 de junho de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de junho de 2021. Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 04.set.2021.

32 SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. 2020. Dissertação – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf. Acesso em: 30.ago.2021. p. 40.

33 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 227.

34 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 227.

maternidade de substituição acaba ocorrendo à margem da existência de regulamentação específica.

Inclusive, para Rosa, a proibição em nosso ordenamento jurídico é desarrazoada, visto que viola o direito da personalidade daqueles que visam ser felizes em família, através do seu projeto parental, bem como da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que o planejamento familiar se trata de uma livre decisão da pessoa solteira ou dos integrantes do relacionamento heterossexual ou homossexual, cabendo ao Estado propiciar recursos – técnicas e métodos – para o exercício deste direito, tal qual do direito à procriação³⁵.

Além disso, por fim, cumpre referir que, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo (DNV), o registro do nascimento pode ser feito no nome de quem desejou o filho - mesmo que nenhum deles sejam pais biológicos - e vai assumir a parentalidade. A respeito disso, ver-se-á os Enunciados 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 103 do CJF: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.³⁶

Enunciado 108 do CJF: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva³⁷.

Destarte, o registro será realizado independentemente de prévia autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heterossexual, seja o casal homoafetivo, que apresentam o termo de compromisso de quem cedeu o útero, sem que o nome desta seja

35 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 412.

36 BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 103**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>. Acesso em: 04.set.2021.

37 BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 108**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>. Acesso em: 04.set.2021.

incluído no registro³⁸. Não constará, pois, no assento de nascimento do infante o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo (DNV), e sim tão somente os nomes dos autores do projeto parental³⁹, consoante se verifica no art. 17, § 1º, do Provimento n. 63 do CNJ⁴⁰.

2.3 MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL

Antes mesmo de se estabelecer, em 1997, no art. 67, n. 2, alínea “e”, da Constituição da República Portuguesa que incumbe ao Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana⁴¹, o primeiro projeto de lei tocante à procriação medicamente assistida tem como data o ano de 1986, mas, independentemente disso, houve um vazio legislativo por, pelo menos, 20 anos, visto as divergentes posições políticas do parlamento a respeito das técnicas da procriação assistida⁴².

Nestes 20 anos, portanto, houve, antes da disposição constitucional, o despacho n. 37/86, o decreto-lei n. 319/86 e a lei n. 3/84⁴³. Depois do dispositivo constitucional, porém, foi apresentada a proposta de lei

38 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 182; 182.

39 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 414.

40 Art. 17, § 1º, do Provimento n. 63 do CNJ: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

41 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6.ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 165

42 BRANDÃO, Teresa Alexandra da Silva. **Da Procriação Medicamente Assistida (aspectos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga Post Mortem**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade de Minho, Minho, 2015. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40899/1/Teresa%20Alexandra%20da%20Silva%20Brand%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 13.nov.2020. p. 25-26.

43 NOGUEIRA, Daniela Alexandra Ribeiro. **O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem e as suas implicações no direito sucessório português**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade do Minho, Minho, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho>.

n. 135/VII no ano de 1997, que se converteu no decreto n. 415/VII de 1999, o qual restou vetado pelo presidente, de modo que até o ano de 2006, manteve-se em vigor o decreto-lei n. 318/86, que tinha um regime provisório e restritivo permitindo a inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e a fertilização intratubária⁴⁴.

Diante do veto do presidente, houve discussão e análise dos projetos de lei n.º 141-X, n.º 172-X e n.º 176-X que abriam a possibilidade da aceitação da maternidade de substituição, de modo que além da procriação medicamente assistida ser referida em artigos da Constituição da República Portuguesa, do Código Civil e do Código Penal, passou a ser regulamentada pela Lei n. 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA)⁴⁵. A gestação de substituição, contudo, foi absolutamente proibida na ordem jurídica portuguesa até a Lei n. 25/2016, que alterou a LPMA⁴⁶.

Inclusive, havia dois dispositivos legais a respeito desta proibição, quais sejam, o art. 8 e o art. 39 da LPMA⁴⁷. O primeiro determinava a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição⁴⁸ e, caso uma mulher se colocasse na posição de mãe

pt/bitstream/1822/52019/1/Daniela%20Alexandra%20Ribeiro%20Nogueira.pdf. Acesso em: 28.maio.2020. p. 8.

- 44 ALVES, Mafalda Teixeira. **O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamente Assistida**. 2018. Dissertação – Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26516/1/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Verdade%20Biol%C3%B3gica%20e%20a%20Procria%C3%A7%C3%A3o%20Medicamente%20Assistida.pdf>. Acesso em: 09.set.2020. p. 25
- 45 SENNA, Carina Cátia Bastos de. O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 4, n. 5, p. 70-95, jun. 2017. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/37/40>. Acesso em: 09.set.2020. p. 74.
- 46 PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora. p. 874.
- 47 PORTUGAL. **Lei n. 32/2006, de 26 de julho**. Procriação Medicamente Assistida, Lisboa, PT: Presidente da República, [2006]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 04.set.2021.
- 48 PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015. Plataforma AAFDL Editora. p. 144.

portadora esta seria, para todos os efeitos, a mãe verdadeira⁴⁹. Já o segundo ressaltava que aquele que concretizasse contratos de maternidade de substituição a título oneroso ou promovesse, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso seria punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias⁵⁰.

A partir da Lei n. 25/2016, de 22 de agosto, contudo, passou a se admitir a título excepcional – proibição relativa – esta gestação em útero alheio no artigo 8º. Este dispositivo determinava a natureza gratuita do negócio jurídico; ausência de útero, bem como lesão ou doença que impedisse a gravidez de forma absoluta e definitiva da mulher ou de situações clínicas que justificassem; uso de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos beneficiários e que não fosse da gestante de substituição; autorização prévia do CNPMA; contrato escrito estabelecido entre as partes e a não restrição de comportamentos da gestante de substituição, para fins de que a criança fosse tida dos beneficiários. No mais, seriam nulos e criminalmente puníveis os negócios jurídicos de substituição que não respeitassem os requisitos enunciados⁵¹.

Cumprе referir que não ocorreu nenhum nascimento em Portugal ao abrigo desta regulamentação que admitia a maternidade por substituição no ordenamento jurídico português, visto sua vigência curta⁵². Isto se deu em razão das objeções anteriores à admissibilidade da gestação não cessarem e, em 24 de abril de 2018, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do art. 8 da LPMA, regressando a anterior proibição absoluta, o que veio a tornar nulo os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, e a declarar a cedente

49 ABREU apud FERREIRA, Edna Adriana Henriques. **Maternidade de substituição em Portugal**. 2015. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34705/1/Maternidade%20de%20Substituicao%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 13.

50 PORTUGAL. **Lei n. 32/2006, de 26 de julho**. Procriação Medicamente Assistida, Lisboa, PT: Presidente da República, [2006]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 04.set.2021.

51 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 187-188.

52 PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora. p. 874.

do útero alheio havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer⁵³.

Em julho de 2019, por sua vez, a Assembleia da República aprovou uma nova iniciativa legislativa que, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, voltou a ser declarada inconstitucional em duas normas, facto que levou o Presidente da República a devolver o Decreto à Assembleia da República, sem promulgação⁵⁴. Assim, em 18 de outubro do mesmo ano, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 se pronunciou no seguinte sentido:

Pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família em consequência de uma restrição excessiva deles [...]⁵⁵.

A respeito disso, Pereira traz que nos países democráticos que admitem a gestação de substituição, a juridicidade sustenta-se a partir da retórica do altruísmo, da solidariedade entre mulheres férteis e inférteis, bem como de generosidade feminista pela falta de oportunidade procriativa e da modernidade. Entretanto, fato é que a gestação de substituição é um negócio bilionário a nível mundial e que as leis democráticas emergem de iniciativas legislativas que a cobrem com o manto do altruísmo e da solidariedade com quem pretende ter filhos e não o pode.⁵⁶ Apesar disso, foram

53 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 189.

54 CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. **CNPMA**: cidadãos, gestação de substituição. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/gestacao-de-substituicao.aspx>. Acesso em: 03.set.2021.

55 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 - <https://data.dre.pt/application/file/a/125468606>

56 PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora. p. 886-888.

apresentados os Projetos de Lei 71/XIV/1.^{a57} e 247/XIV/1⁵⁸, respectivamente, pelo Bloco de Esquerda e pelo Grupo Parlamentar do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), a fim de que seja admitida a gestação de substituição a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, bem como seja admitido nesta o consentimento livre e revogável da gestante de substituição até ao prazo de 20 dias imediatos ao nascimento, devendo ela, preferencialmente, ser uma mulher que já tenha sido mãe. Estes foram aprovados pelo parlamento em 23.out.2020⁵⁹ e estão pendentes de veto ou sanção presidencial.

Por este motivo, por fim, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informa que: “Atualmente não existe enquadramento legal que regule a gestação de substituição em Portugal, pelo que não é legal a prática desta técnica.⁶⁰ Isto, contudo, não impede muitos casais,

57 PORTUGAL. **Projeto de Lei n. 71/XIV/1.^a** Alteração ao regime jurídico da gestação de substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), Lisboa, PT: Bloco de Esquerda, [2019]. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595339694e6a6b354d4749335a4331684d474e6a4c54526b4d54597459544e6c4e53316b4d7a41354e3251354e57497a4e6a49755a47396a&fich=b6990b7d-a0cc-4d16-a3e5-d3097d95b362.doc&Inline=true>. Acesso em: 30.ago.2021.

58 PORTUGAL. **Projeto de Lei n. 247/XIV/1.^a** Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Lisboa, PT: Grupo Parlamentar do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), [2020]. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338354e44517a4d54417a4e5330354f54526b4c5451784e324d744f5745354d4330785957526c595455324f444d794e5449755a47396a&fich=94431035-994d-417c-9a90-1adea5683252.doc&Inline=true>. Acesso em: 30.ago.2021.

59 ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Votações efetuadas em 2020-10-23**. Disponível em: https://app.parlamento.pt/WebUtils/docs/doc.pdf?Path=6148523063446f764c304653546d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394e52564e424c30464f52566850553046485255354551564e42636e463161585a764c7a4c43716942545a584e7a77364e764945786c5a326c7a6247463061585a684c31684a566c3879587a4533587a49774d6a41744d5441744d6a4e664d6a41794d4330784d4330794d7935775a47593d&Fich=XIV_2_17_2020-10-23_2020-10-23.pdf&Inline=true. Acesso em: 30.ago.2021.

60 CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. **CNPMA: cidadãos, gestão de substituição**. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/gestacao-de-substituicao.aspx>. Acesso em: 03.set.2021.

em especial os inférteis, a procurarem a solução além-fronteiras⁶¹ através do turismo reprodutivo, que nada mais é do que migrar do sistema jurídico mais restrito para aqueles outros que se revelam mais liberais⁶². Fato é que, diante disso, deve prevalecer o superior interesse da criança que nasceu e que é titular de direitos inalienáveis, não devendo ser prejudicada pelo fato de ter sido gerada com recurso a gestação de substituição⁶³.

A lei, porém, nada esclarece quanto ao estabelecimento da filiação decorrente da gestação de substituição, apesar de que a proibição total da maternidade de substituição vai elevar cada vez mais o turismo reprodutivo⁶⁴. Inclusive, apesar do nascimento e da filiação serem atos de registro obrigatório, ao se chegar em Portugal com o infante decorrente da gestação de substituição, pode-se conseguir ou não proceder ao registro, de modo que não se conseguindo, a criança será apátrida, a filiação não será reconhecida e, no pior dos casos, a criança será entregue para adoção⁶⁵.

-
- 61 SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%c3%a7%-c3%a3o%20de%20substitui%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 54.
- 62 RAPOSO apud FERREIRA, Edna Adriana Henriques. **Maternidade de substituição em Portugal**. 2015. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34705/1/Maternidade%20de%20Substituicao%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 39.
- 63 OLIVEIRA, Elsa Dias. A gestação de substituição e o Direito internacional privado. A realidade portuguesa. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, v. 11, n. 2, p. 45-57, out.2019. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4949/3497>. Acesso em: 03.set.2021. p. 46.
- 64 FERREIRA, Edna Adriana Henriques. **Maternidade de substituição em Portugal**. 2015. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34705/1/Maternidade%20de%20Substituicao%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 61.
- 65 SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%c3%a7%-c3%a3o%20de%20substitui%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 54-64.

2.4 MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Em que pese a maternidade de substituição não seja prevista pela legislação pátria e expressamente proibida pela lei portuguesa, outros países dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca da temática, como é o caso dos Estados Unidos da América. Neste território, a partir da década de 80, alguns Estados constituíram comissão para estudar e apresentar sugestões acerca da técnica da gestação de substituição, a partir de um julgamento reconhecendo a constitucionalidade da prática – o caso emblemático do *Baby M*, já relatado no tópico 4.1.

Posteriormente, começaram a ser apresentados projetos de lei sobre maternidade de substituição, sendo que os primeiros surgiram em Nova York e na Califórnia - Estados constantemente considerados como pioneiros em formular leis e *case law* para mudanças sociais divergentes. Para averiguar estes projetos, atenta-se quanto ao sistema jurídico norte americano, com as implicações da adoção do *common law* inglês, direito que se revela pelos costumes e pela jurisdição, coordenado pelos precedentes. Na prática de gestação de substituição, um dos argumentos contrários à sua proibição baseiam-se nas cláusulas – e os casos exemplificativos de suas violações – que demonstram a importância do uso de precedentes no *common law* americano⁶⁶.

A necessidade de um enquadramento sobre o tema em Nova York surgiu em 1987, quando o Governador Cuomo requisitou um parecer ao comitê de ética médica “*Task Force on Life and the Law*”⁶⁷, criado em 1985 com membros de diversas áreas de atuação. O parecer final foi apresentado em 1988, sugerindo a nulidade de contratos de gestação de substituição e a expressa proibição de pagamento às *surrogates*, utilizando o “enquadramento de venda de bebês”⁶⁸, considerando a prática na forma

66 FINKELSTEIN, Alex. MAC DOUGALL, Sarah. KINTOMINAS, Angela. OLSEN, Anya. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.:** A National Conversation Informed by Global Lawmaking. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. 2016.

67 Força Tarefa pela Vida e pela Lei, comitê ético multidisciplinar criado pelo Departamento de Saúde do Estado de Nova York para tratar de assuntos polêmicos ligados à saúde. STATE, New York, **Task Force on Life and the Law**. Disponível em: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/. Acesso 29.ago.2021.

68 MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007

comercial como mercantilização da vida. Outro parecer desfavorável à prática comercial foi publicado em 1992 pelo Departamento de Saúde do Estado de Nova York, contando novamente com a cobertura da mídia, com artigo do *The New York Times*, definindo, na oportunidade, a *surrogate* como “mãe por pagamento”⁶⁹.

Concomitantemente, no Estado da Califórnia, a primeira investigação sobre o tema apresentou uma abordagem positiva feita pelo Procurador-Geral do Estado, em 1988, por meio de um memorando requisitado pelo Departamento de Justiça. Referido documento demonstra a necessidade de prevenir qualquer exploração das partes envolvidas, reputando pela necessidade de uma regulamentação apropriada, sem apresentar uma concreta oposição à prática na forma comercial. Mais neutro e contido - diferentemente do enquadramento de gestação de substituição como “venda de bebês”, pelo Estado de Nova York -, o posicionamento adotado pela Califórnia enfatizou o apoio às pessoas com dificuldades reprodutivas e o direito à privacidade e à constituição familiar.⁷⁰

Estas reações tão diferenciadas para pareceres proibitivos ilustram o cenário onde surgiram duas propostas legislativas no ano de 1992: em Nova York foi apresentado o projeto de lei “A 7367/S 1906” que estabelecia que contratos de gestação de substituição eram nulos e contrários à ordem pública, sendo qualquer forma de pagamento a *surrogate* totalmente proibida, o qual foi aprovado pela Assembleia e pelo Senado, sendo posteriormente assinado pelo Governador e publicado em forma de lei; de outra banda, na Califórnia foi proposto o projeto de lei “SB 937”, que declarava não serem os contratos de gestação de substituição contrários à ordem pública, bem como regulamentava a parentalidade legal da criança nascida por meio desta técnica, apesar de aprovado por Assembleia e Senado, foi posteriormente vetado pelo Governador⁷¹. Ambos os projetos foram apre-

69 The New York Times. “**New York is Urged to Outlaw Surrogate Parenting for Pay**”. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1992/05/13/nyregion/new-york-is-urged-to-outlaw-surrogate-parenting-for-pay.html> Acesso em: 05.10.2017.

70 A resposta da mídia no Estado da Califórnia também foi diferente de Nova York. Enquanto o *The New York Times* defendeu a posição contrária à prática, o *The Los Angeles Times* não publicou qualquer notícia sobre o parecer majoritário emitido pelo comitê. MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007

71 MILLER, John D. **Surrogacy Legislation in California: A Political Review of Alternative Surrogacy Proposals**. 1994. University of San Francisco Law Review.

sentados por políticas mulheres⁷², as quais possuíam um histórico de propostas legislativas favoráveis aos direitos das mulheres, que legitimou suas vozes para tratar do conflito social de gestação de substituição⁷³.

À nível Federal, não há precedente da Suprema Corte sobre a prática, porém seus defensores acreditam que o direito à privacidade da 5ª e 14ª Emenda sustentam a possibilidade de firmar um contrato de gestação de substituição. Estes defendem que, de acordo com alguns precedentes da Suprema Corte⁷⁴, decisões sobre procriação estão sujeitas ao mais alto grau de controle de constitucionalidade, o que deveria ser extensivo a procriação através de gestação de substituição⁷⁵.

Historicamente, existiu uma tentativa de criação de abordagem unificada – em nível estadual – para a prática de gestação de substituição no país, no ano de 1988, intitulada “Uniform Status of Children of Assisted Conception Act”, propondo duas alternativas legislativas para o tema: a necessidade de uma aprovação judicial do contrato de gestação de substituição para este ser válido ou a opção de tornar qualquer contrato da prática nulo. Nas lições de Santos:

A National Conference of Commissioners on Uniform Status Law aprovou uma nova lei de acordo com a qual cada estado norte-americano tem o poder de optar pelo regime mais favorável em matéria de maternidade de substituição: atribuição da nulidade aos contratos celebrados [...] ou admissão da prática, desde que preencham determinados requisitos. Os requisitos seriam os seguintes: celebração de um acordo livre e consentido de todos os intervenientes, aptidão

72 Em Nova York, pela Deputada Estadual Helene Weinstein e na Califórnia, pela Senadora Diane Watson.

73 MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007

74 Skinner v. State of Oklahoma (1942), Griswold v. Connecticut (1965) e Roe v. Wade (1973) TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. General Report on Surrogacy. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

75 FINKELSTEIN, Alex. MAC DOUGALL, Sarah. KINTOMINAS, Angela. OLSEN, Anya. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking**. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. 2016.

das partes para o cumprimento do contrato e a capacidade do casal contraente para satisfazer as necessidades da criança⁷⁶.

Apenas dois Estados adotaram a lei uniforme – o Estado de Virgínia optou pela regulamentação e o Estado da Carolina do Norte pela proibição. Assim, no ano de 2000, a lei foi substituída pelo “Uniform Parentage Act”, que apresenta diretrizes aos Estados sobre os procedimentos que devem ser seguidos com um contrato de gestação de substituição, como validação judicial do contrato e determinação da parentalidade legal dos pais intencionais. Atualmente, 11 Estados americanos aderiram à lei uniforme, porém apenas Texas e Utah aderiram ao art. 8º - que trata acerca do acordo gestacional autorizado -, de adesão opcional.

Com a legislação a ser feita ao nível estadual, cada Estado tem liberdade para legislar sobre a matéria, pelo que facilmente encontramos legislações diferentes de uns Estados para outros. A diversidade é tanta, que em alguns é realizada por transferência legal; em outros, por transferência judicial. Passa, ademais, pela questão da gratuidade, ao passo que em outros estados são permitidos contratos onerosos. Outrossim, até mesmo quando admitida, existem diferenciações: só casais, heterossexuais ou homossexuais; pessoas solteiras, independente do sexo; com o fornecimento de gametas de um, de ambos ou de nenhum. pela celebração de um acordo livre e consentido de todos os intervenientes; pela aptidão das partes para o cumprimento do contrato; pela capacidade dos contraentes para satisfação das necessidades da criança; etc⁷⁷.

Um dos Estados que possuem uma regulamentação mais flexível e favorável à prática em comento, é a própria Califórnia - precursora na regulamentação -, onde o processo “além de ser totalmente controlado por advogados e pelos tribunais, pode ser gratuito como oneroso”⁷⁸. Ainda, os pais legais podem ser considerados como genitores de fato antes

76 SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%3a7%3a3o%20de%20substitui%3a7%3a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 50.

77 Em virtude da 10ª Emenda da Constituição Federal Americana.

78 SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%3a7%3a3o%20de%20substitui%3a7%3a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 51.

do nascimento, desde que obtenham uma *pre-birth order*. Os Estados de Connecticut, Delaware, Maine, Nevada e New Hampshire acompanham estas mesmas características. Existem Estados, no entanto, que exigem a situação de casado dos beneficiários, a saber, Dakota do Norte, Flórida, Texas, Virgínia, Arkansas, Illinois e Utah. Oregon, por sua vez, eis que desprovido de regulamentação legal, depende de uma decisão do tribunal. Em outros Estados, ainda, a sentença do tribunal pode circunscrever-se ao mero reconhecimento do pai biológico, desencadeando-se o processo de adoção por parte da mãe beneficiária, tendo como expoentes Carolina do Norte, Carolina do Sul, Colorado e Alabada. Nas localidades de Michigan, New Jersey, New York e Washington, a maternidade por substituição somente é possível na modalidade altruística. Em caráter mais restrito, na Lousiana, somente os casais heterossexuais casados são passíveis de aceder à técnica de reprodução.

Do viés legislativo, as polêmicas da prática de gestação de substituição são de todo evidentes em um país como os Estados Unidos, com um sistema de common law que possibilita diferenças abissais entre seus Estados: desde regulamentações completamente proibitivas até algumas das abordagens mais liberais e permissivas do mundo⁷⁹. Nas lições de Storrow, “os Estados Unidos são um microcosmo do resto do mundo, com um leque completo de abordagens legais sobre gestação de substituição dentro de suas fronteiras”⁸⁰. De qualquer sorte, é possível encontrar congruência entre os Estados da federação: em todos os casos, a técnica é realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta obriga-se a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, tão logo o nascimento da criança. Referido acordo, no entanto, é passível de críticas, uma vez que constitui uma ameaça à dignidade da criança, pois se mesmo antes do parto ela já é considerada uma pessoa em desenvolvimento, não pode, portanto, ser objeto de um contrato, pois tem direitos que devem ser respeitados.

Destarte, os Estados Unidos representam um caso único no seio de países desenvolvidos, pois em alguns dos Estados é admitida a gestação de substituição comercial, o que apresenta imenso atrativo a casais do resto do globo que, por inúmeros motivos, são impossibilitados de pro-

79 Estudos separam os Estados americanos em 3 tabelas: 14 Estados com regulamentação permissiva por lei; 31 Estados sem regulamentação expressa e quatro Estados com regulamentação proibitiva.

80 STORROW, Richard F. *Surrogacy American Style*. In: O'BYRNE' Kate. GERBER, Paula. **Surrogacy, Law and Human Rights**. New York: Routledge, 2016, p. 193

criar pelos meios convencionais e, carecendo seus países de regulamentação própria, veem no sonho americano uma chance de serem felizes.⁸¹

2.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO, PORTUGUÊS E AMERICANO

Diante dos ordenamentos jurídicos apresentados, verifica-se que, enquanto no Brasil a maternidade por substituição é admitida e regulada pela Resolução n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, em Portugal esta é proibida e disposta na Lei n. 32/2006 e nos Estados Unidos, em razão do seu sistema jurídico, há 14 Estados com regulamentação permissiva por lei, 31 Estados sem regulamentação expressa e 4 Estados com regulamentação proibitiva.

No Brasil, admite-se a gestação de substituição ao casal heterossexual, em que há problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ao casal homossexual e à pessoa solteira, desde que haja o parentesco consanguíneo até o 4o grau entre a gestante de substituição e qualquer dos autores do projeto parental, havendo a possibilidade de cessão temporária para descendentes. Os demais casos, sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina. No mais, a cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente. Por fim, a respeito da regulamentação, exige-se que a gestante de substituição tenha como limite de idade 50 anos e tenha ao menos 1 (um) filho vivo.

Além disso, no Brasil, notório referir a impossibilidade da cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo, visto que é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, consoante o art. 199, § 4o, da CRFB, bem como seria nula a criança enquanto objeto do contrato, nos termos do art. 104, inc. II, do CC, e configurado ilícito penal, conforme o art. 242 do CP, já que se pune parto alheio como próprio e o registro como seu filho, enquanto criança de outrem. Por fim, neste ordenamento jurídico, na hipótese de gestação por substituição, não constará no registro o nome da parturiente, infor-

81 SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de quem mãe?**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%c3%a7%-c3%a3o%20de%20substitui%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021. p. 51.

mado na declaração de nascido vivo, e sim daqueles que visaram o projeto parental, conforme o termo de compromisso firmado.

Em Portugal, apesar de já ter sido admitida, excepcionalmente, a cessão temporária de útero entre 2016 e 2018, em razão da Lei n. 25/2016, que alterou a Lei n. 32/2006, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, respectivamente, declarou e pronunciou pela inconstitucionalidade, regressando, pois, a anterior proibição absoluta, o que veio a tornar nulo os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. Além disso, passa a declarar a cedente do útero alheio havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer. Em Portugal, além da proibição da gestação de substituição, há pena de prisão ou pena de multa, nos termos do art. 39 da Lei n. 32/2006. Apesar disso, é comum o turismo reprodutivo e, uma vez que a lei não esclarece quanto ao estabelecimento da filiação decorrente da gestação de substituição, há inúmeras possibilidades, seja do registro da criança, seja de a filiação não ser reconhecida e o encaminhamento da criança à adoção.

Em que pese a maternidade de substituição não seja prevista pela legislação pátria, nem mesmo admitida em Portugal, os Estados Unidos dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca da temática. Neste território, a partir da década de 80, alguns Estados constituíram comissão para estudar e apresentar sugestões acerca da técnica da gestação de substituição.

Com a legislação a ser feita ao nível estadual, cada Estado tem liberdade para legislar sobre a matéria, pelo que facilmente encontramos legislações distintas. De qualquer sorte, é possível encontrar congruência entre os Estados da federação: em todos os casos, a técnica é realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta obriga-se a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, tão logo o nascimento da criança. Referido acordo, no entanto, é passível de críticas, uma vez que constitui uma ameaça à dignidade da criança, pois se mesmo antes do parto ela já é considerada uma pessoa em desenvolvimento, não pode, portanto, ser objeto de um contrato, pois tem direitos que devem ser respeitados.

Vislumbra-se que da mesma forma que os debates legislativos sobre gestação de substituição nos Estados Unidos iniciaram efetivamente no ano de 1992, o mesmo ocorreu no Brasil de forma bastante diferente. O Conselho Federal de Medicina (CFM), no mesmo ano, sem qualquer proposta legislativa sobre a prática, publicou sua primeira Resolução a respeito da matéria, com o intuito de adotar normas éticas sobre técnicas de repro-

dução assistida para a classe médica. Entretanto, ao limitar a prática para mulheres com vínculo familiar ou afetivo, bem como vedar a compensação financeira, discute-se amplamente o papel normativo deste Conselho, bem como a legalidade e constitucionalidade de algumas das suas Resoluções.

Destarte, os Estados Unidos representam um caso único no seio de países desenvolvidos, pois em alguns dos Estados é admitida a geração de substituição comercial, o que apresenta imenso atrativo a casais do resto do globo que, por inúmeros motivos, são impossibilitados de procriar pelos meios convencionais e, carecendo seus países de regulamentação própria, veem no sonho americano uma chance de serem felizes.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que, as técnicas de reprodução humana assistida são um grande marco da evolução do biodireito. Cada vez mais as sociedades de diversos países do mundo vêm se utilizando de tais técnicas para verem satisfeitos seus desejos de procriação e realização familiar. Na maternidade de substituição terceiras pessoas se encontram envolvidas no ato de geração de um novo ser. Portanto, novos paradigmas precisam ser analisados e confrontados sem nunca se perder de vista a dignidade da pessoa e a afetividade como base de qualquer relação familiar e humana.

Assim, cumpre referir que, além de países democráticos, como os Estados Unidos, admitirem a maternidade por substituição, em razão do altruísmo e da solidariedade entre mulheres férteis e inférteis, a proibição restrita – Brasil – ou absoluta – Portugal – viola o direito da personalidade daqueles que visam formar uma família, através do seu projeto parental, bem como da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que o planejamento familiar se trata de uma livre decisão da pessoa solteira ou dos integrantes do relacionamento heterossexual ou homossexual, cabendo ao Estado propiciar recursos – técnicas e métodos – para o exercício deste direito, tal qual do direito à procriação.

Portanto, é forçoso reconhecer a necessidade de regulamentação da maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e a admissão desta possibilidade em Portugal, a fim de que a prática possa ser realizada de acordo com parâmetros estabelecidos, evitando-se assim

a clandestinidade ou o turismo reprodutivo e dando segurança jurídica às gestantes e às pessoas que pretendem a realização do projeto parental.

REFERÊNCIAS

ALVES, Mafalda Teixeira. **O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamente Assistida**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26516/1/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Verdade%20Biol%C3%B3gica%20e%20a%20Procria%C3%A7%C3%A3o%20Medicamente%20Assistida.pdf>. Acesso em: 09.set.2020.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Edna Adriana Henriques. **Maternidade de substituição em Portugal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34705/1/Maternidade%20de%20Substituicao%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021.

FINKELSTEIN, Alex. MAC DOUGALL, Sarah. KINTOMINAS, Angela. OLSEN, Anya. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking**. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GANTE, Sílvia Leonor Ferreira. **A Maternidade de Substituição Problema ou Solução?**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/85696/1/Disserta%
c3%a7%c3%a3o%20final%20pdf.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/85696/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20final%20pdf.pdf). Acesso em: 09.set.2020.

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014.

GRAZIUSO, Bruna Kern. **Gestão de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: Regulamentações e práticas de casos nacionais e transnacionais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2017.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law. Massachusetts: The Belknap Press**. 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Livros.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus apud GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014.

MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007.

MEIRELLES apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MILLER, John D. **Surrogacy Legislation in California: A Political Review of Alternative Surrogacy Proposals**. 1994. University of San Francisco Law Review.

OLIVEIRA, Elsa Dias. A gestação de substituição e o Direito internacional privado. A realidade portuguesa. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, v. 11, n. 2, p. 45-57, out.2019. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4949/3497>. Acesso em: 03.set.2021.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina - principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Plataforma *HeinOnline*.

PALUDO, Anison Carolina. Bioética e Direito: Procriação Artificial e Dilemas Ético-Jurídicos. **Revista Justiça do Direito**, v. 15, n. 2, 2001. Plataforma *HeinOnline*.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

RODRIGUES, Daiany da Silva; MOREIRA, Raquel Veggi; RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat. CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. A Cessão Temporária do Útero: Análise de Limitação Etária de 50 Anos para a Cedente. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: LexMagister, v. 21, p. 61-79, nov./dez. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_Juliana-FariaSantiago.pdf. Acesso em: 30.ago.2021.

SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20%20Gesta%c3%a7%c3%a3o%20de%20substitui%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida: um direito fundamental?**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 4, n. 5, p. 70-95, jun. 2017. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/37/40>. Acesso em: 09.set.2020.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. Princípios fundamentais aplicáveis a procriação medicamente assistida. **Revista de Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 7, n. 10, p. 32-46, jul. 2020. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/320/277>. Acesso em: 10.set.2020.

STORROW, Richard F. Surrogacy American Style. In: O'BYRNE' Kate. GERBER, Paula. **Surrogacy, Law and Human Rights**. New York: Routledge, 2016.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. General Report on Surrogacy. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.



IGUALDADE DA LICENÇA PARENTAL COMO PROTEÇÃO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ana Flávia Sartorelli Balancelli¹

Fernanda Pantaleão Dirscherl²

1 INTRODUÇÃO

As licenças-maternidade e paternidade possuem uma diferença que destoa ao se analisar o atual ordenamento jurídico, enquanto a mulher possui 120 dias de licença remunerada, o homem possui ao máximo, quando presentes os requisitos necessários, 20 dias de licença, sendo o prazo comum de 5 dias. Acontece que a diferença de prazos não mais se justifica ao se analisar não apenas o ordenamento, mas também a conjuntura social em que são construídas as famílias atualmente.

O presente estudo visa verificar se a concepção de uma licença parental possibilitaria não apenas uma igualdade entre as licenças, mas também traria maior proteção ao melhor interesse da criança.

Nesse diapasão, entende-se por uma hipótese de que se a igualdade parental é benéfica à entidade familiar, então traz maior proteção ao desenvolvimento da criança. De outra maneira, verifica-se a segunda

1 Bacharelanda do curso de direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: anaflaviasartorelli@gmail.com

2 Advogada e professora. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em Biomedicina e Direito pela mesma universidade. Coordenadora do Núcleo IBDFAM Uberlândia. E-mail: fernandapantaleaod@gmail.com.

hipótese de que se não há alteração relevante nas entidades familiares, então não há justificativa para uma licença parental.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, verificando-se como o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre as licenças maternidade e paternidade atualmente, e justificativas para essas, bem como como as estruturas familiares são constituídas atualmente e as possíveis proteções a serem observadas aos indivíduos.

Pelo método de procedimento, será verificado por meio de revisão bibliográfica as posições doutrinárias, em consonância com a construção tanto legislativa quanto de julgados sobre o assunto, de forma a compreender a orientação que o ordenamento atual possui sobre as licenças.

De forma geral, o estudo demonstrará que as licenças-maternidade e paternidade tiveram sua função alterada ao longo do tempo e é necessária uma adequação em razão das atuais perspectivas que a sociedade possui em relação à constituição familiar e proteção da criança.

2 LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE NO BRASIL

A Constituição Federal assegura àqueles que possuem a autoridade parental a concessão de licenças para afastamento do trabalho, sem que haja prejuízo de emprego ou salário, quando do nascimento ou adoção dos filhos. Acontece que, o dispositivo que traz essa especificação, o artigo 7º, inciso XVIII, apresenta a expressão ‘licença à gestante’³, sendo a licença paternidade tratada no inciso seguinte⁴. Verifica-se, portanto, que há diferenciação pela modalidade de licença em razão dos nomes e duração.

O artigo 6º da Constituição Federal também aborda a concessão da licença-maternidade, de forma que se protege a maternidade, sem, no entanto, garantir de forma expressa a mesma tutela à paternidade, demonstrando a redução da importância e a ausência de proteção que deveria existir.

Ao observar a legislação infraconstitucional, verifica-se que a licença-maternidade, denominada pela Constituição como licença-gestante, é

3 Art. 7º [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

4 Art. 7º [...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

tratada pelo artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho⁵, determinando-se o período de 120 dias, em contrapartida, a licença-paternidade é de 5 dias ao se observar o artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. No mesmo sentido dispõe o artigo 208, da Lei nº 8.112/1990⁶.

O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de aumento das licenças quando há a participação ao Programa Empresa Cidadã, em que se aumenta 60 dias para a licença à gestante e 15 dias a licença à paternidade, conforme a Lei nº 13.257⁷. Na mesma sequência, o decreto 8.737/2016⁸ instituiu o Programa de Prorrogação de Licença-Paternidade para os servidores observados pela lei nº 8.112/1990, levando a prorrogação de mais 15 dias de licença, sem prejuízo dos 5 dias já concedidos.

Apesar da denominação de licença à gestante, os benefícios são concedidos de forma igual tanto no caso filiação constituída por meio de procedimento de adoção⁹, como no caso de falecimento da mãe biológica, em que nesse caso o cônjuge ou companheiro gozará da licença por todo o período ou pelo período remanescente a qual a mãe possuía o direito¹⁰.

Apesar do ordenamento brasileiro atual ter as referidas previsões legislativas para as licenças maternidades e paternidades a discussão não

5 BRASIL. União. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

6 BRASIL. União. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

7 BRASIL. União. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

8 BRASIL. União. Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8737.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

9 Conforme artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

10 Conforme artigo 392-B da Consolidação das Leis do Trabalho.

se mantém inerte. Ocorrem tanto perante os tribunais para a concessão do benefício, quanto por discussões legislativas, em que conta com a existência de projetos de lei a fim de alterar a duração das licenças vigentes.

O Senador Álvaro Dias apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41 de 2015¹¹ que busca alterar o artigo 7º da Constituição Federal em seus incisos XVIII e XIX a fim de que haja alteração do nome da licença à gestante para licença-maternidade, bem como aumentar a duração de 120 dias para 180 dias, bem como modificar a licença-paternidade para 30 dias.

As justificativas para alteração respaldam-se na recomendação de amamentação nos seis primeiros meses de vida, buscando levar a Constituição uma prática que já ocorre, conforme Lei nº 11.770/2008¹² e Decreto nº 6.690/2008¹³, e por fim utilizou-se da justificativa do pai auxiliar a mãe nos cuidados com a criança, uma vez que o primeiro mês de vida requer maior dedicação parental.

No mesmo sentido a proposta de emenda à Constituição nº 1, de 2018¹⁴, proposta pela senadora Rose de Freitas foi apresentada com ampliação da licença maternidade de 120 para 180 dias, em contrapartida indicou modificação da licença paternidade para 20 dias, e não para 30 dias como a PEC de 2015. A elaboração de ambas as justificativas observaram a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) de

11 SENADO FEDERAL. Proposta de emenda à Constituição nº 41, de 2015. Altera a Constituição Federal para ampliar a duração da licença-maternidade e licença-paternidade. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4289393&ts=1630416596199&disposition=inline>. Acesso em: 02 set. 2021.

12 BRASIL. União. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

13 BRASIL. União. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

14 SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 2018. Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631175&ts=1630427192719&disposition=inline>. Acesso em: 03 set. 2021.

amamentação da criança até os 6 meses de vida¹⁵, bem como cita a relevância da manutenção dos vínculos parentais com os filhos.

Apesar da fundamentação da licença-maternidade em relação a necessidade de amamentação da criança, hipotetiza-se que essa não é a única justificativa para o prazo da licença. Conforme análise do artigo 71-B, da Lei nº 8.213/1991¹⁶, no caso de falecimento da mãe que é segurada pela previdência social, o cônjuge ou o companheiro receberá o benefício por todo o período ou o tempo restante, de forma que assim o pai faça gozo da licença-maternidade para exercício dos cuidados com a criança.

A atenção ao filho aqui não se restringe a amamentação, uma vez que o indivíduo homem, que possui a biologia masculina não possui a possibilidade de amamentação biológica do filho, exercendo os cuidados parentais de outras formas, incluindo a da alimentação.

Ultrapassando a análise legislativa, ao se observar julgados de tribunais brasileiros verifica-se que não há modificações de prazos em relação às denominações licença maternidade e licença paternidade, sendo inclusive respaldada por base nos gêneros, de que a primeira se refere ao feminino e o segundo ao masculino. Entretanto, há a alteração ou modificação perante casais homoafetivos, em que se argumenta o princípio do melhor interesse da criança.

Em um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que concedeu à mãe não gestante, servidora pública federal, a licença-parental de 20 dias em razão do nascimento da criança, que adveio de reprodução assistida de um relacionamento homoafetivo, sendo o período equivalente a licença-paternidade concedida a servidores públicos. A concessão do período de 20 dias ocorreu após negativa do benefício pela via administrativa, uma vez não ser a servidora a mãe gestante. Entretanto, a desembargadora indicou em seu relatório a necessidade de concessão do benefício em razão da possibilidade de integração e contato da criança também com a mãe não gestante, a fim de que pudesse acompanhar os primeiros dias de vida¹⁷.

15 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde da criança: nutrição infantil. (2009). Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

16 BRASIL. União. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 06 de set. 2021.

17 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Concedida licença parental para mãe não gestante de criança fruto da união homoafetiva.** (2021). Disponível

O Recurso Extraordinário nº 778.889/PE¹⁸, por sua vez, equipara a licença-adotante à licença-gestante sob a interpretação sistemática da Constituição e argumento da garantia da dignidade da pessoa humana, igualdade de filiação, doutrina da proteção integral, princípio da prioridade e interesse superior da criança. Não associado a questões de alimentação, mas à necessidade de cuidado e zelo em razão das crianças e adolescentes que passaram por instituições de acolhimento fazem parte de um grupo vulnerável e fragilizado.

Apesar de fundamentações sobre a licença-maternidade estarem associadas à amamentação, verifica-se que atualmente a relação materno-filial nos primeiros dias de vida não se restringe apenas a essa função nutricional. Essas licenças foram elaboradas quando não havia a perspectiva de proteção ao melhor interesse da criança, a contemporaneidade ultrapassa essa ideia e verifica-se a necessidade de cuidados além nutricionais, buscando-se a consolidação de vínculos parento-filiais. Assim, a mera fundamentação das licenças com base na amamentação ou alimentação passa a ser insuficiente.

3 PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ao falar dos princípios da criança e do adolescente, o princípio da proteção integral da criança é um dos primeiros lembrados, uma vez que se refere a modificação paradigmática da doutrina menorista para doutrina da proteção integral da criança e adolescente principalmente perante o ordenamento nacional. A mudança paradigmática ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1989¹⁹ que rompeu com a ordem associada à doutrina da situação irregular, passando-se a adotar

em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15997. Acesso em: 06 set. 2021.

- 18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889/PE. Relator: Min. Roberto Barroso, de 07 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 06 set. 2021.
- 19 BRASIL. União. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 out. 2020.

a doutrina da proteção integral²⁰ de forma concreta, consagrando essa doutrina de forma expressa no artigo 227, ao determinar que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, [...]”, demonstrando que esses sujeitos passam a receber a proteção não apenas do poder estatal, mas da tríade Estado, família e sociedade, sendo esses responsáveis por assegurar direitos e dar proteção perante a violações a direitos fundamentais e humanos.

Entretanto, outro princípio tão importante quanto é verificado pela perspectiva de proteção estatutária é a proteção integral da criança e adolescente que se encontra disposto direto no artigo 1º da legislação, entretanto não é o único princípio que orienta a proteção desses sujeitos, gerando inclusive reflexos no desenvolvimento de princípios que também atingem a proteção do direito da criança e adolescente²¹.

Em consonância com a doutrina da proteção integral da criança e adolescente, o princípio tem suas raízes na mudança da estrutura da família que se deu ao longo do século XX²², relacionando com a modificação paradigmática dos binômios individual-patrimonialista e coletivo-social que alcançaram de forma significativa a constituição das estruturas das entidades familiares na contemporaneidade, e por consequência a percepção dos membros individualizados que compõem os centros familiares.

O princípio do melhor interesse da criança tem sua origem pelo *parens patriae* ao tratar da prerrogativa de proteção dos indivíduos que não podiam fazê-lo em causa própria pelo próprio Rei, tendo sido utilizado pela corte estadunidenses em 1813 no caso *Commonwealth vs. Addicks* ao apresentar um resultado pela perspectiva do melhor interesse da criança em desfavor dos interesses dos pais em um processo de guarda²³.

20 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.) 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63

21 LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. p. 109-134. In: *Tratado de direito das famílias*. Rodrigo da Cunha Pereira (org.) Belo Horizonte: IBD-FAM, 2019, p.129

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Edição kindle (sem paginação)

23 PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988, Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 252-271, p. 265. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf. Acesso em:

Em relação aos dispositivos que o século XX desenvolveu em relação aos direitos da criança e adolescente, em uma análise a Convenção sobre os Direitos da Criança verifica-se no artigo 21 trata sobre o ‘melhor interesse da criança’ ao tratar do sistema de adoção. Entretanto o princípio não alcança apenas o procedimento judicial de constituição de filiação, compreendendo que é um reflexo do ‘caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral’²⁴ percebesse que o princípio do melhor interesse da criança trata de proteção integral e com prioridade de seus interesses, observando conforme dispõe o artigo 227 da Constituição Federal²⁵, como dever do Estado, família e Estado assegurar as devidas proteções e promoções de direitos das crianças e adolescentes.

João Baptista Villella tratou das modificações familiares em 1980 manifestando sobre o ‘bem do menor’²⁶ como novo interlocutor da família, indicando que aqueles que possuem as prerrogativas do poder parental, quais sejam os pais, tutores, ou guardiões, por exemplo, podem sofrer limitações quando observada a preservação do valor vinculado à criança e adolescente, de modo que há um aumento da liberdade desses visando o benefício do direito fundamental de desenvolvimento com garantias materiais e morais resguardadas²⁷.

Miguel Cillero Bruñol trata do princípio pela denominação do interesse superior da criança, destacando que é sempre satisfação de seus direitos e que não se trata de interesses dos pais nem do Estado que pode ser considerado como único interesse relevante para a satisfação dos di-

24 LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. p. 109-134. *In: Tratado de direito das famílias*. Rodrigo da Cunha Pereira (org.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p.129

25 BRASIL CF.

26 Termo utilizado indicando o vocábulo utilizado pelo autor no ano de 1980, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente ter sido sancionado, de modo que o ordenamento ainda se encontrava sob a égide da doutrina do menor.

27 VILLELLA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 a 22 de maio de 1980), pp. 657-687 p. 672. Disponível em> https://www.academia.edu/34285196/Liberdade_e_familia_Joao_Baptista_Villella_1980 Acesso em:

reitos da infância, sendo os direitos da criança verificados de forma prioritária para o estabelecimento das políticas e suas execuções²⁸.

Monaco²⁹ indica a existência de orientações em relação ao princípio, destacando a orientação do Estado-legislador, do Estado-juiz, do Estado-administrador e orientação à família, de forma a indicar de forma explicativa o tripé de sustentação e suporte estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal de dever por parte do Estado, sociedade e família na proteção dos direitos da criança e adolescente.

Conforme trata Paulo Lobo³⁰ o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado, demonstrando a necessidade de reafirmação do reconhecimento dos direitos da infância e juventude com a devida aplicação legislativa.

4 LICENÇA PARENTAL COMO PROTEÇÃO AO INTERESSE DO RECÉM-NASCIDO

O nascimento de uma criança transforma toda a dinâmica de um núcleo familiar, uma nova vida foi gerada, portanto, novas responsabilidades, novo ciclo na vida dos pais, que agora precisam adaptar sua rotina para acomodar uma criança da melhor forma possível.

Conforme já discutido, no Brasil a licença é de 120 dias para as mães e de 5 dias para os pais, podendo ser estendida para até 20 dias quando a empresa participa do Programa Empresa Cidadã. Entretanto, mesmo que a licença por muito tempo tenha sido representado como uma necessidade à mãe gestante, em razão dos cuidados iniciais com o recém-nascido e da recuperação da mulher que passou pelo procedimen-

-
- 28 BRUÑOL, Miguel Cillero. **Infancia, autonomia y derechos: una cuestion de principios**. [s.d.] Disponível em: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.
- 29 MONACO, Gustavo Ferraz de Camppos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181-183.
- 30 LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). 3. Ed., Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 129.

to do parto, atualmente não se verifica apenas como um direito da mãe ou do pai, mas, sim, uma garantia da própria criança³¹, que necessita criar laços com seus genitores, o que se entende não ser possível no período ínfimo de 5 dias de licença-paternidade.

A necessidade da criação da licença parental como proteção ao interesse do recém-nascido se faz extremamente necessária, na medida em que é muito eficaz, a exemplo de países como Portugal e Suécia, em que o período de licença após o nascimento da criança é dividido entre os pais, que juntos assumem a função de proteger e educar o recém-nascido, não ficando apenas com a mãe a responsabilidade pela vida.

A consagração da licença maternidade com um período maior tem a sua construção na ideia de cuidado que a figura feminina possui perante a sociedade³². Estereótipo construído ao longo dos anos, mas ao mesmo questionado principalmente pelo movimento feminista, e as suas consequentes conquistas pela história.

Acontece que a ideia de cuidado apenas pela figura feminina deve ser considerada equivocada e ultrapassada, uma vez que os cuidados com os filhos devem ocorrer por ambos os pais. Susana Almeida³³ ao tratar da licença perante a perspectiva de Portugal indica que quando da equiparação o que ocorreu foi uma concessão, aos pais e às mães, da garantia do direito à proteção da parentalidade perante a sociedade e ao Estado, de modo que a criação e sustento não dos filhos não impeçam aos pais de também participarem da vida cívica do país e de terem sucesso profissional.

Segundo Queiroz,

Há, no mundo, Países onde esse direito é reconhecido por lei, como a Suécia, que desde 1974 transformou a licença-maternidade em benefício remunerado para ambos os pais, com o objetivo de estimular os homens a assumirem papel mais ativo na criação dos filhos e propiciar divisão mais igualitária das tarefas domésticas. Na verdade, a legislação sueca concede a licença ao pai e à mãe, em conjunto, até o terceiro mês de vida da criança, e, a partir dali, até completar dezesseis meses (480 dias), o casal decide quem

31 QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Dos direitos sociais**. Base: vLex

32 FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação Primitiva. Editora Elefante. Tradução: Coletivo Sycorax, São Paulo, 2017, p. 144

33 ALMEIDA, Susana. **Parentalidade sócio-afectiva**: Portugal e Brasil. Coimbra: Almedina, 2012, p. 83.

a gozar, podendo, inclusive, alternar-se. Portugal, desde 1999, adota a denominada “licença parental”, definida como o direito de ausência ao trabalho, até o máximo de três meses, ao pai e à mãe que não estejam impedidos ou inibidos totalmente de exercer o poder paternal, cujo gozo se sujeita a aviso-prévio de trinta dias³⁴.

A Espanha³⁵ também adere ao movimento de equiparação das licenças colocando ambas as licenças com ao menos 16 semanas de folga do trabalho, sendo que são em sua totalidade intransferíveis e remuneradas, com o escopo de incentivar os homens a usá-las, uma vez que a ausência gozo leva a impossibilidade de usufruir no futuro.

A parentalidade se atrela a necessidade de atuação de uma rede eficaz de suporte, utilizando das potencialidades e assistência dos agentes parentais, de forma conjunta, independentemente da situação jurídica pessoal que eles se encontrem, sejam aderidos a conjugalidade e a convivência, ou inexistentes vínculos entre os agentes. O conjunto de deveres entre as partes resguarda não apenas a criação material, mas também imaterial dos filhos, de forma que o cuidado possui especial atenção para o melhor interesse da criança³⁶.

No mesmo sentido verifica-se que o direito de convivência familiar está relacionada a parentalidade, em que Kátia Maciel, discorre que é direito fundamental de todo sujeito, em que no caso da criança e do adolescente é possível equiparar ao direito à vida, uma vez que é vital para a formação e desenvolvimento desses, sendo, então, uma necessidade³⁷.

A construção da parentalidade vislumbra a proteção dada pela própria Constituição Federal no artigo 226, §7º, em que apesar a denominação apenas de ‘paternidade responsável’, entende que se trata do conjunto de garantias que são titularizados perante os filhos, a fim de que

34 QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Dos direitos sociais**. Base: vLex. p. 419-420.

35 SALDAÑA, Cristina. **Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero**. (2021). Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 06 set. 2021.

36 AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **Parentalidade sustentável: o ilícito parental e a precificação do (des)afeto nas estruturas familiares contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 160-161

37 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Direito fundamental à convivência familiar**. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, p. 196.

haja o desenvolvimento integral da personalidade, identidade e cidadania da criança e adolescente. É a perspectiva de cuidado desses no ambiente familiar como instrumento de processo civilizatório, em que tanto pai como mãe devem atuar³⁸.

Além dos deveres de cuidados, na convivência familiar, o afeto é outro substrato a ser analisado perante as construções familiares da atualidade, uma vez que passa a ser analisada como base hermenêutica que se compreenda as regras e princípios do direito das famílias, vislumbrando as preocupações com o outro o devido comprometimento dos componentes da entidade familiar para com ela. Há uma relação da afetividade com o comportamento que é esperado pelos indivíduos que a compõem, prezando pela promoção de valores humanizados e civilizatórios em relação ao indivíduo³⁹. A afetividade é, então, elemento regulatório necessário perante as famílias atuais.

A partir das considerações que levaram à alteração das estruturas familiares é importante, então, frisar as consequências dos eventos. Primeiramente em relação à figura da mulher como cuidado primário da família, as modificações e movimentos históricos colocam a figura feminina perante o mercado de trabalho, de modo que passa a ter responsabilidade fora do ambiente domiciliar. Nessa perspectiva, verifica-se que a ideia de cuidado com a família ainda é atrelada à figura feminina, apesar de a mulher ser mais atuante no mercado de trabalho e não mais ter a residência e família como único e prioritário objetivo.

Os princípios regulatórios da família e de proteção dos indivíduos que a compõem se alteram, dando maior visibilidade e proteção para aqueles que antes não possuíam a proteção como sujeitos de direitos perante o ordenamento, como no caso das crianças e adolescentes. Além do que a entidade familiar não é considerada apenas pela perspectiva patrimonialista, a convivência e a afetividade passam a ser consideradas em alto grau de importância não apenas para a formação da entidade, mas também para a manutenção dessa.

Por essa perspectiva, a forma de criação e consolidação dos vínculos familiares ocorrem desde o nascimento da criança, desde que o re-

38 AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **Parentalidade sustentável**: o ilícito parental e a precificação do (des)afeto nas estruturas familiares contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2002, p 160-164

39 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 162-163.

cém-nascido necessita dos cuidados primários de alimentação e sustento, mas para além, da atenção zelosa que possibilita a criação de vínculos parentais. Para tanto, necessita-se de que haja um aumento, e possivelmente, a equiparação das licenças maternidade e paternidade, para que haja, também, pelo outro a possibilidade de exercício da parentalidade.

5 CONCLUSÃO

A construção e justificativas para a fixação de prazos específicos para a licença maternidade e paternidade se deram por duas razões específicas, a primeira biológica, e a segunda em razão da construção social de indivíduos. A biológica trata a respeito de períodos necessários para a devida alimentação e nutrição do recém-nascido, a fim de que haja os cuidados biológicos necessários para o seu desenvolvimento saudável, enquanto a segunda se refere a verificação da mulher como cuidado primário da família, motivo pelo qual a licença paternidade possui um prazo muito inferior à licença-gestante (licença maternidade).

Entretanto, a sociedade modifica-se para adequar novas estruturas familiares, novas formas de proteção e garantias a indivíduos, entretanto há figuras legislativas que não acompanham a evolução. A não modificação ocorre por diversos fatores, inclusive sociais que ainda mantêm estruturas de pensamento atrelados à antiga forma de construção social, como por exemplo ainda entender que a gestação e o nascimento de uma criança estão mais relacionados à mulher do que a uma construção familiar.

Países como Portugal, Suécia e Espanha alteram o ordenamento para que ocorra a modificação social de que a mulher é a figura primária do cuidado com os filhos e a família, e que a presença da outra figura parental não é tão relevante. A Espanha, por exemplo, apesar de não colocar a licença como obrigatória, coloca formas de que a ausência de gozo do benefício leva a perda para utilização em outro momento.

As justificativas de outros países referem-se à necessidade e importância que o outro agente parental possui no cuidado e desenvolvimento do recém-nascido. A percepção se dá tanto em relação aos cuidados biológicos iniciais na vida de um ser humano, como alimentação

e atenção, até na criação de vínculos parento-filiais, que são necessários para o desenvolvimento completo de um filho.

A busca por uma licença parental não possui enfoque em apenas uma justificativa, mas há diversas ramificações demonstrando a necessidade dessa na atualidade. O aumento da licença paternidade no ordenamento jurídico brasileiro possibilita o exercício da parentalidade responsável descrita na Constituição Federal, trazendo não apenas a responsabilidade ao outro agente parental perante o cuidado com os filhos, mas também a possibilidade de criação de vínculos afetivos que serão fundamentais para a construção e manutenção da entidade familiar, independente de qual seja.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Susana. **Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **Parentalidade sustentável: o ilícito parental e a precificação do (des)afeto nas estruturas familiares contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2002.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In: Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.) 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 778.889/PE**. Relator: Min. Roberto Barroso, de 07 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Concedida licença parental para mãe não gestante de criança fruto da união homoafetiva**. (2021). Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15997. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. União. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 out. 2020.

BRASIL. União. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008. **Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. União. Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016. **Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8737.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 06 de set. 2021.

BRASIL. União. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. **Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. União. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. **Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **Infancia, autonomia y derechos: una cuestion de principios.** [s.d.] Disponível em: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto.** Salvador: JusPodivm, 2020.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação Primitiva.** Editora Elefante. Tradução: Coletivo Sycorax, São Paulo, 2017.

SENADO FEDERAL. Proposta de emenda à Constituição nº 41, de 2015. **Altera a Constituição Federal para ampliar a duração da licença-maternidade e licença-paternidade.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4289393&ts=1630416596199&disposition=inline>. Acesso em: 02 set. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. p. 109-134. *In: Tratado de direito das famílias.* Rodrigo da Cunha Pereira (org.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.* Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde da criança: nutrição infantil.** (2009). Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

MONACO, Gustavo Ferraz de Camppos. **A proteção da criança no cenário internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Edição kindle.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988, Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 252-271, p. 265. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf. Acesso em: 05 set. 2021

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 2018. **Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631175&ts=1630427192719&disposition=inline>. Acesso em: 03 set. 2021.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família.** Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 a 22 de maio de 1980), pp. 657-687p. 672. Disponível em: https://www.academia.edu/34285196/Liberdade_e_familia_Joao_Baptista_Villela_1980. Acesso em: 05 set. 2021

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Dos direitos sociais.** Base: vLex

SALDAÑA, Cristina. **Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero.** (2021). Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 06 set. 2021.



LICENÇA-PARENTAL: PERSPECTIVAS PELO DIREITO À PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS GENITORES NA FORMAÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS COM O RECÉM-NASCIDO E DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO

Geórgia Manfroi¹

1 INTRODUÇÃO

Conforme as transformações da sociedade, as normas são moldadas para se adequarem aos novos papéis sociais. Conseqüentemente, é perceptível a metamorfose da organização familiar a partir de fatores externos e internos ao longo da história.

No presente trabalho, questiona-se se, no contexto brasileiro atual, a licença-parental, instrumento adotado por países em destaque na promoção da igualdade de gênero, é ferramenta vantajosa em comparação ao sistema adotado atualmente, e suas respectivas implicações sociais. Ainda, discute-se se a diferenciação dos períodos de licença maternidade e paternidade são justificáveis no cenário social ou se são elementos que prejudicam a formação de laços afetivos do infante com seus pais, e, conseqüentemente, o desenvolvimento da criança.

É levantada a hipótese de que, a adoção da licença-parental é elemento extremamente relevante para a diminuição da desigualdade de

1 Graduada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo professor Conrado Paulino da Rosa; georgia27.m@gmail.com.

gênero em diversos âmbitos sociais, além de beneficiar o recém-nascido com a possibilidade de ampliar seu contato com ambos os genitores em seus primeiros dias de vida. Por sua vez, as previsões legais da licença-maternidade e licença-paternidade se demonstram insuficientes para alcançar as constantes transformações sociais, além de que acabam por reforçar os papéis de gênero- prejudiciais especialmente para as mulheres. Dessa forma, a adoção da licença-parental apresenta benefícios que abrangem toda a sociedade, desde a criação de laços de um recém-nascido com seus pais, até a igualdade de gênero no mercado de trabalho e no lar.

O estudo divide-se em tópicos a fim de garantir uma maior compreensão sobre o tema abordado. Primeiramente, realiza-se a análise de contexto histórico relevante que colaborou com a fortificação dos papéis sociais de cada gênero, e, conseqüentemente, a legislação que confere o período de afastamento a cada um dos pais de suas atividades laborais para cuidar do infante. Em seguida, com a finalidade de destacar a importância da atuação de ambos os pais nos cuidados com o recém-nascido, aborda-se o posicionamento de diversos profissionais da área da saúde que apontam os benefícios de tal medida. Também se destaca a desigualdade de gênero no âmbito familiar, a qual é reforçada a partir das disparidades correspondentes aos períodos de licença-maternidade e licença-paternidade previstas na legislação. Expõe-se as previsões legais de países desenvolvidos no que concerne aos períodos e modalidades de afastamento fornecidos aos pais, fazendo uma correlação com os aconselhamentos da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, realiza-se uma breve análise da homoparentalidade e suas implicações no que concerne aos períodos de licença a fim de comparar com o sistema heteroparental.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E PATERNIDADE

Primeiramente, é necessário realizar uma retomada histórica para compreender como os papéis sociais se solidificaram e foram determinantes para a incidência de normas que regulassem a proteção à maternidade e paternidade.

Merece destaque o momento em que, a partir da Revolução Industrial, a mulher foi atraída ao mercado de trabalho, e, em especial, para o serviço de fição, em razão de ser considerado uma especialidade feminina. Dessa forma, houve uma inversão no paradigma social, sendo o homem quem se encarregava das tarefas domésticas, enquanto a mulher laborava, sendo esta uma preferência dos empregadores, já que a remuneração era menor. Assim, em que pese haja uma crescente incorporação do trabalho feminino na produção capitalista, a remuneração salarial das mulheres seguia com percentagem inferior aos homens².

Por sua vez, a primeira norma trabalhista foi registrada em 1841, na França, que reduziu a carga horária de trabalho dos menores de 12 e 16 anos, para 8 e 12 horas, respectivamente. Nos anos vindouros, uma série de países promulgaram leis que protegeram as crianças e as mulheres, diminuindo não só a duração do trabalho, como também lhes restringindo o labor em minas ou trabalhos noturnos, por exemplo³. Autores apontam que as normas protetivas apresentariam uma falsa benignidade, em razão de que o interesse em proteger as mulheres era tão somente de recordá-las do seu verdadeiro lugar na sociedade: em casa, cuidando da família⁴. No mesmo sentido, pode-se observar que a inversão dos papéis de gênero, colocava em risco a autoridade do marido e, também, a organização hierárquica da família.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as transformações sociais, introduziu um capítulo específico para os direitos sociais e, entre eles, elencou, no artigo 7º, inciso XVIII e XIX, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias. O instituto da licença-paternidade, no art. 10, § 1.º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, é de 5 (cinco) dias. Ou seja, uma diferença de 95,3% entre as licenças mencionadas.

Em 2016, foi sancionada a Lei 13.257 que ampliou os períodos de licenças. Assim, é possível a prorrogação da licença-paternidade por mais quinze dias, ou seja, totalizando vinte dias ao trabalhador. A mesma

2 CARDONE, Marly A. **Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher**. Revista de Direito do Trabalho, v. 14/1978, jul./ago 1978, n.p. Base RT Online.

3 Ibid., n.p.

4 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Caderno Pagu, São Paulo, 26ª edição, jan/jun. 2006, p. 405-430. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250045666_Direito_do_trabalho_da_mulher_da_protecao_a_promocao. Acesso em: 05 set. 2021.

Lei também possibilitou a prorrogação da licença-maternidade por mais sessenta dias à genitora.

Entretanto, para usufruir do benefício, é necessário que a empresa esteja inserida no Programa Empresa Cidadã, o qual concede incentivos fiscais à pessoa jurídica que oferecer aos seus funcionários o prolongamento da licença-maternidade e da licença-paternidade. De acordo com pesquisa de 2019 da Talenses Group, consultoria de recrutamento especializado em cargos de média e alta gerência, foi revelado que menos empresas estão aderindo à licença-maternidade de seis meses. Em 2015, 41% ofereciam o benefício. Em contrapartida, em 2018 eram apenas 34%.

3 O DIREITO DO RECÉM-NASCIDO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Diante das disparidades entre os prazos de licença-maternidade e de licença-paternidade na Constituição Federal, é evidente o acúmulo dos cuidados com a criança direcionado a somente um dos pais. O presente tópico propõe-se a demonstrar a importância do afeto nas relações familiares, enfatizando os efeitos positivos da presença de ambos os pais no início de vida de uma criança.

O novo conceito de família é fundado na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo, sendo assim, é preciso uma visão pluralista da família, para desta forma, considerar como entidade familiar qualquer tipo de relacionamento que ocorra um vínculo afetivo, independentemente da sua formação. A união homoafetiva é o exemplo que ilustra a evolução do conceito de família, que antigamente influenciada pelo preconceito e proximidade do Estado com a igreja, não considerava com status de família a união de pessoas do mesmo sexo⁵.

Para estabelecer um vínculo afetivo familiar, é necessária a disposição de tempo, suprindo as necessidades físicas, emocionais e mentais

5 TORRES, Felipe Queiroz. A criação do vínculo socioafetivo com o recém-nascido: as disparidades entre as licenças oferecidas aos pais e a importância dos laços afetivos. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, São Paulo, v. 4., 2019, p. 227. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdi/article/view/793/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

do bebê. Portanto, a proteção à maternidade e à paternidade deve ser valorizada, sendo assim, amparada pelo Direito de Família e pelo Direito do Trabalho. Faz-se necessário enaltecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, garantindo ao recém-nascido um tratamento justo e com a devida formação de laços-afetivos.

O afeto, em especial, é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais. De acordo com Rolf Madaleno:

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. Como mostra Giselle Câmara Groeninga: 'O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável', e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém⁶.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, enaltece o valor contido na família e a considera como base da sociedade. A importância da família para o recém-nascido é sem dúvida imensurável. O amparo dos pais para a manutenção da vida da criança e na criação de vínculos afetivos desde os primeiros dias de vida são fatores determinantes para seu desenvolvimento saudável.

Os dicionários de Psicanálise conceituam o afeto como uma pulsão, que exprime o estado afetivo, expressado por meio de uma descarga maciça de energia pulsional⁷. Pulsão, por sua vez, é definido como a carga energética que se encontra na origem da atividade motora do organismo e do funcionamento psíquico inconsciente do homem⁸.

Portanto, o afeto pode ser definido como a disposição energética investida por uma pessoa, para desta forma criar uma relação com outrem, ou seja, é todo o empenho, dedicação, carinho que é disposto nas relações pessoais para a criação e fortalecimento do vínculo entre pais e filhos⁹.

6 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 103.

7 TORRES, 2019, p. 228.

8 Ibid., p. 229.

9 Ibid, p. 229.

Para a autora Jacqueline Filgueras Nogueira¹⁰, a afetividade para a criança, supera inclusive a ligação biológica decorrente da filiação, sendo essa apenas o liame jurídico criado entre o genitor e sua prole, sendo que o vínculo afetivo só é obtido por meio da convivência familiar, suprimento das necessidades físicas e psicológicas da criança, garantindo o seu bem-estar.

No mesmo sentido, o psiquiatra John Bowlby¹¹, ao estudar a teoria da ligação, explica que o comportamento de ligação é desenvolvido principalmente nos nove primeiros meses de vida, e versa que o vínculo afetivo de uma criança, será determinado em virtude das experiências obtidas com aquele que está suprindo suas necessidades físicas e psicológicas. Desta forma, será preferido pela criança o contato com a pessoa que dispôs maior tempo nos cuidados maternos, sendo essa a principal referência afetiva para a criança.

Portanto, o período inicial da vida de um infante merece atenção completa de ambos os pais para que seja garantida uma maior interação, estímulos e aprendizados. No caso concreto, a figura da genitora é protagonista nos cuidados com o bebê, seja pelo prazo maior de licença-maternidade ou pelo estigma social, quando na verdade, a figura paterna também deveria ser incluída em momento tão determinante para o infante.

Para Aberatury¹², o contato corporal entre o bebê e o pai, no cotidiano, é referência na organização psíquica da criança, devido à sua função estruturante para o desenvolvimento do ego. No segundo ano de vida, já existe a imagem de pai e de mãe, e a figura paterna fica mais acentuada e tem a função de apoiar o desenvolvimento social da criança, auxiliando-a nas dificuldades peculiares a este período e no desprendimento necessário da criança aos costumes da situação familiar, mantidos pela mãe.

Pode-se considerar que a presença do pai na vida de um filho é tão fundamental quanto a presença da mãe, quando se pensa em um bom desenvolvimento socioemocional da criança, sob vários níveis e circunstâncias, pois não só complementa como reforça o modelo dado pela

10 Ibid, p. 229.

11 Ibid., p. 231.

12 BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 28, n. 85, 2011, p. 69. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 set. 2021.

mãe, no qual os dois assumem os papéis de autoridade (impondo regras e punições) e dos afetos (fornecendo carinhos e recompensas)¹³.

4 DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR

Essa diferença significativa entre os períodos de licença-maternidade e licença-paternidade possui implicações sociais que podem passar despercebidas, porém são um empecilho para o avanço da sociedade em termos de igualdade de gênero.

Em decorrência do período superior de licença-maternidade e a consequente maior disponibilidade da mãe para cuidar do infante, é reforçada a expectativa de seu dever inquebrável com o lar e os filhos, podendo até mesmo, ser julgada socialmente por optar pelo seu trabalho e ter uma carreira promissora. Não obstante, a mãe, além de cumprir com seu trabalho remunerado, acaba por também ter que cumprir uma segunda jornada em casa. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística-IBGE, no Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). Também, a Taxa de participação, que tem como objetivo medir a parcela da população que está trabalhando ou procurando trabalho e disponível para trabalhar, aponta a maior dificuldade de inserção das mulheres no mercado de trabalho. Em 2019, a taxa de participação das mulheres com 15 anos ou mais de idade foi de 54,5%, enquanto entre os homens esta medida chegou a 73,7%, uma diferença de 19,2 pontos percentuais¹⁴.

Em contrapartida, ao ter um período inferior de licença-paternidade, o genitor poderá sofrer limitações na tentativa de fortalecer laços e participar da criação do seu filho, bem como dividir as tarefas do lar. É reforçado o estigma de que o homem é o provedor do lar e não é de seu papel apresentar sensibilidade para criar e colaborar ativamente com o crescimento e desenvolvimento afetivo de seus filhos. Dessa forma, é

13 Ibid., p. 73.

14 IBGE. **Estatísticas de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil, 2019, p. 02-03. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

propagado os mitos sociais de que “homem não tem jeito com criança”, “mulher cria e o homem paga as contas”, ou ainda, “lugar de mulher é pilotando o fogão”. O recém-nascido, ainda que possa contar com a presença da mãe, tem como essencial direito a socialização com o pai, uma vez que a presença familiar garante seu melhor desenvolvimento social e afetivo, além de influenciar positivamente em seu comportamento.

Tais institutos, da maneira que estão previstos, afrontam o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além desta afronta direta a tais normas, é perceptível que há consequências para a inserção da mulher no mercado de trabalho, uma vez que o ônus suportado pelo empregador difere de maneira considerável, além de endossar a discriminação da mulher no ambiente laboral.

5 LICENÇA-PARENTAL: ANÁLISE LEGISLATIVA INTERNACIONAL E IMPLICAÇÕES SOCIAIS

Percebe-se a necessidade inerente de criar alternativas e políticas legislativas que revertam, ou ao menos, amenizem esse quadro. É válido realizar uma comparação com o sistema de licença parental da Suécia, considerado o mais equitativo em termos de gênero do mundo. A Suécia oferece aos pais um total de 480 dias de folga remunerada. Daquele tempo, cada genitor deve tirar no mínimo 90 dias de licença, não podendo ser transferidos. A intenção por trás do aumento do tempo reservado a cada genitor é de garantir uma melhor distribuição de tarefas domésticas e cuidados com o recém-nascido, além de promover a igualdade no mercado de trabalho¹⁵.

Outros países também promovem licença semelhante para o fim de assegurar maior igualdade. A França, por exemplo, além de adotar a licença-maternidade e licença-paternidade, também inclui uma licença conjunta. Dessa forma, apesar da possibilidade de suspensão do contrato dos genitores, a empresa não pagará nenhum salário ao empregado durante o período. A legislação francesa concede aos trabalhadores uma licença pa-

15 MINISTRY OF EMPLOYMENT. Gender equality policy in Sweden. **Government Offices of Sweden**. 2019, p. 09. Disponível em: <https://www.government.se/information-material/2019/03/gender-equality-policy-in-sweden/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

rental em tempo integral, por ocasião do nascimento ou da adoção de uma criança, cuja duração varia em função do número de crianças nascidas ou adotadas simultaneamente. No final, há a possibilidade de retornar ao cargo com o mesmo salário prévio, sendo vedada a demissão nesse período¹⁶.

Já em Portugal, o benefício parental inicial é concedido pelo período de 120 ou de 150 dias consecutivos, e os pais podem reparti-los livremente entre si, observadas algumas regras devidas à condição biológica da mãe. O benefício parental inicial exclusivo da mãe pode ser concedido por um período de até trinta dias antes do parto e, obrigatoriamente, por seis semanas após o parto. Esses períodos integram o tempo total de concessão do benefício parental inicial (de 120 ou 150 dias). Por sua vez, o benefício parental inicial exclusivo do pai é de vinte dias. Dez deles são obrigatórios e podem ser usufruídos em dias consecutivos ou intercalados nos trinta dias seguintes ao parto, devendo cinco deles ser usufruídos imediatamente após o parto. Os dez dias facultativos da licença parental inicial exclusiva do pai podem ser tirados de forma consecutiva ou intercalada, mas devem coincidir com a licença parental inicial da mãe. O benefício parental adicional é concedido por um período de até três meses a qualquer um ou a ambos os pais biológicos ou adotantes, alternadamente, durante o gozo da licença parental adicional, desde que usufruída imediatamente após o período de concessão do benefício parental inicial ou do benefício parental adicional do outro progenitor¹⁷.

Ao trazer para uma realidade mais próxima, em 2011, no Chile, foi instituída a licença-parental. Anteriormente, o sistema da licença-paternidade também garantia 05 dias ao genitor, assim como no Brasil. Entretanto, a partir da alteração, é possível a divisão da licença, a partir da sétima semana de licença-maternidade. Portanto, se pai e mãe forem empregados, qualquer um deles, conforme escolha da mãe, poderá usufruir da licença pós-natal parental, a partir da sétima semana desta, pelo número de semanas que a mãe indicar. As semanas utilizadas pelo pai deverão estar no período final da licença e darão a ele direito a um benefício equivalente à sua remuneração de referência¹⁸.

16 MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico Consultoria Legislativa, 2019, p. 41-44. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>. Acesso em: 13 jul. 2021.

17 Ibid., p. 46-49.

18 Ibid., p. 33-35.

Assim, uma alternativa para a promoção da igualdade de gênero e alteração das disparidades entre homens e mulheres nos cuidados com os filhos e tarefas domésticas, além de reduzir a desigualdade no âmbito do mercado de trabalho, é a adoção da licença-parental. A adoção da medida seria capaz de ampliar e tornar mais igualitário o tempo que cada genitor passaria com o recém-nascido, garantindo, assim, uma maior formação de vínculos afetivos com ambos os pais, e, conseqüentemente, estimular o desenvolvimento saudável do infante.

É válido ressaltar que essa licença não busca a concessão indistinta de garantias entre homens e mulheres, uma vez que existem peculiaridades da mulher, quando se trata de filiação biológica, que necessitam de atenção em virtude da amamentação e tempo de repouso pós-parto. De acordo com o estudo publicado pela Organização Internacional do Trabalho, *Maternity and paternity at work: law and practice across the world*:

Enquanto a licença-maternidade visa proteger as mulheres trabalhadoras durante a gravidez e a recuperação do parto, a licença parental se refere a uma licença relativamente longa disponível para um ou ambos os pais, permitindo-lhes cuidar do filho durante um período de tempo, geralmente após a licença-maternidade ou paternidade¹⁹.

Dessa forma, a possibilidade de constituir a licença-parental após o período exclusivo de licença-maternidade, garantiria a decisão de cada núcleo familiar de como seriam configurados os cuidados com o recém-nascido e com o lar.

Essa licença seria um marco legislativo extremamente relevante no que concerne a igualdade de gênero, sendo esse tópico um dos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Organização das Nações Unidas a serem cumpridos até 2030. Além de amenizar discriminações de gênero, tal benefício poderia e interferir na imposição fixada social e culturalmente de determinados comportamentos em razão do sexo.

Conforme avaliação da Organização Internacional do Trabalho-OIT, foi destacado que o benefício da licença-parental é essencial para o

19 ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: law and practice across the world**. International Labor Office – Geneva: ILO, 2014, p. 60. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

aprimoramento de diversos âmbitos sociais, seja no mercado de trabalho ou em casa:

O aumento da licença parental dos pais é um objetivo importante da política, não apenas para melhorar a igualdade de gênero no mercado de trabalho e em casa, mas também para o benefício mútuo de pais e filhos, aumentando o envolvimento, cuidado e tempo dos homens com seus filhos a longo prazo. [...] Políticas de licença parental mais justas também aumentam a probabilidade de que as mulheres retornem ao emprego depois da licença e gastem mais tempo em trabalho remunerado²⁰.

Diante da importância da implementação da licença-parental, constata-se que, a legislação brasileira, no que se refere aos direitos laborais das mulheres, especialmente no que diz respeito à licença da maternidade, endossa a ideia coletiva de que toca à mulher o papel da maternidade. Esse cenário favorece a perpetuação da discriminação do gênero feminino no contexto do mercado de trabalho, seja com o desligamento após a licença da maternidade, seja com a sobrecarga de atividades paralelas ao trabalho formal.

Portanto, a licença-parental seria alternativa razoável para aliviar a desigualdade, de forma que seus efeitos incidiriam na esfera laboral. Da mesma forma, a figura paterna assumiria conjuntamente o protagonismo nos cuidados com seus descendentes, beneficiando não somente a mulher, que teria sua carga de trabalho aliviada, mas o recém-nascido, que terá a oportunidade de interagir com o genitor e desfrutar dos benefícios que esse envolvimento afetivo implicará em seu desenvolvimento.

6 LICENÇA PARA CASAS HOMOAFETIVOS

Diante da ampliação do conceito de família e existência de diversas formas de entidades familiares, as normas e a jurisprudência foram moldadas a fim de que todas sejam dignas de proteção do Estado. Isso inclui a família formada por uniões homoafetivas, conforme já expresso

20 Ibid., p. 61-62.

pela larga jurisprudência, em especial, pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). STJ, REsp 1.183.378-RS, 4a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25-10-2011.

Apesar das considerações de igualdade entre famílias heteroparentais e homoparentais, a possibilidade de concessão de licença-maternidade ou paternidade aos pais integrantes de uma relação homoafetiva, seja em virtude de uma adoção ou técnicas de reprodução assistida, é um caminho nebuloso. Isso se deve ao fato de ainda estarem presentes lacunas na legislação, disparidades na jurisprudência, e, ainda, haver uma quebra de paradigmas no que se refere a atribuição de funções naturalizadas em virtude do gênero.

Independentemente do “modelo” de família do qual ela faça parte, toda criança merece a proteção devida. Assim, os institutos que garantem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais.

Nos casos de adoção, verifica-se que, a adoção conjunta permite a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes empregado ou empregada, sem distinção de gênero, conforme o § 5º do art. 392-A do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Logo, se tratando de companheiros homoafetivos, apenas um dos integrantes irá desfrutar

da licença-maternidade. Esse debate a respeito da possibilidade de equiparação entre o prazo da licença-adoptante e da licença-gestante no STF mostra que o Tribunal vem mostrando a relevância que o afeto ganhou nos processos decisórios, inclusive em zonas de intersecção entre o Direito Previdenciário, de Família e da Criança, apresentando-a até mesmo enquanto instrumento da busca da felicidade²¹.

Já quando se trata de inseminação artificial ou Fertilização In Vitro, no caso de um relacionamento composto por duas mulheres, a jurisprudência, em sua maioria, se posiciona no sentido de conferir a apenas a gestante o benefício licença-maternidade. Apesar de não existir uma norma que permita a concessão do benefício de licença à mãe que não gestou o filho, existem raras exceções em que ambas as mulheres possam desfrutar da licença-maternidade, ou, ainda, conferir a mãe não gestante a licença-paternidade.

No que concerne a gestação por substituição, o Brasil não possui legislação específica sobre o tema. As únicas normas sobre o assunto encontram-se na esfera da regulamentação expedida pelo Conselho Federal de Medicina- CFM, que são endereçadas às situações relativas às Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs). O CFM determina que o útero de substituição seja de alguém com até o quarto grau de parentesco com um dos membros do casal. Quem não é parente de um dos pais pode doar o útero, contanto que seja alguém comprovadamente muito próximo a um dos pais, além de ser submetido a uma rígida avaliação e posterior aprovação do CFM. Apesar de escassa, a jurisprudência aponta pela concessão de licença-paternidade estendida, nos moldes da licença-maternidade. Ou seja, comprovada a documentação que comprova a gestação por substituição para casal homoafetivo, é concedido o gozo de licença-paternidade com equiparação temporal à licença-maternidade²².

21 ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; CARVALHO, Eduardo Fabrício Segadilha; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Possibilidades da licença parental para pais adotivos em uniões homoafetivas. **Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo**, v. 26, n. 2, 2020, n.p. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20(1).pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

22 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária Cível nº 1.0000.20.586948-0/001**. Relator: Des. Moacyr Lobato, 5ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 11/03/2021. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F8061EF74B614C8EF938DB193DB-992DF.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.586948-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 03 set. 2021.

Diante das experiências homoparentais no que tange aos papéis desempenhados pelos membros da entidade familiar, observa-se que é muito enriquecedora a comparação com a heteroparentalidade. Dessa forma, as famílias homoafetivas têm muito a contribuir para uma formação mais igualitária na divisão dos papéis tradicionalmente distribuídos pelo gênero, já que não há, em princípio, uma divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico²³.

Considerando que o critério biológico não é mais absoluto para a concessão da licença-maternidade, evidente que as atividades de ambos os pais merecem a mesma importância nos cuidados com o recém-nascido, independentemente do gênero de cada integrante sendo ambos os pais de suma importância para a proteção do recém-nascido.

7 CONCLUSÃO

Verifica-se que, embora a legislação internacional tenha avançado significativamente no que concerne a busca pela igualdade de gênero no mercado de trabalho, deveres do lar e cuidados com os filhos a partir da licença parental, a legislação brasileira continua estagnada em um modelo que ecoa as diferenças sociais entre homens e mulheres.

O trabalho doméstico está marcado por uma longa história de exclusiva responsabilidade feminina. Apesar das metamorfoses sociais e, inclusive, a mulher ter adquirido seu espaço no mercado de trabalho, os cuidados com o lar e os filhos ainda são direcionados a figura da genitora. Consequentemente, a diferença de 95,3% entre os períodos correspondentes as licenças maternidade e paternidade são apenas um reforço desse estereótipo, muitas vezes justificado- precariamente- por particularidades biológicas de cada sexo.

Não obstante as diferenças no âmbito do lar, os reflexos de tal desigualdade de gênero alcançam patamares elevadíssimos em comparação aos países desenvolvidos. Um exemplo disso é a deficiência na quantidade

23 PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho**, v. 16, n. 2, jul/dez. 2017, p. 61. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 31 ago. 2021.

de de mulheres que exercem cargos de liderança, ou ainda, o alto número de mulheres que abandonam os estudos.

Diante da possibilidade de formação de uma família homoparental, as atribuições de funções correspondentes a cada gênero são enfraquecidas. Dessa forma, a licença-maternidade, concedida majoritariamente a somente um dos integrantes do relacionamento homoafetivo, reforça que tal medida já não encontra mais embasamento em um critério puramente biológico, mas, conforme os estereótipos sociais aplicados aos parceiros heterossexuais. Essa realidade serve como uma reflexão no sentido de que, independentemente do sexo do casal, ambos os pais possuem os mesmos deveres e responsabilidades na criação de uma criança e cuidados com tarefas domésticas, não devendo apenas um dos integrantes ser encarregado com os cuidados com o recém-nascido e tarefas domésticas, e, conseqüentemente, ser prejudicado no mercado de trabalho.

Uma resposta para diminuir o presente déficit é levar em consideração a experiência internacional no que tange a adoção da licença-parental. A possibilidade de conferir a ambos os pais a autonomia de decidir e organizar os cuidados com o recém-nascido resultaria no enfraquecimento do estigma de que a mulher é a autoridade responsável pelos filhos e o lar. Conseqüentemente, com a devida divisão de tarefas, a mulher terá mais espaço para crescer profissionalmente e garantir seu espaço no mercado de trabalho. Da mesma forma, a preferência por trabalhadores homens pelos empregadores, será enfraquecida, uma vez que ambos os gêneros terão suas disparidades diminuídas em relação ao ônus suportado pelo empregador.

A socialização do infante também é fator que será beneficiado com a adoção da medida. Em virtude da ampliação de seu convívio com ambos os genitores, seu crescimento com a presença ativa de ambos os pais incidirá em uma maior capacidade de desenvolvimento saudável e com estímulos positivos. O envolvimento dos pais antes, durante e após o nascimento de um bebê é uma questão de grande importância para os campos dos direitos humanos e da saúde pública, sendo estratégico para uma gestação, parto e pós-parto saudáveis.

Ao adequarmos para a realidade brasileira, a possibilidade de garantir aos pais a escolha de como será o desfrute do benefício da licença-parental, após o período de licença-maternidade, não propulsionaria tão somente a diminuição da discriminação de gênero, também faria com

que o homem fosse inserido no papel de genitor que também lhe corresponde, além de participar ativamente dos cuidados da criança.

Portanto, com base no exposto, resta claro que a adoção da licença-parental é medida essencial para a conquista de um dos objetivos fundamentais da República: a proteção da família e a não discriminação entre os gêneros

REFERÊNCIAS

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: law and practice across the world**. International Labor Office – Genebra: ILO, 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; CARVALHO, Eduardo Fabrício Segadilha; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Possibilidades da licença parental para pais adotivos em uniões homoafetivas. **Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo**, v. 26, n. 2, 2020, n.p. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20(1).pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 28, n. 85, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 set. 2021.

CARDONE, Marly A. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 14/1978, p. 23-45. jul./ago 1978. Base RT Online.

CARDOSO, Ltycia. Menos empresas aderem à licença-maternidade de seis meses. **Extra**, 21 abr. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/menos-empresas-aderem-licenca-maternidade-de-seis-meses-23608842.html#:~:text=Um%20levantamento%20da%20consultoria%20de,em%202018%20eram%20apenas%2034%25.&text=%E2%80%94%20O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20recomenda,m%C3%A3e%20at%C3%A9%20os%20seis%20meses>. Acesso em 24 jul. 2021.

FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

FILHO, Rodrigo da Rosa. Dia Internacional do Orgulho Gay: reprodução assistida para casais homossexuais. **Mater Prime**, 25 mai. 2021. Disponível em: <https://materprime.com.br/dia-internacional-do-orgulho-gay-reproducao-assistida-para-casais-homossexuais/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 31 ago. 2021.

IBGE. **Estatísticas de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher**: da proteção à promoção. Caderno Pagu, São Paulo, 26ª edição, p. 405-430, jan/jun. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250045666_Direito_do_trabalho_da_mulher_da_protecao_a_promocao. Acesso em: 05 set. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 103. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 05 set. 2021.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. Licença Parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito –UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 350. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48053>. Acesso em: 05 set. 2021.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico Consultoria Legislativa, 2019. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária Cível nº 1.0000.20.586948-0/001**. Relator: Des. Moacyr Lobato, 5ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 11 mar. 2021. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F8061EF74B614C8EF938DB-193DB992DF.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.586948=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar. Acesso em: 03 set. 2021.

MINISTRY OF EMPLOYMENT. Gender equality policy in Sweden. **Government Offices of Sweden**, 2019. Disponível em: <https://www.government.se/information-material/2019/03/gender-equality-policy-in-sweden/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MONDARDO AHE, VALENTINA DD. **Psicoterapia infantil**: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança. *Psicol Reflex Crit.* 11 (3) 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/5xPGHfXtTN-CpDDFrW4f9qSz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 set. 2021.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho**, v. 16, n. 2, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, jul./set. 2015.

TORRES, Felipe Queiroz. A criação do vínculo socioafetivo com o recém-nascido: as disparidades entre as licenças oferecidas aos pais e a importância dos laços afetivos. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, v. 4. 2019. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/793/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA PATERNIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM ESTUDO COMPARADO COM A LICENÇA ESPANHOLA

Laura Vicari Valduga¹
Fernanda Schrenkel De Trois²

1 INTRODUÇÃO

Ao analisar a legislação brasileira, especialmente de forma comparativa com outros países e considerando os avanços da sociedade na busca pela igualdade de gêneros, é possível perceber que há um grande atraso no nosso país no que diz respeito à licença paternidade. O presente trabalho visa demonstrar que a equiparação entre as licenças paternidade e maternidade traria enormes vantagens à relação familiar e ao infante, enaltecendo

- 1 Graduanda do oitavo semestre do curso de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Estagiária de Direito na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Portadora do e-mail valdugalaura@gmail.com.
- 2 Graduanda do nono semestre do curso de Direito, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Pós-Graduação, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Portadora do e-mail feschenkel@hotmail.com.

e colocando em prática o princípio do melhor interesse da criança, além de gerar maior igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

O problema enfrentado na pesquisa parte da não observância da legislação brasileira no que se refere ao disposto em relação à licença paternidade, visto que as licenças vigentes não respeitam o princípio da igualdade, uma vez que as mulheres possuem uma licença muito mais expressiva que a dos homens. Assim, ao atribuir uma quantidade de dias ínfima ao pai, além de contribuir para que as relações com o infante sejam desiguais entre os membros do casal, o legislador desconsiderou a importância da figura paterna na criação e desenvolvimento cognitivo e social da criança, que busca referências para o seu crescimento em ambos os genitores.

Analisando a experiência da Espanha no assunto, verifica-se que este país introduziu nos últimos anos uma série de licenças parentais visando uma maior conscientização do casal no que concerne ao cuidado do infante que criam. Além disso, o sistema espanhol busca uma efetiva igualdade entre os gêneros nos cuidados familiares e cria um ambiente favorável e saudável para o desenvolvimento social.

Com vistas a verificar a hipótese aventada com a presente pesquisa, partiu-se para a análise da problemática utilizando o método hipotético dedutivo, sendo a técnica de pesquisa bibliográfica e legal. Outrossim, utilizou-se uma comparação do instituto da licença paterna brasileira frente à licença espanhola, demonstrando-se um ideal a ser seguido pela legislação do nosso país em termos de revisão legislativa e de implementação de políticas públicas.

2 A MULHER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESPAÇO DOMÉSTICO

Em decorrência dos papéis sociais impostos e enraizados no nosso cotidiano, percebe-se uma discrepância no momento do recrutamento por parte dos contratantes quanto à seleção entre homens e mulheres, sendo que estas possuem um grau maior de dificuldade ao buscar inserir-se no mercado de trabalho, tornando-se um meio cada vez mais competitivo e de notáveis exigências. Como já destacaram os pesquisadores do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

(DIEESE), “o mercado de trabalho, na maioria das vezes, reproduz os padrões de desigualdade social encontrados entre a população como um todo”³. Ao reproduzir tal padrão, dá-se preferência ao gênero masculino, uma vez que, para este, está atrelado ao papel social idealizado de provedor do lar.⁴ Conforme mencionado pela Organização Mundial do Trabalho, “as relações de gênero também são questões de poder, as quais determinam aqueles que exercem controle de recursos”⁵.

À vista disso, tem-se a ideia de que o homem dedicará um tempo maior ao labor, focando-se de uma forma mais acentuada, pois, de maneira geral, ele não possui preocupações relevantes fora do ambiente de trabalho, como por exemplo cuidar da prole, por não ter tal pressão social histórica. Enquanto isso, na contratação de mulheres, parte-se da premissa de que são responsáveis pela casa e exclusivamente pelos filhos⁶ e, por isso, podem faltar mais vezes ao trabalho, ou ainda, assumir menos compromissos no emprego em nome de mais tempo para se dedicar à família, tendo assim, uma decadência da produtividade no local de trabalho. Essa situação revela como a desigualdade nas relações domésticas afeta as mulheres no mercado de trabalho, pois, ficam impossibilitadas de atuar na vida política, de seguirem suas carreiras no trabalho e de efetuarem outras atividades, frente à exigência de que devem cuidar sozinhas de suas famílias e de suas casas, ficando, portanto, excluída das decisões de vários aspectos da vida privada e pública⁷, bem como, prejudicam a prole, ao passo que a figura paterna acaba não sendo tão presente, restando o

3 MARQUES, Lilian Arruda; SANCHES, Solange. **Desigualdade de Gênero e Raça no Mercado de trabalho: tendências recentes**. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_229333.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

4 BERNARDI, Denise. **Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos**. Psicologia Revista, São Paulo, vol 26, n.1, 59-80, 2017.

5 **ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT**. ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero. 2ª ed. Genebra: Organização Internacional do trabalho- OIT, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665542.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

6 BERNARDI, Denise. **Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos**. Psicologia Revista, São Paulo, vol 26, n.1, 59-80, 2017.

7 THOMÉ, Candy Florencio. **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha**. *Revista do*

infante prejudicado de criar impetuosos laços com seu genitor, como os criados com a mãe, essa que acaba sendo a figura mais importante para o desenvolvimento da criança, por conta da notável ausência paterna⁸.

Ao analisar-se historicamente a figura do pai no âmbito doméstico, nota-se uma descentralização, tanto que até as décadas de 1960 e 1970 os estudos sobre o desenvolvimento infantil não incluíam o pai, responsabilizando assim, exclusivamente a mãe pelo sucesso ou fracasso no desenvolvimento dos filhos⁹. Acreditava-se assim, que uma maternagem competente bastava e era a chave para o crescimento saudável do infante, e, portanto, não seria necessário aprofundar e entender a qualidade e a necessidade da interação pai-criança¹⁰. Hoje em dia já se tem vastos estudos que salientam que o pai não pode ser visto como um mero coadjuvante no cuidado com a prole, ele deve ser levado em conta como um partícipe importante do desenvolvimento cognitivo, social, emocional e social da criança¹¹.

Nesse sentido, é que se busca maximizar e inserir a participação mais ativa do homem nos cuidados com a prole, tornando-se um objetivo de relevante interesse social, em especial por atender à vontade crescente da mulher de desvinculá-la do papel exclusivo do cuidado. Por isso, é que se defende que o aumento do período de licença-paternidade poderá proporcionar meios para essa descentralização do papel social da mulher, influenciando seu crescimento laboral, ou seja, o profissionalismo da mulher e ainda fortalece os vínculos afetivos entre pai e filho, que são imprescindíveis para o desenvolvimento da criança¹².

Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009, p. 46.

- 8 BERNARDI, Denise. **Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos**. *Psicologia Revista*, São Paulo, vol 26, n.1, 59-80, 2017.
- 9 RODRIGUES, M. M., & TRINDADE, Z. A. (1999). **Em nome do pai e do filho: relações afetivas e instrumentais**. In Z. A. Trindade, & E. B. Bortoli (Orgs.), *Pesquisa em psicologia: recriando métodos*. Vitória, ES. Universidade Federal do Espírito Santo. pg. 125-138.
- 10 BRONSTEIN, P. (1988). **Marital and parenting roles in transition: An overview**. In P. Bronstein & C. P. Cowan (Eds.), *Fatherhood today: Men's changing role in the family* (pp. 3-10). John Wiley & Sons.
- 11 CREPALDI, Maria A. et al. **A PARTICIPAÇÃO DO PAI NOS CUIDADOS DA CRIANÇA, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE MÃES**. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 579-587, set./dez. 2006.
- 12 PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) -

Com essa inserção da figura masculina no meio doméstico, a família pode ser vista, assim, como um conjunto unificado de partes, umas dependentes das outras, que se interagem entre si e com o ambiente, estando sujeitas às mais diversas trocas, e de maneira a formar um todo maior do que a soma de seus coletivos¹³. Ademais, verifica-se que a família possui reconhecida influência na sociedade como um todo, em razão de suas concepções e culturas inseridas, tradições afetivas e até econômicas, desempenhando relevante papel na maturação do equilíbrio emocional do indivíduo, e aqui entende-se tanto os responsáveis, como do infante¹⁴. Ao delimitar para se falar sobre a criança, a família pode ser entendida como o ambiente apto a exercer influências profundas e duradouras em seu desenvolvimento, apresentando-se como um importante centro de estabelecimento do bem-estar e do desenvolvimento humano¹⁵.

A presença efetiva da mulher no mercado de trabalho pode retirar o pai do lugar de provedor único e impulsioná-lo a reconquistar seu espaço em outras áreas, como nos cuidados com a casa, e principalmente, com o carinho e atenção destinados a sua prole, tornando-se mais importantes do que o próprio sustento econômico.¹⁶ Aludindo-se a um recorte histórico, como descrito por Del Priore “no Brasil colonial, as mulheres exerciam o papel de fazendeiras, comerciantes, lavadeiras entre outros”¹⁷. Assim, por mais que os relatos históricos não ressaltem a atividade laboral feminina, as mulheres sempre trabalharam e isso é um fato¹⁸.

Mesmo existindo demasiados registros históricos de mulheres trabalhando no mesmo grau que homens, esse labor nunca foi reconhecido, mas sim, esquecido, uma vez que a imputação do papel principal da mulher foi de dedicar-se exclusivamente à prole e ao lar, ofuscando as suas habilidades em outras atividades. As mulheres também desejam

Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018.

- 13 BRONFENBRENNER, U. **A ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- 14 Ibid.
- 15 BERLINSKI, S.; SCHADY, N. (ed.). **Los primeros años: el bienestar infantil y el papel de las políticas públicas**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.
- 16 Feiring, C. & Lewis, M. (1978). **The child as a member of the family system**. *Behavioral Science*, 23, 225-233.
- 17 DEL PRIORE. Mary. **Histórias do Cotidiano**. São Paulo: Contexto, 2001.
- 18 RAGO, Margareth. **Gênero e História**. Santiago de Compostela: CNT, 2012.

ter a possibilidade de dedicar-se mais ao trabalho remunerado, ascender nas carreiras que tanto almejam e construir sua própria vida com total independência financeira e emocional.

Entretanto, elas são barradas por uma questão de desigualdade, que não concretizar-se-ia se o trabalho secundário e não remunerado fosse equiparado entre os residentes da casa. Com uma divisão isonômica, tal carga sairia do núcleo feminino, permitindo o desenvolvimento profissional desejado e oportunizando um crescimento sem culpa, sem fazê-las ter que escolher qual dos dois âmbitos vai dedicar-se exclusivamente ou com mais afinco. Fundamentando o explanado, em 2015, o Thomson Reuters Foundation¹⁹ constatou em uma pesquisa realizada no âmbito do G20 (grupo formado por ministros de finanças e chefes dos bancos centrais) que 44% das mais de 9.500 trabalhadoras mulheres entrevistadas consideraram o equilíbrio entre mercado de trabalho e as atribuições domésticas, inserido o cuidado com a prole, como maior desafio no ambiente laboral. Segundo pesquisas, 48% das mulheres que gozaram de licença-maternidade foram demitidas em até dois anos do retorno a seus postos de trabalho²⁰.

À vista disso, reconhece-se que a participação masculina no âmbito doméstico é essencial para que haja condições mais igualitárias entre os gêneros no âmbito das relações trabalhistas,²¹ bem como, nas relações de cuidado com a prole. Portanto, alterar a legislação, é fazer com que a criança tenha uma maturação mais saudável. Equiparar a licença paterna com a licença materna é colocar em prática o princípio do superior interesse da criança, uma vez que fortalece vínculos afetivos mais intensos do pai com o filho.²²

19 THOMSON REUTERS FOUNDATION. **The 5 key issues facing women working in the G20**. Inglaterra. 2015. Disponível em: <http://poll2015.trust.org/>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

20 MACHADO, Cecilia; PINHO NETO, V. **The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil**. Pesquisa “Thinktank” da Fundação Getúlio Vargas. Dez. 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17859/The_Labor_Market_Consequences_of_Maternity_Leave_Policies_Evidence_from_Brazil.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

21 SCHEFFER, Juliana de Alano. **Licença Parental: Possibilidades para o direito brasileiro**, 1ª edição. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 28 - 29.

22 HEYMAN, J. et al. **Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development era**. Public Health Reviews. London, v. 21, n. 38, p. 1-16, 2017.

3 A LICENÇA PATERNIDADE NO BRASIL

Em 1988, já na promulgação da atual Constituição Federal da República do Brasil, ficou assegurado em seu artigo 7º, inciso XIX²³ que “nos termos fixados em lei”, são garantidos, dentre outros, o direito à licença paternidade a todos os trabalhadores, urbanos ou rurais. Por sua parte, o artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁴ previu que até que fosse promulgada lei que disciplinasse a licença paternidade prevista na Constituição Federal, o prazo dela seria de cinco dias.

No entanto, ocorre que, até os dias atuais, não se promulgou qualquer lei que disciplinasse a licença paternidade em solo brasileiro, sendo portanto, inclusive questionável a assertiva de que de fato o Brasil possui uma licença para o usufruto dos pais. Isso se deve ao fato de que o trazido pelo advindo da Constituição Federal neste sentido não passou da nomenclatura e do aumento ínfimo de um prazo já previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada a mais de quarenta anos antes²⁵. A Carta Magna optou por não deixar fixado qualquer prazo para que o legislador ordinário viesse a, de fato, fixar os termos da licença paternidade, ocasionando na inexistência de um prazo mínimo de licenciamento, que acaba por deixar de atender a demanda por igualdade de gênero e pelo atendimento das necessidades das crianças²⁶.

Com o advento da Lei 13.257/2016, a licença paternidade acabou por ser ampliada de cinco para vinte dias. Não obstante, não se pense que a ampliação vale a todos. A Lei em questão passou a valer apenas a aqueles

23 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

24 Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

25 NASCIMENTO, Rafael M de C. **LICENÇA-PATERNIDADE NO BRASIL: SITUAÇÃO ATUAL E POSSIBILIDADES DE MUDANÇAS**. 01-42. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/196874254.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2021.

26 Ibid.

que trabalham em empresas que integram o programa denominado Empresa Cidadã. A operabilidade neste caso é bem simples: se a empresa permitir o funcionário de se licenciar gratuitamente por mais quinze dias além dos cinco previstos constitucionalmente, ela terá isenção de imposto²⁷.

Dentre as regras existentes para se obter os quinze dias em licenciamento, encontra-se posto que o indivíduo licenciado não poderá exercer qualquer atividade remunerada neste período de usufruto. Ademais, em caso de o sujeito desejar ampliar sua licença, o poderá fazer para no máximo dois dias úteis depois do parto. Por fim, o pai deve tomar parte em algum programa ou atividade de paternidade responsável.

A licença paternidade se mostra de suma relevância, tendo em vista apenas por meio dela ser possibilitada a aproximação entre o pai e a criança recém-nascida, além de proporcionar maior tranquilidade ao núcleo familiar. Mostra-se vantajoso também, conforme exteriorizado, para as empresas, visto que podem receber isenção tributária ao ampliarem as licenças remuneradas de seus funcionários²⁸.

Apesar de ter sustentado por um longo período a existência da figura materna apenas como uma figura de cuidado, estudos vieram a demonstrar a importância da presença paterna na vida dos infantes. Aliás, não apenas isso, mas a crescente demanda por igualdade de gênero e divisão de tarefas domésticas tem se tornado cada vez mais presentes. Portanto, o Brasil ainda tem de buscar essa equalização dos gêneros e, para isso, deve-se modificar o *modus operandi* das famílias tradicionais paternalistas.

27 CONTÁBEIS, **Empresa cidadã: como contribuir com a licença-maternidade e receber benefícios fiscais**. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/47027/empresa-cidada-como-contribuir-com-a-licenca-maternidade-e-receber-beneficios-fiscais/>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

28 JORNAL CONTÁBIL, **Licença paternidade: Regras e como funciona**. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/licenca-paternidade-regras-e-como-funciona/>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

4 O ESTADO DA ARTE DAS LICENÇAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO EM COMPARAÇÃO COM A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA

Para o fim de se desenvolver uma análise comparativa do Brasil com a Espanha, é necessária a compreensão de que uma relação familiar carente da presença paterna pode resultar em uma catástrofe para o desenvolvimento mental da criança.

O país espanhol foi escolhido para o comparativo posto que se mostrou exemplar na comunidade europeia. A Espanha, diferente da maioria dos países membros da União Europeia (UE), decidiu por adotar uma licença que equiparasse a presença de ambos os pais na vida da criança. Enquanto diversos países, como o Brasil ignoram a importância da figura paterna, a Espanha promulgou, em 01 de janeiro de 2021, a licença parental de dezesseis semanas para ambos os membros do casal²⁹, tempo este que é irrevogável e intransferível, além de possuir caráter remuneratório integral. Isso quer dizer que, em se licenciando, além de usufruir de tempo com sua prole, o homem ainda permanece recebendo do Estado o mesmo valor que percebia em seu labor anteriormente.³⁰

Em se tratando da importância da convivência paterna com os descendentes, cumpre destacar que tudo partiu de uma evolução gradativa³¹. O governo espanhol buscou, com a graduação das licenças, atingir a igualdade dos gêneros, tanto no mercado de trabalho quanto no referente aos cuidados domésticos e com a prole. A começar desta forma, a Espanha mudou a mentalidade dos homens com o tempo, que se viam mais necessitados de

29 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

30 LAS PROVINCIAS, Ione Balerra, Cómo será el nuevo permiso de maternidad y paternidad de hasta un año y la futura prestación pro crianza de hijos. Disponível em: <https://www.lasprovincias.es/economia/nuevo-permiso-maternidad-20210714225614-nt.html>. Acesso em 23 de julho de 2021.

31 EL CORREO, **La evolución del permiso de paternidad y maternidad en España**. Disponível em: <https://www.elcorreo.com/sociedad/evolucion-del-permiso-de-paternidad-y-maternidad-en-espana-20210714135918-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>. Acesso em 23 de agosto de 2021.

buscar uma vida familiar equitativa frente a suas parceiras, consoante demonstra a pesquisa efetuada ainda em 2007 pela Fundación BBVA³².

Neste estudo foram entrevistados diversos pais, no intuito de saber o como se sentiam quanto às mudanças legislativas e a maior acessibilidade ao convívio familiar que a nova lei da licença paternidade os possibilitava. Todos responderam de forma positiva, havendo diversos homens entrevistados referido que, malgrado serem provenientes de uma geração em que os pais exerciam, em sua maioria, apenas o papel de provedores financeiros de suas famílias, não repetiam esse padrão com relação aos seus próprios filhos. O contato familiar ampliado que foi possibilitado pela licença paternidade trouxe aos homens espanhóis um imenso prazer e uma redução em seus níveis de estresse. Imperioso deixar aqui posto também que, houve inclusive, por parte de um dos entrevistados, a consideração de que “Sem dúvida, se minha esposa ganhasse o suficiente (dinheiro), eu largava (emprego)”³³. Fica claro pela conclusão a que chegou a Fundación BBVA de que, de fato, a legislação parental espanhola seguia, à época, o caminho certo, em aumentar cada vez mais a licença paterna em face da materna.

A Espanha passou, com o transcorrer dos anos, por diversas mudanças na legislação no que tange à licença parental, havendo aprovado, a título de exemplo, em 2019³⁴, a lei que ampliava a licença para oito semanas. Posteriormente, em 2020, foi ampliada a licença para doze semanas, até que se chegasse ao patamar atual de dezesseis semanas remuneradas pelo governo aos pais e mães, para que usufruíssem da presença de seus filhos.

O sistema europeu favorece a convivência familiar, de modo que esta não apenas implica na melhoria da qualidade de vida da entidade, mas também em um aumento da renda das mulheres. Um estudo sueco demonstrou que para cada mês de licença paterna remunerada que o governo fornece, o salário anual futuro da mulher pode vir a aumentar em 7%³⁵. Fica evidente, a partir destes dados, o modo como a licença de pais

32 ESCARIO, Pilar, **Los hombres jóvenes y la paternidad**. Plaza de San Nicolás, 4, 48005 Bilbao. Fundación BBVA, 2007.

33 Ibid.

34 EL PERIÓDICO, **¿Cuál es la duración del permiso de paternidad? ¿Cómo se solicita? 10 claves**. Disponível em: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170306/permiso-paternidad-5873123>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

35 BBC NEWS, Angela Henshall, **4 razones por las que el permiso de paternidad es una muy buena idea para la economía familiar**, Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-36630854>. Acesso em 13 de agosto de 2021.

pode vir a propiciar maior igualdade de gêneros no mercado de trabalho, tal como, conseqüentemente, tornar este mesmo mercado mais competitivo e lucrativo.

Além de uma melhora mercadológica, houve a melhora da vida familiar, com respeito ao superior interesse da criança. Ainda em 2012, quando a licença paterna e materna espanhola ainda não se encontravam equiparadas, os efeitos de uma busca pela igualdade e por uma beneficiação da saúde mental das crianças já começavam a aparecer de modo expressivo. Isso é demonstrado perante um estudo realizado por Castellano Serrano, no qual foram analisadas 1.130 lares compositores da região de Madrid. A partir do estudo foi constatada a relação direta entre o afastamento do homem do ambiente laboral com uma maior interação com seus descendentes e uma maior divisão de tarefas no lar³⁶.

Para que fique mais clara a relação de pais e filhos e a profundidade que tomou, basta que se deleite na pesquisa de Pedro Romero-Balsas.³⁷ Como resultado mais significativo, se demonstrou que, em usufruto de licença paterna, 94,5% dos homens sentiam-se mais dispostos a tomar parte em brincadeiras junto dos infantes. Esse número não apenas expressa um crescimento da convivência familiar, como também realça ainda mais a necessidade de uma licença extensa aos homens. Já restou comprovado que não faltam benefícios a serem auferidos por uma criança que mantém contato com seu pai desde a primeira infância.

Apenas com o superior interesse da criança respeitado à risca é que o governo espanhol pôde fazer cumprir as necessidades do infante e permitiu o usufruto completo das relações familiares. Com tantos benefícios ao crescimento saudável dos indivíduos que convivem ativamente com seus pais é que a Espanha dialogou por anos até chegar ao patamar de hoje.

A licença paterna espanhola opera da seguinte forma: as quatro primeiras semanas posteriores ao parto devem ser desfrutadas continuamente pelo pai, a partir disso, o pai pode vir a usufruir das demais doze

36 Castellano Serrano, Cristina et al. (2013). **¿Se implican más en el cuidado de sus hijos pequeños los padres que utilizaron la baja por nacimiento? El caso de España (on line)**. Disponível em: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/85-2013-11-29-Duraci%C3%B3n%20permisos%20e%20implicaci%C3%B3n%20del%20padre.pdf>, Acesso em 02 de setembro de 2021.

37 Romero-Balsas, Pedro (2015). **Consecuencias del permiso de paternidad en el reparto de tareas y cuidados en la pareja**. Revista Española de Investigaciones Sociológicas, 149: 87-110. (<http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.149.87>)

semanas ofertadas pelo governo da forma como bem desejar, contanto que o faça até que o infante complete doze meses de vida. Diga-se aqui, outrossim, que para que se evitem machismos por parte dos homens, a licença que lhes é concebida é, ademais de cem por cento remunerada pelo Estado, irrevogável e intransferível, de maneira que apenas os próprios homens podem usufruir, e se não o fizerem, perdem o direito. Para os casos em que há mais de um filho nascido, acresce-se o licenciamento em duas semanas para cada outra criança, de modo a compensar a maior atenção exigida em tarefas de cuidado pelo pai³⁸.

Para os pais que desejam intercalar seu tempo licenciado entre trabalho e cuidados da licença, há a opção de negociar com o empresário a quem presta serviços para que usufrua de um regime de licenciamento de cinquenta por cento. Assim, o pai pode laborar apenas metade de sua jornada, ficando todo o restante do dia em proveito de sua prole³⁹. A título de demonstração do caráter de conforto propiciado pelo licenciamento paterno, deixa-se firmado aqui que o homem pode optar entre usufruir de sua licença juntamente de sua parceira ou separadamente, conforme o casal crer lhes ser de melhor fruição⁴⁰.

A experiência espanhola demonstrou a entidade familiar do país europeu ser muito mais igualitária e presente na vida de seus filhos do que é a família brasileira. Com relações de emprego díspares, as mães incorrem em uma sobrecarga de estresse ao haverem de arcar com ofício profissional e doméstico em concomitância. No caso em que os pais espanhóis passaram a conviver mais com suas proles, por outro lado, eles tiveram, via de regra, diminuição de seus níveis de estresse⁴¹. Nesta mesma senda, outro estudo publicado pelo *Journal of Public Economics*, por

38 EL PERIODICO, **¿Cuál es la duración del permiso de paternidad? ¿Cómo se solicita? 10 claves**. Disponível em: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170306/permiso-paternidad-5873123>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

39 Ibid.

40 CONEXÃO PLANETA. Suzana Camargo: A partir de agora na Espanha as licenças paternidade e maternidade terão o mesmo tempo de duração. 2021. Disponível em: <https://conexaoplaneta.com.br/blog/a-partir-de-agora-na-espanha-licencas-paternidade-e-maternidade-terao-o-mesmo-tempo-de-duracao/>. Acesso em 23 de julho de 2021.

41 ESCARIO, Pilar, **Los hombres jóvenes y la paternidad**. Plaza de San Nicolás, 4, 48005 Bilbao. Fundación BBVA, 2007. p. 50

intermédio de estudantes da Universidade de Barcelona⁴² demonstrou que de 7% a 15% dos homens que se tornaram pais posteriormente à promulgação da nova licença parental espanhola desejavam ter menos filhos, pois ao adquirirem o senso de cuidado, passaram a perceber as crescentes demandas que o cuidado exigia. Se destaca também que a reação de mulheres à implantação da licença paterna foi diversa da masculina: elas sentiram um alívio na constante pressão de cuidado que apenas elas recebiam até então, sentindo-se mais dispostas a engravidarem novamente.

Por óbvio que a relação brasileira com a licença paternidade não se assemelha à espanhola, já que na brasileira, vê-se uma excessiva cobrança sobre de mulheres, ainda sustentando a figura paterna de mero provedor financeiro. Isso, conforme vislumbrado ao se analisar o estudo no tópico tratado, não se sustenta na sociedade espanhola, e demonstra a necessidade de que, tanto pais quanto mães, sejam portadores do senso de cuidado para com suas proles.

5 A NECESSIDADE DE REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA PATERNIDADE E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em decorrência da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 é que se pode perceber uma mudança significativa e frutífera em termos de legislação aplicada diretamente à infância e juventude no país. Anterior a esse ato, mais precisamente no século XIX, apenas restam lembranças de uma vida sem respaldo do direito para quem aqui nascia, principalmente para as crianças negras, que ficavam sem proteção alguma, à mercê das boas ações realizadas por igrejas⁴³ e que mesmo assim

42 PURTILL, Corinne; KOPE, Dan. **After men in Spain got paternity leave, they wanted fewer kids**. Quartz. Disponível em: <https://qz.com/work/1614893/after-men-in-spain-got-paternity-leave-they-wanted-fewer-kids>. Acesso em 16 de abril de 2021.

43 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 11.

não produziam uma assistência voltada a tratar crianças como sujeitos de direitos. A fase atual, muda o paradigma acolhido na época, passa a atender crianças e adolescentes como dignas de direitos e proteção obrigatória do Estado, conforme o que destaca Josiane Rose Petry Veronese:

Esta importante Carta Política incorporou em seu texto normativo os princípios basilares da doutrina da proteção integral. A partir do ano de 1990 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei infraconstitucional que reúne em um único texto os direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares e os mecanismos legais capazes de efetivá-los.⁴⁴

Notável é que, a partir da inserção da doutrina de proteção integral referente ao infante é que a família se desvinculou do mero papel de transmissora hereditária e passou a ter suas atividades voltadas para o sujeito e conseqüentemente para a dignidade de todos os seus membros, valorizando a união entre eles⁴⁵. A contar desse momento histórico, é possível vislumbrar que mudanças significativas ocorreram, especialmente em relação à concepção de sujeito de direitos, que vem sendo alterada e ganhando um espaço notório. Em outras palavras, surgem paulatinas modificações que fazem a diferença quando vistas sob um contexto maior, como, por exemplo, o fato de a legislação ter passado a dar preferência às expressões “criança”, “adolescente” e “infante”, entre outras, na tentativa de não utilizar mais do termo “menor”, que se encontrava estigmatizado e envolvido em carga pejorativa.

No que concerne a crianças e adolescentes, a carta magna adota a igualdade como um dos direitos fundamentais do ser humano, e como

44 VERONESE, Josiane. **Crianças e adolescentes negros: reflexos de uma discriminação velada**. Sociologia Jurídica, 2009. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/criancas-e-adolescentes-negros-reflexos-de-uma-discriminacao-velada/>. Acesso em 01 de fevereiro de 2021.

45 PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf> Acesso em 12 de julho de 2021.

feito, da família⁴⁶. Este pilar do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁷ deixa claro, inclusive, que o dever de assistir os filhos é da família como já dito em tópico anterior, simultaneamente com a sociedade e o Estado, que juntos formam o papel primordial de assistência e proteção integral àque-la criança⁴⁸. Sem distinguir os sexos, de igual forma, a Lei nº 8.069/90 em seu 4º Artigo⁴⁹ também expõe a quem compete assegurar o princípio do melhor interesse da criança, no qual replica o já dito na norma Maior⁵⁰.

Entende-se que ainda há um longo caminho a percorrer para atingir uma isonomia entre as funções parentais, particularmente se levarmos em consideração as licenças disponíveis no nosso ordenamento jurídico. É imperioso lembrar, que prezar pelo melhor interesse da criança significa, em um contexto geral, garantir que seu desenvolvimento físico, cognitivo, afetivo, moral, social e educacional ocorra de maneira positiva, em termos qualitativos, consideradas as condições que os responsáveis e a comunidade podem ofertar⁵¹. Assim, os pais continuam deixando prejuízos para seus descendentes, pois o tempo oferecido e disponível por lei mantém-se insuficiente para que se realizem as necessidades básicas,

46 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

47 PEREIRA, R. da C. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em 12 de julho de 2021.

48 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

49 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.

50 SILVEIRA, Jessica. *A Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: uma abordagem à luz da lei nº 8.069/90*. UniRio, 2015. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

51 PEREIRA, R. da C. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf

físicas e psicossociais de uma criança recém-nascida, além de dificultar a criação de laços entre pai e filho⁵².

Com uma licença paternidade tão singela, deixa-se de considerar pessoas primordialmente responsáveis pelo cuidado dos filhos, ao momento que se subteme que cinco dias são satisfatórios para o genitor suprir as necessidades do infante⁵³. Há quem defenda esse ponto de vista justificando que a mulher possui um “instinto maternal”. Entretanto, de acordo com a psicóloga Maria Luísa Castro Valente, a maternidade, como outros comportamentos, é socialmente adquirida⁵⁴. Dessa forma, é necessário considerar que tudo isto ocorre de forma inconsciente, como resultado da internalização das normas e dos costumes sociais⁵⁵.

Afinal, a família atual deve ser traduzida a partir de um princípio de cooperação, ao ponto de os papéis sociais confundirem-se e não se distanciarem⁵⁶. Desse modo, a maternidade não pode ser vista como definição essencial da mulher⁵⁷. Os homens também têm o direito e a obrigação de participar de modo mais ativo do cuidado com seu filho⁵⁸. Estudos apontam que o pai geralmente demonstra o mesmo entusiasmo

-
- 52 NOGUEIRA, Naiara Barbosa et al. **Percepções sobre a licença-paternidade: das normas federais a sua aplicação prática local**. Anais III JOIN / Edição Brasil... Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/50053> . Acesso em 08 de fevereiro de 2021
- 53 VIEIRA, R. S. C., TRAMONTINA, R., & ANGOTTI, B. (2020). **Cuidado e direitos fundamentais: o caso do habeas corpus coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência** . Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 21(2), 563-576. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/26616>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.
- 54 OLIVEIRA, Fábio. Agnes. **Mito do instinto materno gera culpa em mulher que não quer ter filhos**, 2013. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2013/05/07/mito-do-instinto-materno-gera-culpa-em-mulher-que-nao-quer-ter-filhos.htm> . Acesso em 11 de fevereiro de 2021.
- 55 LOYA, Karla. **¿Es real el instinto materno?** Universidad de Colima. GénEros, Colima, Volume 06, Número 18, 05-92, 1999.
- 56 SOUZA, Eline. **LICENÇA-PARENTAL: DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO À CONSEQÜENTE REORGANIZAÇÃO DOS PAPÉIS NO AMBIENTE**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 48, 2013.
- 57 BADINTER Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Walfen-sir Dutra (trad). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- 58 SCHEFFER, Juliana de Alano. **Licença Parental: Possibilidades para o direito brasileiro**, 1ª edição. Florianópolis: Habitus, 2018. p 26.

da mãe quando seus filhos nascem e a mesma ansiedade quando os deixam, sendo igualmente carinhoso e atencioso⁵⁹.

Corroborando com o estudo, Lima e Santos enaltecem que o bebê que dispõe da presença constante e criação de vínculo com o pai desde a gestação tem melhor desenvolvimento cognitivo e melhor aprendizagem⁶⁰. Paquette⁶¹ também desenvolveu alguns estudos a respeito do comportamento paterno e suas influências sobre o desenvolvimento infantil, enfatizando que o pai é mais do que um simples coadjuvante dessa relação. Para o autor, ambos os genitores estão implicados em duas dimensões-chave de cuidados parentais, uma emocional e a outra de controle, sendo que cada um (pai e mãe) atua do seu próprio modo. Além do papel crucial que o pai exerce na triangulação pai-mãe-filho, cumpre destacar os ensinamentos de Muza⁶², que cita que o papel paterno é crucial também para o desenvolvimento dos filhos na entrada da adolescência, quando a maturação genital obriga a criança a definir o seu papel na procriação.

Apesar de existirem inúmeros estudos, como os demonstrados acima, acerca dos benefícios que o pai pode proporcionar ao filho ao aproximar-se afetivamente dele, desvinculando-se do mero papel de provedor, bem como, das paulatinas evoluções desses aspectos em nossa sociedade, a interação entre pai e mãe no ambiente familiar é distinta. Portanto, deve haver um esforço no sentido de buscar uma isonomia em relação à divisão das responsabilidades nos cuidados com os filhos. Em decorrência disso é que surge a necessidade de intervenção estatal, analisando o real problema da sociedade, indo ao núcleo, criando mecanismos capazes de romper barreiras já consolidadas, as quais estampam desigualdades e de tal forma, uma certa injustiça. Da mesma maneira que a intervenção deve trazer vicissitudes suficientes para a formação de

59 Carolyn Pape Cowan e Philip A. Cowan. **When partners Become Parents: The Big Life Changes for Couples**. Nova York: Basic books. 1992, p 80-82.

60 LIMA, Daniel. SANTOS, Milena. Instituto Promundo. **A situação da Paternidade no Brasil 2019**. Tempo de agir. Rio de Janeiro, Brasil, 2019. Disponível em https://promundo.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_paternidade_promundo_06-3-1.pdf. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

61 PAQUETTE, Daniel. **Theorizing the Father-Child Relationship: Mechanisms and Developmental Outcomes**. Hum Develop. 2004; 47(4): 193-219.

62 MUZA G. M. **Da proteção generosa à vítima do vazio**. In: Silveira P, ed. Exercício da paternidade. Porto Alegre:Artes Médicas;1998. p.143-50

relações de gênero mais igualitárias⁶³. O caminho da mudança necessita de um incentivo, para além do fiscal, para que o cuidado da criança por seus pais passe a ser um interesse de alta relevância social⁶⁴.

Tal intervenção, se traduz no exaurimento de políticas públicas, ou seja, é preciso transformar a percepção das pessoas, dos cidadãos, principalmente dos homens em relação a essas questões de gênero e divisão igualitária de tarefas domésticas, bem como, a similitude da função parental⁶⁵. Em consonância com o mencionado, Pedrosa⁶⁶, realizou uma pesquisa entrevistando pais trabalhadores, para buscar informações concernentes à sua percepção sobre a participação deles no cuidado dos(as) filhos(as) e dos afazeres domésticos, durante e após o período de licença-paternidade⁶⁷. A primeira etapa da pesquisa buscou focar no conhecimento propriamente dito dos entrevistados em relação à licença-paternidade, mas, apesar da maioria informar que conhecia sobre o assunto, apenas 22% entendiam a licença-paternidade com seu objetivo atual, que é o de cuidar dos(as) filhos(as)⁶⁸.

Portanto, é preciso reestruturar o pensamento dos genitores, principalmente do pai, sendo, para isso, necessário que o Estado assuma a sua

63 PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões**. Revista Estudos Feministas, v. 17, n. 3, dez. Florianópolis: UFSC, 2009, p. 853.

64 PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

65 ALCANTARA, Karolyne R. GAMA, Andrea S. ROCHA, Lia M. **Percepções sobre o papel das políticas públicas relacionadas ao trabalho e responsabilidades familiares**. Rio de Janeiro _ 1o Semestre de 2017 - n. 39, v. 15, p. 106 - 128, 2019.

66 PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

67 A população do trabalho foi composta pelo número total de empregados na unidade de Ipatinga, qual seja, o importe de 1.505 pessoas, das quais 1.411 eram homens e 109 exerciam cargo de supervisão ou superior.

68 PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

responsabilidade, aumentando o arcabouço legal e a implementação de fato de políticas públicas de gênero capazes de atingir as raízes da desigualdade entre homens e mulheres, e não somente as suas consequências⁶⁹.

Para o infante, não lhe basta uma figura paterna que apenas o sustente, mas é preciso que haja interação afetiva superveniente àquela com que nos deparamos em nossa cultura, visto que a presença paterna é tão fundamental quanto a materna para a construção da identidade da criança⁷⁰. Elzirik e Bergmann afirmam que a ausência paterna tem potencial para gerar conflitos no desenvolvimento psicológico e cognitivo da criança, bem como influenciar o desenvolvimento de distúrbios de comportamento⁷¹. Fortalecendo esse argumento, um estudo realizado por Pilz e Schermann, na cidade de Canoas⁷², verificou a existência de uma relação entre o cuidado paterno e o desenvolvimento neuropsicomotor da criança, sendo que aquelas cujas mães não recebem apoio dos pais mostraram 12,2 vezes mais chances de apresentarem suspeita de atraso no desenvolvimento neuropsicomotor.

Assim, além da implementação de políticas públicas, é preciso que o Estado edite e revise leis que ainda estão estagnadas em estereótipos culturais passados. Portanto, com a evolução da sociedade, torna-se imperioso revisar o âmbito temporal da licença paternidade no Brasil. Dessa forma, alterar a legislação é trazer uma fortificação da relação pai-filho, aumentando as chances de a criança ter um desenvolvimento saudável, reforçando o bem estar social, permitindo a autodescoberta das

69 BELO, Maria Luiza. **Políticas públicas “do cuidado” e as promessas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para a igualdade de gênero no Brasil**. Diplomacia Civil, 2015. Disponível em: https://diplomaciacivil.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Maria_Belo.pdf. Acesso em: 22 de agosto de 2021.

70 HENNIGEN, Inês. **Especialistas advertem: o pai é importante para o desenvolvimento infantil**. Fractal, Rev. Psicol., Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 169-184, Apr. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922010000100013&lng=en&nrm=iso. acesso em 09 de março de 2021.

71 EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. **Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso**. Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, Porto Alegre, v. 26, n. 3, p. 330-336, Dec. 2004 Disponível em : http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082004000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 de março de 2021.

72 PILZ, E. M. L. SCHERMANN, L. B. **Determinantes biológicos e ambientais no desenvolvimento neuropsicomotor em uma amostra de crianças de Canoas/RS**. Ciência Coletiva. 2007; 12(1): 181-190.

próprias capacidades, facilitando a exploração do ambiente e permitindo o desenvolvimento de uma autoimagem positiva e confiança no pai⁷³.

Além de serem prejudiciais à família, a desproporcionalidade entre as licenças existentes em nosso ordenamento jurídico ferem diretamente o princípio da isonomia, o que a torna inconstitucional⁷⁴. Ainda, cabe destacar que as licenças em questão visam promover a dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança. Deste modo, ampliar a licença paternidade, equiparando-a à licença maternidade, corresponde à elaboração de um instrumento para a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, principalmente, do princípio do melhor interesse da criança⁷⁵.

6 CONCLUSÃO

Em vista da manifesta violação aos direitos fundamentais, especialmente relacionados às crianças e aos adolescentes, conforme previsão constitucional e legal estudada no presente trabalho, faz-se necessário, à luz da fortificação da triangulação familiar (pai-mãe-filho), que haja uma reforma legislativa, equiparando as licenças paterna e materna, no fito de atingir-se a melhor convivência entre os genitores e a prole e o melhor cuidado do infante.

Os fatos supra inexistem apenas para aqueles que não se aperceberam, ainda, de que as relações humanas estarão completas e serão respeitadas quando os seres passarem a ser iguais, adquirirem as mesmas responsabilidades, mesmos deveres e direitos. Apenas deste

73 Manfroi EC; Macarini SM; Vieira ML. Comportamento parental e o papel do pai no desenvolvimento infantil. *Rev. Bras. Cresc. e Desenv. Hum.* 2011; 21(1): 59-69. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19996/22082> Acesso em 09 de março de 2021.

74 LEITE, Maurício. *Et al.* **Princípio da Isonomia e a equiparação da licença maternidade à licença paternidade.** Revista do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas V1 N1: 1 -10. Maio de 2017.

75 SILVA, André F. L. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade: uma necessidade social e legal para igualdade de gêneros.** Publica Direito, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=d61a328561119583>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

modo será possível atingir o mais alteroso nível de respeito social. Consequentemente, do mesmo modo, alcançaremos uma maior equidade no mercado de trabalho, o que reflete em uma arrecadação de recursos superior que beneficiará não apenas a família, mas toda a sociedade.

Portanto, acredita-se que, considerando tudo o que foi exposto no presente estudo, a reforma legislativa é ponto fundamental para fortalecer a relação pai-mãe-filho e permitir que a criança se desenvolva de forma saudável, em um ambiente que propicie bem-estar, saúde e felicidade.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Karolyne R.; GAMA, Andrea S.; ROCHA, Lia M. **Percepções sobre o papel das políticas públicas relacionadas ao trabalho e responsabilidades familiares**. Rio de Janeiro: 1º Semestre de 2017 - n. 39, v. 15, p. 106 - 128, 2019.

BADINTER Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Wal-tensir Dutra (trad). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BASSEGIO. Julia Knapp; SILVA. Lisa Fernanda Meyer da. **Condições Femininas no Brasil Colonial**. Revista Maiêutica Indaial, v. 3, n. 1, p. 19-30, 2015. Disponível em: https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528

BBC NEWS, Angela Henshall, **4 razones por las que el permiso de paternidad es una muy buena idea para la economía familiar**, Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-36630854>. Acesso em 13 de agosto de 2021.

BELO, Maria Luiza. **Políticas públicas “do cuidado” e as promessas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para a igualdade de gênero no Brasil**. Diplomacia Civil, 2015. Disponível em: https://diplomaciacivil.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Maria_Belo.pdf. Acesso em: 22 de agosto de 2021.

BERLINSKI, S.; SCHADY, N. (ed.). **Los primeros años: el bienestar infantil y el papel de las políticas públicas**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

BERNARDI, Denise. **Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos.** *Psicologia Revista*, São Paulo, vol 26, n.1, 59-80, 2017.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **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 12 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01 de julho de 2021.

BRONFENBRENNER, U. **A ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

BRONSTEIN, P. (1988). **Marital and parenting roles in transition: An overview.** In P. Bronstein & C. P. Cowan (Eds.), *Fatherhood today: Men's changing role in the family* (pp. 3–10). John Wiley & Sons.

CASTELLANO SERRANO, Cristina. *et al.* (2013). **¿Se implican más en el cuidado de sus hijos pequeños los padres que utilizaron la baja por nacimiento? El caso de España (on line).** Disponível em: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/85-2013-11-29-Duraci%C3%B3n%20permisos%20e%20implicaci%C3%B3n%20del%20padre.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2021.

COWAN, Carolyn Pape; COWAN, Philip A. **When partners Become Parents: The Big Life Changes for Couples.** Nova York: Basic books. 1992, p 80-82.

CONEXÃO PLANETA. Suzana Camargo: A partir de agora na Espanha as licenças paternidade e maternidade terão o mesmo tempo de duração. 2021. Disponível em: <https://conexaoplaneta.com.br/blog/a-partir-de-agora-na-espanha-licencas-paternidade-e-maternidade-terao-o-mesmo-tempo-de-duracao/>. Acesso em 23 de julho de 2021.

CONTÁBEIS, **Empresa cidadã: como contribuir com a licença-maternidade e receber benefícios fiscais.** Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/47027/empresa-cidada-como-contribuir-com-a-licenca-maternidade-e-receber-beneficios-fiscais/>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

CREPALDI, Maria A. *et al.* **A PARTICIPAÇÃO DO PAI NOS CUIDADOS DA CRIANÇA, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE MÃES.** *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 579-587, set./dez. 2006.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias do Cotidiano.** São Paulo: Contexto, 2001.

DIVERSIDADE E DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES- GÊNERO E INTERSECCIONALIDADE NO BRASIL. SMARTLAB, 2017. Disponível em <https://smartlabbr.org/diversidade/localidade/0?dimensao=genero>. Acesso em 26 de janeiro de 2021

EL CORREO, **La evolución del permiso de paternidad y maternidad en España.** Disponível em: <https://www.elcorreo.com/sociedad/evolucion-del-permiso-de-paternidad-y-maternidad-en-espana-20210714135918-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>. Acesso em 23 de agosto de 2021.

EL PERIODICO, **¿Cuál es la duración del permiso de paternidad? ¿Cómo se solicita? 10 claves.** Disponível em: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170306/permiso-paternidad-5873123>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

ESCARIO, Pilar, **Los hombres jóvenes y la paternidad.** Plaza de San Nicolás, 4, 48005 Bilbao. Fundación BBVA, 2007.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. **Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso.** *Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, Porto Alegre*, v. 26, n. 3, p. 330-336, Dec. 2004 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082004000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 de março de 2021.

Feiring, C. & Lewis, M. (1978). **The child as a member of the family system.** *Behavioral Science*, 23, 225-233.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 197.

HENNIGEN, Inês. **Especialistas advertem: o pai é importante para o desenvolvimento infantil.** *Fractal, Rev. Psicol., Rio de Janeiro*, v. 22, n. 1, p. 169-184, Apr. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922010000100013&lng=en&nrm=iso. acesso em 09 de março de 2021.

HEYMAN, J. et al. **Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development era.** Public Health Reviews. London, v. 21, n. 38, p. 1-16, 2017.

JORNAL CONTÁBIL, **Licença paternidade: Regras e como funciona.** Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/licenca-paternidade-regras-e-como-funciona/>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

LAS PROVINCIAS, Ione Balerra, **Cómo será el nuevo permiso de maternidad y paternidad de hasta un año y la futura prestación pro crianza de hijos.** Disponível em: <https://www.lasprovincias.es/economia/nuevo-permiso-maternidad-20210714225614-nt.html>. Acesso em 23 de julho de 2021.

LEITE, Maurício. *Et al.* **Princípio da Isonomia e a equiparação da licença maternidade à licença paternidade.** Revista do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas V1 N1: 1 -10. Maio de 2017.

LIMA, Daniel. SANTOS, Milena. Instituto Promundo. **A situação da Paternidade no Brasil 2019.** Tempo de agir. Rio de Janeiro, Brasil, 2019. Disponível em https://promundo.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_paternidade_promundo_06-3-1.pdf. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

LOYA, Karla. **¿Es real el instinto materno?** Universidad de Colima. GénEros, Colima, Volume 06, Número 18, 05-92, 1999.

MACHADO, Cecilia; PINHO NETO, V. **The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil.** Pesquisa “Thinktank” da Fundação Getúlio Vargas. Dez. 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17859/The_Labor_Market_Consequences_of_Maternity_Leave_Policies_Evidence_from_Brazil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

Manfroi EC; Macarini SM; Vieira ML. **Comportamento parental e o papel do pai no desenvolvimento infantil.** Rev. Bras. Cresc. e Desenv. Hum. 2011; 21(1): 59-69. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19996/22082>. Acesso em 09 de março de 2021.

MARQUES, Lilian Arruda; SANCHES, Solange. **Desigualdade de Gênero e Raça no Mercado de trabalho: tendências recentes.** In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_229333.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

MUZA G. M. **Da proteção generosa à vítima do vazio.** In: Silveira P, ed. Exercício da paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas; 1998. p.143-50

NASCIMENTO, Rafael M de C. LICENÇA-PATERNIDADE NO BRASIL: SITUAÇÃO ATUAL E POSSIBILIDADES DE MUDANÇAS. 01-42. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/196874254.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2021.

NOGUEIRA, Naiara Barbosa et al.. **Percepções sobre a licença-paternidade: das normas federais a sua aplicação prática local.** Anais III JOIN / Edição Brasil... Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/50053>. Acesso em 08 de fevereiro de 2021

OLIVEIRA, Fábio. Agnes. **Mito do instinto materno gera culpa em mulher que não quer ter filhos,** 2013. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2013/05/07/mito-do-instinto-materno-gera-culpa-em-mulher-que-nao-quer-ter-filhos.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT. ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero. 2ª ed. Genebra: Organização Internacional do trabalho- OIT, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665542.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

PAQUETTE, Daniel. **Theorizing the Father-Child Relationship: Mechanisms and Developmental Outcomes.** Hum Develop. 2004; 47(4): 193-219.

PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança.** 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Acervo Digital, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 22 de agosto de 2021.

PILZ, E. M. L. SCHERMANN, L. B. **Determinantes biológicos e ambientais no desenvolvimento neuropsicomotor em uma amostra de crianças de Canoas/RS**. *Ciência Coletiva*. 2007; 12(1): 181-190.

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões**. *Revista Estudos Feministas*, v. 17, n. 3, dez. Florianópolis: UFSC, 2009, p. 853.

PURTILL, Corinne; KOPF, Dan. **After men in Spain got paternity leave, they wanted fewer kids**. Quartz. Disponível em: <https://qz.com/work/1614893/after-men-in-spain-got-paternity-leave-they-wanted-fewer-kids>. Acesso em 16 de abril de 2021.

RAGO, Margareth. *Gênero e História*. Santiago de Compostela: CNT, 2012.

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

RODRIGUES, M. M., & TRINDADE, Z. A. (1999). **Em nome do pai e do filho: relações afetivas e instrumentais**. In Z. A. Trindade, & E. B. Bortoli (Orgs.), *Pesquisa em psicologia: recriando métodos*. Vitória, ES: Universidade Federal do Espírito Santo. pg. 125-138.

ROMERO-BALSAS, Pedro (2015). **Consecuencias del permiso de paternidad en el reparto de tareas y cuidados en la pareja**. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 149: 87-110. (<http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.149.87>)

SANTOS, Lucinéia de A. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LICENÇA MATERNIDADE/PATERNIDADE FACE ÀS NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO FAMILIAR. 2015. 01-59. (Área de concentração: Direito Civil, trabalhista e previdenciário) – Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, Caratinga, 2015. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/773/1/MonografiaAPRESENTADA.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2021.

SCHEFFER, Juliana de Alano. **Licença Parental: Possibilidades para o direito brasileiro**, 1ª edição. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 28 - 29.

SILVA, André F. L. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade: uma necessidade social e legal para igualdade de gêneros**. Publica Direito, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=-d61a328561119583>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

SILVEIRA, Jessica. **A Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: uma abordagem à luz da lei nº 8.069/90**. UniRio, 2015. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

Social, Employment and Migration Working Papers, nº 140. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k4dlw9w6czq-en.pdf?expires=1612361526&id=id&accname=guest&checksum=7A15EE0757C5677D939588F005FA3350>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

SOUZA, Eline. **LICENÇA-PARENTAL: DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO À CONSEQÜENTE REORGANIZAÇÃO DOS PAPÉIS NO AMBIENTE**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 48, 2013.

THOMÉ, Candy Florencio. **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009, p. 46.

THOMSON REUTERS FOUNDATION. **The 5 key issues facing women working in the G20**. Inglaterra. 2015. Disponível em: <http://poll2015.trust.org/>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

VERONESE, Josiane. **Crianças e adolescentes negros: reflexos de uma discriminação velada**. *Sociologia Jurídica*, 2009. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/criancas-e-adolescentes-negros-reflexos-de-uma-discriminacao-velada/>. Acesso em 01 de fevereiro de 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 11

VIEIRA, R. S. C., TRAMONTINA, R., & ANGOTTI, B. (2020). **Cuidado e direitos fundamentais: o caso do habeas corpus coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 21(2), 563-576. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/26616>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

GUARDA COMPARTILHADA E REGIME DE CONVIVÊNCIA EM SITUAÇÕES EM QUE EXISTA O DEFERIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA: QUAL A SOLUÇÃO POSSÍVEL?

Júlia Bittencourt Gonçalves¹

1 INTRODUÇÃO

No exame da temática, percebe-se o histórico de subjugação da figura da mulher em relação ao homem e da relegação da dignidade das crianças e adolescentes a um segundo plano. A família brasileira, marcada por opressão e domínio entre gêneros, vem cedendo espaço a uma nova realidade constitucional e legal, que visa a isonomia jurídica entre homens e mulheres e a igualdade parental. Ocorre que no cenário de rupturas conjugais, sobremaneira a mulher é atingida pelos reflexos de uma sociedade que culturalmente atribui papel diferenciado aos gêneros, fator que tende inclusive a fomentar a violência doméstica.

A Lei Maria da Penha foi promulgada diante desse contexto, visando a proteger a mulher vítima de violência, em que o legislador criou, com o escopo de cessar imediatamente a agressão, as medidas protetivas de urgência. No mesmo passo da mudança de paradigma dos direitos da mulher, temos com relação aos da prole, uma vez que o Código Civil, na tentativa de equilibrar os papéis parentais, passou a conferir a responsa-

1 Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); E-mail: juliabitten@hotmail.com.

bilidade pelos filhos a ambos os genitores quando do desenlace, elegendo o compartilhamento da guarda como regra.

A presente pesquisa visa, portanto, abordar a guarda e o regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva em face do genitor, tendo como foco a análise dos institutos conforme a legislação vigente pertinente à temática. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e, quanto aos procedimentos, tem-se a pesquisa de natureza básica estratégica. Como finalidade, a descritiva e exploratória, valendo-se do procedimento bibliográfico e documental, por meio da doutrina e jurisprudência, abarcando também artigos científicos, revistas jurídicas, e normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema.

Desse modo, considerando a celeuma que envolve as relações dos pais com a prole diante do conflito entre os genitores ensejados pelo desfazimento da relação afetiva, temos o problema que pauta o desenvolvimento da pesquisa. Como deverá o direito tutelar a guarda e o regime de convivência dos filhos em situações em que exista o deferimento de medida protetiva?

Para responder tal questionamento, parte-se da premissa de que considerando que a guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento jurídico, independentemente de consenso entre os genitores, conforme dispõe a Lei n. 13.058/2014, o deferimento de medida protetiva, por si só, não enseja a unilateralidade da guarda, tampouco na restrição ou suspensão da convivência, tendo em vista os fundamentos constitucionais, a Doutrina da Proteção Integral e a codificação civil vigente.

A pesquisa se realiza com o intuito de demonstrar a importância da temática da guarda compartilhada e do regime de convivência aos casos em que há litígio entre os genitores e, do papel dos diversos meios profissionais convocados a intervir no campo familiar, com o propósito de afastar a lógica social retrógrada conferida aos papéis parentais, reproduzida nas decisões judiciais

2 A PROTEÇÃO DOS FILHOS NAS DISSOLUÇÕES AFETIVAS

Neste tópico do trabalho busca-se abordar a situação dos filhos frente às dissoluções afetivas de seus genitores. Para tanto, far-se-á uma breve análise das alterações legislativas atinentes aos institutos do poder familiar, guarda e regime de convivência e dos direitos e garantias de ordem constitucional, que visam a proteção das crianças e adolescentes.

2.1 O PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS

A Constituição Federal, no § 5º do artigo 226, consagrou o princípio da igualdade e assegurou ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Quanto à titularidade do poder familiar, ao tempo da Codificação Civil de 1916, se concedia de forma exclusiva ao marido, que era tido como o chefe da sociedade conjugal. A mulher, por sua vez, poderia assumir o exercício do *pátrio poder* somente na falta ou impedimento do genitor. Percebe-se que a nova visão de família e consequente mudança no que atine as relações parentais fizeram com que a própria alteração do Código Civil de 2002, para o termo poder familiar, busca distanciar-se da conotação “machista” do termo adotado no antigo Código.

Assim, no passo da igualdade entre homens e mulheres, o artigo 1.631 de nosso ordenamento civil prevê que compete a ambos os genitores o pleno exercício do poder familiar, e que somente na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá de forma exclusiva. Ademais, conforme se extrai do artigo 1.632 do mesmo diploma, o vínculo dos pais com os filhos em nada é alterado com o divórcio ou com a dissolução de união estável, permanecendo a ambos os mesmos direitos e deveres para com a prole que tinham na constância da união.

O instituto do poder familiar é função inerente à condição de pais, que devem exercer deveres jurídicos em prol dos filhos. Atualmente não se fala mais em poder familiar como o fato de exercer um poder em si, mas sim um dever que é de ambos os pais, de assegurar as melhores

condições à prole, no que tange sua educação e formação, e ainda seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos dos filhos, pois são elementos indispensáveis para a sua formação.²

A guarda configura-se como um dos deveres inerentes ao poder familiar (artigo 1.694, II, do Código Civil) e visa atender aos interesses da criança, compelindo seu detentor a prestar assistência moral, material e educacional, bem como garantir que seus direitos não sejam violados ou ameaçados.³ Conforme Rolf Madaleno, em situações de ruptura deve permanecer a cotitularidade e o coexercício do poder familiar, sendo esse o objetivo concreto da guarda compartilhada.⁴

No percurso do instituto da guarda no direito brasileiro, pode-se perceber uma origem unitária e destinada preferencialmente aos cuidados maternos, e no mesmo passo de conquista de espaço e emancipação feminina, houve a consolidação igualitária de cogestão dos interesses da prole a ambos os genitores.⁵ A Lei n. 11.698 de 2008 veio consolidar novos paradigmas jurídicos ao exercício do poder familiar, trazendo consigo o espírito do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a separação é do casal e não dos filhos. Outrossim, foi necessária outra lei para implementar a “cultura” da guarda compartilhada,⁶ uma vez que o termo “sempre que possível” que era adotado no § 2º do artigo 1.584 foi interpretado equivocadamente no sentido de que o compartilhamento somente seria possível diante da existência de acordo entre os pais.

A Lei n. 13.058, foi sancionada em 2014 alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e regular sua aplicação. Desse modo, a partir da alteração legislativa o termo “sempre que possível” foi abandonado, passando a prever de forma expressa a aplicação obrigatória da guarda compartilhada. Da nova redação do § 2º do artigo 1.584 extrai-

2 MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 719.

3 ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

4 MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 249.

5 ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 82.

6 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Saraiva Digital.

-se que mesmo nos casos em que não houver consenso entre a mãe e o pai, estando aptos ao exercício do poder familiar, impõe-se a aplicação da cogestão da vida da prole, somente sendo excetuada a regra quando um deles declarar ao juiz que não deseja a guarda do infante.⁷

Em sede da previsão legal em comento, que impõe como regra a aplicação da guarda compartilhada mesmo em situações de litígio, a doutrina não é uníssona. Madaleno⁸ infere que apesar de a guarda compartilhada legal procurar fazer com que ao país, apesar da separação e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e pela integral formação da prole, com o intuito de realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais, exigiria dos genitores o indissociável pré-requisito de uma harmônica convivência entre eles. Ainda, Groeninga⁹ alerta para a responsabilidade dos operadores jurídicos e dos da saúde mental em dispensar maior cuidado à dinâmica que diz respeito às relações entre pais e destes com seus filhos pós-separação. Entende que em todos os casos o estabelecimento ou a preservação das relações parentais só é possível quando há comunicação, por mínima que seja. Entretanto, aduz quanto à necessidade de os operadores jurídicos empregarem esforços para que a comunicação se estabeleça e não que esta se quebre, ou que sua necessidade seja ignorada.

Outra parcela da doutrina se filia à literal aplicação do disposto no Código Civil. Pereira¹⁰ sustenta que a alteração legislativa foi bem-sucedida ao prever a imposição do compartilhamento da guarda na ausência de acordo entre os pais, considerando que a lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo e se entender quanto ao modo de gestão da vida dos próprios filhos.

7 “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)” [...]. BRASIL, 2002.

8 MADALENO, 2019, p. 463.

9 GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147-169, p. 156.

10 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

Rosa,¹¹ refere que via de regra não há como esperar a cooperação em uma ação litigiosa. Se existisse bom senso, o judiciário nem seria suscitado, ou em último caso, a intervenção judicial seria tão somente para homologar o ajuste entre os genitores e desse modo, condicionar a guarda compartilhada ao acordo configura-se como uma atitude temerária que estimulará o conflito. Para Ramos,¹² a guarda compartilhada se mostra como solução para os litígios mais acirrados, nos quais as partes não estejam conseguindo dissociar os conflitos e as dificuldades advindas da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade.

Também, Rosensvald e Farias¹³ aduzem que a guarda compartilhada não pode estar submetida ao consenso dos genitores, sob pena de submetê-la ao crivo testamentário de um deles, e que a inviabilidade da guarda nesses casos de inexistência de consenso entre os pais faria surgir uma dimensão arbitrária, abusiva e inexistente do poder familiar, e com isso o melhor interesse das crianças e adolescentes restaria sacrificado.

Ademais, Almeida e Rodrigues Júnior¹⁴ inferem que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar, pois equivaleria deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante preferência a sua titularidade e em flagrante prejuízo do maior interessado, que é o filho. Ainda, frisam que a guarda compartilhada deve ser assumida como único modelo viável, em atenção ao poder familiar.

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, asseveram que a guarda compartilhada deve ser almejada inclusive nas demandas litigiosas. Conforme extrai-se do relatório do Recurso Especial de n. 1.629.994 – RJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com data de julgamento em 06 de dezembro de 2016, o acórdão atacado levou em conta histórico de violência doméstica por parte do genitor com relação à genitora para não conceder a fixação de guarda compartilhada, reformando a sentença que havia determinado o compartilhamento. A minis-

11 ROSA, 2018, p. 428-429.

12 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Minha Biblioteca, p. 95.

13 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6, p. 713-714.

14 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Plataforma Minha biblioteca, p. 470.

tra relatora entendeu que o acórdão negou a vigência do artigo 1.584, § 2º do Código Civil, inferindo por examinar o mérito. Afirmou que para que seja afastada a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, existem apenas duas condições, quais sejam, “a inexistência de interesse de um dos cônjuges” ou “a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar”, de modo que ressalta no voto proferido, que a incapacidade ao exercício do poder familiar se dá pela suspensão ou perda dele, as quais dependem de prévia decretação judicial. E nesse sentido, deu provimento ao recurso especial para cessar o acórdão e restabelecer a sentença que determinou o compartilhamento da guarda.¹⁵

Nessa perspectiva, cabe referir a Recomendação n. 25/2016 do CNJ proferida pela Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, que teve de destacar aos Juízes das Varas de Família, que ao decidirem sobre guarda da prole, em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou mesmo em medida cautelar, para que considerem a guarda compartilhada como regra, mesmo quando não houver acordo entre os ascendentes, e na mesma esteira, ao decretar a guarda unilateral, justifiquem a impossibilidade da guarda compartilhada ao caso concreto.¹⁶

Indo além, importa explicar, nos termos do que aduz Leite¹⁷, que a noção de custódia conjunta surgiu de duas considerações nítidas, o desequilíbrio anacrônico dos direitos parentais, e de uma cultura que desloca as crianças do centro de seus interesses e uma sociedade de tendência igualitária. Desse modo, a diferenciação ente os modelos de guarda previstos no Código Civil, está centrada na disposição dos papéis parentais. A guarda unilateral corresponde a um quadro de sobrecarga de um lado e inação do outro, porquanto na guarda compartilhada são exercidos ati-

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ**. Civil. Processual civil. Recurso especial. Divórcio. Guarda compartilhada. [...]. Recorrente: MB. Recorrido: DGP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502237840&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em: 13 de maio 2020.

16 [...]. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 25, de 22 de agosto de 2016**. Recomenda aos Juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica. [Brasília, DF]: CNJ, 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>. Acesso em: 10 abr. 2020.

17 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 262.

vamente por ambos os pais, não aceitando que qualquer deles se resuma ao mero acompanhamento por vistorias.¹⁸

O compartilhamento da guarda contempla um novo enfoque à parentalidade, no qual se privilegia não mais relações calcadas em poder, mas a valorização das relações afetivas e o equilíbrio de forças no contexto familiar, representando uma proposta ímpar em uma sociedade historicamente construída sobre relações de poder.¹⁹ No mesmo sentido, Rosa²⁰ infere que o compartilhamento da guarda, mesmo em situações de litígio, representa a efetivação da doutrina da proteção integral, uma vez que o filho, independentemente da situação conjugal dos pais, tem o direito de que ambos sejam corresponsáveis pela sua vida.

Sabe-se que indubitavelmente, o pleno exercício da guarda compartilhada se dará por meio do diálogo constante entre os genitores. Entretanto, o diálogo não é mais pressuposto para que se implemente a guarda compartilhada, que tem como escopo principal garantir que ambos os pais participem de forma equânime na vida dos filhos, ainda que o litígio perdure na relação do ex-casal. Isso porque se os pais possuem plenas condições de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não podem suas divergências preponderarem diante do pleno exercício da autoridade parental por ambos.²¹

De outra banda, embora comumente confundidos, os institutos da guarda e da convivência se distinguem. Importa assentar que a guarda diz respeito ao modo de gestão da vida da prole, que pode ser de forma compartilhada ou unilateral – a convivência, que será analisada a seguir, versa sobre o período de convívio que cada genitor terá com seus filhos, sendo necessária a fixação nas duas modalidades de guarda.²²

18 ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 466.

19 SECRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 277-282, p. 278.

20 ROSA, 2019, p. 153.

21 PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (org.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 327-342, p. 340.

22 ROSA, 2015, p. 65.

2.2 O REGIME DE CONVIVÊNCIA

A direito à convivência familiar é assegurado com prioridade absoluta no artigo 227 da Constituição Federal, e regulamentando esse princípio, o Estatuto da criança e do Adolescente, em seu artigo 4º destaca a importância da vida em família, como ambiente natural para o desenvolvimento dos que ainda não atingiram a vida adulta. Por sua vez, o Código Civil, com o propósito de atender aos interesses prioritários dos filhos, dispõe no artigo 1.589 que o pai ou a mãe em cuja guarda não esteja o filho poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia segundo o acordado com o outro cônjuge, ou no que for fixado pelo juiz. Assim, Dias infere que:

a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito próprio do filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas necessidades psíquicas. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.²³

Ademais, a convivência com os pais em dois lares distintos não significa a existência de dois domicílios, uma vez que a criança ou adolescente terá uma referência espacial, mas conviverá em dois diferentes lares.²⁴ A determinação da base de moradia (artigo 1.583, § 3º, do Código Civil), que anteriormente denominava-se como custódia física, em caso de unilateralidade será do progenitor que detenha a guarda. E em caso de compartilhamento, mediante acordo ou decisão judicial, a casa de referência será de um dos genitores. Contudo, entende-se que independentemente do modelo de guarda, unilateral ou compartilhada, a decisão deverá atribuir o tempo de convívio da prole com aquele dos pais que a criança não tenha a casa de referência.²⁵ Neste sentido, decisões judi-

23 DIAS, 2016, p. 447-448.

24 FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 719.

25 ROSA, Conrado Paulino da; VERONESE, Josiane Rose Petry. O tempo de convivência livre e a máxima intervenção na proteção dos direitos da criança e do ado-

ciais que estabelecem limitações desarrazoadas ao direito de convivência, acabam por violar princípio constitucional, restando comprometido um direito que é próprio do filho.²⁶

Não obstante a ausência de previsão legal, mostra-se costumaz na prática judiciária o estabelecimento de regimes de convivência livres, o que para muitos é a melhor saída²⁷ como foco de proteção das crianças e adolescentes. Contudo, tendo como premissa que o direito de convivência familiar se trata de uma das garantias fundamentais daqueles que a Constituição Federal de 1988 destinou proteção absoluta, considera-se como dever de todos os profissionais que atuam nos processos de família, em especial aos Promotores de Justiça, a impossibilidade de aplicar tal raciocínio.²⁸ No mesmo sentido é o que aduz Teixeira²⁹, ao frisar que a guarda compartilhada não implica em convivência familiar livre, de modo que a organização do cotidiano dos filhos é de suma importância a fim de se evitar abusos no exercício da autoridade parental.

Neste universo de deveres e garantia de direitos, a responsabilidade dos pais deve ser afastada, de modo que no desenlace, para efetivar o convívio com os filhos, admite-se um amplo acordo entre eles. Assim, embora os filhos tenham uma residência principal, fica a critério dos genitores o planejamento da convivência em suas rotinas quotidianas.³⁰

lescente. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 34, p. 74-90, ago. 2019. Bimestral, p. 78.

- 26 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.
- 27 Corroborando tal posicionamento: “Em se tratando de guarda compartilhada, ordinariamente, não haverá necessidade de regulamentação de visitas, na medida em que a convivência entre pais e filhos está mantida, não havendo necessidade de visitação. A outro giro, na guarda unilateral há imperiosa necessidade de regulamentação de visitas, com vistas a que se mantenha o convívio entre pais e filhos.” FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 712-713.
- 28 ROSA; VERONESE, 2019, p. 80.
- 29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19-41, p. 37.
- 30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca, p. 544.

Ademais, Rosa e Veronese³¹ frisam, que apesar de o tempo de convívio dividido de forma equilibrada previsto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, falar tão somente da modalidade de compartilhamento, atentando-se à previsão constitucional, entendem que não há nenhum óbice para que tal premissa também seja observada quando em caráter excepcional, fixar-se a guarda unilateral.

Na perspectiva da Convivência Familiar em sede das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha, sublinha-se a previsão legal do inciso IV, do artigo 22: “TV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”. Para Ávila³² trata-se de medida tipicamente cível, nos mesmos moldes dos artigos 1.585 do Código Civil e 101, § 2º do ECA, mas as diferencia no sentido de que as últimas possuem como essência a proteção dos interesses da criança e do adolescente, já nas primeiras o foco é duplo, proteção à mulher e às crianças, quando inseridas no contexto de violência doméstica.

Ocorre que conforme se extrai do inciso supracitado, a medida de restrição ou suspensão da convivência para com os dependentes, deve ocorrer somente após ser ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar. Quanto ao disposto, Dias³³ entende que a recomendação bem revela a preocupação em preservar o vínculo de convivência entre pais e filhos.

Entende-se que os profissionais atuantes nesses juizados devem estar atentos a essa situação, para evitar que a Lei Maria da Penha sirva como instrumento de retaliação por via dos filhos de algo relacionado à questão conjugal dos genitores. Nessa esteira, toda e qualquer restrição do direito de convivência familiar necessita de criteriosa avaliação. Caso contrário, o Poder Judiciário poderá se aliançar a um dos genitores em sua esperança de exercício egoístico da parentalidade.³⁴

31 ROSA; VERONESE, 2019, p. 80.

32 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBC-Crim, São Paulo, n. 157, p. 131-171, jul. 2019. Bimestral, p. 138.

33 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

34 ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**.- São Paulo: Saraiva, 2015. p.129.

Desta feita, tendo em vista que a convivência familiar é um direito fundamental, a atribuição de garanti-lo é de todos, da família, da sociedade e do Estado, de modo que privar crianças e adolescentes da convivência com seus genitores, seria, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, que não se aliam ao preconizado na Constituição Federal.

3 A GUARDA E O REGIME DE CONVIVÊNCIA EM SITUAÇÕES DE LITÍGIO ENTRE OS GENITORES: A SOLUÇÃO POSSÍVEL AOS FILHOS EM SITUAÇÕES EM QUE EXISTA O DEFERIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA

O tema da violência contra a mulher, de forma geral, e o da violência conjugal, de forma específica, pouco são tratados no âmbito do Direito de Família. Frequentemente a discussão se encerra apenas no âmbito criminal. No entanto, alguns pressupostos da relação familiar são justamente o que permite a perpetuação da violência conjugal. Dentre eles, destaca-se a ideia ainda presente no senso comum de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, na ideia de que não caberia ao Estado, por meio do direito, interferir no que ocorre na relação afetiva de um casal.³⁵

Conforme Fernandes,³⁶ “o padrão desigual patriarcal molda não só a forma como homens e mulheres se relacionam, mas também a elaboração e aplicação das leis.” Nessa esteira, se a distinção dos papéis sociais por gênero é cultural do machismo, a luta pela “igualdade de gênero” traduz-se na luta pela “igualdade parental”, pois possuem os mesmos fundamentos, a igualdade nos papéis sociais para os gêneros masculino e feminino.³⁷

-
- 35 BRAUNNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS, Paula Pinhal de. A família democrática. Violência de gênero: a face obscura das relações familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006. p. 641-661, p. 639.
- 36 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca, p. 40.
- 37 MONTAÑO, Carlos. **Alienação parental e guarda compartilhada**: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145-146.

Para que seja analisada a situação da prole quando inseridas no contexto de aplicação das Medidas Protetivas de Urgência é importante trazer à tona o real sentido destas. Para Ávila,³⁸ a Lei Maria da Penha já fez uma ponderação de interesses quanto ao risco que as mulheres estão submetidas, de modo que a necessidade de proteção já é presumida pela alegação da vítima, consubstanciando-se em prova suficiente para o deferimento liminar do pedido. Assim, o padrão decisório para a concessão das Medidas Protetivas de Urgência deve ser o *in dubio pro tutela*, o que nos leva a concluir que a racionalidade decisória não é punitiva, mas protetiva e, na dúvida, deve se proteger.

Ademais, as formas de violência doméstica ou familiar contra a mulher são bastante amplas, conforme enumera o artigo 7º da Lei 11.340/2006, não se restringindo à violência física, mas abarcando ainda a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral,³⁹ sendo que todas as hipóteses restam abarcadas pela possibilidade de aplicação das medidas em comento.

Conforme já abordado, a aptidão ao exercício do poder familiar é presumida com a maternidade ou paternidade, de modo que fatos que desabonem a conduta dos pais no exercício do poder familiar devem ser suficientemente provados. Cabe observar a diferença entre conjugalidade e parentalidade, uma vez que bons pais ou boas mães não necessariamente são bons maridos ou boas esposas e o fracasso da relação entre o casal não tem relevância no estabelecimento da guarda.⁴⁰ Assim, vislumbra-se que a adoção da guarda compartilhada depende de um processo de conscientização a ser promovido pelos operadores do direito, em especial por advogados, juízes e promotores, cabendo a estes transmitir às partes o seu real significado e as suas vantagens, incentivando sua utilização.⁴¹ O Poder Judiciário, junto com outros poderes e a sociedade, são fundamentais na consolidação dos princípios constitucionais, oferecendo procedimentos capazes de buscar a solução dos litígios de forma mais humanizada.⁴²

38 ÁVILA, 2019, p. 152.

39 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 137.

40 RAMOS, 2016, p. 81.

41 LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda compartilhada: a nova realidade. *In: COLTRO*, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 317-325, p. 321.

42 THOMÉ, Liane Maria Busnello; PANICHI, Renata Maria Dotta; MADCHE, Flavia Clarici; SPHOR, Maria Paula. Mediação familiar na violência doméstica: saber e sa-

O Código de Processo Civil introduziu a mediação no capítulo concernente às ações de família, com previsão dos artigos 693 a 699.⁴³ Sendo que no artigo 694 tratou de especificar que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação”.⁴⁴ A figura do mediador, como um terceiro imparcial e devidamente capacitado, possui papel fundamental na condução do processo comunicativo entre as partes mediadas, comunicação esta que foi rompida com a ocorrência da violência doméstica.⁴⁵ Desse modo, o que se almeja no procedimento da mediação é a postura de responsabilidade pelo projeto de futuro, que norteará a vida daquelas pessoas vinculadas por relações familiares e de afeto, proporcionando às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, evitando-se rupturas desnecessárias.⁴⁶

Nessa esteira, conforme Barbosa⁴⁷, com o episódio de violência doméstica, na mediação confere-se aos genitores a oportunidade de diferenciar o que é resquício negativo de um casal conjugal, já separado, do que é comportamento do casal parental, que se mistura nessa transformação familiar. De modo que, diante da conscientização dos pais, oportuniza-se um espaço que lhes permite promover mudanças de comportamento, como por exemplo, ao verbalizar o receio de algum tipo de violência do outro genitor em relação ao filho.

Ao depois, os encontros de mediação poderão ser realizados tantas vezes se mostrarem necessários, nos termos do artigo 694 do Código de

ber fazer. **Revista da Faculdade de Direito Da FMP**, Porto Alegre, v. 7, p. 265-273, 2013. Semestral, p. 272.

- 43 VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5 Plataforma Minha Biblioteca, p. 191.
- 44 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 maio 2020.
- 45 THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação familiar e a Lei Maria da Penha. *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). **Família e sucessões sob um olhar prático**. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 272-280, p. 278.
- 46 ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 281.
- 47 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca, p. 54.

Processo Civil, de modo que a prática mediativa poderá auxiliar os genitores a construir de que forma acontecerá a cogestão parental, bem como o tempo de convívio e demais questões pertinentes. O juiz, a requerimento das partes, poderá determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação ou a atendimento multidisciplinar (artigo 694, parágrafo único, do Código de Processo Civil).⁴⁸ Ainda, o artigo 334, § 7º do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da realização do procedimento por meio eletrônico. Cezar-Ferreira e Macedo consideram que, em matéria de família o meio eletrônico tende a não ser o mais eficaz, mas que em casos específicos, a comunicação por esse meio pode ser útil.⁴⁹ Assim, depreendemos que o exercício da mediação nesses moldes corresponde a um instrumento de grande valia às demandas em estudo.

Como proposta para que de fato tenhamos efetiva aplicabilidade dos institutos em análise no contexto das medidas protetivas, pensa-se também na utilização do Plano de Parentalidade ou Contrato de Guarda Compartilhada, que pode ser elaborado nos encontros de mediação. Na doutrina, Madaleno⁵⁰ já aborda a possibilidade da elaboração do Plano de Parentalidade, o qual possui previsão legal no Código Civil da Catalunha (artigo 233-9).⁵¹ O instrumento visa estabelecer a forma pela qual ambos os genitores exercerão suas responsabilidades parentais, com o detalhamento dos compromissos que assumem a respeito da guarda.

Outra alternativa a se pensar é a adoção das Oficinas de Parentalidade como política pública, e nesse viés o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação n. 50/2014 no sentido de que os Tribunais de Justiça, por meio de seus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos adotem-nas.⁵² A sugerir que os juízes em ações de guarda, divórcio e ações paralelas, ao despacharem a petição inicial, sugeriram às

48 RAMOS, 2016, p. 175.

49 CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 139.

50 MADALENO, 2019, p. 125.

51 ESPANHA. **Lei 25/2010, 29 de julho, do segundo livro do Código Civil da Catalunha**. Referente à pessoa e à família. Madrid, ES: Comunidade Autônoma da Catalunha, 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

52 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães Online**. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 15 maio 2020.

partes que participem das oficinas, que são disponibilizadas *online*.⁵³ Essa prática busca despertar nos genitores em litígio, a conscientização da importância do exercício da parentalidade de forma responsável e colaborativa para a satisfação das reais necessidades da prole e das estratégias que poderão ser utilizadas para satisfazer tais necessidades.⁵⁴

Frente a um episódio de litígio entre os genitores, a atuação do Serviço Social e da Psicologia são determinantes nas questões atinentes à infância,⁵⁵ e de acordo com Montañó,⁵⁶ caberá ao assistente social, nos casos de guarda, verificar as condições de convivência de ambos os genitores com seus filhos, observando indícios, se existirem, que impeçam a guarda e avaliar as consequências físicas e relacionais, para ponderar e garantir o superior interesse da criança. Ademais, Gonçalves⁵⁷ aduz que na ação em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, o juiz ao verificar que ambos revelam condições de tê-lo em sua companhia, deverá encaminhar os pais, quando necessário, ao acompanhamento psicológico ou psiquiátrico e aplicar a guarda compartilhada. Isso porque essa é a regra, e as desavenças e os ressentimentos dos pais devem ser trabalhados individualmente na seara adequada.⁵⁸

O perito psicólogo, ao entrar nas relações litigiosas do sistema familiar, irá interagir com ele, podendo desenvolver novos padrões de trocas, e conseqüentemente novas estruturas e possibilidades das pessoas se relacionarem.⁵⁹ A agressão à mulher nem sempre justifica restringir ou limitar a visitação aos filhos, motivo pelo qual o legislador mencionou a necessidade de uma avaliação técnica para se verificar se a violência contra a

53 DIAS, 2016, p. 529.

54 ROSA, 2019, p. 168.

55 ROSA, 2019, p. 101.

56 MONTAÑO, Carlos. Alienação parental, guarda compartilhada e a atuação do Serviço Social na proteção da criança alienada. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018, p. 123.

57 GONÇALVES, 2016, p. 285.

58 RAMOS, 2016, p. 98-99.

59 CARVALHO, Analice de Souza Arruda Vinhal de. AMORIM, Eliane Pelles Machado. ROSA, Conrado Paulino da. A perícia psicológica interventiva na interface com o direito de família. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018. p. 73-78, p. 74.

mãe está produzindo efeito danoso nos filhos.⁶⁰ E nesse aspecto, quando o histórico de violência se der apenas com relação à genitora, em princípio, inexistem razões para privar o agressor do contato com seus filhos.⁶¹

O § 3º do artigo 1.584 do Código Civil consigna que para estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. Contudo, em que pese o artigo em comento preveja a faculdade de o juiz se basear em orientação de equipe interdisciplinar, em situações em que exista o deferimento de Medida Protetiva de afastamento do genitor em face da genitora, entendemos que tal disposição legal deve ser observada de forma imperativa. Nessa esteira, também nos casos em que a convivência com os filhos estiver supostamente ameaçada de restrição em função das medidas de proteção aplicadas para coibir a violência, caberá à equipe “multidisciplinar” analisar cuidadosamente os desdobramentos que podem atingir os filhos e os prejuízos que porventura possam advir de tal medida.

Assim, diante do relacionamento conflituoso entre os genitores, o regime de convivência deve ser regulamento de forma mais minuciosa, com dias e horários estabelecidos de forma bastante rígida.⁶² Desse modo, quando a homologação dos termos da mediação ou as sentenças versarem sobre esse direito, compreendemos preferível exagerar pelo excesso, no sentido de prudência, do que pela falta, regulamentando de forma detalhada de que modo será distribuído o tempo de convívio entre os genitores,⁶³ necessidade que se mostra ainda maior aos casos em que for deferida Medida Protetiva de afastamento do genitor em face da genitora, pois a garantia da efetividade de tal direito fica à mercê de regulamentação por parte do juízo, dos termos e moldes que será efetivado.

Reitera-se que a existência de eventual Medida Protetiva em relação a um pai não importa na impossibilidade do exercício da guarda compartilhada. Em sede de medida protetiva, que pode inclusive impedir o contato do genitor com a mulher ofendida, o Juízo pode solicitar

60 FERNANDES, 2015, p. 156.

61 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher:** lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 98.

62 DIAS, 2016, p. 513.

63 ROSA; VERONESE, 2019, p. 88.

que a comunicação seja realizada por intermédio de pessoa de confiança da mulher.⁶⁴ O mesmo raciocínio aplica-se ao se pensar em uma pessoa garantidora da convivência, que pode ser um parente, um amigo das partes, como também um profissional (ex.: psicólogo, assistente social, babá, segurança, etc.),⁶⁵ o que poderá ser ajustado na mediação. Ainda, a utilização da escola como ponto de referência, ou entrega da criança, para o exercício do direito de convivência familiar poderá diminuir o conflito entre os genitores,⁶⁶ até mesmo porque no contexto de violência doméstica, a aproximação pode estar interrompida.

Percebe-se que sendo a concessão das Medidas Protetivas uma cláusula de barreira praticamente imediata, e que na maioria das vezes a determinação é de impedimento de contato por qualquer meio de comunicação com a vítima (genitora), e com seus familiares, pensando na segurança da vítima, nem sempre as autoridades responsáveis asseguram o direito de convivência da prole com o genitor afastado. A utilização da medida como forma de afastamento parental pode ocorrer em face que de na dúvida, se protege a vítima e afasta o “pretenso abusador”.⁶⁷

Para Tepedino e Teixeira⁶⁸ se houver indício de desatendimento ao interesse do infante, recomendam a utilização perícia ou estudo psicossocial a fim de verificar se a imposição da convivência será maléfica para o filho, uma vez que a presunção é de que seja salutar para a satisfação de seu direito fundamental. Assim, privar a criança do convívio familiar é uma crueldade que só se justifica em casos excepcionais, de risco a integridade física ou psicológica destes, mas atestado por profissional devidamente habilitado.⁶⁹

64 ROSA, 2019, p. 99.

65 RAMOS, 2016, p. 88.

66 ROSA, 2018, p. 444.

67 ULLMANN, Alexandra; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental. **Consultor Jurídico**, [São Paulo], 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>. Acesso em: 20 maio 2020.

68 TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 319.

69 RAMOS, 2016, p. 160.

Indo além, temos também a possibilidade da fixação de visitas vigiadas, Ramos⁷⁰ aduz que “somente se justificam nas hipóteses de riscos de violência física ou sexual.” Nesse sentido, Maciel infere:

O poder familiar, não raras vezes, ficará restringido e, por via de consequência, os encontros entre pais e filho deverão ser precedidos de cuidados, que, dependendo do caso concreto, podem culminar em convívio supervisionado, de maneira a garantir a integridade física e psíquica do infante.⁷¹

Assim, mesmo em sede de Medida Protetiva de restrição ou suspensão da convivência do pai com a prole, surge como solução o estabelecimento de visitas supervisionadas, uma vez que a suspensão das visitas geralmente é deferida em sede liminar, sem que antes ocorra a oitiva do genitor e parecer técnico antecedendo e orientando de forma satisfatória a decisão judicial.

No âmbito da fixação da modalidade de Guarda, convém perceber que em caráter excepcional, a aplicação da Guarda Unilateral pode ser autorizada, mas desde que diante da constatada necessidade alertada pela equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família responsável pelo processo.⁷² Frisa-se que a Guarda Compartilhada não se trata de um prêmio por bom comportamento, ou a Guarda Unilateral um castigo, e nem dependem do sucesso ou insucesso da relação conjugal, é um direito dos filhos e uma atribuição do poder familiar, e quando não representar ameaça à prole, deve ser garantida, podendo ser suspensa a partir do disposto no artigo 1.637 ou extinta conforme o artigo 1.638 do diploma civil.⁷³ Isso porque a aptidão ao exercício do poder familiar é presumida com a maternidade ou paternidade, de modo que fatos que desabonem a conduta dos pais no exercício do poder familiar devem ser suficientemente provados.⁷⁴

Sendo assim, em sede das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha, parte-se do pressuposto que a violência ocorrida, que pode ser física,

70 RAMOS, 2016, p. 164

71 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 226.

72 ROSA, 2019, p. 99.

73 MONTAÑO, 2016, p. 188.

74 RAMOS, 2016, p. 81.

mas também psicológica, sexual, patrimonial e moral, se dá com relação à genitora, e que quando representar ameaça à prole, a autoridade parental pode ser suspensa ou até mesmo extinta, mas caso não seja, em regra, compartilha-se a guarda. Desta maneira, em nosso sentir, o trabalho interdisciplinar em rede, seja por meio da perícia (que apontará ao Juízo se o compartilhamento ou a convivência ampla representam o melhor para a prole), seja a mediação ou as oficinas de parentalidade (que auxiliarão os pais, a despeito de um episódio de violência, a prosseguirem em conjunto na gestão da coparentalidade) são ferramentas possíveis para que as crianças e adolescentes estejam seguros e tenham seus direitos respeitados.

4 CONCLUSÃO

Da análise empreendida, observou-se que a violência do homem contra a mulher se trata de um fenômeno histórico, tendo o contexto cultural, social e legal grande influência no tratamento discriminatório e violento que é despendido às mulheres no ambiente familiar. Sendo assim, diante desse patriarcado que se mostra estrutural, há que se pensar na parentalidade sob outro enfoque, com vistas a não reafirmarmos, por meio da Lei Maria da Penha, que nas questões atinentes aos filhos exista um genitor melhor ou pior, por motivos relacionadas ao casal conjugal e não parental.

Evidencia-se que em situações específicas, diante da gravidade do episódio de violência, a integridade dos filhos também pode estar em risco, contudo, para esses casos, o Código Civil prevê no artigo 1.637 a suspensão do poder familiar e no artigo 1.638 hipóteses de destituição do poder familiar, sendo que com o advento da Lei n. 13.715/2018, incluiu-se neste artigo, hipóteses graves de violência doméstica. Ainda, mesmo que diante de casos graves, a convivência familiar não pode restar sacrificada, surgindo neste cenário, a possibilidade do convívio supervisionado.

Desse modo, nada obstante a complexidade que envolve a violência contra a mulher, não se pode deixar de levar em consideração, em face dessa problemática, em especial frente a existência de decretação de medidas protetivas, os direitos da prole de ter pai e mãe responsáveis pela sua vida e de conviver com seus núcleos familiares, razão pela qual, a prestação jurisdicional deve se voltar ao exercício do Direito de forma

mais humanizada, lançando mão do apoio do trabalho interdisciplinar em rede, abrangendo operadores do jurídicos, assistentes sociais e psicólogos.

Compreende-se que somente assim, o melhor encaminhamento a essas demandas poderá ser alcançado, garantindo-se a segurança das crianças e adolescentes e a salvaguarda de seus direitos, evitando-se, ainda, que a Medida Protetiva sirva como forma de afastamento parental, uma vez que as dissoluções dos relacionamentos afetivos dos genitores, mesmo em sede de violência doméstica em face da genitora, em regra, não influenciam o desempenho das funções parentais de forma igualitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Plataforma Minha biblioteca.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, n. 157, p. 131-171, jul. 2019. Bimestral.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca.

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: 24 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ.** Civil. Processual civil. Recurso especial. Divórcio. Guarda compartilhada. [...]. Recorrente: MB. Recorrido: DGP. Relatora: Ministra Nancy Andri ghi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502237840&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em: 13 de maio 2020.

BRAUNNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS, Paula Pinhal de. A família democrática. Violência de gênero: a face obscura das relações familiares. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana.** Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006.

CARVALHO, Analice de Souza Arruda Vinhal de. AMORIM, Eliane Pelles Machado. ROSA, Conrado Paulino da. A perícia psicológica interventiva na interface com o direito de família. *In:* ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões.** Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica.** Porto Alegre: Artmed, 2016. Plataforma Minha biblioteca.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães Online.** Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 15 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 25, de 22 de agosto de 2016.** Recomenda aos Juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica. [Brasília, DF]: CNJ, 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESPANHA. **Lei 25/2010, 29 de julho, do segundo livro do Código Civil da Catalunha.** Referente à pessoa e à família. Madrid, ES: Comunidade Autônoma da Catalunha, 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

ESPINOSA, Márcia Carlos. O instituto da guarda compartilhada à luz da Lei 13.058/14. *In:* ROSA, Conrado Paulino da (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões.** Porto Alegre: RJR, 2015. p. 112-130.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 6.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. *In:* COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147-169.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda compartilhada: a nova realidade. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 317-325.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação parental e guarda compartilhada: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MONTAÑO, Carlos. Alienação parental, guarda compartilhada e a atuação do Serviço Social na proteção da criança alienada. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Saraiva Digital.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca.

PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (org.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 327-342.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Minha Biblioteca.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. ver. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da; VERONESE, Josiane Rose Petry. O tempo de convivência livre e a máxima intervenção na proteção dos direitos da criança e do adolescente. **Revista IBDFAM**: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 34, p. 74-90, ago. 2019. Bimestral.

SECRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 277-282.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19-41.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6. Plataforma Minha. Biblioteca.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação familiar e a Lei Maria da Penha. *In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). Família e sucessões sob um olhar prático.* Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 272-280.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; PANICHI, Renata Maria Dotta; MADCHE, Flavia Clarici; SPHOR, Maria Paula. Mediação familiar na violência doméstica: saber e saber fazer. **Revista da Faculdade de Direito Da FMP,** Porto Alegre, v. 7, p. 265-273, 2013. Semestral.

ULLMANN, Alexandra; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental. **Consultor Jurídico,** [São Paulo], 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>. Acesso em: 20 maio 2020.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: família e sucessões.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5 Plataforma Minha Biblioteca.

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DO ASSUNTO

Henrique Scherer de Verney¹
Luiza Tosta Cardoso²

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF/88), no art. 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Este núcleo de deveres determinados na Constituição Federal visa assegurar o desenvolvimento e formação da personalidade da criança e do adolescente.

O não cumprimento dos deveres parentais pode acarretar danos ao desenvolvimento sadio da criança e do adolescente. O Código Civil (CC/02), nos art. 186 e 927, aponta que diante da ocorrência de

1 Graduando em Direito pela FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: henrique.s.verney@gmail.com;

2 Mestre em Direito Processual pela UFES - Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. Servidora Pública. E-mail: l.tostacardoso@gmail.com.

um dano, este deve ser reparado. Deste modo, este trabalho objetiva analisar a configuração do dano moral nos casos de abandono afetivo e a consequente indenização.

Este artigo visa abordar os pressupostos da responsabilidade civil para configuração do dano moral em razão do abandono afetivo dos filhos. Para o desenvolvimento deste trabalho, a pesquisa utiliza o método dedutivo de abordagem com análise bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. A pesquisa é desenvolvida sobre três eixos, o estudo sobre o afeto nas relações familiares, a responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a análise jurisprudencial do tema.

A análise jurisprudencial parte da análise qualitativa dos julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Pretende-se verificar os acórdãos que abordam o tema, em sede recursal, que tenham tratado, nos fundamentos da decisão, acerca do dano moral nos casos de abandono afetivo. Para a pesquisa foram utilizados os termos “dano moral” e “abandono afetivo”. E por fim, após estudo sobre a afetividade, a responsabilidade civil nos casos de dano afetivo e da análise cronológica dos julgados do STJ, foram apresentadas as breves conclusões deste trabalho.

2 O AFETO COMO BASE DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto consiste no vínculo “apto a unir pessoas, de modo que haja identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando, consequentemente, comprometimento mútuo entre os integrantes da entidade familiar”.³ Luiz Felipe Brasil Santos afirma que atualmente “a família e o casamento passam a existir e se justificar como forma de propiciar o desenvolvimento da pessoa, em sua plenitude existencial”.⁴

3 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado**. v. 73, jan. 2017. p. 200.

4 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Parentalidade sociológica, uma afirmação da dignidade humana.. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 123.

A afetividade é a base da existência da família.⁵ Insta ressaltar que no Direito, afeto não se caracteriza pelo sentimento de amor, o qual é aspecto individual. O afeto se traduz no dever de cuidado, que se materializa pela “assistência psicológica, de fraternidade e solidariedade”⁶, que objetiva a proteção dos direitos de personalidade visando a promoção da dignidade da pessoa humana.⁷

A Constituição Federal, em seus artigos 227, 229 e 230, dá ênfase especial às crianças e aos adolescentes, elencando os deveres da sociedade, do Estado e dos pais com este grupo.⁸ Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado especialmente para tutelar este público, também reforça a necessidade da proteção, principalmente em seus artigos 3º, 4º e 5º.⁹

Estes dispositivos, expressamente, trazem como dever da família assegurar “a efetivação dos direitos referentes à vida”, “à dignidade”, “ao respeito”, “à convivência familiar” e, proíbem a “negligência”, ou qualquer conduta que acabe por ferir os direitos fundamentais deste jovem, seja por ação ou omissão, entretanto, não preveem nenhuma consequência para a falta de prestação afetiva. Para assegurar qualquer das hipóteses acima, é necessário o cuidado, que anda concomitantemente ao afeto.¹⁰

Segundo Paulo Lôbo, abandono afetivo é o “inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”. E conclui, “quando há inadimplemento

-
- 5 VARGAS, Hilda Ledoux. O contributo da afetividade para a construção do conceito de família eudemonista na contemporaneidade. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**. v. 33, maio-jun. 2019. p. 140.
 - 6 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado**. v. 73, jan. 2017. p. 200.
 - 7 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 82.
 - 8 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 482-483.
 - 9 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 483.
 - 10 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 483

de deveres parentais estabelecidos em lei, como os referidos nos arts. 227 e 229 da Constituição, uma das consequências é a reparação civil¹¹

A paternidade responsável, conforme estabelecido no art. 226, CF/88 abrange a assistência material e moral. E, assim, nos termos do art. 227 e 229 da Constituição Federal, cabe aos genitores assegurar à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, bem como assistir, criar e educar os filhos.¹²

Para Anderson Nogueira Oliveira e Gilvanice Lemos, o abandono afetivo configura-se pelo descumprimento dos deveres parentais, decorrente da omissão dos pais referente ao convívio familiar com seus filhos, o que pode gerar danos emocionais irreparáveis.¹³

Um dos aspectos da afetividade no seio familiar é o dever de convivência entre os integrantes da família. O art. 227 e 229 da Constituição Federal e o art. 1634 do Código Civil, bem como os artigos 3º, 4º, 19, 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) apontam para a proteção ao desenvolvimento da criança e do adolescente, determinando o dever de convivência entre pais e filhos.

Fernanda Carvalho Leão Barrento expõe que “a convivência familiar exhibe incontestemente importância no processo de formação e estruturação da criança¹⁴”. E, ainda acerca da convivência familiar, a referida autora complementa

os afetos humanos se concretizam e consubstanciam o laço amoroso que mantém a família voluntariamente unida, em função de um projeto comum: o projeto de uma felicidade mais plena, mais

11 LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 224.

12 LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 224.

13 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. *Revista de Direito Privado*. v. 73, jan. 2017. p. 202.

14 BARRENTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord). **Famílias e sucessões**: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 648.

completa, da felicidade que nasce da rede de solidariedade e apoio que esse convívio conforma.¹⁵

Deste modo, a convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente previsto no art. 227, CF/88, e nos demais diplomas legais acima apontados. José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Carlos Eduardo Lamas¹⁶ apontam que

Evidente está que a convivência passou a ter status de direito fundamental, considerando que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, e que impescindem de valores éticos, morais e cívicos para completarem a sua jornada em busca da vida adulta, e, somente com o convívio familiar, estas crianças e adolescentes estarão amparados emocionalmente para construírem sua personalidade, perfazendo, de forma gradual, sua autonomia.

O direito fundamental à convivência familiar tem como finalidade a preservação do desenvolvimento sadio da criança e do adolescente que são indivíduos em fase de formação da personalidade, e apresentam-se em condição de vulnerabilidade, e portanto, demandam tratamento jurídico especial.¹⁷

Nos termos do art. 1634, CC/02, compete aos pais terem seus filhos em suas companhias.¹⁸ Deste modo, ainda que na hipótese de pais divorciados, cabe a ambos os genitores a participação efetiva no cuidado

15 BARRENTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord). **Famílias e sucessões**: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 648.

16 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). **Escritos de direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019. p. 173.

17 FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

18 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. In: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 303.

e formação de seus filhos¹⁹, visto que é “um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho”.²⁰ O descumprimento deste dever configura o abandono afetivo desta criança/adolescente e acarreta dano à sua formação psíquica e emocional.²¹

Maria Berenice Dias alerta que “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável”²². E, a autora conclui que a omissão de um dos genitores ou de ambos em atender o dever de companhia com seu filho gera danos que devem ser reparados²³. Assim, o abandono afetivo dos filhos se caracteriza pelo descumprimento do dever parental de cuidados indispensáveis ao desenvolvimento da criança e/ou do adolescente, o que independe do sentimento subjetivo de amor.²⁴

3 RESPONSABILIDADE CIVIL - CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE CABIMENTO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Responsabilidade civil é “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico origi-

19 MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). **Direitos da personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri: Manole, 2019, p. 441.

20 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura de vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 223.

21 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 83.

22 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164-165.

23 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164-165.

24 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 84.

nário”²⁵, que tem como objeto o dever de indenizar²⁶. Outrossim, Nelson Rosenvald apresenta definição de responsabilidade civil que destaca que: “É responsável todo aquele que está submetido a esta obrigação de reparar ou de sofrer pena”²⁷.

A fim de melhor esclarecer o surgimento da obrigação de indenizar, leciona Flávio Tartuce que este decorrerá da verificação da ocorrência de um ato ilícito, ou seja, em face do descumprimento de uma regra contratual ou de norma que regule a vida²⁸, assim, ante tal situação, a norma jurídica cria o dever de indenizar, isto é, de reparar o dano causado.²⁹

Pontes de Miranda aponta que “reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente”³⁰. Diante de um evento danoso, a responsabilidade civil visa reestabelecer a harmonia social.³¹ Assim, nos termos do art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ademais, entende Caio Mário da Silva Pereira que para caracterização da responsabilidade civil subjetiva é necessária a verificação de uma conduta antijurídica, seja ela motivada por comissão ou omissão. Concomitante a isso, sustenta o referido autor que deve ser percebida a existência de um dano e, por último, ser estabelecido um nexo de causalidade.

25 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 14.

26 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115/116.

27 ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 34

28 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 787

29 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 790

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 213.

31 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF**. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 671.

dade, ou seja, comprovar que o ato ilícito praticado efetivamente atentou contra o bem jurídico tutelado³².

Nos termos do art. 186 do Código Civil comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, (...)”. O ato ilícito é a ação ou omissão que descumpre uma obrigação legal ou contratual.³³ É, portanto, um ato humano em desconformidade com o direito³⁴, que viola o dever jurídico³⁵.

Por sua vez, o dano “é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela”³⁶, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial é aquele que atinge um bem passível de apreciação econômica, enquanto o extrapatrimonial não se traduz em quantia monetária. Neste contexto, o dano moral atinge os direitos da personalidade, de modo que sua indenização tem como finalidade a compensação do dano moral sofrido pela vítima.³⁷ Nos termos do art. 944 do Código Civil, a reparação do dano deve compreender toda sua extensão, seja patrimonial ou extrapatrimonial.³⁸

Nesta senda, levanta-se o questionamento sobre a possibilidade da responsabilização por danos causados ao psicológico, ou seja, se seria cabível a indenização pecuniária por omissão de afeto. Ocorre que algumas correntes entendem não ser possível indenizar o dano proveniente da ausência de afeto sob a alegação de que “não é possível quantificar o

32 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 661.

33 SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à ciência do direito**. 6. ed. Belém: CEJUP, 1994. p. 216.

34 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 313.

35 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 14.

36 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

37 LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. rev. atual. por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 89.

38 MONTEIRO. **Curso de direito civil: direito das obrigações 1ª. parte**. vol. 4. 2003, p. 482.

amor”, que “não se pode obrigar ninguém a amar”, ou que “afeto não pode ser reconhecido como valor jurídico”.³⁹

Como se verá na pesquisa jurisprudencial, a 4ª Turma do STJ, no ano de 2005 e 2009 entendeu nos julgados REsp 757411/MG e REsp 514350/SP pela impossibilidade de fixação de reparação pelo dano afetivo, visto que, no dizer dos Ministros não seria viável obrigar alguém a amar. No entanto, tais posicionamentos “tentam inculcar a ideia de que a família é imune ao instituto da responsabilidade civil, ou mais grave: que pais podem ser negligentes e omissos com seus filhos, que mesmo assim contarão com a impunidade a qualquer sanção”.⁴⁰

Maria Berenice Dias aponta que “não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.”⁴¹ Anderson Nogueira Oliveira e Gilvanice Lemos Santos afirmam que

com a constitucionalização do Direito de Família e a valorização do vínculo de afetividade e solidariedade nas relações intersubjetivas, a inobservância ao dever de afeto (lato sensu) passou a se caracterizar como ato ilícito, passível de gerar responsabilidade civil pelos danos causados, devendo ser objeto de tutela por parte do Estado.⁴²

Assim, restará configurado o abandono afetivo em razão da ausência de convívio familiar entre pais e filhos, o que gera danos ao desenvolvimento psíquico e emocional dos filhos.⁴³

39 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A Interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2016. p. 382.

40 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A Interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2016. p. 382.

41 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164-165.

42 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado**. v. 73, jan. 2017. p. 201.

43 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado**. v. 73, jan. 2017. p. 202.

Imagine a situação em que um filho recebe de seus genitores apenas abandono, rejeição, frieza ou, até mesmo, uma infância inteira baseada em completa desídia. E, casos em que o filho é rejeitado, tratado com indiferença e descaso pelo genitor, ou ainda com discriminação com relação aos demais irmãos. Tais situações estão cada vez mais sendo levados aos tribunais, visto o transtorno e patologias que podem decorrer dessas situações.⁴⁴ Deste modo, tem-se que a responsabilização civil poderia ser aplicada, quando configurada a omissão no período infanto-adolescente da prole, tendo em vista esta ser fase importante no desenvolvimento das capacidades intelectuais e motoras no futuro.⁴⁵

A fim de responsabilizar por abandono afetivo, deve-se verificar o ato/omissão, nexos causal e dano. A omissão se configura pelo descumprimento dos deveres de cuidado dos pais para com o filho, o que se encaixa no conceito de ato ilícito, de modo que “a conduta ilícita dos pais é, em regra, omissiva, eis que representada pelo descumprimento dos deveres do poder familiar que lhes são impostos por lei”.⁴⁶ Por sua vez, o dano moral configura-se pela violação aos direitos da personalidade. Segundo Juliana Orsi de Laurentiz

o dano moral é percebido pela simples violação a um ou mais direitos da personalidade, de modo que, desnecessária a comprovação atual do abalo psicológico reflexo no âmbito do lesado – o que nem sempre é possível verificar. Diante disso, o dano moral surge in re ipsa. Assim, a lesão aos direitos de personalidade faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, sem qualquer necessidade de, para análise da imputação desse dano, se demonstrar a existência atual e latente da dor, sofrimento ou quaisquer prejuízos de características subjetivas e particulares a cada indivíduo. A responsabilidade, nestes casos, opera-se pela simples violação (damnum in re ipsa).⁴⁷

44 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A Interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2016. p. 382.

45 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 486

46 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 84.

47 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 84.

Nos casos de dano moral, não se exige “prova palpável” do dano à sua honra, pois isso traria ônus excessivo para a vítima. No entanto, tal situação não exonera a vítima de provar a ocorrência da ofensa, “sendo a lesão verificada objetivamente, por meio de análise psicológica sobre a conduta praticada pelo ofensor e suas consequências no plano existencial da vítima”.⁴⁸ E, ainda, na hipótese de abandono familiar, deve-se demonstrar a relação de causalidade entre a violação aos direitos de personalidade causado pelo descumprimento dos deveres de cuidados dos genitores”.⁴⁹

Assim sendo, passível de se admitir a indenização nos casos envolvendo o abandono afetivo, vez que abarcado pela Constituição Federal e pelos diplomas legais infraconstitucionais.⁵⁰ Entretanto, ressalta-se que a caracterização teórica do abandono como ato ilícito parece de simples aplicação, porém, conforme se observará pela análise dos julgados, o principal problema restará na comprovação do nexa causal.⁵¹

Segundo José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, “a responsabilidade por indenizar, nesse caso, é excepcional e exige demonstração clara do nexa causal”.⁵² Em que pese a dificuldade da comprovação do nexa causal entre estes danos sofridos na infância ou adolescência e os transtornos vividos na posteridade, é inegável que, com as devidas provas - que não seriam de simples obtenção - plenamente cabível a responsabilização destes ditos “pais”.⁵³

Assim, restará preenchido os pressupostos da responsabilidade civil quando a omissão dos genitores decorrente do descumprimento dos deveres acarretar evidente ligação com o dano à personalidade da criança

48 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 85.

49 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 86.

50 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 487.

51 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 489.

52 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF**. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1136.

53 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 490.

ou do adolescente.⁵⁴ O reconhecimento da responsabilidade civil, e da consequente reparação pelo abandono afetivo atende a duas finalidades. Primeiramente, cumpre a finalidade de reparar os danos patrimoniais relativos às despesas da assistência material, como por exemplo com educação. E por outro lado atende a compensação pelos danos extrapatrimoniais referentes à assistência moral e afetiva.⁵⁵

4 PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A pesquisa jurisprudencial foi realizada no site de busca do Superior Tribunal de Justiça - STJ, com os termos 'dano moral' e 'abandono afetivo'.⁵⁶ Diante desta busca, o site apresentou 09 (nove) acórdãos sobre o tema.

Dos 09 (nove) julgados, 02 (dois) não apreciaram o pedido com base na súmula 07 do STJ, 01 (um) julgado decretou a prescrição do pedido indenizatório, 04 (três) entenderam pela não concessão do pleito indenizatório, e 02 (dois) julgados reconheceram a responsabilidade civil do genitor. Em análise dos julgados, apresenta-se abaixo as conclusões extraídas de cada acórdão, em ordem cronológica de julgamento.

O julgado REsp 757411/MG⁵⁷, da 4ª Turma do STJ, em março de 2006, entendeu pela impossibilidade de indenização pelo dano sofrido em decorrência do abandono afetivo. Neste julgado, o Ministro Fernando Gonçalves afirmou que não pode o Judiciário obrigar ninguém a amar outrem. E, o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, no mesmo sentido, ressaltou que

por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o

54 LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, out-dez. 2014. p. 86.

55 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 244.

56 Pesquisa jurisprudencial realizada entre os dias 30/08/2021 e 09/09/2021.

57 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 757411 / MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ 29/11/2005. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em: 04 set. 2021.

que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor.

O REsp 514350/SP⁵⁸ entendeu de igual forma que o julgado REsp 757411/MG, pela impossibilidade de indenização do abandono afetivo.

No ano de 2012, a 3ª Turma do STJ apresentou entendimento diverso dos julgados anteriores da 4ª Turma. O REsp 1159242/SP⁵⁹ julgou pela concessão de indenização ao dano moral ocasionado pelo abandono afetivo. O primeiro ponto trazido no voto da Ministra Relatora, foi no sentido de que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro restrição de aplicação dos institutos da responsabilidade civil às relações familiares, sendo admissível a indenização por danos causados na esfera do direito de família. Ainda, durante o voto, a Ministra Nancy Andrighi ressalta que o cuidado “não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto”.

Com relação ao abandono afetivo e a (im) possibilidade de obrigar alguém a amar, o voto da relatora aponta que para análise do abandono afetivo “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. E, afirma “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Na constatação dos pressupostos da responsabilidade civil, ação ou omissão, nexos causal e dano. A ação ou omissão que configura a ilicitude do abandono afetivo configura-se em “um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”, cabendo a ponderação pelo julgador das situações fáticas em cada caso.

58 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 514350 / SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. DJ 28/04/2009. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em: 04 set. 2021.

59 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1159242 / SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ 24/04/2012. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 04 set. 2021.

A verificação do dano e do nexa causal devem se basear em “laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais”.

Em divergência ao voto da Ministra Nancy Andriighi, o Ministro Massami Uyeda, se posicionou da seguinte forma:

se abrimos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

E o referido julgador finaliza seu voto pela indenização do dano pelo abandono afetivo, e conclui: “então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos”.

Por fim, os Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino que manifestaram pela concessão da indenização pelo dano referente ao abandono afetivo, apenas com a redução do valor da indenização fixada pelo Tribunal de origem, por entender excessivo dentro do contexto familiar do caso. Então, por fim, este julgado, apesar de não unânime, confirmou o dano moral pelo abandono afetivo e configuração da responsabilidade civil dos genitores.

Já o REsp 1557978/DF⁶⁰ entendeu pela não concessão da indenização, sob o argumento que é de caráter excepcional a configuração do dano moral nas relações familiares. E para tanto, o julgado ressalta que deve ficar claro a existência de ação ou omissão de descumprimento do

60 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1557978 / DF. Relator: Ministro Moura Ribeiro. DJ 03/11/2015. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501879004&dt_publicacao=17/11/2015. Acesso em: 04 set. 2021.

dever de convivência, o dano, e o nexu causal. Com relação ao nexu de causalidade, O Ministro Moura Ribeiro, em seu voto, pondera que

considerando a ausência de legislação específica tratando da matéria e a complexidade das relações familiares, principalmente no que tange a configuração do descumprimento do dever de cuidado, já consignei que os elementos autorizadores da responsabilização de civil devem estar presentes de forma muito clara e evidenciada. Nessa toada, para que o magistrado possa verificar com acuidade a existência de tais elementos, a ferramenta mais adequada é a realização de um estudo psicossocial que aponte a existência de um dano psicológico e o vincule a ausência de cuidado por parte de um dos pais, daí não haverá dúvidas do dever de indenizar.

O AgRg no AREsp 811059/RS⁶¹ não enfrentou a temática sob fundamento de impossibilidade de reexame de fatos e provas, nos termos da súmula 7 do STJ. No REsp 1579021/RS⁶², o voto da Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti aponta que a análise de abandono afetivo não se trata de

questão moral ou religiosa e nem os complexos aspectos psicológicos da relação entre pais e filhos, no seio das múltiplas formas de família hoje equiparadas pelo Direito. Trata-se de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de “cuidar afetuosamente”, cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo.

Por fim, a referida Ministra, em seu voto, pondera que amor e afeto não são deveres jurídicos, e conclui pela não indenização do abandono afetivo. Neste julgado apesar do reconhecimento da prescrição de 03 anos após a maioridade (Código Civil, art. 206, §3º, V), apontou o entendimento da 4ª Turma STJ (REsp 757411/MG) de que

61 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AREsp 811059/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ 17/05/2016. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502873810&dt_publicacao=27/05/2016. Acesso em: 04 set. 2021.

62 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 1579021/RS. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ 19/10/2017. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017. Acesso em: 04 set. 2021.

O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.

O AgInt no AREsp 492243/SP⁶³ aponta “não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade”. O julgado AgInt no AREsp 1286242/MG⁶⁴ apontou a impossibilidade de reexame de fatos e provas, com base na súmula 07 do STJ. Apesar disso, o julgado reafirma, nos fundamentos, o entendimento do STJ fixado no julgado REsp 1579021/RS.

Por fim, o REsp 1698728/MS⁶⁵ trata de caso acerca da desistência da adoção com a destituição do poder familiar e a devolução da criança para o abrigo. Inicialmente, o voto vencido do relator, afirmou que em matéria fática, em virtude da súmula 7 do STJ, o Tribunal de origem seria soberano na análise das provas e que o referido tribunal entendeu pela não comprovação de danos físicos ou psicológicos. E deste modo, o voto vencido entendeu que “impossível juridicamente desconstituir as premissas fáticas adotadas pelo TJ/MS de que não foi comprovado o ato ilícito (abandono afetivo)”.

Por sua vez, o voto vencedor da Ministra Nancy Andrighi, quanto ao abandono afetivo, afirma que “o filho decorrente da adoção não é uma espécie de produto que se escolhe na prateleira e que pode ser devolvido se se constatar a existência de vícios ocultos”. Quanto a análise do dano moral, observa-se que o julgado pontuou que

63 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgInt no AREsp 492243/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ 05/06/2018. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018. Acesso em: 04 set. 2021.

64 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1286242 / MG. Relator: Luis Felipe Salomão. DJ 08/10/2019. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019. Acesso em: 04 set. 2021.

65 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1698728/MS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ 04/05/2021. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701550975&dt_publicacao=13/05/2021. Acesso em: 04 set. 2021.

é absolutamente crível e presumível concluir pela existência de grave abalo e de trauma psíquico em uma criança de 09 anos que, após anos de acolhimento institucional, é recebida em um lar em que espera permanecer e que, a partir de problemas que são cotidianamente enfrentados por todas as famílias do universo – talvez exponencialmente maiores em razão de sua vida pregressa, vê os seus pais agindo para devolvê-la ao albergamento aos 14 anos.

No entanto, neste julgado a Ministra analisa todo contexto familiar que envolvia a criança, e aponta que os pais adotantes eram idosos e, ainda, reconhece erros estatais quanto ao processo de adoção, e com isso estabelece uma indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Diante desse cenário, a decisão fixou:

O valor de R\$ 5.000,00, conquanto módico, considera todo o contexto anteriormente mencionado, a fim de equilibrar a tensão existente entre o direito à indenização a que faz jus a recorrente e o grau de culpa dos recorridos, bem como de modo a não comprometer a eficácia da política pública de adoção.

Da análise de todos os julgados apresentados acima, que apreciaram o mérito, percebe-se que 02 (dois) entenderam pela não concessão do pleito indenizatório com base na impossibilidade da configuração da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, sob argumento de que o Judiciário não pode obrigar os genitores a amarem seus filhos.⁶⁶

No entanto, desde 2012 a 3ª Turma do STJ vem adotando posicionamento diverso, pela responsabilidade civil dos genitores em decorrência do dano moral face ao abandono afetivo, sob o argumento de que para a configuração do abandono afetivo “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.⁶⁷

66 Aponta-se que ambos os julgados são da 4ª Turma do STJ, REsp 757411/MG (BRASIL, 2006) e REsp 514350/SP (BRASIL, 2009), tendo sido julgados nos anos de 2006 e 2009, respectivamente.

67 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1159242 / SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ 24/04/2012. Acesso em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 04 set. 2021.

É possível apontar algumas conclusões para a possibilidade de responsabilidade civil do dano decorrente do abandono afetivo⁶⁸. O primeiro ponto é que cuidado é um valor jurídico do ordenamento jurídico brasileiro, que se extrai do art. 227 da CF/88. O segundo ponto é “amar é faculdade, cuidar é dever”. O terceiro ponto é que descumprir o dever de cuidar da prole quanto à criação, educação e companhia constitui ilícito civil na forma omissiva, que gera possibilidade de compensação pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo. O quarto ponto é que existe um núcleo mínimo de cuidados que os pais devem prover para o adequado desenvolvimento e formação da criança e do adolescente. O quinto ponto é que somente se discute o abandono afetivo após o reconhecimento da paternidade. E, por fim, o sexto ponto é que a indenização pelo dano moral nestas hipóteses possui caráter excepcional.

Deste modo, apesar de no ano de 2021, a Terceira Turma do STJ⁶⁹, ter confirmado o entendimento pela responsabilização do genitor em caso de abandono afetivo com a concessão de indenização moral, ainda não se pode dizer que se trata de matéria uniforme no STJ, pois além de ambos os julgados apresentarem julgamentos não unânimes, ainda, são de uma única turma do STJ.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se que com a evolução das obrigações legais das famílias, decorrentes do desenvolvimento de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais para proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o afeto tornou-se um dever dentro das unidades familiares, sendo este caracterizado como uma obrigação de cuidado e de prestação de assistência.

Ademais, com a criação da chamada “paternidade responsável”, conceito este que abrange o dever de cuidado tanto na esfera material, quanto na esfera moral, o abandono afetivo pode ser considerado como

68 Estas conclusões foram extraídas dos seguintes julgados: REsp 1159242/SP (BRASIL, 2012), REsp 1557978/DF (BRASIL, 2015), AgInt no AREsp 492243/SP (BRASIL, 2018), REsp 1698728/MS (BRASIL, 2021).

69 Ver REsp 1698728/MS (BRASIL, 2021).

um descumprimento do dever de cuidado e, portanto, um ato ilícito passível de indenização civil.

Outrossim, considerando o disposto no art. 186 do Código Civil, que elenca o dever de indenizar frente a uma conduta causadora de dano, seja este patrimonial ou extrapatrimonial, possível a responsabilização civil dos genitores que abandonam afetivamente seus filhos, desde que verificado onexo causal entre o descumprimento dos deveres de cuidado e a violação dos direitos de personalidade.

Portanto, passa a se admitir a postulação perante os tribunais de uma reparação civil pelos danos causados pelo abandono afetivo, haja vista que tal situação causa feridas psicológicas irreparáveis à prole.

Da análise jurisprudencial, percebe-se que há uma evolução no entendimento de que é possível a aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, entretanto, há uma reiterada dificuldade na comprovação do nexocausal nos casos de abandono afetivo, requisito essencial para surgimento da obrigação de indenizar.

Entretanto, os julgados ainda são bastante divergentes entre si, havendo entendimento de que não é possível o Judiciário obrigar alguém a amar seus filhos, conflitando com julgado que reconhece o afeto como fator essencial para criação da criança e, portanto, sendo cabível a indenização nesses casos. Ainda, na esfera do STJ não se pode concluir que há uma uniformização no entendimento acerca dos requisitos concretos para configuração do dano moral por abandono afetivo.

Assim sendo, em que pese a possibilidade da indenização pelo abandono afetivo dentro do nosso ordenamento jurídico, este tema demanda reflexão dos operadores do direito a fim de se estruturar o cabimento e os pressupostos para responsabilização civil dos genitores.

REFERÊNCIAS

BARRENTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 633-668.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg no AREsp 811059/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça**, 27 maio 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502873810&dt_publicacao=27/05/2016. Acesso em 04 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1159242 / SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça**, 10 maio 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1557978 / DF. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Diário da Justiça**, 17 nov 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501879004&dt_publicacao=17/11/2015. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial 1698728/MS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça**, 13 maio 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701550975&dt_publicacao=13/05/2021. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgInt no AREsp 492243/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Diário da Justiça**, 12 jun 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1286242 / MG. Relator: Luis Felipe Salomão. **Diário da Justiça**, 15 out 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 514350 / SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. **Diário da Justiça**, 25 maio 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 757411 / MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. **Diário da Justiça**, 27 mar 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1579021/RS. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Diário da Justiça**, 29 nov 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017. Acesso em 04 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). **Escritos de direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019. p. 171-189.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, p. 81-100, out-dez. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura de vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. rev. atual. por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado**: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJE. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO. **Curso de direito civil: direito das obrigações 1ª. parte.** vol. 4. 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. *In*: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato.** Barueri: Manole, 2019, p. 425-448.

OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado.** v. 73, p. 197-215, jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil.** v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo XXII. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil.** vol. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 313.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Parentalidade sociológica, uma afirmação da dignidade humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 122-135.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A Interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância.** 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. *In*: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 297-314.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à ciência do direito**. 6. ed. Belém: CEJUP, 1994.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Método, 2021.

VARGAS, Hilda Ledoux. O contributo da afetividade para a construção do conceito de família eudemonista na contemporaneidade. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões. v. 33, p. 139-161, maio-jun. 2019.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Caroline Fernandes Dias¹
Izabella Affonso Costa²

1 INTRODUÇÃO

Em que pese os esforços realizados para conscientização e regularização de todo o processo para que se concretize a adoção, em especial por meio da unificação do Cadastro Nacional de Adoção, o número de crianças e adolescentes que aguardam pela recolocação em uma família ainda é muito grande no Brasil.

Mesmo diante da seriedade e rigor previstos em todo o processo de habilitação para adoção, com a previsão de estágio prévio de convivência entre adotante e adotado, cada vez mais é comum que se encontrem casos que tratem acerca da desistência da adoção, seja antes da efetiva sentença, seja após já efetivamente regularizada a adoção.

Em razão disso, o presente estudo discorre brevemente sobre os aspectos gerais de proteção à criança e ao adolescente, tanto a nível constitucional, quanto infraconstitucional, através do Estatuto da Criança e

- 1 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, caroline.fdias@uel.br, vinculada ao Projeto de Pesquisa Responsabilidade Civil e Dano: Instrumentos e Critérios Adequados à Parametrização do Quantum Ressarcitório, Reflexos Socioeconômicos e o Escopo de Efetivação dos Direitos e Interesses dos Tutelados, sob coordenação da Prof.^a Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.
- 2 Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – PR. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (2015). Advogada. E-mail: izacosta1405@hotmail.com

do Adolescente (ECA), para direcionar aos aspectos específicos do processo de adoção em todas as suas fases.

Mediante essa base teórica, passa-se a enfrentar a problemática acerca da possibilidade de desistência da adoção e as implicações no aspecto da responsabilidade civil, buscando-se compreender se haverá possibilidade de reconhecimento e fixação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ao adotante pela cessação do vínculo filial.

Com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial e utilização do método dedutivo, sem a pretensão de esgotamento do tema, serão trazidas algumas decisões recentes para configuração do entendimento que os Tribunais adotam nos casos em que houve a judicialização dos pleitos indenizatórios promovidos pelos adotados em face dos adotantes que desistem da adoção.

2 A PROTEÇÃO LEGALMENTE CONFERIDA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A legislação que trata da proteção à Criança e ao Adolescente no Brasil, ainda que já existente antes da Constituição Federal de 1988, com ela ganhou especial atenção, em grande medida pela adoção da ideia da proteção integral e da prioridade absoluta, deixando de lado a doutrina da situação irregular, adotada pelo Código de Menores.

É notório o alto número de crianças e adolescentes que aguardam adoção em abrigos e orfanatos, vivendo em busca de encontrar uma família que possa garantir os meios para construção de uma vida digna e o acesso aos direitos e valores necessários para seu desenvolvimento.

Observe-se o intuito de proteção do indivíduo que está em formação de caráter e de estrutura psicológica, conforme se vê do artigo 227, caput e § 1º da Constituição Federal que assim estabelecem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (...).

Assim sendo, identifica-se uma obrigação compartilhada, pela qual se atribui não somente à família, como também ao Estado e à sociedade, de modo geral, a atuação no sentido de auxiliar e amparar a criança e ao adolescente, para que possam se desenvolver como pessoa e cidadão.

Regulamentando as diretrizes gerais traçadas pela Constituição Federal de 1988 e para adequar a legislação infraconstitucional a ela, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, que estabeleceu além da proteção integral, diversos direitos e garantias fundamentais às crianças e aos adolescentes.

No entanto, nem sempre as crianças e adolescentes gozam dessa proteção integral, necessitando também de amparo em situações em que, dentro da própria família natural, ocorre a rejeição, o abandono, a violência, sendo necessário o imediato afastamento do lar, o que se traduz no número de crianças e adolescentes residentes em abrigos e orfanatos, aguardando adoção³.

Sobre o tema, os artigos 18 e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim determinam:

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

3 O Conselho Nacional de Justiça conta com um portal do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA que contém dados atualizados sobre o número de crianças que aguardam por adoção, que pode ser consultado no endereço eletrônico: <https://paineis-analytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056=8999-4434--913b-74f5b5b31b2a&sheet-4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall>

Neste sentido, a todos é dado o dever de cuidar e assegurar o cumprimento das dos direitos assegurados às crianças e os adolescentes, sendo que, a partir do momento em que são adotados, transmite-se para a família adotante o dever de assumir as responsabilidades que foram constitucionalmente atribuídas, privilegiando o bem-estar e o desenvolvimento saudável do adotado.

3 PROCEDIMENTO A SER SEGUIDO PARA QUE A ADOÇÃO POSSA VIR A OCORRER

Nos casos em que dentro do seio da própria família natural as criança e adolescentes não encontram a proteção adequada ou, ainda, nos casos de abandono pelos pais, a legislação prevê a possibilidade de colocação em família substituta e, posteriormente, seguindo o determinado processo, formalização da adoção.

Para que a adoção aconteça define-se todo um procedimento legalmente elaborado a ser cumprido, com regras rigorosas e bem estabelecidas justamente em razão da importância do ato e dos impactos para as crianças e adolescentes.

Primeiramente, para que se possa adotar é necessário ter, pelo menos, 18 (dezoito) anos, assim como previsto pelo artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente do estado civil do adotante, além da necessidade de que o adotante seja ao menos dezesseis anos mais velho do que o adotado.

Por conseguinte, para o início do procedimento é necessário que, nas comarcas em que já tenha sido implementado o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, se procure o Fórum, mais especificamente na Vara da Infância e da Juventude para que seja possível a entrega da documentação necessária, exigida por lei. Após, a documentação entregue será autuada pelo cartório e remetida ao Ministério Público, para que passe por uma análise e, posteriormente, seja dado andamento ao processo de habilitação do pretense adotante⁴.

4 Maiores detalhes sobre o passo a passo e o procedimento de adoção estão disponíveis em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao>

O passo seguinte é a realização da avaliação da documentação apresentada, feita por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário, no intuito de constatar quais os motivos que levaram o(s) pretenso(s) adotantes a manifestar o interesse pela adoção, bem como as expectativas que possuem.

Além disso, é também neste momento que é feita análise quanto a realidade sociofamiliar, avaliando, de modo criterioso, se o(s) futuro(s) adotante(s) efetivamente possuem condições de abrigar e receber aquela criança ou adolescente na condição de filho, passando a habitar em seu lar. No mais, preocupa-se a equipe técnica em identificar qual posição o possível adotado ocupará naquela família, observando o dinamismo que envolve a relação familiar, bem como realiza a orientação daqueles que se encontram na postulação, no requerimento da realização do processo de adoção.

Posteriormente, é necessário que o adotante participe de programa de preparação para adoção. O referido programa é requisito legal para aqueles que buscam a habilitação no cadastro de adoções e vem estabelecido no artigo 50, § 3º do ECA, que assim descreve:

Art. 50. (...)

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

Por meio deste programa, é possibilitado ao adotante adquirir conhecimento quanto às questões que envolvem a adoção, sejam elas em âmbito jurídico ou de análise psicossocial, de modo a fornecer informações que auxiliem aquele(s) que almejam adotar a se sentir mais seguro relativamente à adoção, deixando claras também as possíveis dificuldades que podem ocorrer no período de convivência inicial com o adotado.

Para além disso, neste momento a equipe busca também demonstrar a importância de adotar crianças e adolescentes de outras raças, com deficiências, com doenças crônicas, com necessidades específicas, idades avançadas e, ainda, irmãos em conjunto.

O § 4º do referido artigo 50 ainda menciona que, sempre que for possível, recomenda-se que a preparação mencionada no § 3º inclua o contato

com crianças ou adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados. Esse contato deve ser feito com a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude.

Após, ocorre a análise do requerimento de adoção, a qual será feita pela autoridade judiciária. Depois de avaliar o estudo psicossocial, a comprovação da participação no programa de preparação para adoção e o parecer dado pelo Ministério Público, o juiz então proferirá decisão, a qual deferirá ou não o pedido de habilitação à adoção.

Na hipótese de indeferimento, é possível que aquele que postulou pela adoção possa ter acesso aos motivos que levaram a tal negativa, isso para que, inclusive, possa tentar se adequar aos requisitos exigidos, podendo, por conseguinte, reiniciar o processo suprindo os eventuais problemas anteriormente constatados.

Na hipótese de deferimento da habilitação, esta possui validade pelo período de três anos, havendo a possibilidade de renovação pelo mesmo lapso temporal. É de relevantíssima importância que o cadastro seja mantido atualizado, para que se evite que este seja tido como inativo no sistema. De acordo com o artigo 197-F do ECA, o prazo máximo para que se conclua o processo de habilitação é de cento e vinte dias.

Havendo o deferimento do pedido de habilitação à adoção, os dados do postulante serão então inseridos no sistema nacional, observando-se a ordem cronológica daquela decisão ante as outras que já foram dadas e também a análise do perfil buscado pelo adotante e as características das crianças e adolescentes disponíveis à adoção, de modo a viabilizar a congruência disto, almejando-se facilitar a convivência que está por vir.

Verificada essa correspondência de perfis e respeitando-se a ordem de classificação do cadastro, é realizada a aproximação entre adotante e adotado, sempre monitorado pela equipe técnica do Judiciário. Neste momento, é permitido à família que realize visitas no abrigo em que a criança ou adolescente se encontra, bem como que se proceda a realização de pequenos passeios, situações que possibilitam que as partes se conheçam.

Posteriormente, caso haja compatibilidade entre o postulante e a criança ou adolescente, é dado início ao estágio de convivência. A partir deste momento, o futuro adotando passa a morar com a família durante um período máximo de noventa dias, o qual pode vir a ser prorrogável por igual período, conforme preceitua o artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No dia seguinte após o término do período do estágio de convivência, aqueles que pretendem adotar possuem o prazo de quinze dias para propor a ação de adoção, de acordo com o § 7º do artigo 19-A, também do ECA.

É atribuída ao juiz a função de verificar as condições de adaptação e a vinculação socioafetiva entre a criança ou adolescente e aqueles que desejam adotar, de modo que, observado ambiente propício para tanto, o magistrado proferirá a sentença de adoção e será determinada a confecção de um novo registro de nascimento, no qual já constará o sobrenome da nova família e até mesmo possibilidade alteração do prenome, sendo que, a partir deste momento, o adotando já passa a ter todos os direitos que um filho biológico possui.

Além do ECA, o Código Civil tratava da adoção nos artigos 1.618 a 1.629, todavia, com a entrada em vigência da Lei 12.010/09, a chamada Lei da Adoção, os artigos 1.620 a 1.629 foram revogados. Na referida lei, entre outras coisas, estabeleceu-se o procedimento que envolve o processo de adoção, dispondo também sobre as questões quanto à garantia de convivência familiar, bem como relativamente ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente.

4 DA POSSIBILIDADE DE ARREPENDIMENTO NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA OU APÓS A SENTENÇA DE ADOÇÃO

De acordo com o que foi exposto, é facilmente verificável a longa tramitação que perpassa desde a iniciativa de adotar até a prolação da sentença, seu registro e o início da efetiva convivência definitiva, abrangendo um lapso temporal considerável, necessário, por evidente, em razão da seriedade das questões envolvidas, mas que acaba por criar uma expectativa do resultado para ambas as partes.

É de se destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o período de convivência prévia justamente no intuito de reconhecer se haverá adaptação mútua, sendo que a “desistência da adoção” durante o período de convivência, por se tratar de um período experimental da vivência familiar, pode ser admitida, uma vez que pode não ocorrer a

adaptação esperada, desejando-se retornar à situação anterior⁵, sem prejuízo também da possível responsabilização civil dos desistentes.

Com o trânsito em julgado da sentença que defere a adoção, nos moldes previstos pelo artigo 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, torna-se ela irrevogável, passando o adotado a integrar efetivamente o seio familiar do adotante, inserindo-se no contexto cotidiano da vivência.

Conforme aponta Válter Kenji Ishida⁶ “a adoção, como a tutela, é revestida de definitividade. Assim, o genitor que consuma a adoção, com sentença transitada em julgado, não pode alegar posteriormente seu arrependimento”.

No entanto, é notório que podem existir casos em que, logo no início do citado convívio ou mesmo passados alguns anos verifique-se a ocorrência de problemas de adaptação entre a partes, o que pode motivar a iniciativa de arrependimento, com consequente devolução da criança ou do adolescente.

Necessário distinguir-se que, caso seja iniciativa do próprio adotado, que manifesta expressamente o desinteresse em prosseguir na família adotante, muitas vezes até para restabelecer o vínculo com a família natural, a regra da irrevogabilidade da adoção pode ser flexibilizada, conforme decidido no REsp n.º 1.545.959/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que indicou que a norma de proteção do adotado não pode ser utilizada em detrimento de seu próprio bem-estar, devendo prevalecer sempre o melhor interesse do menor⁷.

A análise que aqui se pretende, entretanto, consiste na análise da desistência da adoção, após a sentença constitutiva, por iniciativa do adotante, que apesar de não prevista em lei, muitas vezes acaba sendo necessário que se proceda o afastamento, de modo a garantir que a criança ou adolescente não sofra ainda mais com aquela situação de permanecer vivendo em um local no qual não é aceito, haja vista a insustentabilidade da relação que se desenvolveu.

Tal situação implica em inquestionável dano à estrutura psicológica do adotado, gerando um novo sentimento de abandono, levando-se

5 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 281/282.

6 ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. 20ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019. p. 172.

7 ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. 20ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019. p. 173.

em consideração que muitas vezes a própria família biológica já teria o abandonado, e, posteriormente, a família que o adotou também não foi capaz de acolhê-lo, deixando uma sensação de desamparo⁸.

Os danos emocionais e psicológicos resultantes da devolução ao abrigo são imensuráveis, tendo sido frustradas todas as expectativas criadas com a possibilidade da nova família, do acolhimento, da criação de laços, da promoção de afeto e de carinho que deixaram de ser dados até aquele momento.

A criança ou o adolescente devolvido pode, por vezes, associar a sua devolução ao fato de não ter correspondido com determinadas expectativas que tenham sido criadas pela família adotiva, fato este que ocasiona ainda mais prejuízos psicológicos, com a possível identificação dos mais diversos danos, como psíquicos, existenciais, dentre outros.

A dificuldade em lidar com o abandono e agora com uma su-posta “rejeição” gera uma sensação de desproteção, implicando em consequências psicológicas que podem acompanhar o indivíduo pelo resto da vida, com cicatrizes que interferem em seu modo de vida e de agir, influenciando inclusive no rendimento escolar e em outros âmbitos da vida, como, por exemplo, no convívio com outras pessoas, chegando a causar até mesmo, em alguns casos, dependências de substâncias como cigarro, álcool ou drogas.

Resta evidenciado, portanto, que ocorre um ato ilícito na situação,

[...] traduzido no abandono da criança que é, juridicamente, filha que, certamente irá para as ruas, abrigos ou retornará à sua família biológica que não teve condições para criá-la. O dano à integridade psíquica também é de fácil configuração, na medida em que a devolução do menor pode intensificar o sentimento de rejeição e abandono já sofrido anteriormente na situação motivadora da adoção, o que pode ser perquirido por meio da perícia psicológica. O nexó é também possível ser configurado, ao interligar a decisão pelo abandono dos danos ao dano à integridade psíquica do filho.⁹

8 SILVA, Camila Edith da. Efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas. Data de publicação: 15/05/2013. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+da+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+++_ftnref16. Data de acesso: 16 dez. 2020.

9 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 282.

A este respeito, Valéria Silva Galdino Cardim¹⁰ pondera da seguinte forma:

Hoje, a responsabilidade civil em âmbito familiar também é possível, visto que, a família passou a ter uma acepção mais ampla, desencadeando a responsabilidade jurídica entre os seus entes, emergindo assim, a problemática do dano moral em caso de agressão à dignidade de algum dos membros.

E o reconhecimento da existência de dever de indenizar no âmbito familiar mostrou-se possível a partir da acepção mais ampla de família, bem como mediante uma análise que verifique a possível agressão à dignidade de algum dos membros familiares¹¹.

No mesmo sentido, Rolf Madaleno¹² ensina que

A pretensão judicial de perdas e danos de ordem moral visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar. A responsabilidade pela indenização deve ser dirigida a quem causou os danos ao filho, ao lhe frustrar o direito de ser visitado, podendo recair sobre um, ou sobre ambos os genitores, assim como o filho e o genitor que foram impedidos de se comunicar poderão ser as vítimas e postulantes ativos de uma ação de indenização.

Assim sendo, a doutrina admite a existência de ato ilícito na desistência da adoção após o trânsito em julgado, com possibilidade de configuração de danos extrapatrimoniais, o que demanda a fixação de indenização, nos termos do artigo 186 e 927 do Código Civil.

Evidentemente, o valor monetário não substituirá a perda do afeto e a sensação de desacolhimento gerada, entretanto, tem o intuito de respaldar ao menos o sustento básico das necessidades cotidianas daque-

10 CARDIM, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1674.

11 CARDIM, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1674.

12 MADALENO, Rolf. Repensando o direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 125.

le que seria adotado, bem como possível auxílio na superação de abalo psicológico gerado pela desistência da adoção.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL RELATIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Como dito, o reconhecimento do dever de indenizar decorrente de situações familiares é tanto quanto recente e, em razão disso, ainda é possível encontrar decisões conflitantes, seja quanto ao reconhecimento da ocorrência dos danos ao adotante (*an debeatur*), seja quanto aos valores fixados para a indenização (*quantum debeatur*), muitas vezes irrisórios.

À título comparativo, seguem reproduzidas duas decisões, uma delas lavrada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2019 e outra pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também em 2019:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AFORADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALIMENTOS RESARCITÓRIOS. DEVOLUÇÃO DE INFANTE ADOTANDO DURANTE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. INDENIZAÇÃO PLAUSÍVEL DESDE QUE CONSTATADA CULPA DOS ADOTANTES E DANO AO ADOTANDO. CIRCUNSTÂNCIAS PRESENTES NA HIPÓTESE. CRIANÇA COM 9 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. PAIS BIOLÓGICOS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR EM 2016. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AO AGRAVANTE EM OUTUBRO DO MESMO ANO. AGRAVANTE DECIDIDO A PROSSEGUIR COM A ADOÇÃO MESMO APÓS RECENTE DIVÓRCIO. INÍCIO DA APROXIMAÇÃO PROMISSOR. FORMAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO E INSERÇÃO NO SEIO FAMILIAR. MUDANÇA DE CENÁRIO APÓS INÍCIO DE NOVO RELACIONAMENTO. REJEIÇÃO PELA NOVA COMPANHEIRA. ALTERAÇÃO NA POSTURA DO AGRAVANTE. INFANTE QUE PASSOU A SER EXCLUÍDO E NEGLIGENCIADO E JÁ SEQUER RESIDIA COM O AGRAVANTE. IMPUTAÇÃO DA CULPA PELO INSUCESSO DA ADOÇÃO E PROBLEMAS PESSOAIS AO INFANTE. DEVOLUÇÃO DO MENINO À INS-

TITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO APÓS QUASE 1 ANO DE CONVIVÊNCIA. INFANTE ATUALMENTE COM 11 ANOS DE IDADE. FRUSTRAÇÃO E POSSÍVEL TRAUMA PSICOLÓGICO DECORRENTES DA REJEIÇÃO. DIMINUIÇÃO DAS CHANCES DE SER ADOTADO EM VIRTUDE DA IDADE ATUAL E ESTIGMA DE “CRIANÇA DEVOLVIDA”. ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS PROVISÓRIOS DEVIDOS PARA CUSTEAR TRATAMENTOS PSICOLÓGICOS E DEMAIS QUE SE FAÇAM NECESSÁRIOS. QUANTUM. INTERLOCUTÓRIO QUE ARBITROU OS ALIMENTOS NO VALOR DE 4 SALÁRIOS-MÍNIMOS. QUANTIA QUE, EMBORA COMPATÍVEL COM AS POSSIBILIDADES DO AGRAVANTE, REVELA-SE EXCESSIVA AOS POTENCIAIS GASTOS E NECESSIDADES DO INFANTE. REDUÇÃO, POR ORA, PARA 2 SALÁRIOS-MÍNIMOS, SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR ADEQUAÇÃO DO MONTANTE E/OU FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO A FIM DE REPARAR OS DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE VENHAM A SER COMPROVADOS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “A intenção de adoção exige cautela na aproximação das partes, e durante o estágio de convivência que precede a adoção para adaptação da criança/adolescente à família substituta, uma vez que filhos não são mercadoria, sejam eles biológicos ou não, cabendo aos seus guardiões o dever de assistir, criar e educar, proporcionando-lhes conforto material e moral, além de zelar pela sua segurança, dentre outras obrigações. A devolução injustificada do menor/adolescente durante o estágio de convivência acarreta danos psíquicos que devem ser reparados.” (TJ-SC - AI: 40255281420188240900 Joinville 4025528-14.2018.8.24.0900, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 29/01/2019, Terceira Câmara de Direito Civil).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABUSO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do (s) menor (es) ao (s) adotante (s) e deste (s) à(s) criança (s), quando esta adaptação não ocorre e há desistência da adoção durante este período, não há configuração de qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Assim, deve ser mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70079126850, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/04/2019).

(TJ-RS – AC: 70079126850 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 04/04/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/04/2019).

Ambas as decisões em análise se referem a desistências realizadas durante o período de estágio de convivência. Na primeira delas, de Santa Catarina, o julgador considerou que, em que pese que a devolução tenha se realizado nesse período de adaptação entre as partes, ainda assim haveria a configuração do dano indenizável, em razão de tal circunstância ter ocasionado frustração e traumas psicológicos, haja vista a situação de rejeição que se caracterizou no caso concreto.

Para além disso, foi levada em consideração também a questão de diminuição das chances de que a criança seja adotada, isso porque, em decorrência do tempo que passou com a família que supostamente a adotaria, deixou de ter contato com outras famílias que poderiam efetivamente ter adotado, situação esta que causa o que o julgador chama de “estigma de criança devolvida”.

Ainda neste julgado, em primeiro grau o juiz decidiu pela atribuição de danos morais no valor de quatro salários-mínimos, considerando que tal quantia seria hábil a reparar ao menos os tratamentos psicológicos pelos quais a criança teria que passar. Ocorre que, em análise pelo segundo grau de jurisdição, o desembargador julgador do caso entendeu que o valor correspondente a apenas dois salários-mínimos já satisfaria as necessidades advindas daquela situação, minorando o valor da indenização.

Por conseguinte, no outro caso exposto, de lavra do Tribunal do Rio Grande do Sul, o julgador de primeiro grau entendeu que, embora tenha havido a desistência da adoção da criança, em razão de ainda estar no estágio de convivência, não restaria configurado qualquer tipo de dano. A decisão foi mantida no segundo grau.

Em outro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2020¹³, foi atribuída uma indenização no valor de R\$ 150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais), parametrização totalmente discrepante em comparação com os valores fixados no caso acima exposto, de Santa Catarina, de dois salários-mínimos e mais ainda se comparada com o caso em que sequer reconheceu-se a ocorrência de danos indenizáveis.

13 (TJ-SP - AC: 10078329320188260048 SP 1007832-93.2018.8.26.0048, Relator: Marcia Dalla Déa Barone, Data de Julgamento: 05/03/2020, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2020).

Nesse sentido, é preciso consignar que diversos fatores podem ter influenciado na quantificação da extensão do dano, tais como a quantidade de tempo em que a criança esteve com a família adotiva, quais problemas pelos quais passou antes de ser devolvida, ou seja, dentro do caso concreto sempre existirão situações peculiares que devem ser consideradas pelos julgadores para a parametrização do dano, eis que cada caso carrega consigo as características específicas para que possa ser medida a extensão.

Interessante notar também que, para além da configuração do dano extrapatrimonial, conclusão quase que invariavelmente evidente nos casos de desistência da adoção, existe a possibilidade da ocorrência também de danos materiais, podendo ocorrer até mesmo a fixação de dever alimentar entre o desistente da adoção e a criança ou adolescente que havia sido adotada.

A jurisprudência abaixo colacionada pertence ao Tribunal de Minas Gerais, em que se decidiu da seguinte forma:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (TJ-MG - AC: 10702095686482002 Uberlândia, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 10/11/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2011).

A decisão ora analisada, datada no ano de 2011, para além da atribuição de danos extrapatrimoniais, designados na decisão como “danos morais”, pela devolução do adotando, o julgador entendeu ser cabível ainda também a atribuição de danos materiais.

Reconheceu-se que houve privação do adotando de conviver com sua irmã de sangue, a qual, por sua vez, não deve ter sido com ele

adotada, gerando uma separação entre ambos e o rompimento de um laço importante durante o período em que estiveram distanciados para que, ao final, a adoção não viesse a se concretizar de modo perpétuo.

Mas, para além disso, a desembargadora pontua no voto que “segundo relatos de psicólogos e assistentes sociais, o menino era rejeitado, agredido, humilhado, por seus pais além de ter sido abandonado física, material e moralmente, o que ensejou o ajuizamento da ação de destituição do poder familiar”¹⁴.

O sentimento de abandono e a frustração das expectativas criadas são inimagináveis, os danos psicológicos incalculáveis, podendo, inclusive, em decorrência de tal situação, adquirirem comportamentos prejudiciais, tais como consumo de ilícitos ou, ainda, pensamentos suicidas. Assim sendo, calcular a extensão de todo esse abalo e ainda assim ser ponderado, de modo a não proporcionar um enriquecimento sem causa, tona-se uma tarefa árdua para o julgador.

Ainda em análise a este julgado, a decisão atribuiu também os danos materiais, configurados como alimentos provisionais, fixados na quantia de quinze por cento do valor do salário-mínimo até a idade de dezoito anos, ou até os vinte e quatro anos, se estudante, ou, ainda, até ser adotado novamente.

Ante toda a fundamentação instaurada neste julgado, interessante se faz mencionar o art. 3º do ECA, o qual prescreve da seguinte forma:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Observa-se que aquilo que a legislação descreve como o que deve ser assegurado à criança e ao adolescente é justamente o que, segundo os

14 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (6. Região). Apelação Cível nº 5686482-90.2009.8.13.0702/MG. Apelante: Mirian de Paula Silva e outro (a). Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Desembargadora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Minas Gerais, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943719692/apelacao-civel-ac-10702095686482002-uberlandia/inteiro-teor-943719742>. Data de acesso: 16 dez. 2020.

relatórios dos psicólogos e assistentes sociais, deixou de ser prestado e, para além disso, em somatória a ausência de proteção, de oportunidades e de desenvolvimento, foi-lhe privada também a possibilidade de compreender o real sentido do afeto que deve haver dentro do âmbito familiar, dos laços de amor que devem ser criados nesse ambiente que deve primar pelo acolhimento e pelo respeito.

Em sentido totalmente oposto no que se refere à atribuição de danos materiais e, conseqüentemente, a fixação de pensão aquele que foi adotado e, posteriormente, devolvido, foi um caso julgado em 2014 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abaixo reproduzido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVOUÇÃO DE MENOR ADOTADO À MÃE BIOLÓGICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. REJEIÇÃO PELOS PAIS ADOTIVOS. GRAVE ABALO PSICOLÓGICO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DESCABIDO. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO A PARTIR DA ADOÇÃO PELA MÃE BIOLÓGICA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA, COM DETERMINAÇÃO. 1. Ação de indenização por danos morais movida por absolutamente incapaz (à época da distribuição do feito), em virtude de ter sido devolvido à mãe biológica pelos pais adotivos, com quem conviveu desde um ano de idade. Sentença de improcedência. Reforma parcial. 2. Danos morais configurados. Réus que se aproveitaram da aproximação entre o autor e sua mãe biológica, para se livrarem do menor, que estava apresentando problemas comportamentais durante a adolescência. 3. Rejeição pelos pais adotivos que provocou grave abalo psicológico ao adotado (apelante), conforme laudos psicológico e psicossociais. 4. Dano moral configurado. Indenização arbitrada em R\$ 20.000,00. Razoabilidade diante da capacidade econômica das partes. Valor que deverá ficar depositado em conta judicial até que o autor alcance a maioridade. 5. Pedido de pensão alimentícia descabido. Extinção do poder familiar, e, conseqüentemente, do vínculo de parentesco. Ausência do dever de sustento. 6. Apelação do autor parcialmente provida, com determinação. (TJ-SP - APL: 00066587220108260266 SP 0006658-72.2010.8.26.0266, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 08/04/2014, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/04/2014).

Interessante observar que, embora o julgador tenha atribuídos danos morais, este na quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ele não atribui a responsabilidade civil por danos materiais, deixando de fixar qualquer valor como pensão alimentícia devida pelo(s) desistente(s).

Sabe-se que a fixação dos valores que se entendem devidos, seja em âmbito moral, seja de caráter material, dependem fortemente da produção das provas durante a instrução, cabendo, inclusive, solicitação de prova técnica-pericial para verificar os abalos ocasionados a criança e ao adolescente ante a conduta realizada.

Por meio dos julgados aqui colacionados denota-se a ausência de critérios uniformes relativamente à parametrização dos referidos danos, entretanto, nota-se que cabe ao magistrado, por meio da análise do caso concreto, compreender as peculiaridades da situação apresentada, o alcance e natureza dos danos sofridos e a quantificação deles, de modo a promover o ressarcimento adequado à criança ou adolescente.

6 CONCLUSÃO

A doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança que vieram previstas com a Constituição Federal trazem a garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecido a prevalência da convivência na família natural, com a adoção como exceção.

No entanto, sabe-se que a realidade enfrentada pelo grande número de crianças e adolescentes que se encontram em abrigos ou famílias substitutas no Brasil, aguardando pela adoção, pressupõe a necessidade de esforços conjuntos do Estado e da sociedade possibilitando aumento no número de adoções.

A decisão pela adoção, contudo, deve ser muito bem pensada e acompanhada do necessário respaldo técnico-psicológico, uma vez que implica em total mudança de vida tanto para o adotante, quanto para o adotado, sendo que a ausência de preparo pode acarretar o arrependimento futuro, que gera como consequência a desistência da adoção.

Quanto à desistência, observou-se que ela pode ocorrer tanto na fase do estágio de convivência, em que o afastamento é mais simples, mas

gera consequências psicológicas importantes ao pretense adotado também, quanto após o trânsito em julgado da sentença, sendo nesse caso configurado um ato ilícito plenamente indenizável.

Vislumbrou-se, portanto, que há possibilidade de configuração de danos, tanto de natureza patrimonial, quanto extrapatrimonial, em relação à desistência da adoção, sendo que a análise jurisprudencial realizada indicou ainda divergência no entendimento dos Tribunais, sendo que as condições específicas do caso concreto, bem como as provas produzidas, até mesmo prova técnica-pericial, poderão ser importantes para conduzir o julgador tanto na identificação dos danos, quanto na sua consequente quantificação.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Data de acesso: 08 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 4025528-14.2018.82.40900/SC**. Agravante: J.S. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Santa Catarina, 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/669974380/agravo-de-instrumento-ai-40255281420188240900-joinville-4025528-1420188240900>. Data de acesso: 12 dez 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (4. Região). **Apelação Cível nº 0277897-86.2018.8.21.7000/RS**. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: A.S.A. e N.A.G. Relator: Desembargador: Rui Portanova. Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697303612/apelacao-civel-ac-70079126850-rs/inteiro-teor-697303629>. Data de acesso: 13 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (3. Região). **Apelação Cível nº 1007832-93.2018.8.26.0048/SP**. Apelante: Maurício Vieira Moura Gomes e outra. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Desembargador: Marcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 05 de abril de 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897425174/apelacao-civel-ac-10078329320188260048-sp-1007832-9320188260048/inteiro-teor-897425246>. Data de acesso: 16 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Região). **Apelação Cível nº 5686482-90.2009.8.13.0702/MG**. Apelante: Mirian de Paula Silva e outro (a). Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Desembargadora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Minas Gerais, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943719692/apelacao-civel-ac-10702095686482002-uberlandia/inteiro-teor-943719742>. Data de acesso: 16 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (3. Região). **Apelação Cível nº 0006658-72.2010.8.26.0266/SP**. Apelante: Alex Daniel do Nascimento (menor assistido). Apelados: Solange Simoni Dourado e Marcos Antônio Crispim dos Santos. Relator: Alexandre Lazzarini. São Paulo, 8 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacao-apl-66587220108260266-sp-0006658-7220108260266/inteiro-teor-120917557>. Data de acesso: 17 dez. 2020.

CARDIM, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 20ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SILVA, Camila Edith da. **Efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas**. Data de publicação: 15/05/2013. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+da+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++#_ftnref16. Data de acesso: 16 dez. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



CONTRATO DE COPARENTALIDADE: LIMITES CONSTITUCIONAIS E JURÍDICOS

Rita de Cássia Espolador Tarifa¹
Beatriz Vieira Muchon²

1 INTRODUÇÃO

Dentre os inúmeros avanços acarretados pela tecnociência, este estudo abordou sobre as biotecnologias e os reflexos ocasionados pela reprodução humana assistida, técnica que pode ser usada como ferramenta para concretização de projetos parentais.

De proêmio, elucidou-se sobre as possibilidades de constituição de relações familiares advindas das técnicas médicas de reprodução humana assistida, e quebra do restrito conceito de família que imperou anteriormente, por meio das quais a infertilidade pode ser superada e o direito de procriação concretizada.

Explanou-se, outrossim, a lacuna normativa existente no Código Civil brasileiro, que tratou apenas de forma tópica, por intermédio de presunções, sobre a reprodução humana assistida, ficando a cargo do Conselho Federal de Medicina, reger, através de normas administrativas e éticas, aplicáveis a classe médica, sobre as questões oriundas da reprodução humana assistida, o que torna tormentosa a resolução de conflitos desta matéria.

-
- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina - UEL. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.
 - 2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente PrudenteSP. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Aluna Regular do Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: bia_muchon@hotmail.com.

Em seguida, foram consideradas sobre as formas que a reprodução humana assistida reverberou no Direito de Família, principalmente, no que concerne ao projeto parental, livre exercício do planejamento familiar e direito de procriação, gerando novos arranjos familiares.

Verificou-se, neste compasso, que a reprodução humana assistida, que há muito ultrapassou o viés terapêutico de superação da infertilidade, e, hoje é amplamente mercantilizada, pode ser instrumento hábil para o planejamento familiar, a procriação e a formação de novos tipos de família, que atendem as necessidades individuais, ponderando-se a imprescindibilidade de tutela do Direito de Família.

Neste viés, evidenciou-se que, uma das formas de consubstanciar projetos parentais é por meio do contrato de coparentalidade, instrumento que pode regular questões atinentes ao desejo entre duas pessoas de ter um filho, sem que se estabeleça entre elas relação conjugal ou afetiva, de modo, que o objeto contratual trata da forma de visitação, guarda, sucessão e alimentos da prole.

Averiguou que, em uma análise superficial do instrumento contratual de coparentalidade, leva a enganosa conclusão de não há impedimentos legais e jurídicos para estabelecer referida avença, podendo-se lançar mão da normatividade existente sobre a visitação, guarda, alimentos e sucessão, não passando de uma forma de manifestação da autonomia privada existencial.

Porém, em análise vertical, concluiu-se que o contrato de coparentalidade, apesar de ser, de fato, uma maneira de concretizar um projeto parental e de exercer o planejamento familiar, encontra limite constitucional no melhor interesse da criança e do adolescente, na proteção integral do infante e da própria dignidade da pessoa humana, do filho oriundo desta relação, o qual merece a intervenção e tutela do Estado.

Noutro giro, verificou-se que, nesta situação, o exercício da autonomia priva deve ser limitado, bem como está eivado de invalidade, por versar sobre filiação e direito da personalidade do filho, direitos considerados indisponíveis.

Foi utilizado na pesquisa, o método dedutivo, por intermédio do qual foi possível partir de argumentos gerais, tais como a evolução da tecnologia e as implicações da reprodução humana assistida nas relações familiares, bem como as conclusões vinculadas à lógica das premissas previamente estabelecidas.

Por meio deste método, também foi possível identificar o estado atual da ciência em estudo, fixando-o para, em seguida, desenvolver as proposições de relevância do estudo e das reflexões sobre o contrato de parentalidade.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Os alégeros desenvolvimentos técnicos-científicos têm impactos multidisciplinares, dentre eles destaca-se na presente pesquisa aqueles incidentes sobre as relações familiares, por intermédio da reprodução humana assistida.

Dentre as inúmeras mudanças sociais acarretadas pelos avanços científicos, sobretudo no século XX, as múltiplas possibilidades e popularização de técnicas genéticas ensejaram no rompimento de uma lógica anterior, propiciada, especificamente, pela reprodução humana assistida, a qual acarreta franca intervenção do ser humano na natureza.

Neste viés, é possível afirmar que as biotecnologias alteraram conceitos como nascer, viver e morrer, de modo que, a forma e o momento de se gerar um filho não depende, exclusivamente, da vontade divina.

A reprodução humana assistida repercute em institutos centrais do Direito de Família, tais como maternidade, paternidade, os efeitos destes no âmbito sucessório, a proteção do embrião humano, questões estas que são amplamente discutidas.

Diante de tais considerações, ainda que de modo sucinto, é imprescindível trazer conceituações sobre as principais técnicas de reprodução humana assistida, bem como o cenário legislativo sobre a matéria.

Basicamente, a reprodução humana assistida consiste em um “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”³.

3 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Belo Horizonte. Del Rey, 2002, p. 186.

Dentre as técnicas de reprodução assistidas, cabe destacar, a inseminação artificial, a fecundação artificial *in vitro* (FIV) – encontro dos gametas masculino e feminino será realizado em laboratório, e em seguida, haverá a transferência do embrião diretamente no útero –; a transferência intratubária dos gametas (GIFT – *Gamete Intrafallopian Transfer*), em que os gametas são inseridos na trompa uterina; a ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*) – técnica por meio da qual o zigoto é divide-se dentro da tuba uterina; a PROST, que é a transferência em estágio de pró-núcleo⁴. Por fim, há o método ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*), em que há a injeção, por meio de agulha, do espermatozoide no óvulo⁵.

As técnicas acima esmiuçadas podem também ser classificadas como homóloga ou heteróloga, que se diferenciam pela origem do material genético. A primeira, o material genético masculino provém do pai (marido ou companheiro) e é implantado no útero materno. Quanto à segunda, o material genético é oriundo de terceiros diversos daqueles que desejam ter o filho.

A reprodução assistida ostenta substancial relevância, por proporcionar às pessoas que, por algum motivo, têm dificuldade para procriar, ou são inférteis, ou ainda, para casais homossexuais, a concretização do projeto parental, bem como o exercício de sua autonomia reprodutiva. Nota-se que, atualmente, por meio das multicitadas técnicas, desígnios que outrora eram impossíveis de serem alcançados, hoje são, e, ensinam novos arranjos familiares.

No entanto, no âmbito pátrio não há um regime jurídico legal específico para disciplinar os métodos de reprodução humana assistida, mas apenas resoluções normativas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, de natureza deontológica, que orienta a classe médica no tocante à utilização da técnica, sendo a primeira em 1992 (Resolução nº 1.358), que orientava os médicos no que tange a solução de problemas advindos da aplicação de técnica de reprodução assistida, posteriormente revogada pela Resolução nº 1.957/2010.

As contínuas transformações sociais e de concepções de família ensejou a Resolução do CFM nº 2.013/2013, por meio da qual permitiu-se, a partir de o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade

4 SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução humana assistida. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 191.

5 SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e bio-direito. 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2018, p. 139.

família pelo Supremo Tribunal Federal, que casais homossexuais ou pessoas solteiras, se utilizassem de técnicas de reprodução humana assistida.

Em 2015, por meio da edição da Resolução nº 2.021/2015, a qual segundo Sá e Naves⁶:

[...] teve por objetivo central alterar a limitação etária estabelecida pela Resolução anterior e que, nesta parte, foi julgada válida em decisão do TRF da 1ª Região que, baseando-se na Recomendação do Enunciado 41 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, decidiu que a limitação de idade afronta o livre planejamento familiar.

Posteriormente, a Resolução de 2015 foi revogada pela Resolução nº 2.168/2017, a qual, em suma, delimitou a idade máxima da gestante para realização da reprodução humana assistida; sigilo de identidade dos doadores de gametas e embriões; descarte, período de criopreservação e limites de doação de embriões; bem como sobre a reprodução humana assistida *post mortem*, e questões atinentes à doação temporária de útero.

Recentemente, em junho de 2021 foi publicada a Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal Medicina, estabelecendo nova normativa para a reprodução humana assistida. Dentre as principais alterações, em apertada síntese, ressalta-se a fixação de número de embriões a serem transferidos, de acordo com duas faixas etárias; houve a manutenção da possibilidade de realização de reprodução assistidas por heterossexuais, homoafetivos e transgêneros; possibilidade de doação de gametas entre parentes até o quarto grau; modificação de idade para doação de gametas femininos; limitação de quantidade de embriões gerados; previsão de necessidade de autorização judicial para descarte de embriões; transferência da responsabilidade pela escolha de gametas ou embriões do médico para o paciente; vedação expressa da possibilidade de intermediação pela clínica de reprodução assistida com relação para cessão temporária de útero; e, por fim, fora determinado que a cedente do útero já tenha um filho.⁷

6 SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e bio-direito. 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2018, p. 152.

7 MASCARENHAS, Igor de Lucena; DADALTO, Luciana. Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida. In: Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida. [S. l.], 1 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/insta->

Tais considerações sobre a reprodução humana assistida tiveram por finalidade precípua evidenciar as formas por meio das quais as biotecnologias podem viabilizar a efetivação das vontades humanas, no tocante a autonomia reprodutiva, a fim de se criar base para compreensão do planejamento familiar, meios de procriação advindos deste e seus reflexos no Direito de Família, os quais não podem ter suas lacunas supridas por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

3 FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS: MATERIALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

A derrocada do patriarcalismo, atrelada ao desenvolvimento científico e evolução da sociedade, rompeu a concepção de que a essência da família é apenas econômica e para fins reprodutivos, em que a mulher figurava como instrumento de procriação, ao passo que a figura masculina ostentava *status* superior de *pater familias*, detentor de poderes de decisão sobre a vida e morte dos entes familiares.

Muito mais do que a ruptura de tal conceito de família, as biotecnologias trouxeram consigo a quebra de dogmas antigos, garantindo o direito de procriação aos indivíduos, conforme elucida Jones Figueirêdo Alves:

O direito à procriação, assegurado pelos avanços tecnológicos, impacta antigos dogmas, como o da maternidade sempre certa (*mater sempre certa est*), quando mãe genética e geratriz só haveria uma; o da paternidade ficta, com a presunção de o pai ser certamente o marido da mãe (*pater is est*) e o das marcações temporais clássicas. Hoje, maternidades ou paternidades são protraídas no tempo pela criopreservação de material fecundante, assegurando direitos reprodutivos e a ciência médica, em laboratório, modula diferente a família a partir da filiação, desafiando a ciência jurídica perante as famílias ectogenéticas⁸.

bilidade-normativa-nova-resolucao-do-cfm-sobre-reproducao-humana-assistida-01072021. Acesso em: 5 set. 2021.

8 ALVES, Jones Figueirêdo. Reprodução assistida para as famílias ectogenéticas reclama legislação. Revista Consultor Jurídico, 20 jun. 2021. Disponível em: <https://>

Nota-se que, na atualidade, aumentaram as possibilidades de construção de parentesco, tendo em vista a ampliação das formas de procriação, bem como em virtude do reconhecimento constitucional da união estável e da família monoparental, alargando o conceito de família, falando-se, por exemplo, de homoparentalidade e pluriparentalidade.

Por oportuno, necessário conceituar famílias ectongenéticas, que segundo Rodrigo Cunha Pereira, trata-se de famílias formadas com filhos decorrentes das técnicas de reprodução assistida, com suporte biotecnológico, que possibilitou as inseminações artificiais com material genético dos próprios autores do projeto parental, ou de terceira pessoa, alheia ao projeto parental⁹.

Não se pode olvidar que, o direito de procriação está umbilicalmente relacionado com o direito de planejamento familiar, disposto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal¹⁰, que por meio da liberdade como forma de efetivação da dignidade da pessoa humana, garante aos indivíduos a livre decisão quanto a prole, bem como pela Lei nº 9.263/96.

Todavia, referido direito de planejamento familiar é limitado pela parentalidade responsável e pela própria dignidade da pessoa humana, uma vez que se os titulares de tal direito devem ter em linha de conta as necessidades dos filhos que estão por nascer ou nascidos, tendo por dever assegurar a assistências moral, intelectual, material, emocional, financeira e, até mesmo, amparar os filhos com relação à sua orientação sexual, conforme dispõe Valéria Silva Galdino Cardin¹¹, devendo ser observado o melhor interesse da criança e do adolescente, esculpido nos artigos 3º e 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além da previsão do artigo 1.566, do Código Civil.

Em outros dizeres, o surgimento e desenvolvimento das biotecnologias ocasionaram a criação de uma parentalidade com vistas a servir o livre exercício do direito de procriação e do planejamento familiar, atra-

www.conjur.com.br/2021-jun-20/processo-familiar-reproducao-assistida-familias-octogeneticas-legislacao. Acesso em: 28 ago. 2021. S.p.

- 9 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 328.
- 10 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.. Acesso em: 01 set. 2021.
- 11 CARDIN, Valéria Silva Galdino. Reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015, p. 22.

vés das técnicas de reprodução humana assistida, fato que não pode ser concebido fora do contexto solidarista e humanista do Direito de Família, como elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹².

A livre escolha dos indivíduos no tocante ao planejamento familiar, como concretização da autonomia privada existencial tem ganhado proporções inimagináveis, como demonstra Raphael Rego Borges Ribeiro:

Como manifestações do planejamento familiar, atualmente já vemos a reprodução assistida ser realizada após a morte do doador do material genético (reprodução assistida post mortem); ou com transferência de DNA mitocondrial para garantir um mínimo vínculo genético entre a mãe registral e a criança concebida por doação de óvulos. Com base nas pesquisas científicas atualmente em estágio avançado, podemos antecipar os próximos passos, que um dia eram considerados impensáveis, de concretização do projeto parental: o desenvolvimento de úteros artificiais e a criação artificial de material genético (sêmen ou óvulos) a partir da derivação *in vitro* de células-tronco.¹³

Entrementes, o Código Civil de 2002 abordou superficialmente, por meio de presunção legal (dentro da ambiência do casamento), o reconhecimento de filiação aos filhos havidos por tecnologias reprodutivas, tão somente no artigo 1.597, incisos III a V¹⁴, praticamente omitindo-se com a relação à reprodução humana assistida, ao deixar de versar sobre as

12 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/filia-347-343oreprodu-347-343o.pdf>. 2020, p. 8.

13 RIBEIRO, Rapahel Rego Borges. Planejamento familiar e reprodução assistida. CONPEDI LAW REVIEW. EVENTO VIRTUAL. Vol. 1, p. 149-150. Janeiro a Dezembro de 2020.

14 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

inúmeras discussões e possibilidades atinentes ao tema, como, por exemplo, sobre a sobre uso de óvulos criopreservados *post mortem*, como meio de consolidação de projeto parental.

4 CONTRATO DE COPARENTALIDADE

As implicações decorrentes da reprodução humana assistida e do direito ao planejamento familiar reverberam questões existenciais, as quais, por intermédio da autonomia privada, o do crescente surgimento de relações contratuais no Direito de Família, ensejaram o surgimento de um novo modelo familiar, a família monoparental.

Nada obstante, há que se registrar, desde já, que o nascimento de mais tipos familiares, se dá pelos fenômenos de desbiologização e despatrimonialização do direito civil contemporânea, em que a máxima é a existência da família como núcleo formador do ser humano, com o fito de proporcionar-lhe felicidade, arrimada no afeto e no amor.

Deste modo, não causa qualquer tipo de estranheza se ouvir dizer de família binuclear, homoafetiva, socioafetiva, monoparental, substituta, poliafetiva e coparental, além de tantas outras.

Por pertinência temática, debruçar-se-á pelos meandros da família coparental, derivada de técnica de reprodução humana assistida e da vontade de duas pessoas de ter um filho sem qualquer vinculação sexual ou amorosa, que visam dar concretude a um projeto parental, por meio de um pacto.

Noutras palavras, a tônica nesta situação existencial consiste no único interesse de ter um filho, sem que isto acarrete um vínculo afetivo entre os genitores deste. Tal concepção, baseada na parentalidade responsável, é diversa das hipóteses de família composta por pais separados, homoafetiva ou, ainda, por produção independente.

Cabe nota o conceito de coparentalidade de Márcia Duarte Coelho¹⁵, a qual elucida que, a coparentalidade é, em verdade, “é uma parceria que, embora nasça em bases essencialmente contratuais, possui um

15 Inclusive, imperioso destacar que, atualmente é possível encontrar “parceiros” para concretização de projeto parental por meio de sítio eletrônico (<https://www.coparents.com/>), que conta com 116.883 membros.

importante fundo afetivo – o desejo de gerar uma criança e participar conjuntamente (coparticipar) de sua criação e educação¹⁶, ou seja, há um planejamento para ter um filho, sem relação conjugal (casamento ou união estável) ou sexual, mas calcada, exclusivamente em uma família parental, havendo nítida distinção entre o afeto conjugal e o parental.

Nos dizeres de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Texeira:

Dentre as diversas relações de parentesco, a mais intensa, o liame mais próximo e estreito é aquele entre pais e filhos, traduzindo juridicamente as relações de filiação. A filiação, portanto, é o vínculo de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade.¹⁷

Imediatamente após a conceituação de coparentalidade e da própria parentalidade, é impossível que um sem-número de questionamentos não venham à tona, tais como as questões atinentes ao poder familiar, aos direitos de guarda e visitação, ao dever alimentar e, até mesmo, sobre questões patrimoniais.

Esclarece-se, desde já, que à primeira vista, não há qualquer ilegalidade em realizar tais contratos de parceria para geração de um filho e, mesmo sem disposição normativa específica sobre a matéria é perfeitamente aplicável a estas relações o regramento existente acerca a guarda (conforme artigo 1.583, do Código Civil), a atribuição do poder familiar a ambos os pais (com todos os direitos e deveres inerentes), o direito de visitação (que tem como titular primário o próprio filho), a fixação de alimentos com base no binômio possibilidade e necessidade (disposto pelo artigo 1.694, do Código Civil).

Regina Beatriz Tavares da Silva, posiciona-se completamente contrária aos contratos de coparentalidade, considerando tratar-se de instrumentalização de irresponsabilidade quanto a paternidade, bem como não proporcionar o correto exercício dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Neste sentido, assevera:

16 COELHO, Marcial Duarte. Coparentalidade: um novo modelo familiar que se aproxima. In: DELGADO, Mario Luiz; TARTUCE, Fernanda (Coord.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v. 19; jul-ago/2017. p. 35-48.

17 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos do Direito Civil: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 205.

Pode-se dizer que o que define um bom pai ou uma boa mãe é o bom exercício do que no Direito se chama de poder familiar: o conjunto de direitos que os genitores possuem sobre a pessoa e bens do filho até sua maioridade. Ao contrário dos demais direitos, o poder familiar não é destinado a satisfazer aos interesses pessoais dos que o possuem, ou seja, não é destinado a satisfazer ao interesse dos próprios pais, mas, isto sim, ao do filho. Dessa forma, bons pais são o que utilizam de seus direitos no melhor interesse, em benefício e na proteção de seus filhos.

O poder familiar a ser exercido pelos genitores na dita coparentalidade já se encontra corrompido na base. Isso porque a própria decisão de conceber o filho não foi feita levando em conta seus interesses e sua proteção, que consistem, antes de mais nada, no nascimento e criação no seio de uma família segura e estável.¹⁸

No entanto, não há como se sustentar, que na situação em comento, está se respeitando, ao fim e ao cabo, o melhor interesse da criança, haja vista a utilização do negócio jurídico, para satisfação de vontades duas pessoas desconhecidas em ser pais, submetendo-a a criança a duas famílias monoparentais simultâneas.

Como cediço, autonomia privada nas relações familiares, é compreendida de forma mais restrita, por versar sobre interesses existenciais, sendo delimitada, portanto, por normas cogentes que refletem o dever do Estado de proteger a família e, em *ultima ratio*, a dignidade da pessoa humana.

O artigo 227, da Constituição Federal estatui o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual é foi ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e “segundo esse princípio, os indivíduos adultos e o Estado devem sempre agir tendo como objetivo o melhor interesse dos menores de idade, tratando-os com absoluta prioridade.”¹⁹

Outro princípio que deve ser analisado em conjunto com o melhor interesse da criança e do adolescente é o princípio da proteção integral do infante, o qual, leva em consideração a fragilidade e vulnerabilidade inerentes ao infante, o qual deve ser priorizado pela ordem jurídica.

18 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. COPARENTALIDADE: EGOÍSMO DOS GENITORES, SOFRIMENTO DOS FILHOS. [S. l.]: Associação de Direito de Família e das Sucessões, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://adfas.org.br/2017/08/03/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em: 5 ago. 2021.

19 PAVÃO, Juliana Carvalho. Bebê-doador: Limites e possibilidades do negócio biojurídico. Londrina-PR: Thort, 2021, p. 109.

Do ponto de vista finalístico, ao se analisar o conteúdo do contrato de coparentalidade, verifica-se o objetivo primordial de afastamento de deveres patrimoniais e, até mesmo, extrapatrimoniais, em manifestação negociação de direitos e deveres indisponíveis.

Neste sentido, sustenta Danilo Porfirio de Castro Vieira:

Especificamente sobre o contrato de coparentalidade, não só há um problema de eficácia, pela natureza das relações jurídicas, mas, no afã de se distanciar da união estável e de seus efeitos patrimoniais (intervivos ou sucessórios) e extrapatrimoniais (como o dever de alimentos), a declaração é inválida, pois busca dispor daquilo que é simplesmente indisponível, intangível e personalíssimo: os direitos e deveres de filiação e o direito de personalidade do filho²⁰.

Assim, evidencia-se que, seja pela lógica da afronta que o contrato de coparentalidade apresente aos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, o qual limita a autonomia privada atinentes as questões existenciais, ou ainda, pela vertente defendida Danilo Vieira, o qual sustenta a invalidade da declaração de vontade externada no contrato de coparentalidade por versar sobre direitos indisponíveis (filiação e direito da personalidade do filho), não se torna aceitável/válido apenas por materializar projetos parentais, ainda, por simplesmente, ser uma forma de ampliação dos contemporâneos conceitos de família.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa analisou o contrato de coparentalidade, partindo das premissas do acelerado avanço técnico científico, na seara das biotecnologias, com ênfase na reprodução humana assistida, esmiuçando sobre as técnicas existentes para sua utilização, a qual, atual-

20 VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro. O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir)resistível: A (des)caracterização da união estável. [S. l.]: Migalhas, 7 jan. 2021, s.p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338576/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade--ir-resistivel--a--des-caracterizacao-da-uniao-estavel>. Acesso em: 5 ago. 2021.

mente, consiste em instrumento para concretização de projetos parentais, gerando franco impacto nas relações familiares e no Direito de Família.

A partir da análise das profundas repercussões propiciadas pela reprodução humana assistida, verificou-se que o declínio do sistema patriarcal e o surgimento da possibilidade de materialização de projetos parentais ectogenéticos, como forma de utilização da liberdade no exercício do livre planejamento familiar e do direito de procriação.

Expôs-se, ainda, sobre o vazio legislativo existente no Brasil acerca da regulamentação da reprodução humana assistida, que relegou ao corporativismo do Conselho Federal de Medicina, a tarefa de regular as questões éticas sobre a realização da técnica (eficácia limitada à ética médica), deixando de definir situações existenciais e patrimoniais que reverberam da RA, principalmente no âmbito do Direito de Família.

Posteriormente, se tratou, de forma mais específica, sobre o contrato de coparentalidade, que vem se difundindo dentre as relações familiares, como forma de instrumentalizar a vontade de pessoas de terem filhos, sem ter qualquer tipo de relação conjugal ou afetiva.

Por intermédio do contrato de coparentalidade, as partes interessadas, que inclusive podem ter se contactado por *websites* criados para esta finalidade, estabelecem cláusulas atinentes à guardar, alimentos, sucessão e visitação do filho, e definem a inexistências de qualquer relação afetiva entre os genitores.

Referido instrumento, segundo ponderado por alguns autores, em tese, estão amparadas pelo manto da validade e legalidade, justamente por pautarem-se em regras sobre já existentes Código Civil.

Ressaltou-se, todavia, que não é crível a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como das disposições constitucionais do livre planejamento familiar, para entabular contrato de coparentalidade, cuja finalidade precípua nada mais é do que regrar questões puramente patrimoniais, relegando a um segundo plano o melhor interesse da criança, que em momento algum escolheu tal situação.

Ademais, o entendimento construído nesta pesquisa não desconsidera a existência do “acolhimento” pelo Direito dos mais diversos tipos de família que surgiram das modificações sociais, as quais ruíram as concepções de que somente poderia ser considerada família aquela oriunda do relacionamento matrimonial entre heterossexuais.

Porém, juridicamente, a utilização desta ampliação do conceito de famílias e o amparo existente a elas pelo ordenamento jurídico pátrio, não deve ser utilizado para legitimar situações existenciais egoístas, e contrárias aos princípios do melhor interesse da criança e adolescente, da própria parentalidade responsável e, em última instância, da própria dignidade da pessoa humana, os quais, como pontuado ao longo deste estudo, limitam o direito ao livre planejamento familiar.

Neste arreo, seja sob o viés constitucional, em que se constatou a incompatibilidade do contrato de coparentalidade com princípios salutaros para garantia da dignidade humana do filho e seu melhor interesse, hipótese em que está fadado a constitucionalidade, seja pela análise realizada com relação a invalidade do multicitado contrato, tendo em vista vedação de se instrumentalizar direitos indisponíveis como afiliação e personalidade do filho, evidenciou-se a inaceitabilidade deste contrato, haja vista a necessidade de limitação da autonomia privada atinentes a questões existenciais do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Reprodução assistida para as famílias ectogenéticas reclama legislação. **Revista Consultor Jurídico**, 20 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/processo-familiar-reproducao-assistida-familias-octogeneticas-legislacao>. Acesso em: 28 ago. 2021. S.p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 01 set. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015, p. 22.

COELHO, Marcial Duarte. **Coparentalidade: um novo modelo familiar que se aproxima**. In: DELGADO, Mario Luiz; TARTUCE, Fernanda (Coord.). *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. v. 19; jul-ago/2017. p. 35-48.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida:** introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/filia-347-343oreprodu-347-343o.pdf>. 2020, p. 8.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; DADALTO, Luciana. **Instabilidade normativa:** nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida. In: Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida. [S. l.], 1 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/instabilidade-normativa-nova-resolucao-do-cfm-sobre-reproducao-humana-assistida-01072021>. Acesso em: 5 set. 2021.

PAVÃO, Juliana Carvalho. Bebê-doador: **Limites e possibilidades do negócio biojurídico**. Londrina-PR: Thort, 2021, p. 109.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões:** ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 328.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Belo Horizonte. Del Rey, 2002, p. 186.

RIBEIRO, Rapahel Rego Borges. **Planejamento familiar e reprodução assistida**. CONPEDI LAW REVIEW. EVENTO VIRTUAL. Vol. 1, p. 149-150. Janeiro a dezembro de 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2018, p. 139.

SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 191.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **COPARENTALIDADE: EGOÍSMO DOS GENITORES, SOFRIMENTO DOS FILHOS**. [S. l.]: Associação de Direito de Família e das Sucessões, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://adfas.org.br/2017/08/03/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em: 5 ago. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 205.

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro. **O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir)resistível**: A (des)caracterização da união estável. [S. l.]: Migalhas, 7 jan. 2021, s.p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338576/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade--ir-resistivel--a--des-caracterizacao-da-uniao-estavel>. Acesso em: 5 ago. 2021.

ANÁLISE ECONÔMICA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Alice Pagnoncelli Pituco¹

1 INTRODUÇÃO

Culturalmente, no Brasil, a morte é um assunto evitado por muitos, seja por medo de superstições, seja por egoísmo. Não é incomum no cotidiano da advocacia familiarista ouvir relatos de clientes no sentido de deixar para os herdeiros a responsabilidade pela tomada de decisões relativas ao seu patrimônio: “eles que se resolvam quando chegar a hora”.²

Entretanto, em 2020, com a pandemia de coronavírus, o número de testamentos lavrados cresceu 134% em comparação com os anos anteriores, conforme informações do Colégio Notarial do Brasil.³ A incerteza

- 1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com ênfase em Direito Privado (Civil e Empresarial). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora junto ao Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional, Família, Sucessões e Mediação de Conflitos, coordenado pela Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da Comissão de Direito Sucessório do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS). Advogada. E-mail para contato: alicepitucadv@gmail.com
- 2 MUCILO, Daniela de Carvalho. TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Covid-19 e planejamento sucessório**: não há mais momento para postergar. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. XAVIER, Luciana Predroso. MARZAGÃO, Silvia Felipe. Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020. p. 337
- 3 ANOREG/BR – Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Brasília, 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/10/19/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos/> Acesso em 06 jan. 2021.

sobre o fim da pandemia e os números de mortos cada vez mais alarmantes e cada vez mais alarmados no noticiário trouxe à tona preocupações que não poderiam mais ser negligenciadas no tocante à transferência de patrimônio para os herdeiros: a finitude da vida humana.

A ocorrência de um evento tão negativo quanto a iminência da morte causada por um vírus altamente letal provoca na população a imagem mental de que situações inesperadas poderiam ser mais bem geridas se planejadas com antecedência. A súbita procura por testamentos no auge da pandemia de coronavírus demonstra como ocorre o pensamento contrafactual, vez que o resultado incômodo de lidar com a morte inesperadamente poderia ser evitado, se comparado esse evento com outras alternativas, como é o caso do planejamento sucessório.⁴

Trata-se o planejamento sucessório de um conjunto de atos e negócios jurídicos efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação familiar ou sucessória, com o intuito de realizar a organização da sucessão de alguém. É realizado em vida, através da adoção de diversos instrumentos pelo autor da herança, mas terá aplicabilidade, em regra, apenas quando do seu falecimento.⁵

A temática do planejamento sucessório ainda se mostra bastante incipiente no Brasil. A doutrina brasileira especializada aponta que, embora exista um crescimento vertiginoso na busca por testamentos atualmente, ainda há pouco conhecimento da população brasileira (e até mesmo dos operadores do direito) a respeito dos diversos instrumentos que possibilitam o planejamento sucessório.⁶

A ausência de organização da sucessão em vida, entretanto, pode acarretar inúmeros problemas futuros, como conflitos entre herdeiros,

4 “O “arrependimento” é uma resposta ao que é conhecido como “pensamento contrafactual”: a ocorrência de um evento negativo provoca nas pessoas a imagem mental de que o resultado poderia ser evitado comparando este evento com outras alternativas (“contrafactuais”).” SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, nº3. Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

5 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Noções prévias de direito das sucessões, sociedade, funcionalização e planejamento sucessório.** In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35.

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019. p. 88.

ocasionando o alargamento do tempo de resolução de um inventário, além de gastos excessivos com tributos e taxas judiciárias. A Análise Econômica do Direito, nesse contexto, mostra-se um instrumento adequado para compreensão do Direito Sucessório, buscando-se analisar os custos envolvidos com a morte e como o planejamento sucessório pode oferecer maior eficiência ao fenômeno da sucessão.

A presente pesquisa propõe-se, portanto, a enfrentar o seguinte questionamento: como a Análise Econômica do Direito pode auxiliar na compreensão do comportamento humano ante às escolhas ou não-escolhas de planejamento sucessório? Como objetivo geral da pesquisa, busca-se analisar a metodologia da Análise Econômica do Direito aplicada ao Direito Sucessório, especialmente no que se refere às possibilidades de instrumentos planejamento sucessório.

Os objetivos específicos da pesquisa dividem-se em, inicialmente, analisar a aplicabilidade da Teoria dos Custos de Transação ao planejamento sucessório, tendo-se como objetos de pesquisa a doação e o testamento. Em um segundo momento, objetiva-se compreender como o planejamento sucessório pode auxiliar na prevenção de litígios entre herdeiros, a partir da aplicação das Teorias da Sinalização e da Assimetria Informativa, ante a possibilidade de participação dos herdeiros nas tomadas de decisão sobre o patrimônio futuramente deixado pelo autor da herança. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, utilizando-se, como instrumento metodológico, a revisão bibliográfica da doutrina atual sobre a temática, bem como dados de documentos oficiais e pesquisas nacionais.

2 ANÁLISE DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

A Análise Econômica do Direito caracteriza-se pela aplicação de preceitos e teorias econômicas ao Direito, a fim de compreender-se como as pessoas reagem às regras jurídicas, de modo a prever seu comportamento. Alguns dos maiores expoentes da Análise Econômica do Direi-

to são Ronald Coase⁷ e Richard Posner⁸, ambos ganhadores do Prêmio Nobel e que se dedicaram a estudar os conceitos de eficiência, equilíbrio e custos de transação, dentre tantas as suas contribuições para o estudo das intersecções entre Direito e Economia.⁹

Custos de transação podem ser compreendidos como aqueles incorridos por agentes econômicos relacionados à transferência, captura e proteção dos direitos de propriedade. Segundo Coase, não existe um mundo sem custos de transação, tendo em vista que as instituições legais apresentam impacto significativo no comportamento dos agentes econômicos.¹⁰

Engana-se quem pensa que a economia se preocupa apenas com dinheiro. Segundo Posner, a economia, como ciência social, trata do uso de recursos pecuniários e não pecuniários, diferenciando-se transações puramente pecuniárias das que afetam o uso de recursos. Os custos de transação estão relacionados, portanto, não somente a gastos financeiros, mas também à procura e aquisição de informações, à tomada de decisões e à oportunidade de tempo.¹¹

7 COASE, R. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III, Chicago: The University of Chicago. 1960.

8 POSNER, Richard **A Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company. 1973.

9 GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia**: reflexões sobre o duplo discurso no Direito de Família e a aplicação da Análise Econômica. 2015. 231 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali Pró-Reitoria, Itajaí, 2015. p. 126

10 “Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. O corre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da blackboard economics. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.” ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 17.

11 “Segundo Posner, uma das mais persistentes falácias sobre a economia é que ela versa sobre dinheiro. Ao contrário, diz o autor citado, ela trata do uso de recursos, sendo o dinheiro uma mera reivindicação sobre recursos. O economista distingue entre transações que afetam o uso de recursos - mude ou não o dinheiro de mãos -, e transações puramente pecuniárias - como cessão de pagamento. Para Posner, o trabalho doméstico é uma atividade econômica, mesmo que a dona de casa não receba nenhuma compensação pecuniária; ele envolve custos, principalmente o custo de oportunidade

Nesse sentido, o fenômeno sucessório pode acarretar inúmeros custos de transação, tanto relacionados a gastos com honorários advocatícios, tributos e taxas judiciárias, como também a custos emocionais e de oportunidade de tempo, diante do alargamento de processos de inventário em que há discussões entre herdeiros.¹² É nesse contexto que a adoção de instrumentos de planejamento sucessório pode auxiliar na maximização de recursos, através da redução de custos de transação.

A presente pesquisa busca, portanto, estudar a doação e o testamento como instrumentos de planejamento sucessório.¹³ Trata-se o primeiro de um contrato em que a pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.¹⁴ Segundo José Fernando Simão, a doação diz respeito a um contrato bilateral, uma vez que depende da vontade de duas pessoas: a do doador e a do donatário.¹⁵

Como diz respeito a um negócio jurídico entre vivos, a doação, em regra, operará a transferência imediata da propriedade dos bens para os donatários. No entanto, a fim de evitar que o doador transfira a propriedade de todos os bens, ficando sem condições mínimas de sustento, o legislador entende nula a doação universal, sem que o doador tenha renda suficiente para sua subsistência.¹⁶

do tempo da dona de casa” VAZ, Maria Isabel Vianna de Oliveira. **Análise econômica aplicada ao direito de família**. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000. p. 373.

- 12 ALMENDANHA, Cristina Malaski. GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise Econômica do Óbito no Direito Societário. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 34.1, jan/jun. 2014. p. 51 - 63
- 13 Esclarece-se que a opção pelos instrumentos se deve ao fato de serem os mais utilizados no contexto brasileiro, bem como possibilitarem uma discussão entre seus limites e possibilidades contrapostos. Esclarece-se não ser possível, no presente trabalho, a análise de outros instrumentos de planejamento sucessório, diante do espaço exíguo e necessidade de análise detalhada que cada um demandaria.
- 14 Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 06 jan. 2021.)
- 15 SIMÃO, José Fernando. **Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 342
- 16 Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. (BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janei-

A possibilidade de clausular-se o contrato de doação com usufruto apresenta-se, portanto, como uma alternativa a fim de viabilizar a manutenção do doador em vida. Desse modo, os doadores, enquanto vivos, permanecem no uso, gozo e administração dos bens, inclusive podendo perceber frutos e rendas que derivem da exploração do patrimônio. Aos donatários tocará a nua-propriedade dos bens e quotas sociais doados, que se consolidará plenamente apenas no momento morte.¹⁷

A aversão à adoção de instrumentos de planejamento sucessório por grande parte da população demonstra a interferência de vieses cognitivos na (ausência de) tomada de decisão.¹⁸ Entretanto, alguns instrumentos de planejamento sucessório são capazes de garantir certa manutenção do *status quo* aos mais supersticiosos, como é o caso da doação com cláusula de usufruto vista acima. A doação com cláusula de usufruto propicia que os herdeiros atuem melhor nos negócios, gozando de certo controle, bem como pratiquem e desenvolvam habilidades essenciais, sem que o proprietário seja alijado do negócio.¹⁹

O testamento, por outro lado, tendo em vista tratar-se de negócio jurídico unilateral com efeitos que se operam apenas com a morte, propicia uma ampla margem de liberdade ao testador. Por ser um direito potestati-

ro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 06 jan. 2021.).

- 17 FERREIRA, Cristiana Gomes Sanchez. PEREIRA, Carolina Fagundes Leitão. A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise à luz da law and economics. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. V. 3, n. 2. São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/20361> Acesso em 16 abr. 2021. p. 73
- 18 “Usually, but not invariably, people take the status quo as the baseline. The centrality of reference points and the notion that losses loom larger than gains hold true for risky and riskless choices alike (Thale 1980; Tversky and Kahneman 1991). (ZAMIR, Eyal. **Laws loss aversion**. In: ZAMIR, Eyal. TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 268
- 19 FERREIRA, Cristiana Gomes Sanchez. PEREIRA, Carolina Fagundes Leitão. A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise à luz da law and economics. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. V. 3, n. 2. São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/20361> Acesso em 16 abr. 2021. p. 73

vo, pode ser revogável a qualquer tempo, garantindo-se que seja respeitada a vontade do autor da herança até o momento do seu falecimento.²⁰

O testador não perde a posse nem a propriedade dos bens testados, pelo contrário, planeja a sua sucessão de acordo com a sua autonomia privada, mas não altera, em nada, a sua realidade momentânea.²¹ Pode ser um bom instrumento para aqueles que se sentem incomodados com mudanças e preferem manter o *status quo*, por atribuírem um maior valor ao direito de propriedade.²²

No entanto, a manutenção do *status quo* pela adoção do testamento como instrumento de planejamento sucessório encontra barreiras na ideia de maximização de recursos e economia fiscal. Embora para a confecção do testamento não haja a previsão de gastos com tributos ou taxas judiciárias, uma vez a vontade do testador operar-se no momento da morte, será necessário o ajuizamento de ação para registro de testamento, o que implica a impossibilidade de realizar-se inventário extrajudicial, pela inteligência do artigo 610 do Código de Processo Civil.²³

Ademais, o testamento implica que a transferência do patrimônio se opere com o falecimento, por meio de inventário, de modo que à sucessão testamentária incidirá o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, com alíquotas previstas, no Rio Grande do Sul, de até 6%. Além das despesas com tributos e taxas judiciárias, o testamento, uma vez que ato unilateral, pode também provocar confusões e conflitos entre os her-

20 SIMÃO, José Fernando. **Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 347

21 SIMÃO, José Fernando. **Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 347

22 “[...] os indivíduos atribuem um maior valor a um “direito de propriedade” que já tenham do que a um que ainda não tenham e o de “otimismo seletivo” ou “excesso de confiança” (*self-serving bias*), pelo qual as pessoas tendem a acreditar que resultados negativos tendem a ocorrer mais com os outros do que consigo mesmos.” SANTOLIM, Cesar. *Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos*. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 1, n.º3. Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf Acesso em 16 abr. 2021.

23 Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 06 jan. 2021.).

deiros, com a possibilidade, inclusive, se se manejar ação de redução de disposições testamentárias, o que acarretará o alargamento dos processos e implicará, portanto, em custos emocionais e psicológicos, a despeito de gastos com assessoria jurídica e taxas judiciárias.²⁴

A opção pelo testamento como instrumento de planejamento sucessório, como visto, implica em inúmeros custos de transação *ex post*, ou seja, com incidência após à morte. Embora permita ao testador a manutenção do *status quo*, tendo em vista que a propriedade dos bens permanece consigo até o seu falecimento, o instrumento não é capaz de oferecer a eficiência de recursos proposta pelo planejamento sucessório, em comparação a outros instrumentos, como a doação.

Diante de tantos custos de transação ocasionados pelo testamento, questiona-se por que ainda é utilizado como instrumento de planejamento sucessório? Tal fenômeno pode ser explicado tendo em vista que as atitudes e comportamentos das pessoas, em geral, são entrecortadas com vieses e heurísticas que escapam à racionalidade proposta pela economia neoclássica, como julgamentos morais e questões emocionais.²⁵

Por vezes atos prejudiciais são entendidos como piores do que omissões, que podem, a bem da verdade, vir a representar um prejuízo ainda maior.²⁶ É o caso da opção pelo testamento em detrimento da doação. No Estado do Rio Grande do Sul, enquanto, no testamento, a alíquota de ITCMD pode chegar até 6%, como adiantado, no caso da doação a alíquota que recairá será de 3 a 4% sobre o valor do patrimônio. Percebe-se, portanto, certo incentivo do Estado Gaúcho à escolha da doação como instrumento de planejamento sucessório.²⁷

24 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Noções prévias de direito das sucessões, sociedade, funcionalização e planejamento sucessório.** In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) *Arquitetura do planejamento sucessório.* Belo Horizonte: fórum, 2019. p. 35.

25 BARON, Jonathan. **Heuristics and Biases.** In: ZAMIR, Eyal. TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law.* New York: Oxford University Press, 2014.

26 “Outra contribuição importante trazida pela psicologia cognitiva, que repercute sobre a teoria dos contratos, é a cons-tatação de que há maior “arrependimento” por ações “feitas” (“pró-ativas”) do que da “inércia”. SANTOLIM, Cesar. *Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos.* **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** Ano 1, nº3. Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf Acesso em 16 abr. 2021. p. 416

27 CARVALHO, Cristiano. **Análise Econômica da Tributação In: Direito e Economia no Brasil.** Org. TIMM, Luciano. São Paulo: Atlas, 2012.

Dessa forma, a escolha racional que deveria ser feita, no olhar da economia neoclássica, seria no sentido de utilizar-se a doação como instrumento de planejamento sucessório, tendo em vista a evidente economia de tributos incentivada pelo Estado.²⁸ A doação, uma vez tratar-se de negócio jurídico bilateral, possibilita a convergência de vontades do titular do patrimônio e de seus herdeiros, evitando-se custos de transação *ex post*, em caso de litígio entre herdeiros, bem como com taxas judiciárias, honorários advocatícios, além de custos de oportunidade de tempo, emocionais e psicológicos.²⁹

3 A TEORIA DA SIMETRIA DE INFORMAÇÕES APLICÁVEL AO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Muitas vezes o patrimônio é recebido por herdeiros que não possuem qualificação e competência para administrá-lo, como pode ocorrer com a sucessão de uma empresa familiar, por exemplo. Outras vezes, embora seja da vontade do autor da herança a perpetuação do negócio no seio da família, não é de interesse dos herdeiros ingressar nas atividades empresariais do falecido.

A divergência de interesses entre autor da herança e herdeiros pode ser entendida como a desigualdade de acesso a uma mesma informação. Temática estudada por Stiglitz, a Economia da Informação procura analisar as falhas do sistema de preços, ocasionadas por problemas informacionais.³⁰

28 “Esse conceito de racionalidade é verdadeiro ponto de apoio do pensamento micro-econômico, que desenvolve suas teorias tendo como referência o fato de que os indivíduos agem racionalmente, o que permite que os modelos desenvolvidos sejam dotados de capacidade preditiva” SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 1, n.º3. Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf. Acesso em 16 abr. 2021. p. 409

29 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Noções prévias de direito das sucessões, sociedade, funcionalização e planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) *Arquitetura do planejamento sucessório*. belo horizonte: fórum, 2019. p. 35.

30 MELO, Elivânia Bezerra de. **Assimetrias de informação, nova economia institucional e custos de transação: uma análise das convergências entre Stiglitz e Williamson**. 2013. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013. p. 37.

Embora a Teoria da Assimetria Informacional preocupe-se em analisar o desequilíbrio do acesso de informações entre os agentes econômicos no mercado, tal entendimento pode ser estendido ao fenômeno sucessório. O planejamento sucessório, desse modo, funciona como uma espécie de redutor de custos de informação, uma vez que antecipa reações e revelações de dados que possivelmente seriam aventados apenas após o falecimento do autor da herança.³¹

Assim, a utilização de instrumentos de planejamento sucessório, como pode ser o caso da doação, possibilita o equilíbrio do acesso às informações tanto pelo doador do patrimônio quanto pelo donatário, tendo em vista que ambos devem participar do negócio bilateral. O planejamento sucessório possibilita, portanto, que se organize a sucessão do patrimônio de acordo com a competência e habilidade de cada herdeiro, a fim de garantir uma maior gerência dos bens e minimizar conflitos futuros.³²

A teoria da Sinalização, nesse sentido, procura garantir que todos os afetados pela sucessão tenham ciência e participação na tomada de decisões, evitando-se confusões que poderiam vir a surgir por assimetria de informações. Criada por Michael Spence, a Teoria da Sinalização entende que sinais emitidos pelos indivíduos podem ser ajustáveis e moldáveis de acordo com específicos investimentos.³³

Segundo o autor, uma dinâmica sinalizadora equilibrada é aquela na qual as “crenças desenvolvidas pelos partícipes relativamente aos sinais indicadores das características são confirmadas, e tal, decorrentemente, induz as partes a investir em tais espécies de sinais, como um verdadeiro

31 SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giacomo. A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Ijuí, Ano XXII, n° 40, 2013. p. 82 – 83.

32 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Noções prévias de direito das sucessões, sociedade, funcionalização e planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) *Arquitetura do planejamento sucessório*. belo horizonte: fórum, 2019. p. 37.

33 Nesse sentido: “para a teoria econômica, a análise da sinalização é de maior relevância, uma vez que sinais emitidos pelos indivíduos são ajustáveis e amoldáveis, alterando-se de acordo com específicos investimentos em custos de sinalização” FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giacomo. A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Ijuí, Ano XXII, n° 40, 2013. p. 76.

ciclo.³⁴ Transpondo-se o conceito para o planejamento sucessório, a adoção de instrumentos capazes de possibilitar o planejamento da sucessão representa a possibilidade de reduzir custos de transação atribuídos à sucessão *mortis causa*, como já anteriormente referido.

Quando a sucessão ocorre sem qualquer planejamento, algumas situações podem ficar sem resposta, como é o caso da sucessão de empresas familiares, por exemplo. Ademais, quando um planejamento sucessório não compreende a vontade de todos os interessados, do autor da herança e dos herdeiros, custos emocionais e psicológicos podem ser bastante expressivos.³⁵

Possível, portanto, a aplicação da teoria da Sinalização no caso do planejamento sucessório, tendo em vista que o momento de contratação dos instrumentos possibilitará a busca de consenso entre os herdeiros e o titular do patrimônio acerca da partilha dos bens ainda em vida. A manifestação de vontade dos herdeiros e o consenso da partilha entre todos torna-se indispensável para garantir-se a efetividade do planejamento.³⁶

Nesse sentido, Ferreira, Santolim e Balbinotto demonstram como a Teoria da Sinalização pode ser aplicada aos relacionamentos familiares, através da adoção do pacto antenupcial e contratos de convivência. O pacto antenupcial e o contrato de convivência, nesse sentido, apresentam-se como instrumentos jurídicos bilaterais que determinarão as regras do casamento e da união estável durante todo o relacionamento. Será necessário prever, ademais, regras para o momento do fim do relacionamento, seja operado com o divórcio ou dissolução da união estável, seja com a morte.³⁷

34 FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giácomo. A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*. Ijuí, Ano XXII, n° 40, 2013. p. 76

35 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. TREMARIN JÚNIOR, Valter. **Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 413

36 BUCAR, Daniel. TEIXEIRA, Daniele Chaves. As armadilhas do planejamento sucessório. *Revista Consultor Jurídico*, 17 jul 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/bucar-teixeira-armadilhas-planejamento-sucessorio> Acesso em 06 jan. 2021.

37 FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giácomo. A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*. Ijuí, Ano XXII, n° 40, 2013. p. 80

Em entendimento análogo, a Teoria da Sinalização pode ser da mesma forma aplicável ao planejamento sucessório, se entendido como a adoção de instrumentos capazes de proporcionar o consenso da gestão do patrimônio do autor da herança entre todos os herdeiros. A opção pela doação ou pelo testamento, nesse sentido, apresenta-se como possibilidade de evitar-se custos de transação *ex post*, com conflitos entre herdeiros e, até mesmo, a gestão do patrimônio por herdeiros que não possuem habilidade para tanto.³⁸

Voltando-se à análise do estudo para a doação, recorda-se que, como instrumento bilateral por natureza, possibilita que as vontades do doador e do donatário sejam atendidas. Assim, é possível que, em caso de uma empresa familiar, o titular do patrimônio faça a doação das quotas sociais para seus herdeiros, a fim de que estes possam experimentar a gerência das atividades empresariais enquanto ainda vivo o autor da herança. A possibilidade de se clausular a doação das quotas sociais com usufruto, ademais, garante que o autor da herança usufrua de suas quotas sociais e supervisione o trabalho despendido pelos herdeiros na gestão do patrimônio.³⁹

Por outro lado, o testamento, como instrumento unilateral, leva em consideração apenas a vontade do proprietário das quotas sociais. Contudo, nem sempre o autor da herança terá a capacidade de saber qual herdeiro terá mais habilidade para gerir o patrimônio, tampouco poderá ter certeza da vontade dos herdeiros de seguir na gestão da empresa familiar.⁴⁰

Uma pesquisa realizada pela PricewaterhouseCoopers (PwC) em 2016 constatou que, em geral, apenas 12% das empresas familiares chegam à terceira geração e somente 3% passam de quatro gerações.⁴¹ A 10ª Pesquisa Global sobre Empresas Familiares realizada pelo instituto em

38 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. TREMARIN JÚNIOR, Valter. **Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 414

39 SIMÃO, José Fernando. **Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 343

40 TEIXEIRA, DANIELE CHAVES. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 2 ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 127

41 PWC. **Pesquisa Global sobre Empresas Familiares 2016**. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl_pgef_17.pdf, acesso em 28 out; 2021.

2021, por sua vez, demonstrou que apenas 24% das empresas brasileiras entrevistadas se preocupam com o planejamento da sua sucessão.⁴²

Veja-se que a interrupção abrupta da administração da sociedade em razão do falecimento daquele que administrava o patrimônio pode ter um efeito bastante negativo e acarretar custos de transação também na relação empresária. A assunção do negócio por alguém despreparado e que não estava integrado à vida da empresa pode levar ao esfacelamento do patrimônio familiar.⁴³

Desse modo, a transmissão do patrimônio sem a efetiva participação dos herdeiros pode acarretar custos financeiros devastadores para o patrimônio. Entretanto, não são apenas os custos financeiros que compõe essa conta: a divergência de interesses entre herdeiros pode ocasionar conflitos que se estenderão por longos anos em processos judiciais arrastados, ocasionando custos psicológicos e emocionais, compreendidos, na interpretação de Posner, como custos de transação.⁴⁴

A possibilidade de se sinalizar as vontades previamente à sucessão do patrimônio, por parte de todos os afetados pela sucessão, autor da herança e herdeiros, garante que custos psicológicos e emocionais sejam minimizados, além dos já demonstrados custos financeiros. Ao buscar-se a convergência das vontades, a Teoria da Sinalização aplicada ao planejamento sucessório garante que todos os interesses sejam revelados antes de operar-se a sucessão do patrimônio, contribuindo, assim, para a minimização de custos de transação eventualmente causados pela assimetria informacional e garantindo a eficiência da sucessão.⁴⁵

42 PWC. **10º Pesquisa Global de Empresas Familiares 2021**. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/pcs/2021/pesquisa-global-de-empresas-familiares-2021.html> acesso em 28 out. 2021.

43 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. TREMARIN JÚNIOR, Valter. **Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 414

44 ALMENDANHA, Cristina Malaski. GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Análise Econômica do Óbito no Direito Societário*. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 34.1, jan/jun. 2014.

45 FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giácomo. *A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. **Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Ijuí, Ano XXII, nº 40, 2013. p. 76

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou, através do método dedutivo de análise de revisão bibliográfica, compreender como a Análise Econômica do Direito pode auxiliar na compreensão do comportamento humano ante às escolhas ou não-escolhas de planejamento sucessório. Para tanto, em um primeiro momento, objetivou-se analisar a aplicabilidade da Teoria dos Custos de Transação ao planejamento sucessório, tendo-se como objetos de pesquisa a doação e o testamento.

Inicialmente, foi possível perceber que a relutância de grande parte da população à adoção de instrumentos de planejamento sucessório que possibilitam maximização de recursos e minimização de custos fiscais diz respeito a vieses cognitivos que se afastam da racionalidade neoclássica. Esse fenômeno pode estar interligado ao fato de que, culturalmente, falar sobre a morte no Brasil pode trazer uma “má-sorte”. A falta de procura por instrumentos de planejamento sucessório demonstra a interferência de vieses cognitivos na (ausência de) tomada de decisão: melhor manter o *status quo* do que precisar se adaptar a situações alternativas.

A interferência do viés do *status quo* na tomada de decisão relacionada ao planejamento sucessório é ainda mais evidente quando comparados os institutos da doação e do testamento. Embora ambos tratem de instrumentos de planejamento sucessório, enquanto a doação provoca a transferência da propriedade do autor da herança ainda em vida, a transferência do patrimônio, no testamento, se operará somente na morte.

Dessa forma, o testamento apresenta-se como um instrumento capaz de manter o estado das coisas. Entretanto, embora permita ao testador a manutenção do *status quo*, o instrumento não é capaz de oferecer a eficiência de recursos proposta pelo planejamento sucessório, se em comparação com a doação. Ocorre que o testamento apresenta custos de transação elevados, desde alíquotas superiores de tributos, bem como também pode ocasionar custos de oportunidade de tempo, custos de tomada de decisão e custos emocionais, diante da possibilidade de discussão entre os herdeiros acerca da herança.

Por outro lado, a doação parece ser instrumento suficientemente capaz de oferecer eficiência e minimização de custos de transação. Uma

vez que se trata de negócio bilateral realizado em vida, oportuniza que doador e donatário participem da tomada de decisões de acordo com seus interesses, evitando-se desentendimentos futuros entre herdeiros. Além do incentivo fiscal pelo Estado, vez que possui alíquota inferior ao testamento (na realidade do Estado do Rio Grande do Sul), quando adotada cláusula de usufruto, mantém o autor da herança no uso, gozo e administração dos bens até o seu falecimento.

Em um segundo momento da pesquisa, buscou-se analisar a aplicação da Teoria da Sinalização e da Assimetria Informativa ao planejamento sucessório. Foi possível perceber que ambas as teorias contribuem para que os interesses de todos os afetados pela sucessão sejam revelados antes de operar-se a sucessão do patrimônio, contribuindo, assim, para a minimização de custos eventualmente causados pela assimetria informacional.

O grande desafio e, talvez, maior vantagem do planejamento sucessório, está em oferecer a oportunidade de se ouvir a vontade dos interessados, respeitando-se os interesses do autor da herança e dos herdeiros que receberão o patrimônio. O planejamento sucessório, desse modo, possibilita que se organize a sucessão do patrimônio de acordo com a competência e habilidade de cada herdeiro, a fim de garantir uma maior gerência dos bens e minimizar conflitos futuros.

Há de se atentar, ademais, para a necessidade de se buscar consenso entre os herdeiros e o titular do patrimônio acerca da partilha dos bens ainda em vida. Verifica-se, portanto, a importância da aplicação da Teoria da Sinalização no planejamento sucessório, tendo em vista que a manifestação de vontade dos herdeiros e o consenso da partilha entre todos torna-se indispensável para garantir-se a efetividade do planejamento.⁴⁶

Possível concluir, por fim, que a Análise Econômica do Direito pode auxiliar na compreensão do comportamento das pessoas ante às escolhas ou não-escolhas quanto às possibilidades de planejamento sucessório. Assim, a análise econômica do planejamento sucessório pode auxiliar na maximização de recursos, diante da análise de custos e benefícios dos instrumentos disponíveis, garantindo-se uma maior eficiência ao fenômeno sucessório.

46 BUCAR, Daniel. TEIXEIRA, Daniele Chaves. As armadilhas do planejamento sucessório. **Revista Consultor Jurídico**, 17 jul 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/bucar-teixeira-armadilhas-planejamento-sucessorio>. Acesso em 06 jan. 2021.

REFERÊNCIAS

ALMENDANHA, Cristina Malaski. GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise Econômica do Óbito no Direito Societário. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 34.1, jan/jun. 2014.

ANOREG/BR – **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**. Brasília, 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/10/19/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos/> Acesso em 06 jan. 2021.

BARON, Jonathan. **Heuristics and Biases**. In: ZAMIR, Eyal. TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 06 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 06 jan. 2021.

BUCAR, Daniel. TEIXEIRA, Daniele Chaves. As armadilhas do planejamento sucessório. **Revista Consultor Jurídico**, 17 jul 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/bucar-teixeira-armadilhas-planejamento-sucessorio> Acesso em 06 jan. 2021.

COASE, R. H. **The problem of social cost**. *The Journal of Law and Economics*. Vol. III, Chicago: The University of Chicago. 1960.

FERREIRA, Cristiana Gomes Sanchez. PEREIRA, Carolina Fagundes Leitão. A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise à luz da law and economics. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. V. 3, n. 2. São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/rden/article/view/20361> Acesso em 16 abr. 2021.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. SANTOLIM, César Viterbo Matos. BALBINOTTO, Giácomo. A escolha do consorte e do regime de bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Ijuí, Ano XXII, n° 40, 2013.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. TREMARIN JÚNIOR, Valter. **Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia**: reflexões sobre o duplo discurso no Direito de Família e a aplicação da Análise Econômica. 2015. 231 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali Pró-Reitoria, Itajaí, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Planejamento sucessório**: conceito, mecanismos e limitações. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.

MELO, Elivânia Bezerra de. **Assimetrias de informação, nova economia institucional e custos de transação**: uma análise das convergências entre Stiglitz e Williamson. 2013. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

MUCILO, Daniela de Carvalho. TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Covid-19 e planejamento sucessório**: não há mais momento para postergar. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. XAVIER, Luciana Predroso. MARZAGÃO, Silvia Felipe. Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company. 1973.

PWC. **Pesquisa Global sobre Empresas Familiares 2016**. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl-pgef_17.pdf, acesso em 28 out; 2021.

PWC. **10º Pesquisa Global de Empresas Familiares 2021**. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/pcs/2021/pesquisa-global-de-empresas-familiares-2021.html> acesso em 28 out. 2021.

SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 1, nº3. Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf Acesso em 16 abr. 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Noções prévias de direito das sucessões, sociedade, funcionalização e planejamento sucessório**. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, DANIELE CHAVES. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 2 ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VAZ, Maria Isabel Vianna de Oliveira. **Análise econômica aplicada ao direito de família**. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000.

ZAMIR, Eyal. **Laws loss aversion**. In: ZAMIR, Eyal. TEICHMAN, Doron. The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE EFEITOS PATRIMONIAIS RETROATIVOS EM CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

Franciny Ellen da Silveira

1 INTRODUÇÃO

A partir do estudo da constituição das sociedades conjugais intituladas casamento e união estável como instituição solene e não solene, respectivamente, e, considerando a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência, bem como a omissão da lei, a respeito da possibilidade de atribuição de efeitos patrimoniais retroativos em contrato de união estável, surge a necessidade de questionar se a intervenção estatal nesta seara atende ao princípio da autonomia privada e está em consonância com a essência do instituto.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça já tenha proferido inúmeros Acórdãos reconhecendo a necessidade de partilha de bens no momento da alteração quando os cônjuges migram de regime mais abrangente para menos abrangente e esteja estendendo tal entendimento aos conviventes ao passo que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado ao casamento e à união estável, é possível perceber que a questão não é pacífica na doutrina e nas decisões judiciais.

A relevância da pesquisa se dá pela necessidade de pacificação do tema, bem como pela observação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais, especialmente no âmbito familiar, considerando que a alteração de regime de bens na união estável se dá por contrato de convivência e não por autorização judicial, como no casamento. Observa-se do artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil e do artigo

21, do Código Civil, a inviolabilidade da vida privada, tratando-se, portanto, de tema de interesse de todo e qualquer sujeito titular de direitos.

A atual pesquisa busca, por fim, entender os limites da intervenção estatal nas relações familiares, uma vez observado o princípio da autonomia privada, especialmente ao verificar se em uma situação de alteração de regime de bens para modalidade menos abrangente em união estável é possível serem atribuídos efeitos retroativos (*ex tunc*) como forma de validação da autonomia das partes ou deve-se considerar a alteração apenas após a partilha de bens (*ex nunc*) como forma de proteção aos envolvidos.

2 UNIÃO ESTÁVEL

Mostra-se essencial ao desenvolvimento deste estudo que em um primeiro momento seja explorado o instituto da união estável, analisando sua essência, previsão legal e requisitos.

A União Estável passou a ser reconhecida como entidade familiar apenas com a Constituição de 1988. Antigamente conhecidas como concubinato, as uniões convivenciais necessitavam de forte intervenção judicial para reconhecimento de direitos¹.

Nesse sentido, tendo ciência de que a união estável foi regulamentada somente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe trazer a previsão constitucional do instituto, presente no artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”².

Nota-se que o dispositivo pode levar a crer que existe uma predileção ao casamento, uma vez que deixa clara a facilitação para aqueles que queiram converter a união em matrimônio, no entanto Maria Berenice Dias explica que a intenção do legislador foi, em verdade, garantir

1 ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 126.

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 7 set. 2020.

segurança jurídica às relações sociais, porquanto inexistente requisito formal para a configuração da união estável³.

Superada, então, a previsão constitucional, momento em que houve o primeiro reconhecimento em lei da união estável, é no Código Civil Brasileiro que se encontram os requisitos necessários a sua configuração.

O instituto está assim previsto no Código Civil: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”⁴.

Ora, extrai-se do dispositivo acima transcrito que, em suma, os requisitos expressos caracterizadores da união estável são publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família, passando-se então a explorar cada um deles, excluindo-se a já superada necessidade de dualidade de sexos.

A publicidade na união estável vem da necessária existência de notoriedade pelo meio social em que os companheiros estejam incluídos, isso com a intenção de impedir que sejam consideradas entidades familiares os encontros velados, às escondidas, permeados pela clandestinidade, uma vez que o segredo da vida em comum é incompatível com a constituição de uma verdadeira família⁵.

Já a continuidade diz respeito à ausência de interrupções que tirem do relacionamento a característica de permanência, uma vez que “O vai e vem de encontros e desencontros denota instabilidade da união [...]”⁶. Rolf Madaleno ensina, ainda, que breves rompimentos e eventuais separações não descaracterizam a união estável, portanto, sendo breves e seguidos da

3 IAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 578.

4 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

5 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 133.

6 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 136.

reconciliação, esses percalços não afetam a configuração da união convivencial, salvo se for, de fato, uma ruptura que marque o final da relação⁷.

Quanto à durabilidade, tem-se que não existe tempo mínimo a configurar tal requisito e são as circunstâncias do caso concreto que devem apresentar certa durabilidade do relacionamento, sendo conferida, então, ao intérprete, a missão de averiguar se o relacionamento dura por tempo suficiente a ponto de caracterizar a estabilidade familiar⁸.

E, por fim, adentra-se ao último requisito, o objetivo de constituição de família, também chamado de *animus familiae*, que se apresenta como elemento subjetivo e diz respeito à intenção de um casal de levar a vida como se casados fossem. Trata-se, portanto, do tratamento recíproco como marido e esposa, compondo o mesmo núcleo familiar e com os mesmos objetivos a serem conquistados conjuntamente⁹. Segundo Rolf Madaleno, quando o julgador tem de analisar uma demanda declaratória de união estável, verificar a existência do elemento volitivo de intenção de constituição de família é a sua maior tarefa¹⁰.

Analisada a previsão constitucional e o que aduz o Código Civil, esmiuçando cada requisito caracterizador da união estável, não se pode deixar de perceber que a lei não exige qualquer requisito formal para a constituição da União Estável, sendo dispensada a celebração de negócio jurídico de maneira expressa.

A respeito dessa informalidade que permeia a união estável, mostra-se conveniente a seguinte comparação ao instituto do casamento:

A informalidade é um fator norteador da família convivencial. Enquanto no casamento temos a presença de um procedimento rígido e formalista, na união estável, por outro lado, ela simples-

7 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1206.

8 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 135.

9 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 137.

10 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1209.

mente “acontece”. Muitas vezes sequer existe a pergunta “quer morar comigo?”, afinal, a pessoa já está morando “contigo”¹¹.

Conclui-se, serenamente, que, de maneira diferente do que acontece no casamento, uma união solene, a união estável configura-se como uma união informal, independente da declaração expressa da vontade dos envolvidos.

Rolf Madaleno, ao discorrer sobre o conceito de união estável, deixa clara sua opinião de que fica reservada a ausência de intervenção estatal à mútua convivência. E prossegue: “A chamada união livre vem paulatinamente perdendo essa sua liberdade de outrora, diante da sua crescente regulamentação, estando cada vez mais os conviventes atrelados às disposições de lei[...]”¹².

É como diz Maria Berenice Dias: “Tudo o que está disposto sobre as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma união livre para se tornar em união amarrada às regras impostas pelo Estado.”¹³.

A mesma autora opina:

Alguns dos elementos que identificam e definem a união estável perdem muito de seu significado em face da decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que desequipara casamento e união estável no âmbito do Direito Sucessório, por afronta ao princípio da igualdade, apaga a diferença entre os dois institutos para todos os efeitos e em todos os seus aspectos¹⁴.

Entende-se, por todo o exposto, que a união estável é uma entidade familiar reconhecida desde 1988 e que sua constituição se dá pela caracterização de certos requisitos. Por fim, tratando-se de uma união livre, con-

11 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 128.

12 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1212.

13 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 582.

14 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 586.

clui-se que certas imposições estatais à união estável, em verdade, são como retirar sua essência, que mora justamente na informalidade e na liberdade.

Observados, então, os principais pontos concernentes à união estável, torna-se possível a explanação dos regimes de bens, evidenciando suas particularidades em relação à relação convivencial.

3 REGIME DE BENS

Neste momento do estudo, mostra-se conveniente a explanação do conceito de regime de bens, bem como quais são, em essência, os regimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque imperioso é que o assunto de alteração de regime de bens seja precedido de uma breve explanação dos conceitos e consequências patrimoniais na esfera familiar de cada regime de bens existente em nossa legislação.

Os regimes de bens, juridicamente, configuram-se como normas reguladoras do patrimônio do casal, de modo a reger a propriedade e administração dos bens existentes antes do relacionamento, bem como os adquiridos durante a união pelos cônjuges ou companheiros¹⁵.

Maria Berenice Dias leciona: “A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das núpcias, fiquem definidas as questões atinentes a bens e responsabilidades de cada consorte.”¹⁶.

Uma vez compreendido que a razão de existir dos regimes de bens é a necessidade de regulamentação patrimonial relativa às relações afetivas, não é demais destacar que a regra geral que permeia os regimes de bens é a liberdade de escolha prevista no artigo 1.639 do Código Ci-

15 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 240.

16 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 661.

vil¹⁷: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”¹⁸

Podem os nubentes, então, optar por qualquer regime regulado pela codificação civil: comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação de bens e participação final nos aquestos, atentando-se que, de maneira excepcional, determinadas pessoas, ao casarem-se, não poderão escolher o regime¹⁹.

A exceção supramencionada diz respeito a determinadas situações em que a lei impõe o regime de separação de bens, assunto que será pormenorizado adiante, ao observarem-se as regras gerais de cada regime de bens.

Por ora é necessário entender que não há casamento sem regime de bens. Se os nubentes não exercem sua liberdade de escolha, o Estado escolhe o regime da comunhão parcial de bens e, inclusive, o mesmo raciocínio é aplicado à união estável. Isto é, se os conviventes não deliberarem por contrato escrito, vigora o regime da comunhão parcial²⁰.

Maria Berenice Dias é assertiva ao destacar que a mesma lógica é aplicada às uniões estáveis. Isso porque o artigo 1.725 do Código Civil ensina: Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens²¹.

Observa-se, então, que a ressalva prevista pelo legislador no dispositivo transcrito acima também confere a liberdade de escolha no âmbito da união estável, tal como é com o casamento.

17 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 240.

18 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

19 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 240.

20 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 662.

21 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

Visto isso, passa-se a adentrar de maneira sucinta em cada um dos regimes de bens previstos em nossa codificação civil, ordenando o estudo a partir do regime mais abrangente ao menos abrangente.

3.1 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

O regime da comunhão universal de bens está previsto nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil. Segundo o artigo 1.667: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”²².

De acordo com as regras do regime de bens mais abrangente entre os previstos em nossa legislação, “os patrimônios dos cônjuges se fundem num só, passando o casal a figurar como condôminos do patrimônio.”²³.

Se os noivos desejam tornar o casamento uma união de bens, além de união de vidas, escolhendo o regime da comunhão universal, é necessário que isto seja formalizado por pacto antenupcial e, a partir do casamento, cada um passa a ser titular de metade do patrimônio que o outro já tinha²⁴.

Em resumo, o casal passa a ser titular de uma só massa patrimonial, a dos bens, direitos e obrigações comuns, salvo raras exceções que não se mostram relevantes ao entendimento do que aqui se almeja construir.

E já que o presente estudo tem foco no instituto da união estável, muito embora não se tenha previsão legal neste sentido, Rolf Madaleno menciona:

Há quem argumente ser inviável contratar o regime da comunhão universal de bens na união estável, aduzindo José Francisco Cahali ser inadequado o contrato de união estável sobre regime de bens para dar retroatividade aos bens particulares preexistentes ao início da relação, [...]

22 **BRASIL.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

23 ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 266.

24 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 689.

Contudo o tema não está pacificado, porquanto vozes doutrinárias e jurisprudenciais inclinam-se pela possibilidade de o regime da comunhão universal poder ser adotado na união estável, **nos termos do artigo 1.725 do Código Civil** que excepciona a possibilidade de que os companheiros realizem contrato escrito para estabelecer suas relações patrimoniais, sem impor nenhuma forma, tampouco qualquer restrição ao regime de bens a ser adotado²⁵.

Conclui-se, portanto, que de acordo com este regime são partilhados todos os bens, direitos e obrigações concernentes ao período anterior e posterior ao casamento ou união estável, importando não somente em uma comunhão de vida, mas também patrimonial. Ainda, percebe-se que não é pacífico o entendimento de que é possível optar pelo regime da comunhão universal de bens em uma união estável, uma vez que alguns doutrinadores pensam ser um regime inadequado quando se fala em união convivencial.

Quanto à comunhão universal de bens, é o que basta, passando-se a minudenciar o regime da comunhão parcial de bens.

3.2 COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O regime da comunhão parcial de bens encontra previsão legal nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil, estando sua essência prevista no primeiro deles: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.”²⁶.

Em suma, neste regime de bens “É preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, presumindo a lei, ter sido adquirido pelo esforço comum do par.”²⁷.

25 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 859-860.

26 **BRASIL**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

27 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 685.

Ainda, em regra geral, os bens e valores que cada cônjuge ou companheiro tinha antes da relação e tudo o que receberam por sucessão ou doação não serão comunicados com o outro²⁸.

Quanto à união estável, como já mencionado anteriormente, destaca-se que no silêncio das partes no que tange ao regime de bens, o Código Civil aduz em seu artigo 1.725 que se aplicam as regras pertinentes ao regime da comunhão parcial de bens²⁹.

Portanto, tanto no casamento, quanto e, especialmente, na união estável, se as partes não pactuarem o que lhes aprouver a respeito do patrimônio, serão aplicadas as regras da comunhão parcial de bens.

Desnecessário mostra-se ao presente estudo que se adentre ao detalhamento de cada uma das exceções previstas nos demais dispositivos acerca do regime de comunhão parcial de bens, bastando que a essência de sua existência seja compreendida: comunica-se o que for adquirido a título oneroso na constância do casamento.

Visto isso, adentra-se ao regime da participação final nos aquestos.

3.3 PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

A previsão legal do regime de participação final nos aquestos é encontrada entre os artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil, sendo importante ao andamento do estudo que o seja compreendido em linhas gerais:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento³⁰.

28 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 248.

29 **BRASIL**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

30 **BRASIL**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

Atentando-se ao que diz a lei, constata-se que, neste regime, cada cônjuge ou companheiro tem patrimônio próprio e é unicamente responsável por sua administração, inclusive podendo dispor da maneira que melhor atender ao seu interesse, e, ao término do relacionamento, os bens tornam-se comuns e são partilhados meio a meio.

Logo, no regime da participação final dos aquestos o casal vive uma espécie de separação convencional enquanto perdura e união e, ao final, a partilha segue regras semelhantes ao regime de comunhão parcial de bens.

Para melhor compreensão inclusive do funcionamento do regime aqui disposto, passa-se ao que ensina a nossa legislação e doutrina a respeito da separação convencional de bens.

3.4 SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

A codificação civil assim dispõe acerca da separação convencional de bens, em seu artigo 1.687: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”³¹.

Isto é, quando os envolvidos fazem a opção pelo regime de separação de bens, por meio de pacto antenupcial, trata-se do denominado regime da separação convencional de bens, também conhecido como separação total ou absoluta³².

É como disciplina Maria Berenice Dias: “Cada um conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus próprios bens [...]. Assim, não há partilha. Eventual vínculo societário entre os cônjuges transborda a seara familiar e deve ser discutida no juízo cível.”³³.

De maneira resumida, o regime de separação convencional presume que cada cônjuge ou companheiro terá massa patrimonial particular, incomunicável ao fim do relacionamento.

31 **BRASIL**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

32 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 271.

33 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 695.

Compreendida, então, a essência de cada um dos regimes de bens passíveis de escolha, segue, por fim, a explanação do regime da separação legal de bens.

3.5 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O regime da separação obrigatória de bens encontra disposição legal no artigo 1.641 do Código Civil:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar-se, de suprimento judicial³⁴.

Observa-se que, enquanto no regime de separação convencional os interessados optam por ter patrimônio independente, nosso ordenamento não oferece a liberdade de escolha a todas as pessoas. Isso porque, em determinadas situações, a lei impõe o regime de separação no casamento nos casos previstos taxativamente no artigo 1.641 do Código Civil³⁵.

É necessário destacar que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal atenua os efeitos da imposição legal, considerando que os cônjuges não tiveram outra escolha e tendo como intuito evitar enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. Deste modo, muito embora o legislador tenha tido a intenção de criar duas massas patrimoniais distintas, sem aquestos ou meação, a referida Súmula prevê a comunicação do patrimônio adquirido durante a união³⁶.

34 **BRASIL.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

35 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 274.

36 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 277.

Ainda, tendo em mente que a presente construção acadêmica versa essencialmente sobre a união estável, cumpre mencionar o que aduz Rolf Madaleno:

Toda essa restrição imposta pelo artigo 1.641 do Código Civil à autonomia privada no ato de casar não tem nenhuma ingerência com relação à união estável, cujo instituto não foi afetado por este capricho da lei, bastando qualquer um dos nubentes potencialmente atingidos pela disposição legal punitiva do artigo 1.523 do Código Civil imigrar para a relação de companheirismo e assim ficam blindados da *interdição* legal³⁷.

Observa-se que em relação à união estável, segundo o autor, não há imposição de regime de bens, sendo a união convivencial blindada do regime da separação obrigatória. No entanto, sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes em sentido diverso, a exemplo:

[...] Por força do art. 258, único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável ela regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta³⁸.

37 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 797.

38 DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 646259 RS 2004/0032153-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2010)

Esclarece-se que, atualmente, a imposição legal constante no artigo 1.641, II do Código Civil mudou para relacionamentos de pessoas com mais de 70 anos, conforme dispositivo citado oportunamente³⁹.

Conclui-se, portanto, a observação de cada regime de bens previsto no ordenamento jurídico, ressaltando-se que na união estável é possível escolher entre os regimes de comunhão parcial de bens, de separação convencional e, ainda que não seja pacífico, da comunhão universal, frisando que, uma vez silentes as partes, aplica-se as regras pertinentes ao regime da comunhão parcial de bens ou, a depender do caso concreto, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, separação obrigatória de bens.

Deste modo, oportuno mencionar que, além da característica de liberdade de escolha, há, ainda, o aspecto da mutabilidade dos regimes de bens, cujas particularidades e efeitos, especialmente no que tange à união estável, passam a compor o terceiro e último tópico deste artigo.

4 ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS E POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS RETROATIVOS POR CONTRATO CONVIVENCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Uma vez estudadas todas as abrangências dos regimes de bens, cabe, neste último momento, observar uma peculiaridade do instituto: a possibilidade de sua alteração. E, para se falar em modificação de regime de bens na união estável, há que se explorar, antes de tudo, o seu funcionamento na esfera do casamento.

A possibilidade de alteração de regime de bens no casamento está prevista no artigo 1.639, § 2º do Código Civil Brasileiro: “§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em

39 **BRASIL.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”⁴⁰.

Trata-se de uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002 e, sendo a lei omissa em relação à união estável, também é possível que nessa esfera se proceda com a modificação em respeito à autonomia dos interessados⁴¹.

O Código de Processo Civil de 2015 também prevê, no artigo 734 que: “A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.”⁴².

Percebe-se que, segundo a lei, tanto o Código Civil, quanto o Código de Processo Civil, tratando-se de casamento, é imprescindível que a alteração de regime de bens seja feita pela via judicial, não sendo eficaz quanto a obrigações assumidas com terceiros e, desde que tenha um pedido motivado.

A doutrina e a jurisprudência vêm caminhando no sentido de reconhecer a desnecessidade de se demonstrar um motivo para a alteração, considerando a autonomia privada dos envolvidos.

Visto isso, o que de fato interessa ao presente estudo são os efeitos atribuídos a essa modificação.

Conrado Paulino da Rosa explica:

Quanto aos efeitos da modificação do regime de bens temos, em regra, essa alteração ocorrerá com efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas atingirá os atos posteriores ao trânsito em julgado da sentença. Todavia, em havendo interesse do casal, não existe obstáculo para que, por exemplo, obtenham mandamento judicial alterando o regime ante-

40 **BRASIL.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 12 set. 2020.

41 ROSA, Conrado Paulino, Conrado. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 243.

42 **BRASIL.** Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 12 set. 2020.

riormente vigente de separação total de bens para, a partir da decisão, comunhão universal, operando-se claramente eficácia *ex tunc*⁴³.

Verifica-se, pelas colocações do autor supracitado, que quando a alteração vai de regime menos abrangente para outro mais abrangente, pela própria lógica são atribuídos efeitos retroativos, como é o caso da migração do regime de separação total para a comunhão parcial.

Maria Berenice faz questão de frisar que não há nenhuma referência em lei sobre a necessidade de se proceder com a partilha antes da mudança de regime de bens, mas deixa claro seu entendimento de que há situações em que a partilha do acervo patrimonial é indispensável. Exemplifica com um caso de alteração do regime de comunhão parcial de bens para separação total, porquanto no novo regime cada um administrará seus próprios bens, logo há necessidade de individualização (partilha) antes da migração⁴⁴.

Neste ponto, importante deixar em evidência que, segundo a doutrina, não há maiores problemas em se atribuir efeitos *ex tunc* quando à alteração de regime de bens é de modalidade menos abrangente para mais abrangente, pelo próprio raciocínio lógico da mudança.

E, seguindo a tendência de equiparar os institutos do casamento e da união estável, grande parte dos autores faz as mesmas considerações a respeito da mudança de regime de bens na união estável.

Já que não existe dispositivo de lei equivalente ao artigo 1.639, §2º, do Código Civil para a união estável, estabeleceu-se orientação jurisprudencial no sentido de que deve haver aplicação *ex nunc* às escrituras e contratos de regime de bens realizados durante a união convivencial⁴⁵.

Quando Rolf Madaleno trabalha a conversão da união estável em casamento, deixa clara a sua opinião quanto à alteração para separação total de bens:

E se convencionam dissolver uma entidade familiar para formar outra de regime restritivo de bens, não obstante permaneçam

43 ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 298.

44 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 704.

45 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1227.

em cena os mesmos protagonistas da peça principal, esta primeira sociedade, que sequer se dissolve, mas apenas troca de titulação patrimonial ao dar lugar a novo regime de restrição de direitos por simples contrato particular, deve ser obrigada a promover a prévia liquidação do acervo já construído em nome do casal convivente, tratando seus personagens de fixar e ajustar os encontros e a divisão das meações por eles já amealhadas pelo precedente silêncio contratual, exatamente porque nunca trataram de esboçar e contratar qualquer regime anterior de renúncia às suas meações⁴⁶.

Para o autor, tendo em vista que o silêncio contratual dos conviventes ensejou a aplicação do regime de comunhão parcial de bens, faz-se necessária a partilha antes de migrar para um regime mais restrito no momento do casamento.

Maria Berenice Dias segue a mesma linha de raciocínio ao defender que, dependendo do regime original e do novo regime, a partilha de bens não pode ser dispensada⁴⁷.

De outra ótica, pode-se perceber que Conrado Paulino da Rosa defende justamente o contrário, embasado no princípio da autonomia privada.

Todos os autores mencionados defendem que impor formalismo a uma entidade familiar que tem como essência a informalidade é algo injustificável, conforme se observou em tópico concernente ao instituto da união estável, e é exatamente com base nesse argumento que Conrado Paulino da Rosa ampara seu entendimento sobre os efeitos da alteração de regime de bens na união estável:

Em nosso entendimento aliado ao da doutrina contemporânea, os conviventes podem, inclusive, firmar contratos com efeitos retroativos, bem como, após a redação do documento, desde que em opção conjunta e também dispensada de qualquer formalidade, os conviventes poderão realizar sua alteração, até mesmo usando instrumentos diferentes. Por exemplo, um casal firma um contrato particular de união estável em determinado ano, sendo que apenas fizeram o reconhecimento de firma em um Tabelionato de Notas. Nada impede que, no ano seguinte, possam lavrar uma es-

46 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1233.

47 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 704.

critura pública em outro Tabelionato podendo, até mesmo, eleger regime de bens diferente daquele momento anterior⁴⁸.

O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando pela impossibilidade de atribuir efeito retroativo ao contrato de convivência, impondo a prevalência do regime legal no período anterior à alteração do regime de bens.

A exemplo, tem-se que, de relatoria do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o Recurso Especial 1597675/SP é um dos precedentes da Corte na matéria, indeferindo a atribuição de efeitos retroativos à alteração de regime de bens em união estável.

O recurso visava reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou a alteração de regime de bens por escritura pública em união estável válida, no entanto entendeu pela não atribuição de efeitos *ex tunc* à modificação⁴⁹.

Em seu voto, o Relator sustenta seu indeferimento e manutenção da decisão recorrida com a justificativa de que, enquanto não manifes-

48 ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 150.

49 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos.

2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens.

3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.

4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável.

6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.

7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

8. Voto divergente quanto à fundamentação.

9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1597675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016).

tada a vontade do casal quanto a regras patrimoniais, vigora o regime legal de comunhão parcial de bens, não sendo possível que o novo regime retroaja ao início da união estável, porquanto conferir a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos em contrato convivencial significaria oferecer mais benefícios à união estável do que ao casamento⁵⁰.

O Ministro encerra seu voto com os seguintes dizeres:

Tenho que o douto entendimento do Tribunal de origem, no sentido de limitar a eficácia do regime de separação de bens apenas ao período posterior à lavratura da escritura pública de reconhecimento de união estável, encontra-se em perfeita sintonia com os precedentes aludidos desta Terceira Turma, que tutelam, em última análise, o princípio da segurança jurídica.

Com efeito, os efeitos da alteração de um regime de bens previsto em lei devem ser produzidos apenas para o futuro, preservando-se os interesses não apenas dos conviventes, mas também de terceiros, que, mantendo relações negociais com o casal, podem

50 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos.
2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens.
3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.
4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.
5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável.
6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.
7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.
8. Voto divergente quanto à fundamentação.
9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
(REsp 1597675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016).

ser surpreendidos com uma súbita mudança no regime de bens da união estável⁵¹.

O indeferimento do Recurso Especial se deu por unanimidade, uma vez que os demais Ministros que participaram do julgamento, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Em que pese tal entendimento seja objeto de outros precedentes da mesma Corte, o assunto não é pacífico.

Imprescindível trazer à observação dois precedentes em sentido contrário no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelações Cíveis de relatoria do Des. Osmar Nunes Júnior e Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, da Sétima e Terceira Câmara de Direito Civil, respectivamente, ambos com o inteiro teor protegido por segredo de justiça.

Da ementa, extrai-se que o primeiro deles versa sobre contrato firmado entre os conviventes após cinco anos de união estável, oportunidade

51 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

1. Ação de declaração e de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, tendo o casal convivido por doze anos e gerado dois filhos.
2. No momento do rompimento da relação, em setembro de 2007, as partes celebraram, mediante escritura pública, um pacto de reconhecimento de união estável, elegendo retroativamente o regime da separação total de bens.
3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.
4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.
5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável.
6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.
7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.
8. Voto divergente quanto à fundamentação.
9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1597675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016).

em que, por escritura pública, adotaram expressamente o regime da separação total de bens, bem como atribuíram efeitos retroativos à alteração⁵².

O Desembargador Relator indeferiu a apelação que tinha o intuito de que fossem atribuídos efeitos *ex nunc* à mudança de regime de bens. Justificou seu posicionamento afirmando que a escritura pública adotou a separação total de bens com clareza, inclusive sobre o período anterior à assinatura e, ainda, pautou o julgamento no argumento de que não houve vício de consentimento ou violação de lei no pacto entabulado entre os conviventes, validando, portanto, a tese de ausência de meação entre o casal⁵³.

- 52 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR [...] **(IR)RETROATIVIDADE DA MUDANÇA NO REGIME DE BENS. CONVIVENTES QUE FIRMARAM ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL APÓS 5 ANOS DE CONVIVÊNCIA. ADOÇÃO EXPRESSA DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS COM EFEITOS EX TUNC.** APELANTE QUE SUSTENTA IMPOSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DA CLÁUSULA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS SOBRE O PATRIMÔNIO ADQUIRIDO ANTES DO PACTO. AVENTADA MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS COM EFEITOS EX NUNC. TESE REJEITADA. **ESCRITURA PÚBLICA QUE ADOTOU A SEPARAÇÃO DE BENS COM CLAREZA SOBRE O PERÍODO ANTERIOR À ASSINATURA. DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS LIVREMENTE ADOTADAS COM EFEITOS RETROATIVOS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE OU VIOLAÇÃO DE LEI. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS CONTRATANTES MANTIDA.** LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APELANTE CONDENADO POR TER CONHECIMENTO PRÉVIO DA AUSÊNCIA DO DIREITO DE MEAÇÃO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. CABIMENTO. REQUERENTE QUE PRETENDIA APLICAR ENTENDIMENTO DE QUE A ADOÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS OPERA COM EFEITOS EX NUNC. INSURGÊNCIA FUNDAMENTADA EM DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA EM 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. PLEITO DE ARBITRAMENTO POR APRECIACÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REMUNERAÇÃO ESTABELECIDA NA SENTENÇA QUE ATENDE AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC/2015. ENCARGO DESTINADO A REMUNERAR DIGNAMENTE O PATRONO DA CAUSA. HONORÁRIOS RECURSAIS INDEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301830-22.2018.8.24.0011, de Brusque, rel. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 25-06-2020). (grifou-se).
- 53 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR [...] **(IR)RETROATIVIDADE DA MUDANÇA NO REGIME DE BENS. CONVIVENTES QUE FIRMARAM ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL APÓS 5 ANOS DE CONVIVÊNCIA. ADOÇÃO**

Já o segundo julgado trata-se de contrato de convivência firmado três anos após o início da união contendo previsão de retroatividade do regime de separação absoluta de bens⁵⁴.

EXPRESSA DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS COM EFEITOS EX TUNC. APELANTE QUE SUSTENTA IMPOSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DA CLÁUSULA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS SOBRE O PATRIMÔNIO ADQUIRIDO ANTES DO PACTO. AVENTADA MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS COM EFEITOS EX NUNC. TESE REJEITADA. **ESCRITURA PÚBLICA QUE ADOTOU A SEPARAÇÃO DE BENS COM CLAREZA SOBRE O PERÍODO ANTERIOR À ASSINATURA. DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS LIVREMENTE ADOTADAS COM EFEITOS RETROATIVOS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE OU VIOLAÇÃO DE LEI. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS CONTRATANTES MANTIDA.** LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APELANTE CONDENADO POR TER CONHECIMENTO PRÉVIO DA AUSÊNCIA DO DIREITO DE MEAÇÃO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. CABIMENTO. REQUERENTE QUE PRETENDIA APLICAR ENTENDIMENTO DE QUE A ADOÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS OPERA COM EFEITOS EX NUNC. INSURGÊNCIA FUNDAMENTADA EM DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA EM 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. PLEITO DE ARBITRAMENTO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REMUNERAÇÃO ESTABELECIDA NA SENTENÇA QUE ATENDE AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC/2015. ENCARGO DESTINADO A REMUNERAR DIGNAMENTE O PATRONO DA CAUSA. HONORÁRIOS RECURSAIS INDEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301830-22.2018.8.24.0011, de Brusque, rel. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 25-06-2020). (grifou-se).

- 54 AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA INTERCORRENTE FIRMADO QUASE 3 (TRÊS) ANOS APÓS O INÍCIO DA UNIÃO. PREVISÃO CONTRATUAL DE RETROATIVIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO ABSOLUTA DE BENS. EFEITO EX TUNC DAS DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS. POSSIBILIDADE. O contrato de convivência pode ser celebrado antes e durante a união estável. Iniciada essa sem convenção do regime patrimonial, o regime de bens incidente, de forma imediata, é o da comunhão parcial (art. 1.725, CC). Realizado pacto intercorrente, esse tem a capacidade de produzir efeitos de ordem patrimonial tanto a partir da sua celebração quanto em relação a momento pretérito à sua assinatura, dependendo de exame o caso concreto. A cláusula que prevê a retroatividade dos efeitos patrimoniais do pacto só deve ser declarada nula quando houver elemento incontestável que demonstre vício de consentimento, quando viole disposição expressa e absoluta de lei ou quando esteja em desconformidade com os princípios e preceitos básicos do direito, gerando enriquecimento sem causa, ensejando fraude contra credores ou trazendo prejuízo diverso a terceiros e outras irregularidades. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.026497-8, da Capital - Norte da Ilha, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2015).

Observando-se a ementa, percebe-se que a Relatora formulou entendimento no sentido de que se for realizado pacto intercorrente, isto é, durante a união estável, o instrumento pode produzir efeitos patrimoniais, tanto futuros, quanto pretéritos, destacando que só será nula a cláusula que prevê a retroatividade se demonstrado vício de consentimento, violação de disposição expressa de lei ou se estiver em desconformidade com os princípios e preceitos básicos do direito⁵⁵.

Uma vez entendido que a lei é omissa quanto ao tema e o assunto é controverso tanto na doutrina, quando nas decisões judiciais, nota-se que a postura do Superior Tribunal de Justiça é objeto de ampla discussão entre os especialistas.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família divulgou uma notícia a respeito de recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha do precedente da Corte Superior já mencionado, de modo a não reconhecer os efeitos retroativos atribuídos pelos conviventes, ainda que ausentes vícios de consentimento ou violação de lei⁵⁶.

Na referida notícia constam apontamentos tecidos pelo professor Mário Luiz Delgado, que alega ter sérias restrições ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, porquanto ele restringe a autonomia

55 AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA INTERCORRENTE FIRMADO QUASE 3 (TRÊS) ANOS APÓS O INÍCIO DA UNIÃO. PREVISÃO CONTRATUAL DE RETROATIVIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO ABSOLUTA DE BENS. EFEITO EX TUNC DAS DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS. POSSIBILIDADE. O contrato de convivência pode ser celebrado antes e durante a união estável. Iniciada essa sem convenção do regime patrimonial, o regime de bens incidente, de forma imediata, é o da comunhão parcial (art. 1.725, CC). Realizado pacto intercorrente, esse tem a capacidade de produzir efeitos de ordem patrimonial tanto a partir da sua celebração quanto em relação a momento pretérito à sua assinatura, dependendo de exame o caso concreto. A cláusula que prevê a retroatividade dos efeitos patrimoniais do pacto só deve ser declarada nula quando houver elemento incontestável que demonstre vício de consentimento, quando viole disposição expressa e absoluta de lei ou quando esteja em desconformidade com os princípios e preceitos básicos do direito, gerando enriquecimento sem causa, ensejando fraude contra credores ou trazendo prejuízo diverso a terceiros e outras irregularidades. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.026497-8, da Capital - Norte da Ilha, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2015).

56 MENDES, Guilherme. **Terceira Turma do STJ nega efeitos retroativos a escritura de união estável**, 2021. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8819/Terceira+Turma+do+STJ+nega+efeitos+retroativos+a+escritura+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel> Acesso em: 30 ago. 2021

privada dos conviventes e, na realidade, faz ser impossível que qualquer relacionamento convivencial já tenha seu início submetido ao regime da separação total de bens⁵⁷.

A propósito, quando se trata de regime de bens, Maria Berenice Dias aduz que os noivos devem escolher entre os regimes existentes ou mesclá-los e os companheiros podem fazer isso antes de darem início à união estável ou durante a sua vigência de forma livre, sem necessidade do “amém judicial”⁵⁸.

Percebe-se que a própria Maria Berenice Dias menciona a possibilidade de se escolher o regime de bens antes e durante a união estável, ao passo que, devido justamente à necessidade de aguardar certa duração para a configuração da união estável – o que torna difícil a definição de seu marco inicial –, Mário Luiz Delgado opina que sem a possibilidade de pactuar sobre o regime de bens pretérito, torna-se impossível iniciar a união estável com regime menos abrangente do que a comunhão parcial de bens.

Analisada a postura do Superior Tribunal de Justiça e julgados divergentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e, ainda, destacados os entendimentos de renomados doutrinadores do Direito de Família a respeito da possibilidade de atribuição de efeitos retroativos em alteração de regime de bens no casamento e, principalmente, na união estável, resta evidente a importância de pacificação do tema, daí sua relevância.

É como forma de provocação ao debate que se passa a adentrar à necessidade, ou não, de intervenção do Estado em questões do âmbito familiar, especialmente no que tange à possibilidade de atribuição de efeitos patrimoniais retroativos nas uniões estáveis.

Cumprir trazer à observação o inciso X do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”⁵⁹.

57 MENDES, Guilherme. **Terceira Turma do STJ nega efeitos retroativos a escritura de união estável**, 2021. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8819/Terceira+Turma+do+STJ+nega+efeitos+retroativos+a+escritura+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel> Acesso em: 30 ago. 2021.

58 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 661.

59 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 7 set. 2020.

Ainda, em que pese haja previsão de inviolabilidade à vida privada, a Carta Magna prevê em seus artigos 226 e 227 a possibilidade de intervenção estatal a fim de proteger as entidades familiares em determinadas situações, a exemplo do reconhecimento da união estável e da proteção integral da criança e do adolescente⁶⁰.

Com base nos dispositivos constitucionais mencionados, observa-se que, ainda que a vida privada seja inviolável, há determinados casos em que a proteção do Estado se mostra necessária.

Sabe-se que a base do Direito Civil é a autonomia privada, que decorre da ideia de liberdade e autodeterminação. O contrato, a propriedade e a família devem ter como critério estrutural a autonomia das partes, com o destaque de suas vontades. Intolerável, no entanto, a violação de direitos e garantias fundamentais⁶¹.

Conclui-se, então, que a autonomia privada é um dos princípios do Direito Civil e, também, do Direito de Família, e há situações que merecem uma análise aprofundada a respeito da real necessidade da intervenção estatal.

O artigo 1.513 do Código Civil em vigor aduz que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”⁶².

O dispositivo supracitado, então, consagrou a ideia de não intervenção do estado na seara familiar, assegurando liberdade à família em tomar as decisões concernentes à sua dinâmica e funcionamento. No entanto, deve-se levar em conta o fato de que exercer a autonomia privada não é um direito absoluto, merecendo ressalvas.

Rolf Madaleno inicia seu raciocínio referente ao princípio da autonomia privada com as seguintes palavras: “Exercer com amplitude a autonomia privada não se configura em um poder absoluto, sem limites,

60 **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

61 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 18. ed. vol. 1, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 79.

62 **BRASIL.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 12 set. 2020.

o que seria impensável, porque nenhuma pessoa age completamente livre ou com total autonomia.”⁶³.

Seguindo a mesma lógica acima exposta, o autor prossegue com suas considerações. Ensina que, especialmente no Direito de Família, sempre houve maior intervenção do Estado, impondo freios às liberdades de ação em proteção ao patrimônio. No entanto, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, elevou-se a preocupação com a dignidade humana em detrimento dos interesses patrimoniais. Exemplo dessa mudança é a possibilidade de alteração de regime de bens no casamento prevista na atual legislação civil, ainda que necessite de autorização judicial⁶⁴.

Percebe-se, portanto, que a autonomia privada não é absoluta, tendo em vista a existência de situações que exigem a intervenção do Estado como mecanismo de proteção de direitos, e que a modificação de normas menos imperativas se deu a partir da Constituição de 1988 e sua visão mais voltada ao “ser” do que ao “ter”.

É possível entender que a autonomia privada vem tendo seu espaço desbravado aos poucos, sob o anseio de se observar a verdadeira necessidade de intervenção do Estado em determinadas situações.

Somada à necessidade de se manter certa informalidade quando se trata de união estável, tem-se que a intervenção estatal nas relações familiares deve ser mínima, de modo que a vedação à alteração de regime de bens em união estável com atribuição de efeitos retroativos, especialmente aquela ainda não formalizada, revela-se uma afronta a um princípio de suma importância como é o da autonomia privada da entidade familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro instante do estudo, coube discorrer acerca do momento em que a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar em nosso ordenamento jurídico, bem como sua previsão legal.

63 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 93.

64 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 93.

Acrescentou-se, ainda, o que dizem vários doutrinadores a respeito da informalidade que permeia o instituto da união estável e como a sua reiterada equiparação ao casamento tem retirado a sua essência.

Na sequência, coube destacar que a união estável é uma entidade familiar informal, e para melhor entendimento do conceito, deixou-se claro que, em muitas ocasiões, casais podem estar vivendo em uniões estáveis sem ter consciência da consequência patrimonial dessa configuração familiar.

Em um segundo momento, adentrou-se ao conceito de regime de bens, bem como foi detalhado cada um dos regimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, destacando suas particularidades, especialmente em relação às uniões estáveis.

Em seguida, no terceiro tópico, adentrou-se ao procedimento de alteração de regime de bens. Uma vez que a lei é omissa quanto à possibilidade de alteração de regime de bens na união convivencial, mostrou-se necessária uma explanação de como funciona no casamento, para, então, destacar como a construção doutrinária e jurisprudencial tem tratado o tema em relação à união estável.

Em que pese a integralidade dos autores concorde que a alteração de regime de bens na união estável não precisa ser feita judicialmente, como é no casamento, quanto aos seus efeitos o entendimento não se mostra unânime.

Nota-se que, em relação à possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à modificação de regime de bens na união estável, uma parte dos especialistas entende que deve seguir tal como no casamento: somente quando for de regime menos abrangente para mais abrangente. No entanto, outra parcela defende justamente o contrário com base em argumentos outrora utilizados pelos demais doutrinadores para defender a essência informal da união estável e, ainda, com fundamento na autonomia privada da família.

Quanto à proibição de se atribuir efeitos retroativos à alteração de regime de bens em união estável, especialmente aquela jamais anteriormente formalizada, constata-se, então, que há duas intervenções estatais em uma mesma situação, uma quando impõe união estável e outra quando impõe o regime de bens sem chance de que se possa, de comum acordo e sem qualquer vício de consentimento, converter o regime de bens imposto em outro mais satisfatório aos interesses do casal.

Extrai-se do estudo realizado neste artigo que, muito embora todos os autores utilizados como referência pensem que o casamento e a união estável são institutos diferentes e merecem tratamento distinto, bem como que a essência da união estável está justamente na sua informalidade, apenas uma parcela deles tratou a possibilidade de alteração de regime de bens com efeitos retroativos de maneira diferente do casamento.

Firme no estudo ora elaborado e analisados todos os institutos aqui abordados, as interpretações utilizadas em cada julgado e as considerações doutrinárias apreciadas, apresenta-se como saída mais adequada a possibilidade de se atribuir efeitos retroativos à escolha de regime de bens no contrato de União Estável, em respeito à essência dessa entidade familiar e ao princípio da autonomia privada da família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de Março 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: 12 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 18. ed. vol. 1, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Guilherme. **Terceira Turma do STJ nega efeitos retroativos a escritura de união estável**, 2021. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8819/Terceira+Turma+do+STJ+nega+efeitos+retroativos+a+escritura+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel> Acesso em: 30 ago. 2021.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1597675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, TJSC, Apelação Cível n. 0301830-22.2018.8.24.0011, de Brusque, rel. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 25-06-2020.



A VALIDADE DO CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS FRENTE AO RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL

Luiza Marinho de Carvalho Crippa de Oliveira¹
Larissa Tenfen Silva²

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo as relações familiares foram regidas por um sistema patriarcalista, que se resumia ao matrimônio e aos laços consanguíneos. Não se reconhecia, portanto, qualquer entidade familiar que não fosse regida pelo casamento. Naturalmente, os filhos advindos das relações alheias ao casamento também careciam de proteção jurídica.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a sociedade observou uma repersonalização do Direito de Família, sendo que uma das principais propagações de seus reflexos pela sociedade brasileira foi a proteção jurídica concedida a diversas organizações familiares — que, embora existentes, não possuíam, até então, o merecido reconhecimento.

Dentre as entidades familiares observadas, dá-se o devido destaque à família informal (a chamada união estável) e à família coparental

-
- 1 Bacharel em Direito pela Faculdade Cesusc, Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões na Faculdade Cesusc. Advogada. Endereço eletrônico para contato: luiszamcrippa@gmail.com.
 - 2 Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Professora na Graduação e Pós-Graduação e Coordenadora do Grupo de Extensão em Direito das Famílias da Faculdade Cesusc. Advogada. Endereço eletrônico para contato: larissatenfensilva@hotmail.com.

(adultos que se unem em uma relação meramente parental pelo propósito exclusivo de gerar e criar filhos).

A união estável sofre debate permanente em razão da pobreza e subjetividade dos requisitos para sua constituição. A coparentalidade, por sua vez, regida pela ausência de conjugalidade — ao mesmo tempo em que pressupõe a intenção de constituir família —, é uma entidade familiar relativamente recente no Direito brasileiro. A insegurança jurídica pode ser aferida diante da ausência de regulamentação legal, bem como de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial.

Por tal motivo, as partes interessadas buscam a pactuação das questões que regem a referida relação — o chamado contrato de geração de filhos. Nele, podem ser dispostas cláusulas acerca do método de reprodução, divisão de responsabilidades, eventual prestação de alimentos, entre outras questões.

A cláusula mais polêmica, entretanto, é outra: a que renega a existência de relacionamento amoroso entre os pretensos pais, com o intuito de afastar eventual união estável. A problemática surge, pois, após a contratualização da relação, quando a sua validade é questionada.

Surge, pois, a necessidade de debater a questão sob o enfoque da validade jurídica do contrato, considerando a autonomia da vontade das partes, mas, por outro lado, a natureza jurídica da união estável (que se verifica no plano fático e não contratual).

Assim, o presente trabalho tem a finalidade de levantar o seguinte problema: é possível reconhecer a validade do contrato de geração de filhos, que prevê, dentre outras questões, cláusula afastando eventual conjugalidade entre os pais, sobretudo quando analisada a natureza jurídica da união estável?

A partir desse enfoque, busca-se apresentar como resposta a possibilidade de considerar o contrato de geração de filhos como um forte elemento probatório da vontade das partes, que não pode ser desconsiderado sem questionamentos.

A fim de garantir a excelência dos objetivos propostos, adota-se a pesquisa teórica, de caráter descritivo, tendo como fontes o referencial bibliográfico e documental, baseado em doutrina, legislação pátria, artigos publicados em periódicos, revistas jurídicas e internet.

Objetivando a compreensão sistematizada do tema, divide-se o trabalho em três capítulos: inicialmente, será estudada a evolução histó-

rica do Direito de Família. Em seguida, se apresentará os reflexos da filiação no atual ordenamento jurídico, sobretudo com os novos métodos de reprodução e o papel da autonomia privada. O terceiro capítulo, por fim, trará enfoque ao contrato de geração de filhos, passando pela influência da doutrina estrangeira até chegar à recente popularização no Brasil.

Por fim, serão tecidas as considerações finais, oportunidade em que retomadas diretrizes inicialmente dispostas no curso deste artigo, com o objetivo de fundamentar as considerações e ponderações estabelecidas.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PARADIGMA À FAMÍLIA MODERNA

À época do Código Civil de 1916 a família era representada, necessariamente, pelo casamento e pelos laços consanguíneos, o que consolidou e solidificou a consciência jurídica popular sobre uma família transpessoal e hierarquizada, fazendo prevalecer a supremacia patriarcal e matrimonial³.

Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, imperava a regra “até que a morte nos separe”, “admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento”⁴.

Prova disso, inclusive, era a impossibilidade de dissolução do casamento – única entidade familiar juridicamente reconhecida no *codex* de 1916 — por outra forma que não a morte de um dos cônjuges⁵.

3 SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 450-451.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 35.

5 Art. 315. A sociedade conjugal termina: [...] Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjugues, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

Ademais, como salientam Cristiano Farias e Nelson Rosenvald⁶, a função restritiva da família tornava “ilegítima toda e qualquer forma familiar, ainda que marcada pelo afeto”. Por consequência, filhos advindos de pessoas não casadas entre si “eram chamados de filhos ilegítimos e não possuíam os mesmos direitos que eram reconhecidos aos legítimos”.

Foi somente após uma intensa jornada de revolução que sobreveio a Constituição Federal (e, com isso, a nova concepção constitucional de família).

Sua promulgação, ocorrida em 1988, representou o principal divisor de águas nas normas referentes ao Direito de Família, abandonando pré-conceitos enraizados no meio jurídico e social. A preocupação central passa a ser sobre a pessoa humana e a promoção de sua dignidade, garantindo os meios necessários à busca da felicidade e da realização pessoal.

O casamento, por sua vez, deixou de ser visto como forma exclusiva de instituição da entidade familiar, sendo superado pela diversidade das relações familiares, “que podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes) e em outros núcleos fundados no afeto e na solidariedade”⁷.

2.1 AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS E AS REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Com a promulgação da Constituição Federal, o Direito de Família passou por uma repersonalização e concedeu proteção jurídica a diversas organizações familiares — que, embora existentes, não possuíam, até então, o reconhecimento conferido às famílias matrimoniais.

Com a referida transição, o Direito de Família se tornou “um conjunto de normas jurídicas que regulamentam as múltiplas relações familiares”⁸,

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 453.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 43.

8 BELLUSCIO, Augusto Cesar. **Manual de derecho de familia. Tomos I y II. Ciudad de Buenos Aires**, v. 7, 2004, p. 43.

calcadas não apenas nos laços sanguíneos, mas também no afeto (sobretudo porque considerado um dos novos aspectos para a constituição da família).

Nesse contexto, o vínculo exclusivamente matrimonial foi substituído por novos modelos de entidade familiar, compostos de forma diversa da família “natural”, como a família informal e a coparental^{9, 10}.

Chama-se atenção à família informal — ou, como popularmente conhecida, união estável, atualmente “caracterizada pela união informal pública, duradoura e contínua do homem e a mulher”¹¹, que só foi reconhecida quando da promulgação da Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º¹². Na essência, representou uma das primeiras grandes revoluções no Direito de Família brasileiro.

Vê-se que o legislador propiciou um verdadeiro acalento jurídico, por finalmente reconhecer uma realidade já existente desde os primórdios da história brasileira — quando somente as famílias matrimoniais eram merecedoras de proteção jurídica e livres da discriminação e julgamento.¹³

O Código Civil de 2002, por fim, conceituou a união na “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”¹⁴ e incluiu diversos artigos para melhor compreensão dos efeitos práticos da convivência.

2.1.1 REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Embora a união estável esteja devidamente regulamentada, ainda serve de palco para diversas discussões, que decorrem, em grande parte,

9 Objeto da presente pesquisa, a família coparental será tratada com maior afinco nos tópicos 3 e 4.

10 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 18.

11 CARVALHO, Thaís Ramos de; BARHAM, Elisabeth Joan. **Instrumentos para avaliar a coparentalidade: uma comparação de suas propriedades psicométricas**. DOI: 10.15689/ap.2016.1502.09. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos – SP, 2016, p.54.

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

13 MENEZES, Larissa Pacheco. Evolução Histórica da Família. *In: Viajus*: portal eletrônico de informações, s.d. 2008, p. 120.

14 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/2002/110406.html> Acesso em: 09 mai. 2018.

de sua natureza jurídica e dos requisitos necessários (bem como efeitos jurídicos) concernentes à sua constituição. Nesse sentido, Carlos e Adriana Maluf¹⁵ discorrem que “uma das características principais da união estável é a ausência de formalismos para a sua constituição, pois [...] basta apenas o início da vida em comum”.

Justamente por isso que a união estável é firmada como um ato-fato jurídico: “basta sua existência fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica”¹⁶.

Somente alguns autores entendem em sentido diverso, a exemplo de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas Maluf. Para os doutrinadores, a união estável possui natureza jurídica de contrato não solene elaborado por escrito ou verbal¹⁷ — ou seja, é configurada a partir da declaração expressa dos conviventes, o que se faz por meio de contrato particular ou escritura pública.

Um dos grandes pontos trazidos pela corrente minoritária para fundamentação da tese é a autonomia privada (que se discorrerá com maior aprofundamento no tópico 3.2), sobretudo diante de eventual ausência de manifestação clara e inequívoca da intenção de constituir família.

De todo modo, tem-se que conceitualmente a união pode ser compreendida “como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”¹⁸. Desta conceituação, podem se extrair os requisitos caracterizadores a) publicidade; b) continuidade; c) estabilidade; e) objetivo de constituição de família.

15 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367.

16 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016, p. 244.

17 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367.

18 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **No curso de direito civil: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 424.

Acerca da publicidade, Maria Berenice Dias¹⁹ ressalta que a relação deve ser reconhecida ao menos no ciclo social frequentado pelos conviventes, para que se garanta a notoriedade necessária.

Em relação à continuidade, Dimas Carvalho esclarece que “meras relações sexuais eventuais e precárias não ensejam o reconhecimento da união estável”²⁰. Isso não significa que a união pressupõe um prazo mínimo, mas tampouco que garante a proteção da relação fugaz. O que se exige, portanto, é a permanência e a estabilidade.

Nesse sentido, estabilidade nada mais é do que uma relação prolongada por tempo suficiente para a aferição da conservação familiar. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal²¹, “o traço caracterizador da estabilidade é a convivência prolongada no tempo, durante bons e maus momentos, a repartição as alegrias e tristezas”.

O último e mais importante requisito para reconhecimento da união está calcado no *intuito familiae* — ou seja, o ânimo de constituir família. É a vontade inequívoca de construir uma vida em conjunto por meio da concretização de projetos comuns.

Vale dizer que, para a aferição do intuito de constituir família, a criação de prole é “um elemento caracterizador importante, mas também não determinante”²². São os chamados elementos caracterizadores acidentais: circunstâncias fáticas que, embora não sejam essenciais, facilitam a comprovação na esfera judicial²³.

19 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016, p. 245.

20 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 467.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p.473.

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 203.

23 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **No curso de direito civil: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

3. OS REFLEXOS DA FILIAÇÃO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes que se possa adentrar de fato no estudo da coparentalidade e nas consequências estatais advindas desta entidade (especialmente frente à união estável), necessária a compreensão acerca da influência da família moderna na evolução da filiação.

No tópico 2, tratou-se da evolução do Direito de Família no Brasil, sobretudo em razão da mudança gradual da família patriarcal para a família moderna, paradigma da Constituição Federal. Nesse sentido, esclareceu-se que, à época, inexistia proteção aos filhos advindos de outra relação que não o casamento²⁴.

Com a evolução das mentalidades, a Carta Magna estabeleceu que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁵. O Código Civil de 2002 ratificou a norma, ao editar o artigo 1.596 com a previsão expressa do princípio da igualdade da filiação.

Simultaneamente, observou-se outro fenômeno que viria a desmistificar ainda mais o conceito de família e prole: o movimento feminista. Estreitamente conectado ao movimento, os direitos reprodutivos — que buscavam a aceitação sobre a forma, momento e quantidade de filhos a criar — também passaram a ser compreendidos como uma das inovações trazidas pelo constituinte, por meio do planejamento familiar²⁶.

Neste diapasão, o reflexo jurídico da filiação não poderia ser outro: expande-se o conceito do estado de filiação para além do filho gerado exclusivamente pela relação sexual entre marido e mulher. Com isso, o

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 453.

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

26 CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?** Biodireito, organização CONPEDI/UNINOVE; Monica Neves Aguiar da Silva, Wilson Engelmann. (Coords.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 6.

Direito brasileiro atual prevê, nos artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, os seguintes estados de filiação:

- a) filiação biológica havida de relação de casamento ou de união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental;
- b) filiação não-biológica oriunda de adoção regular;
- c) filiação não-biológica [...] de inseminação artificial heteróloga. (LOBO, 2004, p. 458)

A filiação biológica se resume à origem consanguínea, da qual não se pode negar. Por outro lado, “a presença marcante do afeto em determinadas relações humanas permitem enxergar um novo conceito para o parentesco”²⁷. Com isso, surge a figura da filiação não biológica, que ressignificou a ideia de paternidade e maternidade.

Para Rolf Madaleno²⁸, a filiação registral prioriza “a importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração através do sublime sentimento da afeição”. São exemplos de filiação não biológicas aquelas decorrentes da adoção, da socioafetividade, da multiparentalidade e da reprodução heteróloga.

A reprodução assistida heteróloga, por sua vez, é produto da revolução da tecnologia genética e das técnicas de reprodução medicamente assistidas, que trouxeram maior aprofundamento ao tema. É tal interdisciplinaridade entre a filiação, a bioética e biodireito que se pretende dissecar a seguir.

3.1 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE REPRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos foram os grandes responsáveis pelas recentes descobertas na seara da biotecnologia, a exemplo dos métodos alternativos de reprodução, que vêm se consagrando cada vez mais no Direito de Família.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvdm, 2016, p. 253.

28 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 888.

Segundo Carlos e Adriana Maluf, “os avanços tecnológicos na área de reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções de paternidade, da maternidade e da filiação”²⁹.

As técnicas de reprodução assistida foram uma revolução não somente pelo avanço da tecnologia e da medicina, mas porque garantiram, de certa forma, a efetivação do planejamento familiar. Deram àqueles que normalmente não poderiam ter filhos a realização do sonho da filiação.

Nesta seara, classificam-se os principais métodos alternativos de concepção: a) inseminação artificial, quando os espermatozoides são introduzidos e fecundados dentro do órgão sexual da mulher; b) fertilização *in vitro*, que consiste na fecundação, ainda em laboratório, do óvulo com o espermatozoide; c) inseminação caseira, o método amador — e arriscado —, que utiliza materiais descartáveis para introdução do sêmen diretamente na vagina.

Não se pretende aqui esgotar o tema sobre os meios disponíveis de reprodução e suas consequências; o debate em torno do biodireito foge do objetivo final desta pesquisa. O que se busca esclarecer, em verdade, é a revolução que os métodos alternativos de reprodução causaram na autonomia privada, especialmente se analisada sob o viés das relações particulares.

3.2 RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES PARTICULARES

Maria Helena Diniz afirma que o princípio da autonomia da vontade se fundamenta na liberdade contratual, que consiste “no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”³⁰.

No Direito de Família, entende-se que o Estado “não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodetermina-

29 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 489.

30 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23.

ção afetiva de casa pessoa humana componente do núcleo”³¹. Segundo os autores, inexistente outro meio de atingir a plena realização dentro da esfera familiar se não pela proteção da autonomia — caso contrário, a presença excessiva do estatal pode “asfixiar” a liberdade assegurada na Carta Magna.

A autonomia privada guarda grande relação às decisões familiares — que, por sua vez, são intimamente conectadas ao planejamento familiar, brevemente mencionado no tópico 3. Segundo George Marmelstein³²:

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, [...] etc.

Nas lições descritas por Venosa³³, a posição do constituinte acerca dos direitos reprodutivos seria considerada inconcebível em um passado recente, tendo em vista a atuação desmoderada da Igreja e do pátrio poder no controle de natalidade.

Neste contexto, justamente em virtude da pressão exercida sobre o núcleo familiar, que o Código Civil, promulgado em 2002, determinou em seu artigo 1.513 que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

O planejamento foi elevado a um direito pleno, garantindo tanto à mulher quanto ao homem a possibilidade de dissociar a sexualidade da reprodução. Uma vez detentores do poder de escolha, caberia ao Estado meramente ofertar os meios necessários à viabilização do projeto parental.³⁴

Nesse viés, percebe-se a efetiva aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado, na medida em que o ente não interfere nas escolhas do indivíduo, mas intervém por meio de políticas públicas que

31 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 48.

32 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 101.

33 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16.

34 OLIVEIRA, Alana Lima de. A relação entre os sexos na modernidade e o direito ao livre planejamento familiar. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 16, n. 92, out./nov. 2015, p. 28.

viabilizem a efetivação do projeto parental³⁵. No caso da presente pesquisa, como se verá mais adiante, o intuito do estudo à autonomia privada liga-se à coparentalidade por meio do contrato de geração de filhos.

3.3 COPARENTALIDADE E A CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PARTICULARES

No tópico 2.1, discorreu-se acerca das novas entidades familiares reconhecidas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Considerando que se priorizou, naquele primeiro momento, o estudo da família informal, tem-se como imprescindível a retomada do tema para análise da família coparental.

Em sua essência, a coparentalidade nada mais é do que o pleno exercício do “poder” familiar entre os pais. É vista sob a ótica de uma convenção de papéis parentais; um processo coparental que envolve a partilha, entre dois adultos, de responsabilidades, papéis e contribuições para com suas crianças.

A coparentalidade pressupõe, no caso em apreço, “ausência de qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual”. É quando “as pessoas, movidas pelo desejo de terem filhos, escolhem alguém para fazerem uma parceria”, que será desde já baseada no afeto e na cooperação mútua³⁶.

A parentalidade deixa de ser, pois, mera consequência da conjugalidade e se torna o foco exclusivo daqueles adultos que desejam procriar, seja por meio de relação sexual, inseminação artificial, inseminação caseira ou fertilização *in vitro*, conceituados brevemente no tópico 3.1. Dentre as vantagens existentes, Renan Kfuri Lopes elenca as seguintes:

- (i) o fato de a criança ser sempre planejada/desejada; e (ii) a retirada do fator “*amor/ódio*” e de possíveis ressentimentos em razão da separação ocorrida com o casal. Haveria, assim, mais foco na criança,

35 OLIVEIRA, Alana Lima de. A relação entre os sexos na modernidade e o direito ao livre planejamento familiar. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 16, n. 92, out./nov. 2015, p. 28.

36 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016, p. 145.

sem que o desgaste da falida relação entre pai e mãe viesse a interferir no objetivo principal de melhor proteger os interesses do filho³⁷

A nova entidade familiar foi em muito alavancada pelas redes sociais e sites de “relacionamentos” virtuais, porquanto tenha facilitado o encontro de adultos interessados em estabelecer a relação coparental. Os grupos reúnem pessoas que informam seu interesse na coparentalidade, além da localidade e questões atinentes à proposta, como a confirmação da “divisão de obrigações, sem vínculo amoroso entre os pais, somente para o filho”³⁸.

O site “Pais Amigos”, por sua vez — criado em colaboração com o presidente do IBDFAM, Rodrigo Pereira da Cunha —, é tido como referência no país e se intitula como “a primeira rede social para quem quer ter filho”. Lá, fomenta-se o “encontro de pessoas que querem planejar, conceber, criar e educar um filho, sem a necessidade ou obrigatoriedade de um relacionamento conjugal, romântico ou, até mesmo, sexual entre os genitores”³⁹.

O local se apresenta como um ambiente seguro que garante a privacidade necessária para que os pretensos pais se conectem e troquem informações sobre o(a) possível parceiro(a) na coparentalidade. Mais especificamente,

os cidadãos preenchem determinadas informações e elaboram um perfil social com foto, onde é informado ainda o estilo de vida, a personalidade, bem como o que deseja do outro candidato a gerar a criança, além de deixar registrado a forma que pretende conduzir a vida do futuro filho (a forma de educar, por exemplo). Nesse contexto, caso essa pessoa se interesse com o exposto no perfil da outra, semelhantemente à um site de namoro, inicia-se conversas no intuito de identificar a convergência de interesses dos envolvidos

37 LOPES, Renan Kfuri. **Coparentalidade**: Um novo modelo familiar que se aproxima. 2018. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/coparentalidade-um-novo-modelo-familiar-que-se-aproxima/>. Acesso em: 12 out. 2018.

38 Mensagem enviada no grupo **Coparentalidade, Barriga solidária, Casais LGBTQIA+**. Em razão de o grupo ter acesso restrito aos membros, deixa-se de informar o nome do(a) adulto(a) interessado(a) a fim de preservar sua identidade.

39 SCHNEIDER, Taline. A primeira rede social para quem quer ter filho. **Pais amigos**. 11 nov. 2017. Disponível em: <https://paisamigos.com/pais-amigos-e-a-primeira-rede-social-do-brasil-para-quem-quer-ter-filho/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

quanto à concepção e criação de um possível filho, sendo que em caso positivo há então conjuntamente a programação da gestação⁴⁰.

Há quem apresente críticas ao modelo parental, por se mostrar “um gesto de supremo egoísmo, pelo total descaso pelos interesses, pela segurança e proteção da criança gerada”⁴¹. Embora se respeite a opinião emanada, entende-se que um filho não planejado ou advindo de um relacionamento conturbado pode ser muito mais danoso do que o fruto da coparentalidade.

Por esta razão que Pereira⁴² afirma que infelizes são os filhos de genitores infelizes, “que brigam, manipulam, são violentos, fazem alienação parental. Os filhos, independentemente de sua origem, serão felizes na medida do amor e dos limites que receberem dos seus pais”.

Segundo Valeria Silva Galdino Cardin e Cesar Dallabrida Junior⁴³, ainda que um pouco ortodoxa, a entidade não constitui conduta antijurídica, na medida em que “possibilita o exercício do direito ao planejamento familiar daqueles que não desejam estabelecer uma relação conjugal, e de outro respalda-se na divisão equânime de responsabilidade e exercício dos direitos e deveres parentais”.

Todavia, o fato de a coparentalidade não ser ilegal não pressupõe, por consequência, que possui a devida chancela legislativa. Inexiste, até o momento, lei que regulamente a coparentalidade de forma específica;

40 CARDIN, Valéria Silva Galdino; DALLABRIDA JUNIOR, César. A coparentalidade e sua aplicabilidade no Direito Internacional Privado. In: **Direito de família e das sucessões**. Organização CONPEDI. Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/Hr33pT5f9t1552m4.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021, p. 218.

41 SILVA, Regina Beatriz Tavares. Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <http://adfas.org.br/2017/08/03/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em 26 ago. 2021.

42 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar. **Consultor Jurídico**, 13 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>. Acesso em: 15 ago, 2021.

43 CARDIN, Valéria Silva Galdino; DALLABRIDA JUNIOR, César. A coparentalidade e sua aplicabilidade no Direito Internacional Privado. In: **Direito de família e das sucessões**. Organização CONPEDI. Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/Hr33pT5f9t1552m4.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021, p. 225.

não se encontrou, tampouco, qualquer projeto de lei que vise regularizar minimamente a nova forma de família no país.

De todo modo, é inegável que a coparentalidade vem avançando para fazer parte do que se entende ser o futuro do Direito de Família. Prova disso foi o recente falecimento de Gugu Liberato, apresentador de TV, que trouxe à tona grande popularidade (e polêmica) ao tema. O conflito se deu em torno do contrato de geração de filhos, artifício muito utilizado por aqueles que optam pela coparentalidade.

A escassa doutrina e jurisprudência sobre o assunto pode dificultar o melhor entendimento acerca do contrato de geração de filhos; entretanto, sabe-se que não é razão suficiente à negativa de tutela pelo Poder Público, que deve propiciar os meios necessários à efetivação da pluralidade de entidades familiares.

É nessa perspectiva que a coparentalidade pode revelar-se como um negócio jurídico de grande valia àqueles que desejam conceber filhos sem a condicionante do relacionamento amoroso – quando não protegida a entidade familiar, de modo a assegurar tanto a autonomia da vontade dos pais, quanto o melhor interesse do filho.

4 CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS

O contrato de geração de filhos passou a ser utilizado com a intenção de amparar adultos que possuem o desejo de criar uma família por meio dos preceitos da coparentalidade, oferecendo segurança jurídica no que tange às questões que orbitam a parentalidade.

Embora seja uma realidade recente do Brasil, o contrato guarda grande influência das doutrinas estrangeiras; dentre elas, destaca-se a americana, pioneira no tema. Disso se infere a necessidade de uma breve passagem pelos marcos da legislação internacional, que deram azo à implementação do contrato no Brasil.

4.1 DOUTRINA AMERICANA À LUZ DA COPARENTALIDADE

Assim como no Brasil, os Estados Unidos conceituam a coparentalidade — ou *coparenting*, como é chamada —, na negociação dos papéis desempenhados por cada genitor, estipulando-se as responsabilidades e contribuições para atender às necessidades da criança.

Entende-se que essa entidade combina uma série de fenômenos que se tornaram cada vez mais familiares nos últimos anos, como a reprodução assistida, a criação de filhos por pessoas solteiras ou por casais do mesmo sexo, a separação dos pais ou até mesmo a criação em famílias recompostas^{44 45 46}

Uma vez realizada a aproximação entre os futuros pais, é feito o acordo de coparentalidade — antes da concepção do filho —, que dispõe sobre o papel de cada pai na vida da criança e a divisão dos cuidados e obrigações financeiras^{47 48}.

Outro autor popularmente conhecido no meio dos estudos da coparentalidade, Mark Feinberg afirma que na família coparental “os indivíduos têm sobreposição ou responsabilidade compartilhada na criação de uma criança”, o que consiste no apoio mútuo e coordenação de esforços apresentados na educação dos filhos⁴⁹.

44 Famílias recompostas seriam aquelas advindas de um relacionamento no qual um dos parceiros/cônjuges (ou ambos) possuem filhos de relações anteriores.

45 These families combine a number of phenomena that have become increasingly familiar in recent years: artificial procreation, parenting by single persons or same-sex couples, the separation of parenting from the relationship between parents, and the rearing of children in two households

46 BOONE, Ingrid. Co-parenting before conception. The Low Countries approach to intentional multi-parent families, **Family & Law February**, 2018, p. 1.

47 Before the conception of the child, coparenting arrangements are made covering the role of each parent in the child's life and the division of care and financial obligations.

48 BOONE, Ingrid. Co-parenting before conception. The Low Countries approach to intentional multi-parent families, **Family & Law February**, 2018, p. 1.

49 CARVALHO, Thaís Ramos de; BARHAM, Elisabeth Joan. **Instrumentos para avaliar a coparentalidade: uma comparação de suas propriedades psicométricas**. DOI: 10.15689/ap.2016.1502.09. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos – SP, 2016, p. 208.

Aliás, os grandes grupos, fóruns e sites como “Pais Amigos” são influência direta dos meios de canais estrangeiros, que igualmente proporcionam um meio para contato e busca de interessados na coparentalidade. A título de exemplo, destacam-se os sites Modamily, PollenTree, Coparents e Co-parentmatch.

O site PollenTree conceitua a coparentalidade — ou parentalidade platônica, como costumam chamar —, como uma relação “em que duas pessoas solteiras concordam em criar um filho juntas”⁵⁰. Em qualquer uma das formas de concepção da coparentalidade, as regras tendem a ser a mesmas:

[...] sempre conheça seu “co-pai” por pelo menos um ano antes de tentar; façam aconselhamento familiar ou consultem um terapeuta juntos; redigir um acordo de paternidade (embora não seja um documento legal, é útil para um tribunal quando as coisas dão errado e é vital para tratar de questões importantes como saúde, educação, dinheiro, disciplina, nome na certidão de nascimento); converse com um advogado; integre um potencial co-pai / mãe em seu círculo mais amplo de família e amigos e encontre-se com os deles; seja honesto e aberto sobre suas esperanças e sentimentos. Sempre use inseminação artificial e faça-o com terceiros - um clínico geral ou uma clínica de fertilidade.⁵¹⁵²

O contrato, por sua vez (ou *co-parenting agreement*), deve ser claro e conter informações sobre “quaisquer processos de tomada de decisão

50 Where two single people agree to have a child and parent together. However, it can also be two couples who agree to do the same, or even a couple and a single person.

51 The general rules of the business are these: always get to know your “co-parent” for at least a year before trying; go into family counselling or see a therapist together; draw up a parenting agreement (while not a legal document, it is helpful for a court were things to go wrong, and vital for addressing key issues such as health, education, money, discipline, name on the birth certificate); talk to a lawyer; integrate a potential co-parent into your wider circle of family and friends and meet theirs; be honest and upfront about your hopes and feelings. Always use artificial insemination and do so with a third party – either a GP or at a fertility clinic.

52 CARPENTER, Louise. Meet the co-parents. **The guardian**, 15 dez. 2013. Disponível em <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/dec/15/meet-the-co-parents-modern-families>. Acesso em 26 ago. 2021.

relacionados à educação da criança, como direitos de contato, religião, escolaridade, país de residência, etc”⁵³, como acentua o site Modamily.

O site Coparent-match explica, entretanto, que os ajustes parentais — assim como um acordo regular de guarda e convivência — não são absolutos; podem ser revisados em tribunal quando necessário. Em outras palavras, “o efeito legal do seu contrato dependerá das suas circunstâncias individuais e do conteúdo do acordo”⁵⁴.

De qualquer forma, se possui o entendimento unânime de que os contratos de coparentalidade são direito preventivo em sua máxima, na medida em que facilitam eventuais discussões sobre o tema e ajudam o tribunal a compreender os objetivos e valores dos pais para com a criação dos filhos.

Vê-se, então, que a doutrina americana se encontra muito à frente da mentalidade brasileira, que ainda vem traçando seu caminho em busca da completa aceitação legal e moral no que tange à coparentalidade e o contrato de geração de filhos.

4.2 A VALIDADE JURÍDICA E O RECONHECIMENTO DO CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS

Diante da influência estrangeira — nesta pesquisa, predominantemente americana, o contrato de geração de filhos se tornou o grande trunfo à coparentalidade, sendo visto desde então como um grande avanço àqueles pais que nunca souberam, ao certo, como criar e proteger sua família fora do arranjo tradicional.

Neste contrato, estabelecem-se regras acerca do método de reprodução, o nome a ser conferido ao infante, a forma de criação e educação, a divisão de responsabilidades, regulamentação da guarda e convivência, eventual prestação de alimentos, entre outras questões. Neste ponto, Leonardo Petró de Oliveira corrobora:

53 State any decision making processes todo with the child’s upbringing such as contact rights, religion, schooling, country of residence etc.

54 The legal effect of your agreement will depend on your individual circumstances and the content of your agreement.

[...] É recomendável realizar o chamado “contrato de geração de filhos”. Ele pode ser feito de forma particular ou por escritura pública. Nele será estabelecido, como em qualquer outro tipo de relação, o registro da criança, a guarda compartilhada, direito de convivência, pensão alimentícia, dentre outros pontos que garantam os direitos da criança⁵⁵.

Embora se entenda que os métodos de reprodução via inseminação artificial e fertilização *in vitro* sejam os mais adequados à proposta da coparentalidade — que pressupõe a ausência de relacionamento amoroso —, nada impede que as partes escolham a relação sexual ou a inseminação caseira. Rodrigo Pereira confirma:

É claro que essas cláusulas contratuais poderão ser relativizadas, ou mesmo modificadas em razão de uma realidade fora do planejado ou acidentes de percurso. Não descaracteriza a coparentalidade se os parceiros fizerem “inseminação caseira”, ou mesmo tiverem relação sexual com o único fim da procriação. Essas parcerias de paternidade/maternidade se apresentam, também, como uma alternativa à geração de filhos de pai de doador anônimo e às chamadas “produções independentes”⁵⁶

É sabido que, como qualquer acordo envolvendo direito de guarda e convivência em relação a um filho, existem ressalvas a serem consideradas pelos pais, como a impossibilidade de extensão das cláusulas a todo e qualquer conflito que venha a acontecer. A saber:

Deve-se, contudo, frisar que as disposições contratuais não representam garantia absoluta contra eventuais conflitos, por exemplo, no que toca à formação moral da criança. Pode haver, em certa altura, divergência quanto à religião que será sugerida à criança.⁵⁷

55 OLIVEIRA, Leonardo Petró de. **Afinal, o que é coparentalidade?**. 2017, p. 1. Disponível em < <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/481250773/afinal-o-que-e-coparentalidade>>. Acesso em 26 ago. 2021.

56 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias ectogênicas e o contrato de geração de filhos. **Consultor Jurídico**, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>. Acesso em: 15 ago. 2021.

57 KÜMPEL, Vitor Frederico. PONGELUPPI, Ana Laura. **Coparentalidade**. Migalhas. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registrarhas/260401/coparentalidade>. Acesso em: 03 jun. 2020.

O fato de os contratos não serem absolutos não representa, todavia, qualquer empecilho aos pretensos pais. A alteração de qualquer uma das realidades parentais, somadas ao constante crescimento do infante, são alguns dos cenários que influenciam uma futura revisão do contrato — o que se faz a qualquer tempo, mediante consentimento de ambos os pais.

Para alguns autores, o contrato violaria o melhor interesse da criança, diante de uma negociação jurídica exclusiva sobre os interesses parentais. Segundo Danilo Vieira, por exemplo, o contrato “busca dispor daquilo que é simplesmente indisponível, intangível e personalíssimo: os direitos e deveres de filiação e o direito de personalidade do filho”. A crítica é, portanto, em relação ao “desencantamento e a instrumentalização das relações familiares, [...] sob a justificativa contraditória e rasa da defesa da dignidade e felicidade”⁵⁸.

Nesse contexto, entende Regina Beatriz Tavares da Silva que o contrato é “imposto pelo capricho egoísta de seus genitores, como se seus infortúnios fosse um preço pequeno a pagar pela autossatisfação de seus genitores”⁵⁹.

Por outro lado, reitera a corrente divergente que o contrato de geração de filhos concede segurança jurídica à nova feiformação familiar. Com razão, tal insistência. Isso porque, de acordo com Dayanne Veras⁶⁰, “haverá de ter indícios de uma postura a ser assumida, inclusive ao tocante de boa-fé, segundo aduz o artigo 422⁶¹, do Código Civil”. Ademais, o *codex* prevê em seu artigo 104⁶² que um contrato deve ser celebrado por pessoas capazes (os pais), com objeto lícito (concepção e criação do fi-

58 VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir) resistível: a (des)caracterização da união estável. *ADFAS*, São Paulo, 7 jan. 2021. Disponível em: <http://adfas.org.br/2021/01/07/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade-irresistivel-a-descaracterizacao-da-uniao-estavel/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

59 SILVA, Regina Beatriz Tavares. Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <http://adfas.org.br/2017/08/03/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em 26 ago. 2021.

60 VERAS, Dayanne Mendes. **Coparentalidade e a validade jurídica do contrato de geração de filhos**. Anais do 17 Simpósio de TCC e 14 Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019; p. 490.

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

62 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

lho), em forma prescrita ou não defesa em lei — exatamente como ocorre no caso em apreço.

Até porque, o contrato de coparentalidade se reveste da validade jurídica necessária “por ter como referência a relação de constituir família”⁶³. Ora, é evidente que, até o momento, inexistente regulamentação sobre o tema; no entanto, o Direito de Família regula-se, em essência, pela realidade social. É ela que dará corpo e vida ao que, posteriormente, será ajustado por meio de leis e julgados.

Disso se infere a impossibilidade de o Poder Público reprimir uma realidade já observada no país – sobretudo quando ela se dá por influência estrangeira sedimentada —, sob a justificativa de ausência dos requisitos formais ou legais para tanto. É certo que a sociedade caminha mais rápido que o Direito, não havendo razão para impedir as transformações sociais que ocorrem, ainda que em velocidade superior às propostas legislativas.

Tem-se, então, que o contrato de coparentalidade tenta regular uma realidade já vivenciada pela sociedade, de modo a garantir a autonomia privada das partes pactuantes, que “constitui a liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses”⁶⁴.

Nesta senda, “o contrato de concepção de filhos é um instrumento jurídico essencial para se constituir uma família”⁶⁵, ainda que esta não seja a família brasileira que tradicionalmente se espera. São os pré-conceitos enraizados que impedem um olhar profundo e pragmático acerca da evolução da sociedade como pertencentes de um seio familiar em constante evolução.

O fato de inexistir instrumento jurídico que corrobore o contrato de geração de filhos não impede a realidade de acontecer e, a coparentalidade, de existir. São inúmeros os exemplos observados no Brasil de casos em que o Direito de Família precisou se adaptar à sociedade e as relações dela originadas. Basta observar a união estável, cuja regulamentação foi concretizada somente em 1988, décadas após sua verificação de fato.

63 VERAS, Dayanne Mendes. **Coparentalidade e a validade jurídica do contrato de geração de filhos**. Anais do 17 Simpósio de TCC e 14 Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019; p. 490.

64 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único/Flávio Tartuce- 8. Ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 653.

65 VERAS, Dayanne Mendes. **Coparentalidade e a validade jurídica do contrato de geração de filhos**. Anais do 17 Simpósio de TCC e 14 Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019; p. 490.

Cenário similar se observa com o contrato de namoro, que por muito tempo foi (e ainda é) julgado como um “aborto jurídico”. Embora ainda careça de regulamentação legal, vem se firmando como um importante elemento à efetivação da autonomia da vontade, para verificação da intenção de constituir família. Sobre isso, Marília Xavier⁶⁶ afirma o seguinte:

Com efeito, entre o que consta no documento e o desenvolvimento no plano fático, deve prevalecer o segundo. No entanto, não há razão justificável para previamente imputar às partes o ânimo de fraude à lei. Frise-se que no direito pátrio vigora o princípio da presunção da inocência.

Daí, portanto, a necessidade de reconhecimento de influência da sociedade nas relações familiares. Em acertado argumento, Maria Berenice Dias⁶⁷ é assertiva ao afirmar que “a justiça precisa perder a mania de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos”, sobretudo em razão de potencial preconceito. Para a autora, todas as relações afetivas, independentemente de grau e gênero, devem ser incluídas no conceito de entidade familiar.

O principal problema — objeto desta pesquisa — é a inclusão, neste contrato já polêmico, de cláusulas que digam respeito a eventual caracterização de união estável. Este é um conflito observado pelos autores que entendem pela invalidade jurídica do contrato, por entenderem o “afã de se distanciar da união estável e de seus efeitos patrimoniais (inter vivos ou sucessórios) e extrapatrimoniais (como o dever de alimentos)”⁶⁸.

66 XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 127 f. 2011, p. 97. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná.

67 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias- 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 85.

68 VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir) resistível: a (des)caracterização da união estável. **ADFAS**, São Paulo, 7 jan. 2021. Disponível em: <http://adfas.org.br/2021/01/07/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade-irresistivel-a-descaracterizacao-da-uniao-estavel/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

4.3 COPARENTALIDADE VS UNIÃO ESTÁVEL: O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

Muito vem se discutindo, a partir da utilização corrente do contrato de geração de filhos, quanto à existência de um possível conflito entre a coparentalidade e a união estável, na medida em que ambos pressupõem a intenção de constituir família — requisito principal, inclusive, para configuração da convivência.

Pode-se dizer, também, que ambos são calcados no afeto, ainda que em viés diverso. Nas duas situações, os sujeitos compartilham considerável intimidade. Como pais, dividem direitos, deveres e responsabilidades. Ambos publicizam uma relação de cooperação e proximidade, alimentada em muito pela aliança parental. Mas como racionalizar uma questão de foro tão íntimo?

São essas questões que assombram famílias coparentais: o fato de o compartilhamento e convivência diários, que caracterizam o novo paradigma familiar e sua publicidade, sejam “identificados como uma união estável, diante da pobreza dos requisitos legais deste tipo de família, em que não se exige sequer coabitação ou unicidade domiciliar para a sua configuração”⁶⁹.

Um caso bastante difundido nos últimos anos diz respeito ao falecido apresentador de TV, Antônio Augusto Moraes Liberato (Gugu), que acendeu calorosas discussões sobre o seu modelo familiar, composto por si próprio (na qualidade de pai), Rose Miriam (a mãe) e três filhos gerados por meio de método de reprodução assistida.

Na situação em comento, Gugu e Rose Miriam firmaram “compromisso conjunto para a criação de filhos” em momento posterior ao nascimento dos filhos⁷⁰, no qual dispuseram sobre o artifício utilizado para reprodução (inseminação artificial), a guarda e a convivência dos filhos. Ainda, estabeleceram prestação de alimentos devida pelo pai em

69 VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir) resistível: a (des)caracterização da união estável. **ADFAS**, São Paulo, 7 jan. 2021. Disponível em: <http://adfas.org.br/2021/01/07/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade-irresistivel-a-descharacterizacao-da-uniao-estavel/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

70 O nascimento dos três filhos de Gugu e Rose Miriam ocorreu em 2001 e 2003; o contrato, por sua vez, restou assinado em 2011.

favor dos filhos e da mãe (muito embora inexistisse, na prática, qualquer relação conjugal entre ambos).

O contrato ainda previu uma cláusula — a principal sob o viés da coparentalidade —, dispondo que “mesmo porque as crianças nasceram por deliberação de ambos, mediante inseminação, apenas vincularam-se por respeito e amizade, ligados tão somente como pais, e, portanto, responsáveis pelo bem-estar dos seus filhos”.

A existência do referido pacto não foi suficiente, no entanto, à resolução dos conflitos sobrevindos quando do falecimento do apresentador. Com a abertura do testamento, verificou-se que Gugu dispôs da parte disponível de seu patrimônio em favor dos filhos e sobrinhos, em nada contemplando Rose Miriam. Embora este seja mais um indício da coparentalidade e ausência de conjugalidade entre ambos, Rose Miriam ajuizou ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, na tentativa de ver reconhecida suposta relação com o apresentador.

À ocasião, Rose alegou a presença dos requisitos caracterizadores da convivência pública e duradoura, com o intuito de constituição de família, por todo o tempo que conviveram em conjunto. Anexou documentos (como cartas trocadas entre os dois), que comprovariam a natureza do relacionamento.

Embora o processo esteja protegido sob o manto do segredo de justiça, tem-se conhecimento de decisão monocrática proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 07/02/2020, na qual o eminente Desembargador Relator rechaçou — ao menos por ora — os indícios da suposta união aventada por Rose:

Importante notar que, do documento de fls. 32/33, não exsurge, ao menos em análise perfunctória, a existência de relação estável entre o de cujus e a recorrida, pois o contrato nele contido tem por escopo apenas uma união de propósitos com o fim de criação de filhos comuns, sem coabitação e intenção pré-definida de conversão dessa união em casamento, como referido na Constituição Federal (artigo 226, § 3º), tanto que, na cláusula 10 da mencionada avença consta expressamente que os contratantes apenas vincularam-se por respeito e amizade, ligados tão somente como pais (fl. 33)⁷¹.

71 Trecho extraído da decisão monocrática proferida no agravo de instrumento protegido sob segredo de justiça — disponível na página 685 do Diário de Justiça do Estado de São Paulo (DJSP), Caderno Judicial - 2ª Instância -, disponibilizado em 7 de fevereiro de 2020.

Registra-se que os pormenores do caso ora apresentado não são imprescindíveis à conclusão desta pesquisa; não se busca fazer o papel do magistrado encarregado pelo julgamento do processo, tampouco julgar fatos e provas tiradas de seu contexto, sem conhecimento do inteiro teor dos autos. No entanto, o que se pretende demonstrar é que embora o contrato não tenha caráter absoluto na esfera jurídica, certamente serve como elemento para o afastamento da união estável, porquanto traduza a vontade de ambas as partes no que tange à natureza da relação.

Traz, portanto, uma melhor compreensão sobre a definição da família que, àquele momento, optou por pactuar a subjetividade de sua relação. É o exemplo mais cristalino de como uma família conjugal pode (e deve) se dissociar de uma família parental.

E, diante da pobreza de requisitos para configuração da união estável — que certamente devem ser revistos, sob pena de se permitir número cada vez maior de contratos com a finalidade de remediar a superficialidade do instituto —, vê-se que inexiste maneira mais segura do que a pactuação de um contrato de geração de filhos.

Embora não se tenha um arcabouço doutrinário extenso sobre o tema, pode-se correlacionar, por analogia, o contrato de geração de filhos com o contrato de namoro. Nos dois casos se questiona a intenção das partes de pactuarem sobre afastamento de eventual união estável:

Alegam estes autores que o contrato de namoro seria uma figura inócua por ser eivada de nulidade. Isso porque, conforme o artigo 166, inciso VI do Código Civil, o negócio jurídico em apreço teria por objeto fraudar lei imperativa (no caso, a constituição de união estável). Convém esclarecer que se trata de uma posição maniqueísta, a qual apregoa que sempre haverá expressiva incongruência entre o que foi avençado e a realidade.⁷²

Não se olvida que “entre o que consta no documento e o desenvolvimento no plano fático, deve prevalecer o segundo”⁷³; no entanto, é evidente que os contratos (seja de namoro ou de geração de filhos) ates-

72 XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 127 f. 2011, p. 97. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná.

73 XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 127 f. 2011, p. 97. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná.

tam, em sua máxima, que em algum momento aquela foi a realidade fática observada e firmada pelas partes contratantes.

Nesse sentido que o contrato de geração de filhos nasce como um respiro aqueles que inspiram por uma garantia jurídica semelhante àquela conferida pelo Poder Público com as demais entidades familiares:

Diante de uma possível confusão, nada melhor que facultar às próprias partes a regulamentação jurídica de um assunto tão íntimo. O exercício dessa pactuação garantiria, em última instância, um relacionamento mais sadio, tendo em vista que possíveis desconfianças restariam afastadas.⁷⁴

Isso se dá muito em razão da “extensa zona de penumbra que norteia o conceito jurídico da união estável, sua natureza jurídica e seus requisitos de constituição”. Para a autora, a controvérsia cinge-se “no fato de o instituto da união estável ter ganhado tentáculos tão extensos e numerosos a ponto de levar o ordenamento jurídico a promover a criação de instrumentos para evitar sua configuração”⁷⁵.

Conforme esclarecido em oportunidades anteriores, é evidente que o contrato não proíbe ou rechaça um relacionamento futuro dentre os adultos que se unem à coparentalidade. Ora, nada impede que as partes se conheçam melhor e criem laços maiores do que apenas o parental — até porque, sabe-se que inexistente maior conexão do que a criação conjunta de uma vida, que perdurará possivelmente até o fim de suas vivências.

Neste caso, porque não ajustar uma cláusula no próprio contrato de geração de filhos, prevendo que na hipótese de o relacionamento coparental progredir para a condição de união estável, passível de gerar efeitos patrimoniais, será regido pelo regime da separação total de bens — se assim as partes entenderem?

De todo modo, fato é que a proibição do referido pacto, sob a falsa premissa de que todas as famílias coparentais irão, algum dia, se tornar conjugais, viola todos os preceitos constitucionais envolvidos pela dignidade humana.

74 XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 127 f. 2011, p. 97. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná.

75 XAVIER, Marília Pedroso. O direito fundamental ao planejamento familiar. In: **Migalhas**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/340315/o-contrato-de-namoro-e-um-aborto-juridico> >. Acesso em 24 de ago. 2021.

O que se pretende com a presente pesquisa é consignar que, para aqueles pais que decidem pela coparentalidade e não possuem a pretensão de investir em uma relação conjugal, exista o mínimo de proteção jurídica.

O mais importante, portanto, é a garantia da pluralidade das entidades familiares, do planejamento familiar e, principalmente, da liberdade contratual e autonomia de vontade das partes, que será plenamente efetivada com o contrato de geração de filhos.

5 CONCLUSÃO

A repersonalização do Direito de Família, causada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, significou, dentre muitas questões, a pluralidade das entidades familiares. Algumas relações já existentes, como a união estável, só foram devidamente reconhecidas. Outras, como a coparentalidade, surgiram recentemente, por uma demanda da sociedade, e ainda carecem da devida regulamentação legal.

A família coparental pressupõe a ausência de conjugalidade entre pais, cujo único objetivo se reveste na reprodução e criação conjunta de um filho. No entanto, por carecer de regulamentação legal, o contrato de geração de filhos se sobressai como uma garantia jurídica.

O revestimento dos princípios no contrato apoia-se no simples fato de que os pretendidos pais podem decidir livremente, e de forma responsável, de que forma exercerão a parentalidade e sob quais condições. A ausência de conjugalidade é uma delas.

Embora se entenda a polêmica em torno de uma relação tão recente e atípica, o contrato de geração de filhos visa garantir a estabilidade da família coparental, junto ao melhor interesse e a integridade física e psíquica da criança, ao mesmo tempo que fornece proteção aos pais a proteção jurídica de que sua relação parental não será confundida com a união estável, sobretudo diante da pobreza de requisitos desta última entidade.

Ainda que se possa alegar uma aparente problemática — a união estável não pode ser pactuada, porquanto seja um ato-fato jurídico, reconhecido no plano fático —, é evidente que o contrato visa criar um artifício, um elemento da vontade das partes no momento em que firmaram o referido contrato, não podendo ser olvidado pelo Poder Legislativo e Judiciário.

Desta forma, é possível verificar que o contrato reflete uma ponderação de valores constitucionais, na medida em que garante a efetivação da dignidade humana, do planejamento familiar e da autonomia de vontade das partes, e, ainda assim, permite o debite fático de eventual união estável, sobretudo porque esta é calcada pelo ato-fato jurídico.

REFERÊNCIAS

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de derecho de familia. **Tomos I y II. Ciudad de Buenos Aires**, v. 7, 2004.

BOONE, Ingrid. Co-parenting before conception. The Low Countries approach to intentional multi-parent families', **Family & Law February**, 2018.

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

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 09 mai. 2018.

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.html. Acesso em: 09 mai. 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; DALLABRIDA JUNIOR, César. A coparentalidade e sua aplicabilidade no Direito Internacional Privado. In: **Direito de família e das sucessões**. Organização CONPEDI. Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/Hr33pT5f9t1552m4.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

CARPENTER, Louise. Meet the co-parents. **The guardian**, 15 dez. 2013. Disponível em <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/dec/15/meet-the-co-parents-modern-families>. Acesso em 26 ago. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Thaís Ramos de; BARHAM, Elisabeth Joan. **Instrumentos para avaliar a coparentalidade: uma comparação de suas propriedades psicométricas**. DOI: 10.15689/ap.2016.1502.09. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos – SP, 2016.

CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?** Biodireito, organização CONPEDI/UNINOVE; Monica Neves Aguiar da Silva, Wilson Engelmann. (Coords.). Florianópolis: FUNJAB, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias-13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **No curso de direito civil: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

KÜMPEL, Vitor Frederico. PONGELUPPI, Ana Laura. **Coparentalidade**. Migalhas. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/260401/coparentalidade>. Acesso em: 03 jun. 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. 4 ed. São Paulo, Editora: Saraiva, 2004.

LOPES, Renan Kfuri. *Coparentalidade: Um novo modelo familiar que se aproxima*. 2018. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/coparentalidade-um-novo-modelo-familiar-que-se-aproxima/>. Acesso em: 12 out. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MENEZES, Larissa Pacheco. Evolução Histórica da Família. *In: Viajus*: portal eletrônico de informações, s.d. 2008.

OLIVEIRA, Alana Lima de. A relação entre os sexos na modernidade e o direito ao livre planejamento familiar. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 16, n. 92, out./nov. 2015, p. 25-39.

OLIVEIRA, Leonardo Petró de. **Afinal, o que é coparentalidade?**. 2017. Disponível em <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/481250773/afinal-o-que-e-coparentalidade>. Acesso em 26 ago. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias ectogênicas e o contrato de geração de filhos. **Consultor Jurídico**, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>. Acesso em: 15 ago. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar. **Consultor Jurídico**, 13 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>. Acesso em: 15 ago, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

POLLENTREE Co-parenting. What is Co-Parenting? **Pollentree.com**. Disponível em: <https://www.pollentree.com/coparenting>. Acesso em 26 ago. 2021.

SCHNEIDER, Taline. A primeira rede social para quem quer ter filho. **Pais amigos**. 11 nov. 2017. Disponível em: <https://paisamigos.com/pais-amigos-e-a-primeira-rede-social-do-brasil-para-quem-quer-ter-filho/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <http://adfas.org.br/2017/08/03/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em 26 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único/Flávio Tartuce- 8. Ed. ver, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VERAS, Dayanne Mendes. **Coparentalidade e a validade jurídica do contrato de geração de filhos**. Anais do 17 Simpósio de TCC e 14 Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019; p. 484-493.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. O contrato de coparentalidade e a finalidade (ir)resistível: a (des)caracterização da união estável. **ADFAS**, São Paulo, 7 jan. 2021. Disponível em: <http://adfas.org.br/2021/01/07/o-contrato-de-coparentalidade-e-a-finalidade-irresistivel-a-descaracterizacao-da-uniao-estavel/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 127 f. 2011. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná.

XAVIER, Marília Pedroso. O direito fundamental ao planejamento familiar. In: **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/340315/o-contrato-de-namoro-e-um-aborto-juridico>. Acesso em 24 de ago. 2021.



DOAÇÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE: LIMITES E POSSIBILIDADES

Franciele Barbosa Santos¹

Isabela Nabas Schiavon²

1 INTRODUÇÃO

Dentre dos direitos da pessoa humana, é garantido de forma constitucional o direito à propriedade. O homem, portanto, é livre para adquirir, usar e dispor de seus bens, conforme apregoa o artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. Da mesma forma em que é assegurado ao homem o direito de propriedade, também lhe é garantido constitucionalmente o direito de herança, nos termos do artigo 5º, inciso, XXX.

A doação é um instrumento pelo meio do qual o proprietário do bem, por liberalidade, transfere seu patrimônio, bens ou vantagens para outra pessoa, tendo como basilar a sua vontade de doar. Nesse sentido,

- 1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vinculada ao projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”. Advogada. E-mail: francielebs3097@gmail.com/francielebarbosa.santos@uel.br
- 2 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, vinculado ao CNPq, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano. Advogada. E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com.

configura parte da liberdade do proprietário de dispor como melhor entender de seus bens.

Entretanto, o exercício dessa liberdade não é irrestrita, devendo o doador observar os limites legais fixados no ordenamento pátrio, sob pena da doação ser considerada nula, anulável ou inoficiosa. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a doação entre ascendente e descendente, suas possibilidades e limitações. Nesse ínterim, a problemática da pesquisa fundamenta-se em investigar as balizas da doação inoficiosa e da doação sucessiva, bem como a viabilidade da doação no planejamento sucessório.

A pesquisa apresenta relevância, principalmente pelo contrato de doação ser amplamente utilizado atualmente e ainda pairar dúvidas quanto as suas possibilidades. Como metodologia, utilizou-se o método dedutivo e pesquisa documental – legislativa e doutrinária –, tendo como referenciais teóricos Pablo Stolze Gagliano, Paulo Lôbo, Flávio Tartuce e Pontes de Miranda.

Para tanto, a fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho foi dividido em quatro partes. A primeira abordará os aspectos gerais da doação, a segunda os limites da doação, a terceira abordará a doação inoficiosa e, por fim, a última parte trará a doação como forma de planejamento sucessório, bem como a necessidade ou não de colação.

2 ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA DOAÇÃO

O homem é um ser dotado de direitos e deveres conferidos pelo ordenamento pátrio. Dentre os direitos atribuídos à pessoa, além dos direitos da personalidade, tem-se o direito de cunho econômico e entre eles o direito patrimonial. É assegurado à pessoa o livre exercício da autonomia privada e nesse sentido pode-se afirmar que o direito à disposição patrimonial configura o exercício da autonomia privada.

Ressalta Pablo Stolze Gagliano que o exercício da autonomia privada possui estreita correlação com o contrato de doação, já que pelo contrato de doação a pessoa exerce verdadeira faculdade de disposição

sobre o bem.³ Assim, ao transferi-lo gratuitamente exerce seu grau máximo de disposição da propriedade.

O contrato é de suma importância para as relações patrimoniais, uma vez que por meio dele é possível que as pessoas harmonizem seus interesses, podendo adquirir bens ou serviços e firmar compromissos que têm como basilar o exercício da autonomia privada pelas partes. O contrato, portanto, pode ser definido como “[...] espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes”⁴

Por sua vez o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico e tem como elemento nuclear a declaração expressa de vontade que irá produzir efeitos dentro de certas limitações trazidas pelo ordenamento pátrio. Leciona Marcos Bernardes de Mello que a manifestação de vontade no negócio jurídico possui suporte fático na realidade e visa produzir efeitos predeterminados pelo ordenamento ou aqueles livremente combinados pelas partes.⁵

A doação está prevista no artigo 538 e seguintes do Código Civil brasileiro como “[...] o contrato em que uma pessoa por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”⁶. Traz Paulo Lôbo que a redação trazida pelo Código Civil atual reforça a sua natureza jurídica de contrato o qual apenas se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao donatário.⁷

A liberalidade exteriorizada pelo contrato deve ser analisada a partir do direito de propriedade e tal exercício é tão relevante que já houve doutrinadores que negavam a natureza jurídica de contrato por afirmarem que o donatário não manifestaria vontade contraposta e, dessa forma, não poderia ser considerado contrato por se dar de forma unilate-

3 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*, n.p. 1.14.

4 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. *E-book*, n.p. 1. 23.

5 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 184.

6 BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

7 LÔBO, Paulo. **Comentários ao código civil**: parte especial: das várias espécies de contratos. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 273.

ral. A liberalidade ora mencionada, possui estreita relação com as características de gratuidade e unilateralidade.⁸

Entretanto, predomina o entendimento que a doação possui natureza jurídica contratual, isso porque há a necessidade de aceitação pelo donatário. Ressalta-se, contudo, que o aspecto subjetivo do contrato de doação é a vontade do doador de dispor livremente de seu bem em favor de terceiro. Nesse sentido, o contrato de doação se diferencia do contrato de compra e venda no qual os *animus* são antagônicos, ou seja, uma parte tem o intuito de vender o bem e a outra de adquirir.⁹

A doação, conforme leciona Paulo Lôbo, é contrato real que se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao donatário e ressalta que para passar pelos planos de existência, validade e eficácia, não basta o ânimo de doar, mas a entrega da coisa. Salienta, ainda, que por ser gratuito e unilateral, não pode o donatário, em caso de inadimplemento do doador, ter alguma pretensão, pois somente assim seria possível se a doação configurasse como obrigação de dar.¹⁰

Ainda, traz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que a doação possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral gratuito e causal, uma vez que a causa está na liberalidade. Salienta que o negócio jurídico é bilateral, mas que o contrato, exteriorização do negócio jurídico, é unilateral, ou seja, somente há uma prestação, a do doador.¹¹

Para Orlando Gomes a “doação é, pois, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade para o patrimônio da outra, que se enriquece na medida em que aquela empobrece”.¹² Nesse sentido, tem-se a necessidade de nexo causal entre a atitude de doar e conseqüente empobrecimento do doador e o enriquecimento do donatário. Ressalta-se que na doação o *animus* predominante é o do doador e para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda o propósito de enriquecer do donatário não é essencial.¹³

8 GAGLIANO, 2021, n.p. l. 14.

9 Ibidem.

10 LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

11 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012a. Tomo XXXVIII, n.p. l. 62.

12 GOMES, 2007, n.p. l. 272.

13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012b. Tomo XLVI, n.p. l. 275.

No Código Civil brasileiro o contrato de doação está disposto no livro I da parte especial, no capítulo IV do título VI o qual é intitulado como “das várias espécies de contratos”. Os contratos em nosso ordenamento pátrio podem ser típicos ou atípicos. Os primeiros compreendem aqueles reconhecidos formalmente pelo legislador e o segundo aquele que não possui previsão expressa na legislação e são livremente elaborados desde que não contrarie disposição legal expressa.¹⁴

Nesse sentido, pode-se afirmar que o legislador elencou a doação como um contrato e da mesma maneira leciona os doutrinadores citados alhures. Nesse ínterim, antes de adentrar nas características da doação, conclui-se que na sua origem a doação possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, mas que se exterioriza por um contrato unilateral, o qual é um contrato típico, uma vez que possui previsão legal.

Além da unilateralidade, já que o contrato pressupõe obrigação somente para uma das partes, outra característica da doação é o formalismo cuja exigência está expressa no artigo 542 do Código Civil pátrio o qual apregoa que a doação se fará por escritura pública ou instrumento particular. Insta salientar que no ordenamento brasileiro vige a liberalidade das formas, ou seja, predomina a inexigência de forma específica para a realização de negócios, entretanto pode o legislador prescrever determinada forma como requisito de validade, como é no caso da doação.

Referido pressuposto possui uma exceção elencada no parágrafo único do artigo 542 do Código Civil o qual reza que a doação poderá ser verbal desde que verse sobre bens móveis e de pequeno valor, além da necessidade de ser efetivado a imediata tradição do bem. Nesse sentido, tem-se a doação natural. Salienta Pablo Stolze Gagliano que por “pequeno valor” seria o bem que não superasse o valor do salário-mínimo.¹⁵

Outra importante característica do contrato de doação é o *animus donandi* que pode ser conceituado como o propósito de beneficiar patrimonialmente o destinatário da doação. Além disso, o *animus donandi* não se confunde com a renúncia abdicativa de um bem, a qual não possui beneficiário certo ou determinado.¹⁶ No mais, a doação se ca-

14 LÔBO, 2011, p. 98-99.

15 GAGLIANO, 2021, n.p.l. 18-19.

16 Ibidem, n.p.l. 19.

racteriza pela gratuidade, uma vez que uma das partes recebe benefício patrimonial diante da liberalidade de outrem.¹⁷

Por ser negócio jurídico bilateral na sua origem, somente após a manifestação da outra parte é que se dará origem ao contrato. Dessa forma, pode o doador estipular prazo para a resposta do beneficiário da doação, sob pena de ocorrer a aceitação tácita, conforme apregoa o artigo 539 do Código Civil. Ressalta-se que, no que tange quanto ao silêncio configurar a aceitação e conseqüente efeito aquisitivo, configura uma situação peculiar em nosso ordenamento, isso porque normalmente o silêncio por uma das partes nada configura.¹⁸

A ausência de manifestação do donatário, ou seja, o seu silêncio, entretanto, não pode ser confundido com a aceitação tácita, pois nesta o donatário age de forma que aceita a doação, podendo limpar o bem, dar manutenção, fazer melhorias, entre outras coisas. Assim, a aceitação da doação poderá se dar de forma expressa, tácita ou presumida.¹⁹

Por fim, importante salientar que a lei dispensa a capacidade do donatário como requisito de validade da doação. Nesse sentido o artigo 543 do Código Civil traz que se dispensa o aceite quando a doação se der para absolutamente incapaz, desde que se trate de doação pura, ou seja, aquela que não possui qualquer encargo, termo ou condição futura. No caso de doação à nascituros, o aceite deverá ser dado pelo seu representante legal, nos termos do artigo 542 do Código Civil. O doador, entretanto, deverá ser pessoa capaz, além de não poder incidir em impedimentos específicos a depender da situação, podendo caracterizar o que a doutrina chama de ilegitimidade.

3 DOAÇÃO E SEUS LIMITES

A doação consiste numa parcela de liberalidade de disposição patrimonial do autor que no exercício da sua autonomia privada dá o destino que deseja aos seus bens. Contudo, tal liberdade não é irrestrita ou imoderada e possui limites legais para a sua configuração.

17 Ibidem.

18 GAGLIANO, 2021, n.p. l. 23.

19 Ibidem.

Antes de mais nada insta salientar que a doação não poderá adentrar na legítima reservada aos herdeiros necessários, uma vez que o artigo 1.846 do Código Civil preceitua que metade dos bens da herança pertencem aos herdeiros necessários, constituindo a legítima. Assim, o autor da herança somente poderá dispor da metade de seus bens, sob pena de ser considerado uma doação inoficiosa. Referida aferição deverá ser feita no momento da doação, ou seja, quando da doação deverá auferir se o montante doado não ultrapassa a parte disponível.

O artigo 549 do Código Civil reforça tal proibição prevendo que é nula a doação quanto à parte que exceder a que o doador poderia dispor em testamento. Se computam, a fim de averiguar a disponibilidade, todas as doações feitas e todas que excederem a parte disponível são consideradas nulas. Ressalta-se que não se computa as doações feitas ao tempo em que o doador não possuía herdeiros necessários.²⁰

Ainda, o Código Civil em seu artigo 548 proíbe a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para subsistência do doador, tornando a doação nula. Entende-se como bens suficientes para a subsistência do doador como aquele que baste para a sua subsistência, da sua família e de seus dependentes.²¹ Salienta o autor que quem doa o seu único bem, mas se reserva o usufruto, não infringe a disposição do artigo 548 do Código Civil, uma vez que referido bem pode ser suficiente para a subsistência do doador.²²

Outra disposição que vem a limitar o exercício da autonomia privada pelo autor da herança é quanto a doação de pai para filho, e entre os cônjuges, a qual consistirá adiantamento da herança que lhe cabe, previsto no artigo 544 do Código Civil. Nesse sentido, o legislador visou diminuir as disparidades entre os herdeiros necessários quando da abertura da sucessão, devendo os beneficiários exercer a colação. Assim, tem-se que:

O legislador pátrio cuidou das restrições à liberdade de testar quando declara como nula a doação universal, abrangendo todos os bens, em seu art. 548, conforme já mencionado acima e quando trata da doação inoficiosa, em seu art. 549, qual seja, aquela que excede a parte disponível caso existam herdeiros necessários, invadindo-se a legítima. Essa restrição também existe quando se

20 MIRANDA, 2012b, n.p. l. 333.

21 Ibidem, n.p. l. 329.

22 Ibidem, n.p. l. 330.

prejudica credores (art. 158 do Código Civil) e quando feita por cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550, CC).²³

Salienta Paulo Lôbo que a decisão tomada pelo legislador de a doação para descendente e cônjuge configurar adiantamento da herança não foi a mais adequada, além do mais o doador pode dispensar o donatário da colação mediante cláusula expressa no instrumento da doação, nos termos do artigo 2.006 do Código Civil. Assim, não se trata de norma cogente mesmo diante da redação que foi dada no artigo, permitindo disposição em contrário.²⁴

Ainda, tem-se que os efeitos do adiantamento da legítima somente atingem as doações de ascendentes para descendentes, de forma que mesmo que os ascendentes do autor da doação sejam considerados herdeiros necessários, a eles não restou imposto a restrição do artigo 544 do Código Civil, assim a doação de descendente para ascendente não configura adiantamento da legítima.

O legislador, ao prever todas as restrições no direito de doar do autor da herança pretende resguardar os herdeiros legítimos quanto ao conforto patrimonial, garantindo-lhes parcela mínima no patrimônio do autor da herança. Nesse ínterim, vislumbra-se verdadeira influência do Direito Constitucional no Direito Privado ao limitar a autonomia do testador.²⁵

Por fim, ainda é possível que se insira no contrato de doação cláusula de reversibilidade. Referida cláusula tem por objetivo limitar os efeitos da doação e possui como sustento a previsão contida no artigo 547 do Código Civil o qual apregoa que o doador pode estipular que os bens doados retornem ao seu patrimônio no caso de o donatário falecer antes do doador.

Supracitada cláusula poderá ser aplicada em qualquer espécie de doação, e trata-se de condição resolutiva, ao passo que o contrato não subsiste na hipótese de o doador sobreviver ao donatário. Nesse sentido, a morte do donatário é a causa da reversão. Leciona Paulo Lôbo que a reversão se dá de forma automática e que o doador readquire a titularidade do bem.²⁶

23 PAIANO, Daniela Braga. Doação: aspectos gerais e doação entre ascendente e descendente. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 111, p. 427-447, jan./dez. 2016, p. 433-434.

24 LÔBO, 2011, p. 311.

25 PAIANO, 2016, p. 440.

26 LÔBO, op. cit., p. 302.

Entretanto, caso o bem já tenha sido alienado pelo donatário a terceiro de boa-fé, ressalta o autor que, a cláusula de reversão não produzirá efeitos por perda do objeto. Mas caso reste comprovado que o bem ora alienado foi convertido em outro, sobre este caberá a reversão.²⁷

Ainda, o parágrafo único do artigo 547 do Código Civil preceitua que a cláusula de reversão não poderá se dar em favor de terceiro, assim somente será possível a reversão em favor do próprio doador, reforçando o caráter *intuitu personae* da cláusula a qual proíbe a doação sucessiva.

Assim, observa-se que a doação é um meio de exteriorização da vontade do titular do patrimônio quanto a destinação de seus bens ainda em vida. Entretanto, vislumbra-se que referida disposição não é absoluta ou irrestrita, devendo no ato da doação o autor da herança observar as disposições legais do ordenamento pátrio sob pena de tal doação ser considerada nula, anulável ou inoficiosa.

4 DOAÇÃO INOFICIOSA

A doação inoficiosa é entendida como ato de liberalidade do doador, por meio do qual ele ultrapassa o limite legal de disposição do seu patrimônio, qual seja a legítima dos herdeiros necessários, que corresponde a cinquenta por cento da totalidade do patrimônio do doador. Assim, a parte excedente do patrimônio que foi doado é considerada nula.

A razão para o impedimento da doação da totalidade do patrimônio, seja em vida ou em testamento, tem como fundamento a garantia e tutela dos herdeiros necessários à legítima, em respeito ao princípio da solidariedade familiar e da igualdade dos quinhões hereditários.

Os herdeiros necessários, conforme o artigo 1.845, do Código Civil, são os descendentes, ascendentes e cônjuges, todavia, com a equiparação da união estável ao casamento para fins sucessórios, por meio da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, pelo

27 Ibidem.

Supremo Tribunal Federal, atualmente existe entendimento no sentido de o companheiro também vir a compor o rol de herdeiros necessários.²⁸

Entretanto, o presente estudo tem como objeto a doação de ascendente para descendente, que é vista como adiantamento da herança, ou seja, como uma forma de adiantamento dos bens que futuramente iriam ser transmitidos aos descendentes quando do falecimento do doador.

Essa parte da doação que excede a legítima é denominada de doação inoficiosa, passível de nulidade. Questiona-se, então, qual seria o momento de se considerar o valor da doação para com a totalidade da legítima? Nos termos do artigo 549 do Código Civil, a doação da parte excedente é considerada nula no momento da liberalidade da disposição do bem, no mesmo sentido, o artigo 2.007 da legislação civil aponta que a doação em excesso poderá ser reduzida tendo em vista o excesso que se doou sobre o que poderia dispor o doador no momento da liberalidade.

Ainda para esclarecer, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal aduz que “o excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade”.²⁹

Nessa conjuntura, verifica-se como limite da disposição patrimonial em sede de doação, o valor dos bens a serem considerados no momento da liberalidade, isto é, no ato da doação, e não posteriormente, quando do falecimento do doador, na abertura da sucessão, uma vez que até que tal fato ocorra, o patrimônio do doador pode ter alterado substancialmente.

Isso posto, e tendo visto que a doação excedente é nula (art. 549, CC), cabe ação de nulidade de doação inoficiosa, a fim de que se restitua o valor excedente para que volte a compor a legítima. Nesse sentido preceitua Pontes de Miranda ao dispor sobre a nulidade da doação inoficiosa, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, cuja redação se manteve no Código atual, afirmando que o artigo 1.176, do Código Civil anterior, é regra jurídica de nulidade, razão pela qual a pretensão não prescreve.³⁰

Em se considerando a doação inoficiosa como nula, por conseguinte, conclui-se que, por sua natureza, é também imprescritível. Ocorre

28 TARTUCE, Flávio. **Doação inoficiosa e o prazo para a ação de redução**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1570/Doa%C3%A7%C3%A3o+inoficiosa+e+o+prazo+para+a+a%C3%A7%C3%A3o+de+redu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 set. 2021.

29 BRASIL, 2002, n.p., *online*.

30 MIRANDA, 2012b, p. 324.

que em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se sobre a doação inoficiosa com base em anulabilidade, reconhecendo a prescrição da ação, portanto, contrário ao entendimento em que a doação inoficiosa é hipótese de nulidade absoluta.

Em primeira instância foi proposta ação anulatória de doação inoficiosa a fim de anular doação realizada pelos ascendentes aos descendentes sob o argumento de ter excedido a parte legítima, tendo sido julgada improcedente, no mesmo sentido julgou o acórdão em segunda instância, reconhecendo a prescrição. Em sede do Recurso Especial n. 1.810.727/SP, o Supremo Tribunal de Justiça manteve o acórdão, decidindo pelo reconhecimento da prescrição.³¹

Ressalta-se que, a Ministra Nancy Andrighi possui entendimento diverso ao majoritário do STJ, conforme já expresso no Recurso Especial n. 1.755.379/RJ, no sentido da impossibilidade da prescrição da doação inoficiosa, aduzindo que:

[...] a doação inoficiosa é ato eivado de nulidade absoluta, a qual – por definição – não se convalida com o tempo e, assim, não está sujeita à prescrição, mas apenas à decadência. Aliás, há que se analisar o prazo decadencial apenas se houver prazo expressamente previsto no Código Civil para exercer o respectivo direito potestativo.³²

No que tange à parte excedente da doação, isto é, para além da salvaguarda da legítima, deve-se analisar o momento da liberalidade da doação, todavia, no caso de doações sucessivas, realizadas por meio de vários atos de doação, tal regra do momento da liberalidade da doação precisa ser interpretada à luz da boa-fé dos contratos.

Isso porque, em havendo várias doações uma sucedendo a outra, se vislumbra fraude com relação a proporção dos bens do doador no momento da doação. Nesse sentido, entende-se que “[...] quando várias doações são feitas, o ponto de partida, para o cálculo da inoficiosidade, é a

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno Recurso Especial nº 1.810.727/SP**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 20 abr. 2020.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.755.379/RJ**, Terceira Turma, Relator: Ministro Moura Ribeiro, data de julgamento: 24 set. 2019.

primeira. Do contrário, o doador iria doando, cada vez metade do que tem atualmente, e todas as doações seriam legais até extinguir a fortuna”.³³

Dessa maneira, nas doações sucessivas, em razão de acontecerem liberalidades seguidas, se enquadram como inoficiosas por ultrapassar a legítima, pois considera-se o valor de todas as doações realizadas, e não somente o valor de cada doação realizada separadamente. À vista disso, ao se considerar, da última doação até a primeira, a qual invadiu a legítima, culmina-se por reconhecer a invalidade de todas as doações sucessivas que excederam a legítima dos herdeiros necessários.³⁴ Nesse sentido, a nulidade aduzida pelo artigo 549, do Código Civil se dá em virtude da proteção da legítima no ordenamento jurídico.

5 DOAÇÃO NO ÂMBITO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Desde que resguardada a legítima dos herdeiros necessários, os pais podem transferir a parte disponível do seu patrimônio aos filhos, isso pode se dar por meio do planejamento sucessório, como forma de se evitar futuros conflitos entre os herdeiros, tendo como fundamento a autonomia privada. Sob essa perspectiva, Rolf Madaleno aduz que planejamento sucessório é: “o exercício prático de uma atividade preventiva com a adoção de procedimentos realizados ainda em vida pelo titular da herança com vistas à distribuição e ao destino de seus bens para após a sua morte”.³⁵

Uma das formas de realizar o planejamento sucessório, de se organizar e exercer a autonomia na disposição do patrimônio em vida, é através da doação de ascendentes para descendentes, que pode atuar como uma forma de antecipação da herança, mas também pode ser dispensada da colação quando o bem doado sair da parte disponível da herança.

33 ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 184-185.

34 TARTUCE, 2020, n.p., *online*.

35 MADALENO, Rolf. Planejamento Sucessório. *In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade*, 2013, Araxá. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 196. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

A colação é obrigatoriedade legal do descendente indicar, no inventário, os bens que foram recebidos a título de doação pelo ascendente. Nos termos do art. 2.003, do Código Civil: “a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”³⁶, entretanto, não se trata de regra absoluta, de maneira que há também a possibilidade legal da liberação da colação dos bens.

Desse modo, a dispensa da colação, no âmbito do planejamento sucessório, vem para salvaguardar o bem doado, sob pena de sonegação de herança, uma vez que implica em esclarecer que aquele bem doado do ascendente para o descendente compunha a parte disponível da herança, ou seja, não constituindo antecipação de herança, conforme aduz o art. 544, do Código Civil.³⁷ Assim, basta que se inclua no instrumento de doação uma cláusula que dispense a colação do bem doado quando for aberta a sucessão (art. 2.006, CC).³⁸

Outra via a ser realizada como expoente do planejamento sucessório de dá com a doação com reserva de usufruto, ou seja, é possível que o doador se utilize do contrato de doação com reservando o usufruto do bem doado. Referida ação é comum como forma de planejamento sucessório, podendo o testador organizar a disposição de seu patrimônio entre os seus sucessores. Na maioria dos casos a doação acontece tendo como objeto o patrimônio imobiliário, transferido do ascendente para os filhos, com a cláusula de reserva de usufruto.

Nesse ínterim o doador realiza a doação ainda em vida para o seu sucessor, transferindo a propriedade do seu bem, todavia se reservando no direito de usufruto do bem ora doado. O doador, então transfere para o donatário a nua-propriedade da coisa doada e se reserva no direito de posse, uso, administração e percepção dos frutos, conforme apregoa o artigo 1.394 do Código Civil. Ressalta Pablo Stolze Gagliano que referido

36 BRASIL, 2002, n.p., *online*.

37 Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. BRASIL, 2002, n.p., *online*.

38 Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade. BRASIL, 2002, n.p., *online*.

usufruto pode se dar de forma temporária ou vitalícia e que ainda é possível gravar a doação com cláusula de inalienabilidade.³⁹

Com o falecimento do doador, o usufruto se extingue, não sendo necessário que o bem doado venha compor a herança, bem como dispensa a abertura de inventário caso não haja mais bens a serem partilhados. No caso do doador se, na data da abertura da sucessão, com o seu falecimento, houver deixados mais bens a comporem a herança, será aberto o inventário.

Ressalta-se que além da cláusula de usufruto, é possível pactuar com cláusula de reversão, nos termos do art. 547 do Código Civil, que permite que o bem doado retorne ao doador caso o donatário venha a falecer antes dele. Assim, na situação em que o pai sobrevive ao filho, o bem doado retornará para o seu patrimônio, isso porque tal cláusula é personalíssima⁴⁰ e não pode ser pactuada em benefício de terceiro.

A doação também pode ser conjuntiva, quando estabelecida em benefício de mais de uma pessoa, quando, por exemplo, o pai doa o imóvel para dois filhos, caso em que, na ausência de manifestação expressa, se presume a divisão da doação de forma igualitária para ambos os filhos, trata-se da presunção *concurso parte fiunt* (art. 552, Código Civil).

A cláusula de usufruto nesses casos representa verdadeira vantagem ao doador que em vida pode dar início ao seu planejamento sucessório sem prejuízo da continuidade na fruição do bem. Além disso, há vantagens monetárias e tributárias na realização do planejamento sucessório se comparada com os gastos, tanto judiciais, quanto extrajudiciais, dispendidos com todo o processo sucessório após o falecimento do *de cuius*.

Além das vantagens monetárias, o planejamento sucessório permite que o autor da herança dê a melhor destinação para seus bens, podendo destinar um bem e seus cuidados para aquele descendente que melhor atenda às expectativas. É exemplo o autor da herança que possui diversos bens e entre eles sítios ou fazendas, podendo, nesse caso, realizar a doação para o filho que já possui conhecimento e costume com os cuidados das terras, fazendo com que o bem perpetue na família.

Nesse sentido, a doação configura verdadeira forma de planejamento patrimonial, podendo o autor da herança destinar seus bens da

39 GAGLIANO, 2021, n.p. l. 60.

40 TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil** – **RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019, p. 102.

maneira como entende que sejam mais bem distribuídos e exteriorizar a sua vontade quanto a organização sucessória. Ademais, a realização do planejamento sucessório antes do falecimento do ente querido evita que em um momento doloroso e aflitivo, os herdeiros tenham que tratar sobre questões sucessórias com relação aos bens herdados, bem como que entrem em eventuais litígios quanto a divisão de bens e seus cuidados.

6 CONCLUSÃO

A doação pode ser vista como uma maneira de se exteriorizar a vontade do titular do bem, com relação a distinção que deseja atribuir ao seu patrimônio ainda em vida, sob a perspectiva do exercício da sua autonomia privada, atuando, portanto, como um dos mecanismo para realização do planejamento sucessório, pelo qual se programa e organiza a determinação dos novos proprietários dos bens antes do falecimento.

Contudo, verificou-se que tal liberdade não é absoluta ou irrestrita, uma vez que no momento da doação o doador deve observar os limites da legítima, impostos pelo Código Civil. Nesse sentido, a doação realizada de ascendente para descendente, pode ser considerada inoficiosa quando o doador ultrapassar a legítima dos herdeiros necessários, isso é, dispor de mais de cinquenta por cento do seu patrimônio considerado no momento da liberalidade da doação.

Nessa circunstância, a parte excedente deverá ser declarada nula de pleno direito, tal qual preceitua taxativamente o art. 549 do Código Civil, logo imprescritível, uma vez que não se convalida no tempo, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo de maneira divergente, decidindo por declarar a anulabilidade da parte excedente da doação inoficiosa, autorizando a prescrição da pretensão, posicionamento do qual aqui se discorda, uma vez que o negócio jurídico nulo não se convalida pelo decurso do tempo, bem como não é suscetível de confirmação.

No caso de doações sucessivas, efetuadas por meio de diversos atos de doação, perfaz-se que deve ser realizada uma releitura da regra que observa a totalidade do patrimônio do doador no momento da liberalidade da doação sob o escopo do princípio da boa-fé nos contratos,

uma vez que em um contexto de várias doações, uma sucedendo a outra, constata-se fraude sobre a proporção dos bens doados.

Ademais, observou-se que a doação de ascendente para descendente é considerada pela legislação civilista como adiantamento da herança (art. 544, CC), tratando-se de patrimônio que compõe a parte legítima e, portanto, que deve ser colacionado no inventário. Ocorre que tal regra não é norma cogente, visto que há disposição em contrário no sentido de autorizar a dispensa da colação (art. 2.006, CC).

Desse modo, pôde-se concluir que, a fim de se evitar que isso aconteça, faz-se mister indicar no instrumento da doação, por escritura pública oponível contra terceiros, cláusula que indique que o bem doado estará dispensado da colação, não configurando adiantamento da herança, possibilitando o exercício da autonomia privada, nos limites legais, para a realização do planejamento sucessório.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno Recurso Especial nº 1.810.727/SP**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.755.379/RJ**, Terceira Turma, Relator: Ministro Moura Ribeiro, data de julgamento: 24 set. 2019.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao código civil**: parte especial: das várias espécies de contratos. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Planejamento Sucessório. *In*: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade, 2013, Araxá. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012a. Tomo XXXVIII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012b. Tomo XLVI.

PAIANO, Daniela Braga. Doação: aspectos gerais e doação entre ascendente e descendente. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, p. 427-447, jan./dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Doação inoficiosa e o prazo para a ação de redução**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1570/Doa%C3%A7%C3%A3o+inoficiosa+e+o+prazo+para+a+a%C3%A7%C3%A3o+de+redu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 set. 2021.

TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.



FIXAÇÃO DE LOCATIVOS EM RAZÃO DA POSSE EXCLUSIVA DE BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES: ANÁLISE À LUZ DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Conrado Paulino da Rosa¹
Marina Dezotti Gatto²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a viabilidade de fixação de aluguel em face do ex-cônjuge que permanece usufruindo, de forma exclusiva, do imóvel comum, de modo a evitar o enriquecimento sem causa quando da separação de fato.

A relevância da pesquisa reside precipuamente na dificuldade doutrinária e jurisprudencial em vislumbrar o momento em que o estado mancomunado dá azo ao condomínio em relação aos bens comuns dos consor-

-
- 1 Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Serviço Social pela PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com a defesa realizada na Università Degli Studi di Napoli Federico II, em Nápoles, Itália. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado especializado em Direito de Família e Sucessões. E-mail: conradopaulino@hotmail.com.
 - 2 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: dezottigmarina@gmail.com.

tes. O problema de pesquisa é centrado na não aplicação do aluguel como uma forma de enriquecimento sem causa à luz do artigo 884 do Código Civil, isto é, há a possibilidade de fixação de aluguel em face do cônjuge que permanece na posse exclusiva de imóvel comum após a separação de fato?

A pesquisa apresenta resultados obtidos a partir do método hipotético-dedutivo, mediante abordagem qualitativa e com caráter exploratório. São utilizados como instrumentos de pesquisa o estudo bibliográfico, por meio de doutrina e jurisprudência, artigos jurídicos, revistas jurídicas, sítios da internet, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais. Assim, de modo a elucidar o problema de pesquisa, o primeiro capítulo do desenvolvimento aborda a separação de fato, bem como sua caracterização, além de sua relação com o fim dos reflexos dos regimes de bens e os demais efeitos jurídicos decorrentes.

No segundo capítulo trata-se acerca da diferença entre os institutos da mancomunhão e do condomínio, de modo a esclarecer as características de cada um, principalmente no que tange à separação de fato. Outrossim, é abordado e respondido o questionamento quanto ao momento em que é considerada a cessação da comunhão com a finalidade de entender a circunstância em que finda a mancomunhão, para existir o condomínio.

Por fim, o terceiro capítulo traz as hipóteses de utilização exclusiva do bem por um dos consortes, sendo aventada a necessidade de fixação de valores em face do consorte que persiste no imóvel comum. Ainda, é realizada exposição a respeito do posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em contraposição ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de modo a demonstrar se há a possibilidade de fixação de aluguel em face do ex-cônjuge que permanece na posse exclusiva de imóvel comum, trazendo à tona a existência ou não de enriquecimento sem causa, uma vez que houve a separação de fato do casal.

2 REFLEXOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

Há pouco tempo, para que houvesse a oficialização da separação, os cônjuges deveriam buscar intervenção judicial para concretizar a ruptura das núpcias, mediante prévia separação judicial ou extrajudicial, com a

posterior conversão em divórcio, fosse ele judicial ou extrajudicial. De outra forma, caso desejassem, poderiam, em vez de converter em divórcio, aguardar o prazo de dois anos da separação de fato para que fosse providenciado o divórcio direto.³ Ocorre que a separação de fato deixou de ser requisito alternativo para o divórcio e, juntamente com o aperfeiçoamento do procedimento de divórcio⁴, bem como com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010⁵, passou a haver uma flexibilização, diminuindo os pedidos de separação, mas sendo reconhecida a separação de fato como mecanismo de pôr fim a alguns efeitos pessoais e patrimoniais condicionados aos cônjuges, como, por exemplo, o fim dos reflexos dos regimes de bens.

Tem sido cada vez mais corriqueiro o término de relações conjugais, o que culmina no aumento no número de divórcios, assim como dissoluções de união estável. Conforme dados do IBGE, em 2019, a pesquisa Estatísticas do Registro Civil ‘apurou 383.286 divórcios concedidos em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais’⁶. Tal cenário suscita a reflexão acerca das consequências que dele decorrem.

A celeuma acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro é muito recorrente, uma vez que este não põe fim ao vínculo matrimonial, como faz o divórcio. Ainda, é caracterizada como uma questão controversa, tendo em vista que não houve uma revogação expressa ou tácita dos dispositivos presentes no Código Civil e no Código de Processo Civil de 1973 – o qual foi substituído em 2015 –, trazendo disposições específicas para a separação litigiosa, bem como para a consensual, em seus artigos 693 e 731 e seguintes, respectivamente⁷. Assim, muito embora a separação de fato não tenha sido elencada como uma causa dissolutiva ou terminativa do casamento, seu estudo é de extrema relevância, haja vista os efeitos decorrentes da cessação da convivência.

3 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 109.

4 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 74.

5 BRASIL. **Emenda Constitucional, Nº 66, de 13 de julho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

6 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. 2019. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

7 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 162.

Hodiernamente, quando os consortes decidem por não mais dividir a vida, uma das primeiras decisões é deixar o imóvel compartilhado pelo então casal. Diante disso, a separação acaba por caracterizar uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, conforme dispõe o artigo 1.571, inciso III do Código Civil⁸, o que desobriga a pessoa separada a atender as obrigações impostas a partir da celebração. No entanto, o vínculo do casamento somente encerra com o divórcio, nos termos do artigo 1.571, § 1º do Código Civil⁹. De tal reflexão, extrai-se que, apesar de não estar reconhecido juridicamente o término do casamento, já não há mais a dita “constância do casamento” quando da separação de fato. “Constância de casamento equivale à coabitação, restando destituído de existência real e concreta uma vida de dois sem nenhuma comunhão efetiva de vida, o que lhe retira o sentido e a razão de conjunto de interesses materiais”.¹⁰ Assim, o impacto é a desnecessidade de se aguardar o fim do processo de divórcio ou da dissolução da união estável para que haja reflexos patrimoniais¹¹, uma vez que carece de sentido aplicar regime de bens a duas pessoas que já não formam mais um casal.¹²

Naturalmente, quando se fala em matrimônio ou união estável, vem à tona a questão patrimonial. De maneira geral, o que fixa a relação dos consortes – tanto no casamento, quanto na união estável –, na esfera patrimonial, é o regime de bens¹³. O Código Civil impõe a necessidade de escolha de um regime específico ou estabelece que, na ausência de definição, será compulsoriamente adotado o regime legal supletivo, qual seja, a comunhão parcial de bens. Portanto, é inviável versar sobre a vida conjugal sem versar sobre patrimônio e, conseqüentemente, sobre regime de bens.

8 BRASIL. **Lei n.10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

9 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 283.

10 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 187.

11 CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

12 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 187.

13 CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

O regime de bens entre os cônjuges inicia somente a partir da data do casamento, conforme determina o artigo 1.639, §1º do Código Civil. Na união estável, por sua vez, o início do regime será com o início da convivência para aqueles não firmarem contrato.¹⁴ De outro lado, conforme dispõe o artigo 1.575 do Código Civil, o fim do regime de bens depende de uma decisão judicial. No entanto, a maior parte da jurisprudência atual não aplica este entendimento, identificando o fim do regime de bens como sendo o momento da separação de fato, desfazendo-se, assim, os deveres conjugais, conforme Recurso Especial 1.065.209¹⁵, sendo, portanto, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste mesmo sentido é o Enunciado nº 02 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, o qual refere que “a separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.”¹⁶

Corroborando tal reflexão, Tartuce¹⁷ menciona que, apesar de a lei não referir que a separação de fato põe fim à sociedade conjugal, quando aquela ocorre, considera-se como finda a comunhão, razão pela qual devem ser considerados seus efeitos. Portanto, em que pese não tenha sido elencado no ordenamento jurídico, é o que vem sendo adotado pelo Tribunal Superior.

Neste cenário, a separação de fato, conforme refere Brochado e Tepedino, nada mais é do que uma situação que gera eficácia jurídica, ao

14 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 217.

15 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.065.209. Recorrente: Virgínia Puglisi. Recorrido: Wilma Amaral Bernardinelli Puglisi - Espólio e Outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 08 jun. 2010. DJe 16 jun. 2010.)

16 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado 02 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**. S.d. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 24 ago. 2021.

17 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: v. 5 - Direito de Família. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 258.

passo que resta demonstrada a vontade dos cônjuges em não mais viver juntos, expressando, portanto, a liberdade de desconstituição da comunhão plena de vida, gerando efeitos em relação ao fim dos deveres do casamento, sendo, ainda, um marco final do regime de bens.¹⁸ Assim, é uma separação de corpos, sem que haja a formalização da separação, isto é, o casal deixa de compartilhar a vida em comum, antes de haver a dissolução da união estável ou o divórcio. Para caracterizar a separação de fato, deve ser observado um elemento objetivo, qual seja, a falta de coabitação entre os cônjuges; além do elemento subjetivo, sendo ele a necessidade de demonstração pelos cônjuges de dar como encerrada a vida em comunhão.¹⁹

Percebe-se, dessa forma que, com a separação de fato, diversos são os efeitos jurídicos - amparados, principalmente, no princípio da primazia da realidade. É posto fim aos deveres de fidelidade, de vida comum no domicílio conjugal, bem como ao regime de bens²⁰, nos termos do artigo 1.576 do Código Civil. Sendo assim, uma vez ocorrida a separação de fato, cessa o regime de bens, tendo em vista que "onde não há casamento ou união estável não pode haver regime de bens".²¹

Ainda que a ruptura oficial do vínculo conjugal ocorra somente com a interferência judicial, não seria plausível condicionar os efeitos pessoais do casamento - como a cessação do dever de coabitação e de fidelidade recíprocos - ao procedimento formal de dissolução do vínculo, sob pena de causar diversas injustiças.²² Nesse sentido, é possível o estabelecimento de união estável, conforme o artigo 1.723, §1º do Código Civil. Tal possibilidade revela a razoabilidade do ordenamento jurídico, tendo em vista que não seria lógico reconhecer a separação de fato, sem que os ex-cônjuges estivessem desobrigados dos efeitos pessoais e patrimoniais deste instituto, uma vez que a separação perfaz a base afetiva da

18 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 165.

19 LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra. A Separação de Fato Entre os Cônjuges e Seus Efeitos. **Revista Jurídica Cesumar**, Paranavaí, v. 2, n. 1, ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/430/349>. Acesso em: 30 ago. 2021.

20 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: v. 5 - Direito de Família. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 258.

21 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 187.

22 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 201.

relação, cessando os efeitos jurídicos desta. Assim, os efeitos se deslocam do casamento para a união estável.

Outro efeito jurídico possível é a sub-rogação locatícia – prevista no artigo 12 da Lei de Locações de Imóveis Urbanos, Lei 8.245 de 1991²³ - que consiste no direito que o cônjuge ou companheiro tem de manter a relação locatícia quando aquele que celebrou o contrato se separou de fato e deixou imóvel. Nesse sentido, quem permanece na residência sub-roga-se no contrato, mantendo a relação locatícia.

Ainda, é reconhecida a permissão para contagem do prazo para usucapião conjugal, prevista no artigo 1.240-A do Código Civil, isto é, é reconhecida a possibilidade de o cônjuge ou companheiro permanecer morando no imóvel - após a separação de fato – usucapir, no prazo de 2 anos, a meação do outro sobre o imóvel único do casal. Aplica-se esse efeito apenas nos casos em que aquele que abandonou o lar não segue partilhando as despesas do imóvel e desde que a residência seja de propriedade do casal.

Por fim, a eficácia da separação de fato tem sido delimitada às hipóteses de configuração de união estável; definição de bens partilháveis quando ainda não realizado o divórcio ou separação, uma vez que atua como marco final do regime de bens; delimitação da extensão do bem de família após o rompimento fático da convivência conjugal; cessação da causa impeditiva da fluência do prazo prescricional prevista do artigo 197, I do Código Civil para iniciar o cômputo do prazo para prescrição aquisitiva do imóvel (artigo 1.240 do Código Civil.)²⁴

Sendo assim, resta evidenciado que a separação de fato não constitui um estado civil – com efeito, muitas vezes pode haver uma confusão diante da situação tratada -, mas é uma separação fática e com efeitos próprios, sendo eles tanto pessoais, quanto patrimoniais.

23 BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de Outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

24 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 165.

3 LINHAS GERAIS SOBRE MANCOMUNHÃO E DO CONDOMÍNIO

Ao estabelecer matrimônio ou união estável, há uma série de efeitos, inclusive patrimoniais em relação aos nubentes e muitas vezes em relação a terceiros. Assim, “o aspecto patrimonial das relações matrimoniais nada mais é do que a natural consequência das múltiplas relações travadas pelos consortes entre si e com terceiros.”²⁵ A preocupação com o patrimônio, tanto anterior quanto posterior ao casamento, portanto, é uma implicação automática deste.

Em síntese, a comunhão de vida entre marido e mulher²⁶ é, também, a comunhão de interesses econômicos, razão pela qual o Código Civil regula o regime de bens²⁷, de modo a zelar pelas suas especificidades, tão necessárias e inerentes a qualquer relação conjugal. Todavia, para explorar este tema, devem ser examinados somente os regimes que possuem a copropriedade, quais sejam, a comunhão universal, comunhão parcial de bens e a participação final nos aquestos. Os bens estarão submetidos a diferentes estados, a depender da situação.

Diante da exposição feita até o momento, a conceituação do instituto da mancomunhão e condomínio se faz imperiosa, haja vista a controvérsia existente sobre o momento em que se dá por encerrado o estado mancomunial, para que passe a vigorar o condomínio.

A mancomunhão se revela como uma consequência especificamente dos regimes de bens²⁸. É caracterizada, em linhas gerais, como a “mão comum”, isto é, há uma única massa patrimonial. O estado man-

25 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 282.

26 Importante salientar que houve modificação na concepção de casamento através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o casamento civil homoafetivo, sendo aplicado o mesmo entendimento à união estável.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 295.

28 CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Dispo-

comunal é aquele em que os bens se encontram durante a constância do casamento ou união estável, tendo seus efeitos cessados com o fim da comunhão. Ele é caracterizado, por Ana Carolina Brochado e Gustavo Tepedino como bens não divisíveis, ou seja, não há uma divisão de fração ideal específica em relação a cada um dos consortes.²⁹

Nesse sentido, o instituto da mancomunhão resta identificado quando os bens são considerados como um todo, assim como a posse e propriedade,³⁰ não sendo possível determinar, em percentual, o patrimônio de cada consorte.

De outro lado, no condomínio há uma fração ideal já estabelecida para cada cônjuge, ou seja, diante da cotitularidade, existe a possibilidade de alienação da parte ideal, diferente do que ocorre na mancomunhão. Quando o condomínio advém do estado mancomunial, ele é considerado condomínio eventual ou incidente, uma vez que sua natureza não decorre da convenção e vontade dos condôminos de serem coproprietários, decorre da dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável.³¹

Ainda, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.315 do Código Civil, presumem-se iguais as partes dos condôminos. Ou seja, não há necessidade de haver sido partilhado o bem para saber, ao certo, a fração de cada um, tendo em a presunção suprarreferida.

Portanto, a principal diferença entre o estado mancomunial e o condomínio é que, durante o primeiro, os bens não podem ser alienados, uma vez que constituem uma única massa patrimonial, configurando a chamada “mão comum”, isto é, os bens pertencem igualmente a cada um dos consortes, havendo o *direito* à parte ideal de cada um deles. Já no segundo, há não só o direito, como também a fração da parte ideal já desti-

nível em: <https://revistaiber.emnuvens.com.br/iber/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

- 29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 137.
- 30 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. p. 441. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655591798/>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- 31 BEZERRA, Heitor Gonçalves de Moura Viera. **Da Conversão do Regime Mancomunial para o Condominial com o Término da Sociedade Conjugal ou União Estável**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55083/da-converso-do-regime-mancomunial-para-o-condominial-com-o-trmino-da-sociedade-conjugal-ou-unio-estvel>. Acesso em: 26 ago. 2021.

nada aos ex-cônjuges – ainda que presumida -, razão pela qual é possível a alienação da quota parte a que pertence ao consorte, haja vista serem coproprietários do bem.

Compreende-se, à vista disso, quando há mancomunhão e quando resta reconhecido o condomínio. Além disso, sabe-se, uma vez encerrada a comunhão, quando há a conversão dos bens - que estão em mancomunhão - para condomínio. Nada obstante, a dúvida que surge é: em que momento é considerado que já não há mais a comunhão?

A fim de responder tal questionamento, necessário o exame dos institutos supradefinidos, de modo a entender seu papel quanto ao fim da comunhão.

Conforme se extrai do artigo 1.683 do Código Civil “na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”, isto é, o regime de bens irá vigorar até o momento em que cessar a comunhão. Nessa perspectiva, tem-se que a mancomunhão é um estado em que o patrimônio dos cônjuges permanece em comum pela imposição das regras dos regimes de bens, portanto a mancomunhão deve permanecer tão somente enquanto o regime estiver vigente.³² Após, deve ser considerado que os bens estão em condomínio.

Posto isso, tendo em vista que a mancomunhão ocorre em razão dos bens partilhados adquiridos em virtude do regime de bens – comunhão universal, comunhão parcial ou participação final nos aquestos -³³, diante da cessação do regime de bens, naturalmente o estado mancomunial cessa, passando ao estado de condomínio entre os bens dos ex-cônjuges, uma vez que neste há a fração³⁴ individualizada de cada condômino – ex-cônjuges -, permanecendo, ainda, sobre os bens, a propriedade comum, mas com aplicação das regras inerentes ao condomínio.

32 RABELO, Manoel Alves; RANGEL, Rafael Calmon. Do Arbitramento de Aluguéis Pelo Uso Exclusivo da Coisa Comum Pelos Cônjuges e Companheiros. **Revista e Direito Privado**, v. 58/2014, p. 281-292, 2014.

33 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 314.

34 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 137.

4 APLICAÇÃO DO ALUGUEL À LUZ DO ARTIGO 884 DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES

A separação faz parte de um cenário atual e recorrente dentre os casais. Diante deste contexto, assim como já tratado alhures, acaba por ser mais comum o divórcio, a dissolução da união estável, assim como a separação de fato. Não obstante, consoante o diploma civil, o fim do casamento e a dissolução da união estável ocorra com a lavratura da escritura ou com a sentença judicial, sabe-se que, não raras as vezes, o fim do casamento, de forma prática, ocorre antes mesmo de qualquer iniciativa processual, mas com a separação de fato.

Uma vez impraticável a convivência e, diante da viabilidade de uma separação de fato, surge a ânsia de um dos cônjuges deixar o lar, ao passo que o outro permanece no domicílio. Quando há a ocorrência deste fato, tem-se o uso do bem comum do casal de forma exclusiva por um dos ex-consortes, posto que, com a ruptura do desejo em manter a comunhão, também já não se tem mais o desejo de coabitação.

Nessa toada, uma vez que o cônjuge deixa o lar, experimenta despesas com o aluguel, ou até mesmo a compra de uma nova propriedade onde passará a residir. Sendo assim, à medida que um dos consortes permanece no imóvel antes compartilhado - com as despesas hodiernas -, o outro, além dos custos que a mudança acarreta, também passa a arcar com despesas que não estavam em seu orçamento previamente.

Em que pese haja a utilização exclusiva do bem comum por um dos cônjuges, tal fato deve ser precedido da separação de fato do casal; ou da separação judicial sem que tenha havido o divórcio/dissolução da união estável; ou da existência do divórcio/dissolução da união, mas sem ter ocorrido a partilha; ou da existência do divórcio/dissolução da união, sendo determinada a partilha, mas sem sua ocorrência; ou da existência de pedido judicial para a dissolução do condomínio sem que tenha sido efetivado até o momento ³⁵

35 CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. *Revista IBERC*, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Dispo-

Uma vez caracterizada uma das hipóteses supra, passa a vigor o estado de condomínio, em que, conforme o já mencionado artigo 1.315 do Código Civil, a presunção é de que os condôminos dispõem de partes iguais. Sendo assim, não seria plausível que um dos consortes usufruísse de 100% do bem, ao passo que o outro estaria sendo tolhido de seu direito, sendo, ainda, submetido a novas e altas despesas.

Logo, analisada a utilização exclusiva do bem comum por um dos consortes, compreende-se a necessidade de explorar a possibilidade ou não de fixação de locativos em face deste, a título de indenização.

A temática se assevera na medida em que nem a jurisprudência, tampouco a doutrina possui um posicionamento único, uma vez que não há um consenso se o imóvel, após a separação de fato e enquanto não ocorrida a partilha, se encontra em mancomunhão ou em condomínio.

A situação fática é, com efeito, a de que o coproprietário que se retirou do domicílio exige seja fixado aluguel mensal pelo uso exclusivo do imóvel pelo ex-parceiro, alegando a incidência do enriquecimento sem causa. De outro lado, o cônjuge que detém a posse exclusiva do bem defende que, enquanto não efetuada a partilha, os bens permanecem em estado de mão comum, razão pela qual inexistente condomínio e, consequentemente, a possibilidade de fixação de aluguel.³⁶

Diante de tal situação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem aplicando o entendimento já consolidado no sentido de que não subsiste direito à fixação de locativos em benefício do consorte que deixou o imóvel comum, uma vez que, antes de realizada a partilha, os bens estão em estado de mancomunhão, o que não gera direito à contraprestação, tendo em vista que o bem pertence a ambos os cônjuges ou companheiros.

Nesta perspectiva é o julgamento da Apelação Cível nº 70085144905³⁷, assim como muitas outras, a qual foi julgada na forma

nível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

36 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 363.

37 APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. USO EXCLUSIVO DO IMÓVEL POR UM DOS CÔNJUGES DEPOIS DA SEPARAÇÃO. INDENIZAÇÃO OU ALUGUEL EM FAVOR DO OUTRO. DESCABIMENTO. MANCOMUNHÃO ATÉ A PARTILHA DEFINITIVA. Descabe a fixação de indenização ou locativos em decorrência do uso exclusivo do imóvel por um dos cônjuges ao outro, depois da separação. Antes da partilha definitiva, os bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável consideram-se em mancomunhão, pertencendo

monocrática pelo Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, referindo, sobretudo, que o uso exclusivo do bem não gera direito à contraprestação pecuniária, haja vista não possuir definição quanto à parte que toca cada um dos consortes, havendo a mancomunhão sobre os bens. Ainda, colaciona outras decisões do TJRS, as quais referem, da mesma forma, que a fixação de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel comum é descabida, haja vista os bens estarem no estado de mão comum, pois não foi realizada a partilha, razão pela qual o uso exclusivo não gera o direito a locativos, muito menos a ocorrência de enriquecimento sem causa.

Em contrapartida, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça foi instada a tratar do tema no Recurso Especial 1.250.362/RS³⁸, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, no qual foi suscitada a divergência

a ambos os cônjuges ou companheiros, não gerando o uso exclusivo do imóvel pelo que permaneceu morando na residência familiar direito à contraprestação pecuniária ao outro, mormente quando o imóvel também serve de residência para a filha do casal, pois o interesse da prole se sobrepõe ao interesse patrimonial. VEÍCULOS QUE COMPÕE O MONTE A SER PARTILHADO. AVALIAÇÃO PELA TABELA FIPE. Deve ser mantida a avaliação determinada em sentença, pela Tabela Fipe, dado o significativo transcurso de tempo operado desde a separação de fato do casal. Assim, conforme a jurisprudência da Corte, o valor indicado pela Tabela Fipe é o que melhor define o montante ser partilhado em relação aos veículos do casal. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível nº 70085144905, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, 23 de junho. 2021. DJe 25 jun. 2021).

- 38 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Na separação e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco. 2. Na hipótese dos autos, tornado certo pela sentença o quinhão que cabe a cada um dos ex-cônjuges, aquele que utiliza exclusivamente o bem comum deve indenizar o outro, proporcionalmente. 3. Registre-se que a indenização pelo uso exclusivo do bem por parte do alimentante pode influir no valor da prestação de alimentos, pois afeta a renda do obrigado, devendo as obrigações serem reciprocamente consideradas pelas instâncias ordinárias, sempre a par das peculiaridades do caso concreto. 4. O termo inicial para o ressarcimento deve ser a data da ciência do pedido da parte contrária, que, no caso, deu-se com a intimação. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017.)

das decisões desta Corte, tendo em vista que, ao passo que havia muitas decisões no sentido de assentar a possibilidade de fixação de indenização pelo uso exclusivo de imóvel comum por um dos ex-consortes, também existiam muitas consignando a indenização à realização da partilha.

No julgamento do REsp 1.250.362, o Ministro Raul Araújo³⁹, Relator, defende que, ainda que o bem pertença ao casal, o fato de não ter sido realizada a partilha não representa empecilho automático ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem, sob pena de gerar enriquecimento ilícito.

Outrossim, ainda menciona que admitir indenização antes de realizada a partilha possui o cunho de evitar que a efetivação desta seja prorrogada por anos, relegando para um futuro incerto o fim do estado de litígio que pode haver entre o ex-casal. Portanto, também existe preocupação com o *periculum in mora* e o dano que essa situação pode causar aos consortes. Ou seja, não permitir o arbitramento de locativos sob a justificativa de que a partilha ainda não ocorreu, se estaria indo ao encontro do que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil, uma vez que o cônjuge que está no uso exclusivo do bem viola o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Ainda, importante destacar que se trata também de um debate acerca da posse do bem, ou seja, a controvérsia reside no discernimento entre quem está na posse exclusiva do bem comum, não se tratando, tão somente, da propriedade comum ou exclusiva – mancomunhão ou condomínio -. Nessa perspectiva, o fato gerador da indenização não é a propriedade, mas sim a posse exclusiva do bem no caso concreto.

Nesse mesmo sentido refere a Ministra Nancy Andrighi⁴⁰ quando menciona que a discussão vai além, ou seja, ela trata também da relação

39 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017.)

40 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Espe-

de posse no que tange ao patrimônio comum, apontando a necessidade de indenizar, de forma proporcional, o cônjuge que não usufrui do bem. Em outras palavras, a questão da posse/propriedade é de suma importância, sendo que essa distinção colabora para a determinação quanto à obrigação em arcar com locativos.

Em seu voto, a Ministra Maria Isabel Gallotti⁴¹ traz que a comunhão de bens pressupõe que ambos os cônjuges possam usufruir do patrimônio, de modo que um deles não pode pretender exclusividade sua utilização. Isto é, caso um dos consortes pretenda gozar de maneira exclusiva de bem comum, é necessário que haja uma contraprestação em benefício do outro que está tendo seu direito tolhido, caso contrário, restaria configurado o enriquecimento sem causa. Ainda, menciona que se após a separação o imóvel comum é utilizado somente por um dos ex-parceiros – tratando neste ponto somente em relação à separação de fato -, o prejuízo passível de indenização é a impossibilidade de um dos consortes utilizar o bem em decorrência de impedimento causado pelo outro.

De forma contrária, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴² menciona que a escolha pessoal de um dos cônjuges de deixar o imóvel comum não caracteriza fato gerador para indenização, sob pena de onerar excessivamente aquele que permanece de boa-fé no imóvel. Assim, não enseja conduta apta a configurar uma ilicitude por parte do consorte que usufrui do bem de forma exclusiva. Portanto, demonstra que “não há que se falar em prejuízo causado ao cônjuge que abdica gratuita e provisoriamente do direito de habitar no bem comum.”

cial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017.)

41 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017.)

42 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PARTILHA. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS EX-CÔNJUGES AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. POSSIBILIDADE A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017.)

À vista da divergência existente, ainda que não seja qualificado como precedente, foi dado provimento ao recurso, por maioria, vencidos os Ministros Villas Bôas Cuevas, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, para reconhecer a possibilidade de fixação de indenização, a ser paga a partir da citação, sendo tal entendimento firmado e adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, como consequência da análise do posicionamento de ambos os Tribunais, não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seja embasado na imprescindibilidade de partilha para o reconhecimento do estado de condomínio, compreende-se que a inexistência de partilha não configura óbice para a fixação de locativos, desde que seja estabelecida a fração que toca cada um dos consortes – havendo a possibilidade de, quando da ausência de partilha, ser definida mediante análise do artigo 1.315 do Código Civil -, na proporção de 50%.

Nessa mesma perspectiva, infere-se que o estado mancomunal se encerra com a separação de fato, ou seja, o fim da entidade familiar suprime a mancomunhão, uma vez que não seria plausível, segundo os parâmetros atualmente vigentes, admitir a concepção de prevalência da mancomunhão quando já não mais existe qualquer comunhão entre aqueles cônjuges/companheiros ante a separação de fato ocorrida.⁴³

De maneira diversa, sendo o consorte retirante impedido de receber locativos, estaria configurado o enriquecimento sem causa, que nada mais é do que, conforme Bruno Miragem⁴⁴, o acréscimo ao patrimônio de alguém, sem que haja causa jurídica para esta aquisição. Em outras palavras e, aplicando à situação *in tela*, o enriquecimento sem causa estaria configurado quando da saída de um dos consortes da residência, concomitantemente à permanência do outro, de forma exclusiva, sem qualquer contraprestação em benefício do primeiro.

É, à vista disso, uma pretensão restitutória⁴⁵, tendo em vista que o cônjuge que permanece na posse exclusiva do imóvel comum não teria direito a gozar de 100% dele. Nesse sentido, cabe a quem está na posse,

43 CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. *Revista IBERC*, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

44 MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das Obrigações**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 202. p. 72.

45 MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das Obrigações**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 72.

restituir, a título de indenização, seu ex-parceiro, sob pena de caracterizar o enriquecimento sem causa, instituto vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, uma vez constatada a obrigação em indenizar após a separação de fato - ainda que não realizada a partilha -, em não sendo tal compreensão acatada, estará caracterizado o enriquecimento sem causa, nos termos do suprarreferido.

Depreende-se, portanto, que com a separação de fato há o estado de condomínio e, eventual utilização exclusiva do bem comum, pendente de partilha, deverá ser indenizada por meio de pagamento de aluguel, sob pena de enriquecimento sem causa do possuidor⁴⁶, nos termos do artigo 884 do Código Civil⁴⁷, tendo em vista que o estado mancomunado já não vigora mais, o que impede a continuação de seus efeitos, razão pela qual, constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos do regime de bens, em respeito à vedação do enriquecimento sem causa.⁴⁸

5 CONCLUSÃO

Em face do exposto, compreende-se que, hodiernamente, o debate não se limita à possibilidade ou não de fixar locativos, ele trata do momento em que é possível tal fixação, se antes ou após a partilha do casal separado de fato.

Considerando que a separação de fato é uma situação que demonstra a vontade dos cônjuges em não mais viver juntos, expressando, dessa forma, a liberdade de desconstituição da comunhão plena de vida, gerando efeitos jurídicos em relação ao fim dos deveres do casamento, coloca fim, mormente, aos reflexos dos regimes de bens, como vem sendo entendido desde há muito. Por consequência, a mancomunhão cessa

46 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 313.

47 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.)

48 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 165.

de forma conjunta. Significa dizer que se já não há mais o intuito em dar continuidade ao matrimônio ou à união, uma vez separados, findos são os efeitos pessoais e patrimoniais. Diante disso, o estado mancomunado deixa de existir, alterando-se para o estado de condomínio, no qual os consortes serão proprietários na sua proporção, isto é, são coproprietários, cada um na sua fração ideal.

Uma vez compreendido que após a separação de fato está caracterizado o condomínio, entende-se que não é possível, tampouco razoável que um dos consortes permaneça na posse do imóvel comum, em detrimento do outro. Não é plausível tolerar que o cônjuge ou companheiro, ao deixar o lar, arque com novas despesas de forma unilateral - como aluguel ou até mesmo a compra de uma nova residência -, enquanto o outro permanece usufruindo do bem comum sem qualquer contraprestação.

Ao permitir a posse exclusiva do bem sem qualquer contraprestação, resta caracterizado o enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. O enriquecimento sem causa está definido quando há um acréscimo ao patrimônio de alguém, sem que haja causa jurídica para tanto, ou seja, um dos cônjuges está sendo beneficiado, tendo em vista que não necessita arcar com as despesas que o cônjuge retirante é compelido a arcar.

Nesse sentido, ainda que haja múltiplos posicionamentos dentre os Tribunais, entende-se que o embasamento do Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicado, com fundamento, precipuamente, no momento de encerramento do estado mancomunado, qual seja, o momento da separação de fato. Deve, portanto, diante da existência de condomínio, ser fixado aluguel em benefício do cônjuge retirante, de modo a evitar o enriquecimento sem causa daquele que permanece na posse exclusiva do bem comum.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Heitor Gonçalves de Moura Viera. **Da Conversão do Regime Mancomunado para o Condominial com o Término da Sociedade Conjugal ou União Estável**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55083/da-converso-do-regime-mancomunado-para-o-condominial-com-o-trmino-da-sociedade-conjugal-ou-unio-estvel>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional, Nº 66, de 13 de Julho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 30 ago. 2021

BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de Outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.065.209. Recorrente: Virgínia Puglisi. Recorrido: Wilma Amaral BernardinelliPuglisi - Espólio e Outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 08 jun. 2010. DJe 16 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.250.362. Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70085144905. Apelante: J.L.K. Apelado: L.W.K. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 23 de jun. 2021, DJe 25 jun. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GALLUCI, Fernanda Fernandes. Regimes de Bens do Casamento e Possibilidade de Arbitramento de Aluguel Entre os Cônjuges. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 3/2015, p 113-124, 2015.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado 02 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**. S.d. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra. A Separação de Fato Entre os Cônjuges e Seus Efeitos. **Revista Jurídica Cesumar**, Paranavaí, v. 2, n. 1, ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/430/349>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das Obrigações**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RABELO, Manoel Alves; RANGEL, Rafael Calmon. Do Arbitramento de Aluguéis Pelo Uso Exclusivo da Coisa Comum Pelos Cônjuges e Companheiros. **Revista e Direito Privado**, v. 58/2014, p. 281-292, 2014.

RAMOS, André Luiz Arnt. Uso Exclusivo de Coisa Comum Não Partilhada: A Relevância Decisiva da Posse Segundo o Acórdão que Julgou o REsp 1.250.362/RS. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial, Direito Civil. S.d. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/05/OAB-RJ-ARNT-RAMOS-Uso-exclusivo-de-coisa-comum-nao-partilhada-a-relevancia-da-posse-segundo-o-Resp-1250362-RS.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: v. 5 - Direito de Família. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



HERANÇA DIGITAL, SUAS INCERTEZAS E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Felipe Bernardes Bugni¹

1 INTRODUÇÃO

Todo o ser humano durante a vida adquire e conquista um conglomerado de bens, os quais com o falecimento dos seus titulares, em tese, seriam transferidos para os herdeiros deixados.

Ocorre que, com a globalização e desenvolvimento acelerado da tecnologia, novos conceitos surgiram e surgem a todo o momento em um ritmo muito acelerado, as formas de armazenamento dos bens, até mesmo esses ganham novos conceitos e realidade.

Nesse cenário é que surgiu o instituto pelo qual abordará este trabalho, a herança digital, no sentido de verificar qual a destinação dos bens que compõem o acervo digital das pessoas falecidas, porém, desta análise surge embates atinentes ao tema.

A ausência de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro proporciona vasta insegurança jurídica e distorções acerca do tema. As tentativas de instituir regras sobre herança digital são inúmeras, porém, ainda se encontra em aberto.

Destarte, por meio desta pesquisa na qual foi utilizado o método dedutivo, busca-se maior aprofundamento pessoal, institucional e criticidade sobre o assunto abordado pelo trabalho, o que possibilitará melhor entender sobre herança digital, partindo do encargo de conceituar e estabe-

1 Discente do 8º termo do curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. E-mail: felipebbugni@hotmail.com

lecer sobre patrimônio digital, em seguida sobre a própria herança digital, os aspectos jurídicos e por fim algumas diferenciações dos bens digitais.

2 PATRIMÔNIO DIGITAL

Esse capítulo se ocupará da análise da abrangência conceitual de patrimônio digital, bem como os dispositivos legais que ventilam sobre o tema e outros assuntos relacionados.

De início, destaca-se que com os avanços tecnológicos novos conceitos de patrimônio digital surgiram, sendo esses os termos geralmente utilizados para abordar sobre “conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente ou virtuais”².

Dessa forma, cabe definir bens digitais como tudo aquilo que pode ser armazenado de forma digital, sendo online ou não. Como já mencionado no parágrafo anterior, os conteúdos virtuais possuem certa variação com o passar do tempo, a exemplo disso, cita-se as criptomoedas que até pouco tempo eram desconhecidas.

Ao analisar a história para saber quando começou a surgir os termos que abordam sobre bens digitais, verifica-se que o termo ativo digital surgiu e ganhou destaque em meados da década de 90, quando havia apenas fotos, poucos documentos e vídeos.

Então, com o avanço promissor da tecnologia, novidades e novos bens foram sendo difundidos, como os documentos digitais, jogos online, bibliotecas virtuais, áudios de WhatsApp ou qualquer dado que for armazenado nos smartphones e dispositivos de armazenamento digitais (nuvens).

Pois bem, até este momento, não há problema algum, o meio digital, juntamente com os bens digitais facilitaram muito o dia a dia dos indivíduos, visto que aperfeiçoam a forma como os seres humanos se relacionam.

Contudo, a situação ganha novos relevos nas hipóteses em que os titulares desses bens digitais venham a falecer, fato este gera grande

2 MINGHINI, Jaqueline. Sucessão e era digital: a possibilidade de transmissão de bens digitais após a morte. Conteúdo Jurídico. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55812/sucesso-e-era-digital-possibilidade-de-transmissao-de-bens-digitais-aps-a-morte>. Acesso em: 29 de março de 2021.

repercussão e debates, tendo em vista os diversos interesses envolvidos nesse impasse, sejam eles: “interesses dos familiares, do próprio falecido, de terceiros e dos provedores de serviço de internet”³.

Verifica-se que a partir disso, diante da ausência de conceito e tratamento normativo para questões sucessórias, sobre qual destino tem os bens digitais, assim, surge, então, o termo “herança digital”.

2.1. CONCEITO DE HERANÇA DIGITAL

Para um estudo mais aprofundado sobre herança digital, faz-se necessário que seja dado um conceito a este instituto, assim, haverá uma base sólida a qual possibilitará uma melhor compreensão.

Neste momento, é oportuno antecipar um assunto que será abordado mais adiante, sendo ele a necessidade de regulamentação, vez que o instituto não possui uma definição e conceito específico, então, surgiu alguns projetos de leis que tinham essa intenção, seja ela de regulamentar ou até mesmo solidificar a denominada herança digital.

Pois bem, dentre os projetos, pode citar o n° 4.847/12 que, obviamente, visava estabelecer normas atinentes a herança digital e para isso, o referido projeto de lei estabelecia uma definição.

Nesse sentido, o legislador definiu que:

“A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido”.

Alguns doutrinadores também estabeleceram algumas diretrizes sobre esse recentíssimo instituto, que tem tido uma rápida ascensão na sociedade. Desse modo, Jessica Ferreira Silva⁴ pondera: “Todo o legado

3 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais. Ed. Foco Jurídico. Indaiatuba/2017.

4 SILVA, Jéssica Ferreira da. **Herança digital**: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal

digital de um indivíduo que fica disponível na nuvem ou armazenado em um computador logo após sua morte faz parte de sua herança digital”.

Na mesma toada, Pereira e Costa⁵, lecionam que a herança digital seria um aglomerado de informações relativas a um determinado usuário, estabelecido pelos ativos digitais e pelas contas digitais e que se encontra em formato digital.

Para Santos⁶ a herança digital também seria um aglomerado de ativos digitais, sendo fotos, vídeos, e-mail, documentos eletrônicos de forma geral, contas em mídias sociais.

Dessa forma, entende-se que herança digital é tudo aquilo que está armazenada de forma virtual, o que enseja em uma aglomeração de situações jurídicas, vez que a herança virtual pode ter apenas valores sentimentais, bem como pode ser economicamente valiosa.

2.2. TRATAMENTO JURÍDICO

No Brasil, conforme será explanado, não possui especificadamente nenhuma regulamentação sobre o tema tratado neste trabalho, assim, este detêm alguns pontos controvertidos que devem ser analisados forma técnica e aprofundada.

A legislação brasileira classifica os bens apenas em móveis e imóveis. Nesse sentido, o artigo 79 do Código Civil estabelece os bens imóveis: “o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”, ao passo que o artigo 82 do mesmo instituto estipula o que são bens móveis: “aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem

de Goiás. 2014, p. 31. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/handle/ri/10808>. Acesso em: 09 de abril. 2021.

- 5 PEREIRA, Jorge Daniel de Albuquerque; COSTA, João Santos. **Herança digital: As Redes Sociais e Sua Proteção Pleo Direito Sucessório Brasileiro**. Âmbito Jurídico. 5 de dezembro 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redessociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/>. Acesso em: 01 de abril de 2019.
- 6 SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. **Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 26 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-eregime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Importante mencionar ainda que para os efeitos legais as energias são consideradas móveis, pelo que expõe o artigo 83, *caput* e inciso I, do Código Civil. Então, a partir da ideia de que os arquivos digitais são energia armazenada e, considerando o patrimônio digital um conjunto de bens com valoração econômica, logo, entende-se que esse faz parte da herança para os fins legais.

Porém, ressalta-se que os bens digitais, com a evolução acelerada da tecnologia, acabam por ultrapassar os limites que a legislação vigente pode alcançar. Sendo assim, alguns Projetos de Lei surgiram com o passar dos anos a fim de regulamentar assuntos relacionado a tecnologia, mais especificadamente a sucessão dos bens digitais.

O Projeto de Lei 6.468/2019 tramita atualmente com intuito de regulamentar a transmissibilidade da herança digital, para isso, pretende introduzir o Parágrafo Único ao artigo 1788 do Código Civil que teria a seguinte redação: “*Parágrafo único.* Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

Ainda tramita o Projeto de Lei nº 5.820/2019, o qual tem o intuito de alterar o artigo 1.881 do Código Civil no sentido de incluir um §4º que teria a seguinte redação: “Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvens, o codicilo em vídeo dispensa a presença de testemunhas para a sua validação”.

Destaca-se, do mesmo modo, o Projeto de Lei nº 3.050/2020, pois apesar de abordar sobre as sugestões de transmissão dos conteúdos de patrimonial, os quais são de titularidade do autor da herança, assimila-se com a redação do Projeto de Lei supracitado (PL nº 6.468/2019), em sua justificativa; ao passo que o Projeto de Lei nº 3.051/2020 tem proposta similar à do Projeto de Lei a ser citado abaixo (PL nº 7.742/2017)⁷.

Insta mencionar também que já houve outros projetos de lei que buscaram a regulamentação da transmissibilidade da herança digital, sendo eles os Projetos de Leis 4.847/2012; 4.099/2012; 7.742/2017; 8.562/2017, no entanto, esses foram arquivados.

Mais especificadamente, o Projeto de Lei nº 4.099, apresentado em 20 de junho de 2012, alteraria o artigo 1.788 do atual Código Civil, o

7 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas**, p. 141. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

que garantiria aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais. Observa-se que essa é a mesma modificação que se busca no Projeto de Lei nº 6.468/2019 que ainda em discussão.

O PL nº 4.847, apresentado em 12 de dezembro de 2012, acrescentaria o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A a 1797-C ao Código Civil, o que estabeleceria a regulamentação sobre herança digital.

Além disso, o PL nº 7.742, apresentado em 30 de maio de 2017, iria dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular, desse modo, incluiria o artigo 10-A a Lei 12.965/2014 e já mencionada *alhures*, mais conhecida como Marco Civil da Internet.

Por fim, houve a apresentação do PL nº 8.562 em 12 de setembro de 2017, o qual tratava sobre herança digital, onde pleiteava-se as mesmas modificações do PL nº 4.847/2012, porém, foi pensado ao PL nº 7.742/2017, sendo este último arquivado.

À vista disso, é notória a intensificação na tentativa de regulamentar o instituto, haja vista os diversos projetos de leis propostos nas casas legislativas e os casos em que foram judicializados. Conforme relatam Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal⁸ (2021, p. 142): “Na jurisprudência pátria, o primeiro caso judicializado de que se tem conhecimento a enfrentar a questão ocorreu em 2013”. Tal caso consistiu, primeiramente, em um pedido administrativo realizado por uma mãe com objetivo de desativar o perfil do facebook da filha falecida⁹, vez que os amigos dela ainda postavam fotos, vídeos, mensagens em homenagem a filha, porém, a equipe de suporte da referida rede social informou que para realização do pedido seria necessário ir até às sedes administrativas localizadas nos Estados Unidos e na Irlanda. Diante deste retorno, a mãe ingressou com ação judicial que vislumbra a exclusão do perfil, sendo deferida liminar com determinação para exclusão pela Juíza da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado do Mato Grosso do Sul¹⁰.

8 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas**, p. 142. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

9 G1. Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-excluaperfil-de-filha-falecida-em-ms.html>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

10 TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central, Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vania de Pula Arantes, Julg. 19.3.2013.

Outro caso emblemático ocorreu na Alemanha, o tema ganhou novo relevo mundialmente. Esse segundo caso abordado ganhou destaque quando os pais de uma jovem de 15 anos falecida em 2012, em busca de descobrirem o motivo da morte da filha, ingressaram com ação contra o Facebook, a qual objetiva o acesso da conta da jovem e verificar se a morte foi mero acidente ou suicídio através da leitura das conversas privadas deixadas (tribunal alemão – Bundesgerichtshof – BGH)¹¹.

Para o tribunal alemão, pelo princípio da sucessão universal, todas as contas das redes sociais deveriam ser transmitidas, como acontecem com as informações confidenciais, diários, cartas encontradas fisicamente, mesmo que haja cláusulas restritivas nesse sentido previstas pelos termos de uso, sendo essas consideradas abusivas.

Contudo, no ano de 2019, destacou-se, no Brasil, um caso que diverge com o entendimento do tribunal alemão, este caso procedeu na Vara Única de Pompeu, Minas Gerais, onde se negou aos pais o acesso aos dados contidos no celular da filha falecida.¹²

Isto posto, verifica-se que até o memento carece a regulamentação da sucessão dos bens digitais, fato este aguça o debate sobre o tema, assim, surgiram duas vertentes, ao passo que a primeira defende a constitucionalidade dos projetos de lei, a qual presa pela transmissibilidade do acervo digital e, em contrapartida, o segundo posicionamento entende a inconstitucionalidade da transmissão dos bens digitais, pois haveria a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, como também a privacidade do *de cuius*, o que poderia também provocar um choque entre os interesses do falecido com o dos herdeiros.

Ademais, para a teoria da intransmissibilidade da herança digital, parte da premissa que alguns bens digitais não são passíveis de transmissibilidade aos herdeiros. Contudo, é imprescindível analisar duas situações, os conteúdos de natureza patrimonial e os de natureza existencial (facebook, e-mail, etc), pois estes últimos não poderiam ser disponibilizados aos herdeiros porque são indisponíveis em contrapartida, aqueles

11 4 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17.

12 TJMG, Vara Única da Comarca de Pompeu, Processo 0023375-92.2017.8.13.0520, Juiz Manoel Jorge de Matos Junior, j. 08.06.2018.

conteúdos digitais com natureza patrimoniais (aplicações financeiras, por exemplo) seriam transmitidos¹³.

O fundamento desse tratamento diferenciado entre as duas situações jurídicas, se dá pelo fato de que os conteúdos digitais de caráter existencial constituem extensões da privacidade do autor da herança, isto é, somente seria possível transmiti-los, caso o autor da herança autorizasse expressamente a transmissão¹⁴.

No entanto, essas questões de transmissibilidade e intransmissibilidade serão abordadas mais a frente em capítulo específico. Insta mencionar ainda que, ao retomar aos casos que foram judicializados e apresentados anteriormente no presente trabalho, principalmente os casos julgados no Brasil, surge, então, mais um ponto controverso acerca do tema.

Nota-se que as decisões judiciais brasileiras foram prolatadas pelo Juizado Especial Cível, no entanto, se trata sobre “herança digital” a competência para análise do caso seria o JEC ou a demanda deveria tramitar na Vara de Sucessões?

Nesse sentido, pontua-se que o tramite nas Varas de Sucessões torna possível a percepção de pontos decisivos, dentre eles a legitimidade processual dos herdeiros, bem como a ordem hereditária, a manifestação da vontade do *de cuius*, ao passo que as decisões proferidas por juízos de com outras competências “poderiam ser concluídas sem esforços em busca da vontade do falecido, o que pode ensejar exclusão ou manutenção contrária à vontade deste”, como aduzem Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal¹⁵.

Ainda, salientam os autores sobre a hipótese de exclusão da rede, mas posteriormente descobre-se que esta não era a vontade do falecido,

13 MALHEIROS, Pablo; AGUIRRE, João Ricardo Brandão e PEIXOTO, Mauricio Muriack. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos do direito da personalidade projetados post-mortem. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018, 564-607, p.598s, e LEAL, Livia. Internet e morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil*, abr-jun, 2018, 181-197, p. 194.

14 MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito Digital –Direito Privado e Internet*. FRITZ, Karina. **Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido**. Ed. Foco. 2020, p. 195.

15 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas**, p. 145. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

logo, uma vez concretizada decisão judicial que determinou a exclusão haveria uma “irreversibilidade do comando judicial”.

À vista disso, a doutrina tem pacificado o entendimento de que aqueles bens digitais de viés econômico, patrimonial, seguem as regras gerais de do direito sucessório, portanto, os referidos bens serão transmitidos do falecido aos herdeiros através do procedimento de inventário.

O marco civil da internet (Lei 12.965/2014) foi um grande avanço que, a partir de 2014, passou a regulamentar e estabelecer princípios garantias, direitos e deveres para o uso da internet. No artigo 10 da referida lei, tutela-se na esfera digital o resguardo e disponibilização dos dados pessoais, com intuito de preservar a intimidade, honra, imagem e vida privada.

Não poderia deixar de tratar também sobre a Lei 13.709/18, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pois antes de sua vigência no ordenamento jurídico, pode-se dizer que havia total insegurança jurídica, visto que não era estabelecido um consenso entre os tribunais, portanto, pode-se dizer com toda a certeza de que a referida lei foi um marco muito importante.

Em análise dos dispositivos da lei supracitada, observa-se que no artigo 2º fica estabelecido os fundamentos da proteção dos dados pessoais tais como o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Na mesma toada, os artigos 7º e 8º do mesmo diploma inovam e estabelecem que a base do tratamento dos dados pessoais é o consentimento, ou seja, as informações somente poderão ser tratadas mediante consentimento do titular, sendo esse consentimento fornecido por meio escrito, o que visa sempre à manifestação de vontade do titular.

De mais a mais, é cediço e ao analisar a redação do artigo 6º do Código Civil, verifica-se que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”

Ora, imagine, então que um indivíduo venha a falecer e deixa alguns bens digitais, mas não deixa expressamente qual seria sua vontade e qual seria o destino de tais bens. Neste sentido a Lei Geral de

Proteção de dados não estabelece nada, o que traz incertezas e propicia algumas nuances.

No entanto, ressalta-se que a LGPD, mesmo com a ausência de regulamentação do legado digital, sem dúvidas, é um marco para a proteção de dados pessoais, bem como contribuirá no sentido de orientar decisões judiciais e possíveis regulamentações sobre o legado digital pós-morte e o seu tratamento¹⁶.

2.3. BENS DE VALORAÇÃO ECONÔMICA E BENS SEM NATUREZA ECONÔMICA

Expostas algumas questões sobre patrimônio digital, conceito de herança digital e sobre o tratamento jurídico deste instituto, importantíssimo explanar e diferenciar o patrimônio digital, pois, como já aduzido de forma superficial, há aqueles com valoração econômica e aqueles que não possuem tal valoração.

Pois bem, pode-se dizer que aqueles não suscetíveis de valoração econômica atendem a função de aperfeiçoar as relações de afeto e de comunicação, ao passo que, obviamente, os bens digitais sujeitos a valoração econômica são negócios, ou melhor, são geradores de renda. Todos os seres humanos, inevitavelmente armazenam fotos, vídeos, músicas, textos, filmes, livros em plataformas que podem ser chamadas de acervos digitais. Expostos esses bens que pertencem a um acervo no formato digital, exemplificam-se, então, os bens digitais sem valoração econômica.

Vale ressaltar que as redes sociais inicialmente foram criadas com objetivo de seus usuários compartilhassem fotos, vídeos e mensagens com amigos e familiares, porém, atualmente, as redes ultrapassam a mera interação social, os usuários passaram a ter renda a partir das redes, com vendas e divulgações de diversos produtos.

Cita-se o bitcoin (criptomoeda) como um ativo digital, este sujeito à valoração econômica, gera renda. Na mesma toada, atualmente, surgiu a

16 BEPPU, Flávia; MACIEL, Cristiano. **Perspectivas Normativas para o Legado Digital Pós-Morte Face à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. In: Anais do I Workshop sobre as Implicações da Computação na Sociedade. SBC, 2020. p. 73-84. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11038>. Acesso em: 29 de março de 2021.

figura dos “influenciadores digitais” e “youtubers”, os quais através do engajamento e apuração de seguidores, vendem a ideia de um produto ou serviço por meio de suas redes sociais e canais. É notório que os perfis desses sujeitos geram renda, agregam valores econômicos, assim, são considerados ativos digitais com valoração econômica. Dessa forma, esses ativos causam maior preocupação aos herdeiros quando os titulares falecem, pois é muito comum que o *de cuius* não autorize o acesso dos herdeiros e pela política de privacidade das plataformas, essas não podem fornecer qualquer informação ou acesso aos respectivos herdeiros e terceiros interessados, até porque com LGPD houve a intensificação na proteção dos dados pessoais.

Bruno Zampier, em suas exemplificações sobre bens digitais, utiliza-se da situação hipotética em que um influente empresário que viajava muito a negócios por meio aéreo, o que ensejou no acúmulo de milhas aéreas. Dessa forma, tendo em vista o falecimento do referido empresário, em tese, deve-se permitir a transmissão desses ativos (milhas), vez que poderão ser utilizadas, mesmo que haja restrições contratuais, as quais deverão ser anuladas¹⁷.

Ainda sobre os perfis em redes sociais, importante ressaltar que há várias razões para utilização dos perfis de titulares falecidos, seja para homenagear o *de cuius*, preservando as memórias vinculadas, bem como a divulgação de produtos ou até mesmo órgãos que carregam o nome do falecido.

Neste jaez, destaca-se um fenômeno que acontece com frequência atualmente, com o falecimento dos titulares de perfis públicos os seguidores aumentam. Este fato ocorreu com a morte do apresentador Antônio Augusto Morais Liberato, popularmente conhecido como “Gugu” Liberato. Uma reportagem da UOL aponta que os números de seguidores subiu de 1.908.277 para 2.971.434, o que representa cerca de 55,7% que acompanhavam o perfil.¹⁸ Ademais, diante de toda repercussão do caso, o “Instagram” pronunciou-se no sentido de “congelar a página como memorial ou excluir o conteúdo”, porém, os advogados da família defendem a tese, nas quais se fundamentam dos Projetos de lei em tramitação acerca do tema, ou seja, a possibilidade da família herdar a conta.

17 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**. Ed. Foco Jurídico. Indaiatuba/2017.

18 UOL. Aumento de seguidores de Gugu reacende debate sobre herança digital. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/12/02/aumento-de-seguidores-de-gugureacende-debate-sobre-heranca-digital.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

Dessa forma, é fundamental estabelecer as possibilidades dos herdeiros explorarem economicamente um perfil deixado pelo falecido. Nessa senda, verifica-se que os motivos para a utilização dos perfis de pessoas falecidas são diversos, vão desde preservar a memória do *de cuius*, como também “a divulgação de homenagens, ações, produtos, e de institutos que carregam o nome do usuário, não sendo incomum que a conta gere um rendimento financeiro que perdure mesmo após o falecimento do indivíduo e que, inclusive, seja incrementado após este fato”¹⁹.

Como mencionado *alhures*, tem ocorrido com frequência o aumento de seguidores nas redes sociais após a morte de pessoas públicos, além do “Gugu” Liberato, o fenômeno ocorreu com outras pessoas, como o cantor Gabriel Diniz²⁰ e a Modelo Carol Bittencourt. Com efeito, o aumento de seguidores nos perfis obviamente provoca o aumento no valor financeiro atribuído a conta. À vista dessa perspectiva econômica, vale destacar os direitos dos herdeiros, tais como os que compõem a legítima e os estabelecidos no artigo 1.845 do Código Civil, o qual aborda sobre os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, e o cônjuge/companheiro), sendo estes sucessores de metade da herança (artigo 1.846 Código Civil).

Isto posto, leciona Ana Luiza Maia Nevares que: “o instituto da legítima encontra seu fundamento na conciliação entre o princípio da liberdade do proprietário dos bens e direitos dos parentes familiares próximos à sucessão”, em seguida chega à conclusão que “com a legítima, a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois, se lhe fosse permitido dispor de todo o seu patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora para outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar”²¹.

Assim, verifica-se que a legítima impõe uma limitação na autonomia sobre o planejamento sucessório, mas este fato não limita o titular

19 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas**, p. 137-154. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 145.

20 IBAHIA. Após a morte, Gabriel Diniz ganha 700 mil seguidores em menos de 10 horas. Disponível em: <https://www.ibahia.com/brasil/detalhe/noticia/apos-morte-gabriel-diniz-ganha-700-mil-seguidores-em-menos-de-dez-horas/>. Acesso em 07 de Junho de 2021. 8 VEJA SÃO PAULO. Carol Bittencourt ganha milhares de seguidores e Fábio de Melo comenta. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/carol-bittencourt-instagram-seguidores-fabio-melo/>. Acesso em: 06 de junho de 2021.

21 NAVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 43 e 44.

de uma conta organizar a sua sucessão e determinar o sucessor desta, o qual terá o papel de legatário.

Geralmente, fica encarregado ao titular realizar a divisão da melhor maneira, ou seja, cabe a ele realizar o “exercício de inteligência matemática a fim de salvaguardar aqueles bens de maior interesse”²², projetar e analisar quais as pessoas capacitadas para administrar a página das redes sociais que, às vezes, proporcionam maior rentabilidade que determinadas empresas.

Destarte, verifica-se a importância das formas de planejamento sucessório, nas quais o titular de determinada conta de redes sociais determina quem irá sucedê-las e administrá-las após a morte do titular. Aliás, este poderá até dispor sobre limitações ao possível administrador, bem como também pode determinar que a página não fosse manipulada por ninguém.

Vale ressaltar que há várias maneiras de planejamento sucessório, desde aquelas previstas no Código Civil aos estabelecidos pelas próprias plataformas digitais, porém, essas serão abordadas em capítulo específico sobre os aspectos do direito sucessório.

Até o presente momento, diante dos fatos que foram abordados anteriormente neste trabalho, pode-se afirmar que a sucessão dos materiais digitais, como regra geral, seguem-se as regras dispostas no direito sucessório, porém, o verdadeiro imbróglio existente no caso da herança de patrimônio digital é justamente o acesso aos bens que o compõe.

Assim, pode-se dizer que o direito de acesso possui grande potencial para revolucionar no campo sucessório, pois esclarecerá os contornos acerca da apropriação exclusiva de um bem, como fez na estrutura do direito de propriedade.

Verifica-se que os bens digitais não conseguem acompanhar as mesmas regras sucessórias aplicadas aos bens corpóreos, haja vista a diferença da natureza desses bens, isto é, os bens patrimoniais possui a base na apropriação e tradição, ao passo que os digitais se sustentam na experiência do usuário, fato este demonstra o engajamento com o direito da personalidade.

22 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas**, p. 137-154. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 146.

3 CONCLUSÃO

Primeiramente, o presente trabalho tratou sobre patrimônio digital, na busca de esclarecer sobre aspectos conceituais e até mesmo trazendo alguns exemplos de bens que juntos formam o patrimônio digital. Em seguida foi estabelecido o conceito de herança digital para melhor entender o instituto e estudá-lo de maneira mais aprofundada.

Verifica-se que com a intensificação dos casos sobre a sucessão de bens digitais, várias situações e intermináveis discussões surgiram, visto que alguns entendem pela possibilidade de transmitir todo o patrimônio digital deixado pelo falecido e outros defendem a impossibilidade. Dessa forma, depara-se com grande insegurança, pois não há nada estabelecido concretamente sobre herança digital no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, tendo em vista a complexidade e sensibilidade dos direitos em conflito, há a necessidade de a regulamentação de forma específica sobre herança digital, visto que a natureza dos bens corpóreos e dos digitais são distintas, logo, a sucessão desses após a morte dos titulares devem ser diferentes.

REFERÊNCIAS

BEPPU, Flávia; MACIEL, Cristiano. Perspectivas Normativas para o Legado Digital Pós-Morte Face à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: **Anais do I Workshop sobre as Implicações da Computação na Sociedade**. SBC, 2020. p. 73-84. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11038>. Acesso em: 29 de março de 2021.

BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasil: 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de março de 2021.

BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Brasil: 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 de março de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.820**. Da nova redação ao art. 1881 da Lei 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=222803>. Acesso em: 27 de maio de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.847**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.099**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.742**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.562**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6.468**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

D'ANDREA, Gustavo. Herança digital: definição e relevância. **Gustavo d'andrea blog**. 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://gustavodandrea.com/heranca-digital/>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas, p. 137-154. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**. Ed. Foco Jurídico. Indaiatuba/2017

MALHEIROS, Pablo; AGUIRRE, João Ricardo Brandão e PEIXOTO, Mauricio Muriack. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos do direito da personalidade projetados post-mortem. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018, 564-607, p.598s, e LEAL, Livia. Internet e morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil*, abr-jun, 2018, 181-197, p. 194.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Direito Digital – Direito Privado e Internet. FRITZ, Karina. **Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido**. Ed. Foco. 2020, p. 193-210.

MINCHINI, Jaqueline. **Sucessão e era digital: a possibilidade de transmissão de bens digitais após a morte**. Conteúdo Jurídico. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55812/sucesso-e-era-digital-a-possibilidade-de-transmissao-de-bens-digitais-aps-a-morte>. Acesso em: 29 de março de 2021.

NAVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 43 e 44.

OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. **Luto digital: plataformas para a gestão da herança digital**. 2015. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40297>. Acesso em: 07 de abril. 2021.

PEREIRA, Jorge Daniel de Albuquerque; COSTA, João Santos. **Herança digital: As Redes Sociais e Sua Proteção Pelo Direito Sucessório Brasileiro**. Âmbito Jurídico. 5 de dezembro 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redessociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

RICARTE, Flavio; MANZEPPI, Eduardo. Ainda sem legislação específica, herança digital requer atenção. **Consultor Jurídico**. 17 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/opiniao-legislacaoespecifica-heranca-digital-requer-atencao>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 26 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-eregime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

SILVA, Jéssica Ferreira da. **Herança digital: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/handle/ri/10808>. Acesso em: 09 de abril. 2021.

SILVEIRA, Thais Menezes. VIEGAS, Claudia de Almeida Rabelo. A destinação dos bens digitais post mortem. **Jus Brasil**. 2019. Disponível em: <https://claudia-maraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/700728316/a-destinacaod>



A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: ALGUMAS REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Dóris Ghilardi¹

Mariana Demetruk Marchioro²

1 INTRODUÇÃO

As crianças e adolescentes pobres ou abandonadas durante a égide do Código de Menores foram associadas ao crime e consideradas como um problema de segurança nacional. Naquele período, o Estado assumiu a função paternal e com o escopo de supostamente exercer este papel, passou a investir em medidas de internamento e não em políticas públicas básicas voltadas às famílias de baixa renda.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abandonou-se a concepção do “minorismo” para inaugurar a Doutrina da Proteção Integral, insculpida no art. 227 da referida Constituição, responsável por reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, com absoluta prioridade. Nessa senda, a família passa a ter um papel de protago-

-
- 1 Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas. Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em nível de graduação e pós graduação. Coordenadora científica do IBDFAM-SC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões em Perspectiva – GFAM, integrada à REFAM; Advogada e Pesquisadora. E-mail: dorisghilardi@gmail.com
 - 2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Psicologia Jurídica pela Unibrasil. Especialista em Direito de Família pela ABDCONST. Membro da Comissão da Pessoa Idosa e da Advocacia Colaborativa da OAB-PR; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões em Perspectiva – GFAM, integrada à REFAM; Advogada. E-mail: mari.dm@gmail.com

nismo na criação e proteção dos filhos, embora em regime de coparticipação e corresponsabilização com o Estado e a sociedade.

A responsabilização pelas crianças e adolescentes, portanto, transcende à família, recaindo também sobre a comunidade e o poder público. Com a finalidade de assegurar efetividade à doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) previu um conjunto de medidas governamentais distribuídas entre as três esferas federativas, por meio de políticas públicas sociais, serviços de prevenção e atendimento às vítimas de violências, maus tratos e abusos.

Ocorre que passadas três décadas da edição da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se de que a realidade vivenciada pelas crianças e adolescentes permanece eivada de inobservâncias e violações de direitos.

Com efeito, o presente estudo, tem como temática central os processos de destituição do poder familiar, a fim de compreender se a Doutrina da Proteção Integral está sendo assegurada com efetividade no plano fático. Para tanto, considera-se importantes fatores como o papel e omissão do Estado, a pobreza e a questão dos ditames mercadológicos, guiados pela racionalidade econômica.

Considerando que a vulnerabilidade econômica não é uma das causas autorizadas de rompimento dos vínculos de parentalidade e que estudos indicam que as famílias destituídas do poder familiar são oriundas das classes de baixo poder econômico, questiona-se: a Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes está sendo devidamente observada e concretizada nos processos de destituição do poder familiar?

Com a criminalização da pobreza e a racionalidade neoliberal como pano de fundo, com o desiderato de investigar tal problemática, utiliza-se do método dedutivo, com base em pesquisa qualitativa e documental, abordando primeiro a questão do minorismo e a marginalização da criança pobre, no momento que antecede a promulgação da Constituição Federal de 1988 para, logo após, tratar sobre a Doutrina da Proteção Integral e a corresponsabilização da família, do Estado e da sociedade.

2 O MINORISMO E A MARGINALIZAÇÃO DA CRIANÇA “POBRE”

No Século XVIII, diante de inúmeros males sociais (doenças, abandonos, analfabetismo) que exigiram medidas de urgência, o Estado passou a se preocupar com a questão dos órfãos e dos expostos. Discussões internas e influências europeias conduziram à elaboração de uma “Doutrina do Direito do Menor”, baseada no binômio “carência/delinquência”.³

Durante muitos anos pairou sobre a sociedade a ideia da criança oriunda de família de baixa renda como um “problema”. Segundo Amin, foi a fase da criminalização da infância pobre, em que “havia uma consciência de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo as suas garantias”.⁴ Paulatinamente, o tratamento jurídico concedido às crianças foi se modificando, mas o caminho para dissociar a criança pobre do crime foi árduo.⁵

Uma série de legislações e decretos regulamentaram o “menor” até o advento da Constituição Federal de 1988. Observa-se que dentre as referidas medidas preponderavam as que eram voltadas à repressão, à coerção social e à criação de institutos disciplinares e não à solução dos problemas sociais, o que findava no agravamento da situação dos “menores”.⁶

Pontua-se que havia uma distinção legislativa entre os menores delinquentes abandonados e os não abandonados.⁷ O “menor” abando-

3 AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 05.

4 AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 06.

5 PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Apadrinhamento afetivo: o cenário de Santa Catarina* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 21-24.

6 LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 28.

7 O Código criava uma distinção entre a criança e o menor que, em nada estava relacionada à faixa etária, pois a categoria menor era atribuída às crianças e adolescen-

nado era visto como um delinquente, uma ameaça à sociedade, que carecia de uma medida de isolamento.⁸ Nessa seara, o Estado assumiu a função de pais das crianças abandonadas, pervertidas e delinquentes.

Com o escopo de supostamente exercer este papel e de conter a ameaça à sociedade, o Estado passou a tratar as medidas de internamento como a única solução para os “filhos da pobreza”. Portanto, é possível afirmar que durante a vigência do minorismo, a tutela da infância foi caracterizada pela quebra dos vínculos familiares e pela substituição por vínculos institucionais.

Segundo Amin, a preocupação com a infância “era correccional e não afetiva”⁹.

O Estado não considerava os menores como sujeitos de direito em situação peculiaríssima de desenvolvimento e os institutos disciplinares existiam apenas nas principais cidades brasileiras, superlotados e com estruturas precárias. O Estado falhou ao assumir o papel dos pais dos filhos da pobreza.

Com o fracasso do Estado, começou-se a elaborar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), que somente foi aprovada no início da Ditadura Militar, por meio da Lei n. 4.513 de 1964, e o “menor” continuou a ser visto como um problema, mas, nesse momento, como um problema de segurança nacional.¹⁰

tes oriundos da classe pobre, imprimindo um caráter discriminatório ao seu modo de existência. Sendo assim, a legislação apresentava-se como higienista, moralista e punitiva, apesar do discurso protecionista às crianças desvalidas do cuidado familiar. NASCIMENTO, Maria Livia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007.

- 8 O Código de Menores de 1927 foi aprovado após a criação do primeiro Juizado de Menores em 1924, respondendo a uma demanda social que cobrava ações estatais, sejam jurídicas, assistenciais/punitivas quanto à situação “perigosa” de crianças pobres nas ruas, entendidas como derivadas do abandono e da desproteção familiar, por isso necessitando de proteção e salvação do Estado. Entretanto, essa solicitação política significava a urgência de proteção e de salvação da pátria. (NASCIMENTO; *et al*, 2007)
- 9 AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.09.
- 10 PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Apadrinhamento afetivo: o cenário de Santa Catarina* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 24.

Houve por parte do Estado e da sociedade a equivocada constatação no sentido de que as crianças marginais, a que se tentava combater e isolar, eram oriundas da pobreza.

O Código de Menores e os projetos que lhe antecederam não trataram de medidas capazes de reduzir a pobreza ou assistir às famílias, mas um modo de “otimizar” a institucionalização, capacitando as crianças ao trabalho.¹¹ Além disso, assevera-se que em momento algum, o Estado investiu ou demonstrou a intenção de investir em políticas públicas básicas voltadas às famílias empobrecidas.¹²

Verifica-se que durante o percurso percorrido até a promulgação Constituição Federal de 1988 – sem desconsiderar as mudanças paulatinas que ocorreram na legislação - as crianças pobres permaneceram marginalizadas e sendo tratadas como um risco à sociedade, quando na verdade era a própria sociedade que era um risco às crianças e aos adolescentes.

Intrigante observar que não havia a culpabilização, responsabilização e condenação dos familiares como ocorre na atualidade, mas, sim da própria criança. Pode-se extrair tal constatação da existência da roda dos expostos¹³, a qual permitia que bebês fossem abandonados sem qualquer tipo de identificação, dos dispositivos legais que previam que as famílias que internassem seus filhos em instituições estatais não seriam destituídas do poder familiar e de tantos outros que previam a responsabilização dos adolescentes sem sequer mencionar a responsabilidade parental.

Enquanto vigorou o minorismo - a doutrina da situação irregular -, a responsabilidade estatal pelas crianças e adolescentes mostrava-se como principal e a da família como subsidiária e a tutela da infância era caracterizada pelo aspecto correccional e marcada pela quebra dos vínculos familiares e pela institucionalização.

11 PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. Apadrinhamento afetivo: o cenário de Santa Catarina [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 29.

12 PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. Apadrinhamento afetivo: o cenário de Santa Catarina [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 24.

13 “Uma das alternativas da época era deixar a criança na Roda, dispositivo que possibilitava o abandono sem identificação do autor ou do genitor, ou seja, uma forma de ocultar a desonra moral e a ilegitimidade da criança, ficando ela sob os cuidados do estabelecimento religioso. Cabe ressaltar que esse primeiro sistema formal de abandono foi inaugurado em 1726 e extinto somente em meados de 1948, tendo se espalhado por diversas cidades brasileiras.” NASCIMENTO, Maria Livia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007.

3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PREVISÃO LEGAL DE CORRESPONSABILIZAÇÃO DA FAMÍLIA, DO ESTADO E DA SOCIEDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 coroou importantes mudanças no ordenamento jurídico, inaugurando a Doutrina da Proteção Integral, o que representa o abandono da concepção do minorismo. A criança e o adolescente passaram a ser concebidos como sujeitos de direitos em processo de desenvolvimento carentes de proteção especial.

O advento da Constituição de 1988 também representou um marco na compreensão da família e de sua função. A família passou a ter um papel de fundamental importância para sociedade e destacada responsabilidade no que tange às crianças e aos adolescentes.

No art. 227, do referido diploma legal, foi consagrada a responsabilidade da família, do Estado e da sociedade de assegurar, com prioridade, vários direitos às crianças e adolescentes, além de salvaguardá-los de toda forma de negligência, violência, discriminação entre outras condutas consideradas graves¹⁴.

No mesmo sentido, no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado, a família, a comunidade e a sociedade são corresponsáveis por assegurar – com prioridade – os direitos à vida, à saúde, alimentação, à educação, à cultura, enfim, os direitos que satisfaçam as necessidades inerentes ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes.

Embora pareçam deter igual responsabilidade, a verdade é que a família se tornou a principal responsável pelas crianças e adolescentes. Prevalece a expectativa de que a família e os respectivos integrantes se estruturam, se desenvolvam, se mantenham e que assegurem os direitos dos filhos que ainda não atingiram a maioridade.

14 Art. 227 da CFRB: “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”.

O Estado, por sua vez, passou a assumir uma postura residual e subsidiária em relação à família no que concerne a proteção da criança e do adolescente. A intervenção estatal passou a ocorrer no âmbito familiar apenas quando necessário para garantir o melhor interesse da criança e do adolescente¹⁵.

Elucida-se que a intervenção do Estado se justifica quando a família falha no exercício do poder familiar, podendo ocorrer a suspensão ou a destituição dele. É importante que se diga que o objetivo dessas medidas não é castigar os pais, mas proteger o superior interesse da criança e do adolescente.

O poder familiar consiste em um conjunto de deveres e direitos dos pais em relação aos filhos, devendo tal autoridade ser exercida no superior interesse da criança e do adolescente. Seu conteúdo encontra previsão no art. 229 da Constituição Federal de 1988, corroborado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.634 do Código Civil.

Como dever prioritário, estão os genitores responsáveis pela assistência e proteção dos seus filhos, zelando pelo seu sadio crescimento, assegurando-lhes, com absoluta prioridade, a efetivação de todos os seus direitos, como o direito à vida, à saúde, à educação, ao respeito, à liberdade, ao lazer, ao esporte e a convivência familiar e comunitária. Contudo, nem sempre a família se constitui como um ambiente de cuidado e proteção.

A família pode se concretizar como local de potencial de violação de direitos, razão pela qual o poder familiar pode ser suspenso (privação temporária) ou destituído (privação definitiva).

Em regra, a suspensão do poder familiar deve ocorrer antes da destituição do poder familiar. No momento em que ocorre a suspensão, há a concessão de uma suposta oportunidade dos genitores de retomar o poder familiar. Ou seja, num primeiro momento, o Estado suspende o poder familiar, orienta as famílias e realiza as exigências que considera imprescindíveis à manutenção da criança e do adolescente no seio da família¹⁶.

15 PAULA, Francielle. TAKAQUI, Patricia Liliana Schoeder. Ineficácia do estado na destituição do poder familiar perante as famílias em risco social. Publicado no 5º Simpósio de Contemporaneidade e Sustentabilidade. 2017.

16 PAULA, Francielle. TAKAQUI, Patricia Liliana Schoeder. Ineficácia do estado na destituição do poder familiar perante as famílias em risco social. Publicado no 5º Simpósio de Contemporaneidade e Sustentabilidade. 2017.

Caso as orientações e exigências feitas pelo Estado sejam atendidas, encerra-se a suspensão. Caso a família não cumpra as determinações, iniciam os tramites da destituição.

Em que pese a oportunidade de uma nova chance às famílias, por meio de orientação, possa parecer adequada e suficiente para aquelas que pretendem continuar com os seus filhos, em verdade, no plano fático, não o é. Não raras as vezes as famílias não compreendem a exigência formulada, a razão da intervenção estatal, os prazos estabelecidos, as consequências do descumprimento e, em tantas outras, mesmo compreendendo, não possuem condições materiais e psicológicas de atendê-las.

O art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente é muito claro ao prever que a pobreza não constitui motivo para a extinção do poder familiar. Contudo, há uma significativa tendência cultural nesse sentido e vários estudos confirmam que os pais destituídos do poder familiar são pobres.

Em interessante artigo, Joner e Gessele¹⁷ apresentam as conclusões de uma pesquisa empírica qualitativa realizada com o objetivo de compreender a relação entre o perfil das famílias e a perda do poder familiar na Comarca de Jaraguá do Sul. Para tanto, analisaram vinte e cinco pareceres profissionais das assistentes sociais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No referido estudo, apontaram como resultados que todas as famílias analisadas tiveram suas trajetórias marcadas pela privação material, além da violência intrafamiliar – naturalizada e reproduzida –, da omissão do Estado e da não proteção dos filhos. As autoras destacam que as condições sociais, o perfil das famílias e os processos judiciais são sempre semelhantes. E atentam que essas semelhanças não são meras coincidências¹⁸.

No mesmo sentido, Favero, na obra sobre o rompimento dos vínculos parentais pela perda do poder familiar, denuncia a situação de violência social vivenciada pelas famílias em situações de pobreza em razão da ausência de políticas sociais adequadas. Ainda, elucida Favero que as famílias que são atravessadas pela destituição do poder familiar são famílias

17 JONER, Késia; GESSELE, Cleide. Pobreza e Família: reflexões sobre a destituição do poder familiar na comarca de Jaraguá do Sul – SC. In Anais do III Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

18 JONER, Késia; GESSELE, Cleide. Pobreza e Família: reflexões sobre a destituição do poder familiar na comarca de Jaraguá do Sul – SC. In Anais do III Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

em condição de pobreza de recursos materiais e, também, de direitos. As famílias destituídas geralmente vivem num contexto de privação material, se desenvolvem com a naturalização da violência intrafamiliar e estão inseridas num quadro violência social que afeta todas as dimensões do “ser”.¹⁹

O fenômeno da pobreza não se restringe apenas a análise da renda, Nas palavras de Favero:

O dimensionamento do fenômeno da pobreza não se reduz aqui somente a partir da renda [...] embora a renda seja determinante, a pobreza insere-se num quadro de violência social que tem que ser considerado a partir de uma multiplicidade de fatores que o constrói e que atinge todas as dimensões do viver de significativo número de pessoa²⁰.

Observa-se que a suspensão e a destituição do poder familiar dificilmente são respaldadas e fundamentadas expressamente na pobreza, mas, sim, em outros fatores, como a negligência²¹. A questão consiste em refletir se a “negligência” representa de fato o que ocorre nas relações familiares ou se a negligência está sendo utilizada para omitir a real motivação que seria a própria pobreza ou ainda uma maneira diversa da adotada pela família tradicional de educar os filhos²².

19 FAVERO. Eunice; Questão social e perda do poder familiar. São Paulo: Veras Editora, 2007. p. 80.

20 FAVERO. Eunice; Questão social e perda do poder familiar. São Paulo: Veras Editora, 2007, p. 80.

21 As tensões do conceito de negligência na infância se dão tanto em função das características subjetivas contidas no próprio conceito, no que diz a respeito de modelos de cuidados, omissões, intencionalidade, concepções de família; quanto em relação aos aspectos que se encontram em sua interface, tais como: a violência e questões estruturais, econômicas, sociais, políticas, jurídicas, familiares, morais, culturais, também de saúde e proteção à infância. Diante desse cenário de possibilidades de enquadramento do conceito, percebemos mais uma problemática, que se refere à utilização do mesmo para nomear determinadas situações como negligência contra criança. Ou também desenquadramento, já que observamos na discussão que as tentativas de enquadramento do conceito nem sempre têm sucesso. Por vezes vemos mais um conceito que transborda, do que um conceito dócil, que se presta facilmente a enquadramentos.

22 Conforme se depreende do caso real relatado pelo autor “O segundo relato é uma DPF com adoção, deferida em detrimento de uma mãe adolescente acusada de “abandono” do filho. A denúncia se pautava na ausência de vacinas e de certidão de nascimento, ter dado outro filho e não desejar filho atual. O contexto familiar era complexo. A avó materna trabalhava de garçonete, tinha problemas de saúde, residia de favor na

Segundo Nascimento e outros, a “família pobre” passa a ser tratada como “família negligente”, conforme se depreende do excerto a seguir transcrito:

A família pobre ganha um novo estatuto: família negligente. Essa categorização justifica a intervenção estatal, pois o discurso não é mais o da falta de condições materiais para o cuidado dos filhos, e sim o desrespeito aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como saúde, educação, alimentação, entre outros, que tomam forma nos casos de violência intrafamiliar, “risco social”, exploração do trabalho infantil, etc. Sem considerar que, muitas vezes, a família pobre é privada desses direitos, e conseqüentemente não tem como suprir/garantir as necessidades de seus filhos²³.

Há que se destacar, portanto, que a família pobre geralmente é privada dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e que muitas das vezes não possui condições materiais, neurológicas e psicológicas de garantir esses direitos aos seus filhos. E, sob essa perspectiva, no aspecto fático, se verifica que a pobreza e a negligência se confundem.

casa de um amigo, seu marido estava desempregado, era alcoólatra e violento com toda a família. Além disso, rejeitava a filha e o neto. A genitora morava com o irmão devido à violência paterna, não tinha trabalho fixo e admitiu não ter condições materiais de cuidar do filho. Entretanto, discordava da adoção. O genitor foi preso por tráfico, trabalho iniciado após do nascimento da criança e, referido como estratégia possível para o sustento das necessidades do filho. O parecer psicológico enfatizou a história de vida da adolescente: repleta de abandono, pai alcoólatra que expulsou a esposa e os filhos de casa, não aceitação por parte do padrasto, insensibilidade da mãe em relação à filha adolescente. O curador especial disse: “Estamos diante de um caso em que temos de um lado uma família já estruturada, querendo adotar uma criança. Do outro, uma adolescente, desamparada no mundo, que não pode perder o direito de ser mãe de seu filho. A avó prefere dar o neto a assumir qualquer responsabilidade sobre ele. Quer se eximir do dever para com o neto assim como se eximiu de seu dever para com a filha. Mas ninguém está preocupado com a mãe adolescente. Esta é sua triste realidade. Tem tudo contra ela (...) Arrancar-lhe o filho seria mais um ato de violência contra essa menina mãe, a quem já está sendo negado os seus direitos fundamentais”. Entretanto, o Juiz disse: “o passado lamentável da adolescente não serve para justificar a condenação da criança ao mesmo destino da mãe”, deferindo a favor da adoção”. (NASCIMENTO, Maria Lívia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007)

- 23 NASCIMENTO, Maria Lívia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007.

Desse modo, tem-se que as famílias pobres, que são frutos de um contexto de violência e pobreza, são negligenciadas pelo Estado e são punidas pelas negligências que cometem.²⁴ A negligência da família para com os seus filhos e do Estado para com as famílias são fenômenos distintos, mas igualmente complexos, que extrapolam o núcleo familiar e exigem soluções complexas e a intervenção estatal efetiva.

Nessa óptica, cumpre ao Estado atuar como corresponsável das situações de negligência e violência que ocorrem dentro desses núcleos familiares, além de auxiliar na construção de redes de apoio para a persecução da proteção integral aos integrantes da família.²⁵

Obviamente que não se ignora o fato de que há famílias que infringem os direitos dos filhos, impondo ao Judiciário o dever de fazer cumprir a lei e colocar a salvo a vida e a integridade física e emocional dessas crianças e adolescentes.

Desse modo, o que se pretende com o presente estudo, é que seja reconhecida a nítida e urgente necessidade de ampliação e solidificação de políticas públicas voltadas às famílias de baixa renda e de extrema pobreza, de modo a viabilizar a reconstrução dos laços familiares e a ressignificação das suas práticas e vivências, corrigindo o cenário doentio e violador de direitos fundamentais.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E A RACIONALIDADE NEOLIBERAL: A CONSTATAÇÃO DA OMISSÃO ESTATAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) representa um microsistema de direitos fundamentais indispensáveis ao saudável

24 NASCIMENTO, Maria Livia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007.

25 JONER, Késia; GESSELE, Cleide. Pobreza e Família: reflexões sobre a destituição do poder familiar na comarca de Jaraguá do Sul – SC. In *Anais do III Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social da Universidade Federal de Santa Catarina*. Florianópolis, 2019

e integral desenvolvimento de crianças e adolescentes. Destaca-se que o Estatuto é considerado como uma das legislações mais avançadas em prol da defesa dos interesses infantis e juvenis.

Adotando a Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente é responsável por cuidar de todo o arcabouço jurídico de ampla tutela da criança e do adolescente, constituindo um novo paradigma protecionista e garantista, munido de instrumental necessário e indispensável para a efetivação da norma constitucional na área na infância e juventude.

Inaugurando um novo modelo de coexistência entre família, Estado e sociedade, inspirado nos ideais democráticos e participativos, representou uma grande esperança na efetivação dos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes.

Todavia, diante de um contexto político guiado pelas regras mercadológicas de racionalidade neoliberal, na prática, esse novo modelo deparou-se com grandes dificuldades de implementação, revelando-se insuficiente para dar conta de todas as mazelas sociais e econômicas.

Os processos de destituição de poder familiar são um dos exemplos dessa insuficiência. Consoante demonstrado acima, o perfil das famílias envolvidas em processos de ruptura de laços familiares, enquadram-se na faixa de pobreza.

Em geral, as demandas judiciais ignoram a ausência de tutela estatal presente no seio familiar, conduzindo à culpabilização exclusiva da família. As situações de negligência e maus-tratos são vistas somente como incompetência familiar.

Há cristalina criminalização da família, individualização da violência e dissociação do ocorrido do contexto social e político. Não se verificam tentativas efetivas de manutenção e de reconstrução dos laços familiares, tampouco de ressignificação das práticas e vivências das famílias pobres.

Isso tudo é reflexo de uma sociedade cada vez mais afetada pelo viés econômico, que desconsidera a complexidade do problema e contribui para a naturalização de determinadas práticas.

Nesse sentido, Foucault faz uma análise da crescente economização dos processos relacionados à vida dos indivíduos e da população e traz a compreensão da economia como ciência do comportamento humano, ressaltando o individualismo. Elucida que nesse contexto o próprio homem passou a ser compreendido como capital e todos os indiví-

duos passaram a ser compreendidos como uma unidade-empresa, o que é o cerne da Teoria do Capital Humano²⁶.

Inserido nessa racionalidade neoliberal, individualista, e da perspectiva do indivíduo como unidade-empresa, é que a pobreza é associada ao fracasso e à violência. A compreensão do ser humano a partir da Teoria do Capital Humano consiste na base para o conceito de biopolítica desenvolvido por Foucault e isso nos faz refletir sobre os impactos de se aplicar a todas as relações humanas a lógica de oferta e de demanda²⁷.

Nesse sentido, é necessário compreender o quanto essa inteligibilidade afeta na proteção das crianças e adolescentes e na compreensão do que consiste o melhor interesse dos mesmos e nas próprias relações familiares, bem como na naturalização de violações. É igualmente necessário considerar essa interferência nos processos decisórios.

Numa perspectiva do neoliberalismo como uma miscelânea de noções, estratégias e tecnologias de cálculo destinadas a moldar populações e pessoas, verifica-se que não é apenas o Estado que se adequa a essa nova racionalidade neoliberal, mas toda a sociedade passa a ser concebida como um “mercado”²⁸.

Essa nova racionalidade naturaliza a responsabilização individual pelas consequências das escolhas individuais e normaliza a transformação dos indivíduos em empreendedores de si, que precisam se superar continuamente, ser flexível, adaptável, visando sempre o inalcançável de ser “bem-sucedido e feliz”²⁹.

Isso tudo, vem produzindo uma sociedade excessivamente consumerista, esquizofrênica e doentia, cada vez mais individualista e incapaz de solucionar os seus problemas, que demandam esforços coletivos e multidisciplinares, tal como a negligência ou mesmo a violência contra crianças e adolescentes no âmbito familiar.

26 FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008.

27 FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008.

28 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

29 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

A negligência e a violência contra crianças e adolescentes é em verdade um problema de saúde pública - e deveria ser tratado como tal - e não um problema próprio do núcleo familiar, cujos únicos responsáveis são os entes familiares. Como bem pontua Barboza, “talvez em nenhuma outra área do Direito as situações individuais evidenciam com tanta clareza a problemática social. Não seria exagero afirmar que a infância e a juventude são a vitrine da sociedade.”³⁰

Cumpra ainda pontuar que se tem denominado como negligência trata-se de um fenômeno complexo composto por aspectos psicológicos, sociais e legais. Um fenômeno complexo carece de soluções igualmente complexas - e não soluções simplistas, tais como a penalização da família.

Desse modo, resta evidenciada a urgência de observância do dever legal do Estado de orientar, apoiar, oferecer subsídios, bem como promover a devida e concreta oportunidade de recuperação e correção das falhas familiares - o que em muitos casos, seria hábil a evitar a destituição do poder familiar - tendo em vista a prioridade legal da manutenção dos laços familiares.³¹

Contudo, o Estado está cada vez mais ausente e as condições de vida das famílias cada vez mais precárias. As famílias, que foram negligenciadas pelo Estado e que são frutos de um contexto de violência e pobreza, são novamente punidas por serem negligentes.

O Estado negligencia-se a família e, então, a pune pela negligência que cometeu³². Enquanto a negligência e a violência contra crianças e adolescentes continuar a ser tratada como um problema próprio do núcleo familiar, cujos únicos responsáveis são os entes familiares, que se resolve com a culpabilização exclusiva da família e extinção do poder familiar, o ciclo da violência continuará sendo reproduzido e os direitos das crianças e dos adolescentes continuarão sendo frontalmente violados.

30 BARBOZA, Heloísa Helena. Prefácio. *In* Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

31 JONER, Késia; GESSELE, Cleide. Pobreza e Família: reflexões sobre a destituição do poder familiar na comarca de Jaraguá do Sul - SC. *In* Anais do III Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019

32 NASCIMENTO, Maria Lívia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007.

5 CONCLUSÃO

O trabalho dedicou-se a verificar se a Doutrina da Proteção Integral está sendo atendida nos processos de destituição do poder familiar. De acordo com a pesquisa a resposta é negativa.

Embora o Brasil tenha um dos principais instrumentos de proteção à criança e ao adolescente, ainda se percebe um grande hiato entre a teoria e a prática. A incorporação da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico, embora bem delineado, foi insuficiente para a concretização e para a construção de uma nova realidade - pensada para um Estado Democrático de Direito - centrada na dignidade da pessoa humana.

Entre os objetivos fundamentais estabelecidos constitucionalmente encontram-se a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais. Sem o cumprimento e observância desses ditames, vários conteúdos relacionados à promoção das crianças e dos adolescentes a sujeitos de direitos restam prejudicados.

A destituição do poder familiar deveria ser sempre a última alternativa para o atendimento do superior interesse da criança. Para isso, é preciso que o Estado e a comunidade atuem conjuntamente com as famílias, de modo a viabilizar a reconstrução dos laços familiares, a ressignificação das suas práticas e vivências, corrigindo o cenário violador de direitos fundamentais e oportunizando a construção um ambiente mais saudável ao livre desenvolvimento da personalidade desses sujeitos.

Se o Estado falha em seu dever social de dar suporte às famílias mais necessitadas, a tendência passa a ser a naturalização da responsabilização dos pais, o que não soluciona e nem interrompe o ciclo de negligência e violência presentes nos lares.

É necessário que o Estado atue como corresponsável pelas violações ocorridas na vida destes sujeitos, invista e promova políticas públicas aptas a acolher e atravessar a vida dessas famílias pobres e negligenciadas, de modo que possuam condições de assegurar e garantir um cuidado adequado aos seus filhos.

Do contrário, enquanto a negligência e a violência contra crianças e adolescentes for tratada como um problema exclusivo do núcleo

familiar, cujos responsáveis são tão somente os entes familiares, o ciclo da violência continuará sendo reproduzido e os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes continuarão sendo constantemente violados.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOZA, Heloísa Helena. Prefácio. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 10 de fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 10 de fev. 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008. (Aula de 14 de março, 21 de março e 28 de março de 1979).

JONER, Késia; GESSELE, Cleide. **POBREZA E FAMÍLIA: reflexões sobre a destituição do poder familiar na comarca de**

Jaraguá do Sul – SC. https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/202555/Joner_Gessele_Pobreza%20e%20fam%C3%ADlia.pdf?sequence=1
Acesso em: 10 de fev. 2021.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

NASCIMENTO, Maria Lívia do; CUNHA, Fabiana Lopes da; VICENTE, Laila Maria Domith. **A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza.** Rev. psicol. polít. São Paulo, v. 7, n. 14, dez. 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2007000200006&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 14 fev. 2021.

PAULA, Francielle. TAKAQUI, Patricia Liliana Schoeder. **Ineficácia do estado na destituição do poder familiar perante as famílias em risco social.** Publicado no 5º Simpósio de Contemporaneidade e Sustentabilidade. 2017. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c136a9820d.pdf> Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

PINZANI, Alessandro. Uma vida boa é uma vida responsável: o neoliberalismo como doutrina ética. In: Rajobac, Raimundo; Bombassaro, Luiz Carlos; Goergen, Pedro. (Org.). *Experiência formativa e reflexão.* 1ed. Caxias do Sul: Educus, 2016

PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Apadrinhamento afetivo: o cenário de Santa Catarina [recurso eletrônico].** Porto Alegre: Editora Fi, 2019.



A HIPERSEXUALIZAÇÃO NO TIKTOK: COMO PROTEGER CRIANÇAS E ADOLESCENTES DOS RISCOS DA NOVA FEBRE DIGITAL?

Amanda Maria Trojan¹

Luiza Rodrigues Pin²

1 INTRODUÇÃO

O acesso à *internet* tornou-se um pré-requisito intrínseco à sobrevivência dos indivíduos, pois considerável parte dos indivíduos utiliza-se da conexão a um clique como objeto facilitador da rotina diária. É o que acontece com os “papais de primeira viagem”. Diariamente esgotados com a rotina de trabalho e desmotivados para inovar em métodos que atraíam, concentrem e aclamem seus filhos, os genitores prenderam-se aos recursos ofertados pela tela preta do celular.

Mas, torna-se preocupante perceber que, na maioria dos casos, os genitores ignoram a linha tênue que se estabeleceu entre os benefícios do acesso ilimitado à *internet* e os perigos que habitam na tela preta de um celular. Sem dúvidas, as redes sociais são a porta de entrada para uma enxurrada de informações inadequadas às crianças e adolescentes.

-
- 1 Advogada. Graduada em Direito pela PUC-PR, *Campus* de Curitiba. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculados ao PPGD da FMP/RS. E-mail: amandatrotjan8@gmail.com.
 - 2 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *Campus* Francisco Beltrão. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Damásio/IBMEC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao PPGD da FMP/RS. E-mail: advluizapin@gmail.com.

Perceptível que na atual conjuntura social ignora-se que as redes sociais permitem a interação direta ou indireta com conteúdos inadequados, ou até mesmo, a socialização com indivíduos acima da faixa etária de crianças e adolescentes. Nessa linha, o aplicativo não-*game* *TikTok* – febre digital entre os brasileiros – tornou-se palco de crítica no cenário nacional e internacional.

A ausência da proteção de dados dos usuários coadunada a polêmicas de hipersexualização de crianças e adolescentes no aplicativo *TikTok*, são pontos urgentes de reflexão social. Diante desta problemática, objetiva-se com a presente pesquisa a reflexão jurídico e social acerca da proteção de crianças e adolescentes no universo *on-line*, em específico, no *TikTok*. Ainda assim, busca-se demonstrar os sinais da hipersexualização de crianças e adolescentes em um aplicativo que não foi programado para recepcioná-las.

Vislumbra-se ao decorrer da pesquisa a dependência enraizada em crianças e adolescentes frente ao acesso à *internet* e o consequente impacto em suas formas de viver em sociedade. Em seguida, analisa-se a política de proteção de dados do aplicativo *TikTok* e por fim, a hipersexualização de crianças e adolescentes nesta plataforma digital.

Para isso, utiliza-se do método de pesquisa científico-indutivo, pautando-se em revisão bibliográfica, bem como, análise de casos concretos de países que baniram a utilização do *TikTok* e de crianças e adolescentes que se tornaram alvos de comentários sexuais ao utilizarem o aplicativo.

2 A HIPERSEXUALIZAÇÃO NO TIKTOK: COMO PROTEGER CRIANÇAS E ADOLESCENTES DOS RISCOS DA NOVA FEBRE DIGITAL?

2.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA GERAÇÃO CONECTADA

É inegável que o desenvolvimento tecnológico tem viabilizado a amplitude de divulgação da informação, tornando-se tal fato uma das

maiores características da sociedade contemporânea. Contudo, a vasta acessibilidade de informações tem gerado impacto na vida privada, outrora marcadamente restrita aos círculos pessoais, cabendo aos indivíduos cada vez mais avaliarem o efeito de decisões referentes à divulgação de informações privadas em meios de comunicação.³

Segundo um relatório produzido pelo *We Are Social e Hootsuiit* em janeiro de 2021, existem 4,66 bilhões de usuários com acesso à *internet*⁴, evidenciando um significativo crescimento dos meios de comunicação. É a geração de pessoas que não conseguem mais conviver apenas com a realidade comum, pois estão inseridas nos espaços virtuais, e, muitas vezes, dependentes das opções que o mundo virtual pode-lhes oferecer.⁵

A *internet* é um meio sem limites para a circulação de informações, sejam elas governamentais, organizacionais ou pessoais e em sua concepção, foi desenvolvida para garantir a segurança e proteção destas informações, mas nem sempre é real.⁶ Seguindo essa linha de raciocínio, Lévy explica que o computador tem a capacidade de auxiliar no aprendizado e aquisição de conhecimentos, mas também pode levar ao isolamento e a separação de seus familiares e grupo social.⁷

Por outro aspecto, considerando que bilhões de pessoas utilizam aparelhos que monitoram e armazenam suas atividades cotidianas, inclusive também crianças e adolescentes, que cada vez mais cedo se expõem ao

3 RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Volume 8. Abril e junho, 2016. p. 33.

4 KEMP, Simon. Digital 2021: the latest insights into the “state of digital”. **We are social**, 2021. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

5 GONÇALVES, Bruna Goudinho; NUERNBERG, Denise. A dependência dos adolescentes ao mundo virtual. **Revistas de Ciências Humanas**, Florianópolis, Volume 46. Número 1. P. 165-182, Abril de 2012. p. 166. 6

6 LIMA, Gercina Angela Borem de Oliveira; PINTO, Liliam Pacheco; LAIA, Marconi Martins de. **Tecnologia da Informação: impactos na sociedade**. p. 84. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1699> Acesso em 20 de agosto de 2021.

7 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000 *apud* GONÇALVES, Bruna Goudinho; NUERNBERG, Denise. A dependência dos adolescentes ao mundo virtual. **Revistas de Ciências Humanas**, Florianópolis, Volume 46. Número 1. P. 165-182, Abril de 2012. p. 170.

mundo digital. Essa é a chamada geração Alpha, conhecida por ser 100% conectada, cujos dados estão armazenados desde o seu nascimento.⁸

Um estudo elaborado pela UNICEF no ano de 2017, verificou-se que, em todo o mundo, 1 a cada 3 usuários na *internet* é uma criança. Os “nativos digitais” surgem em meio às Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), *smartphones*, *gadgets* e mensagens instantâneas – ferramentas que ressignificam diariamente os modos de viver e ser criança, pois “não há como pensar na infância contemporânea sem pensar nos múltiplos fragmentos culturais que a constituem”.⁹

O lado positivo da conexão das crianças e adolescentes à *internet* gira em torno da possibilidade de uma maior exploração na formação da identidade, uma vez que proporciona a elas incríveis possibilidades em termos de desenvolvimento social. Entretanto, os riscos associados à maneira em que as identidades dos jovens estão sendo formadas e acessadas pelos outros neste ambiente convergente devem ser considerados seriamente – talvez mais seriamente do que a maioria dos pais e responsáveis podem imaginar.¹⁰

Os adolescentes, como um segmento social que é mais suscetível às transformações das tecnologias digitais, herdaram a facilidade de adquirir um vício. Nessa perspectiva, Greenfield também destaca que o uso excessivo da tecnologia estaria afastando os jovens do convívio social; mais do que isso, da vida real, prejudicando gravemente as relações humanas no futuro.¹¹ Dessa forma, tecnologia pode se tornar um fator de isola-

8 RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Volume 8. Abril e junho, 2016, p. 32 a 46. p. 517.

9 SCHMIDT, Saraí Patrícia; PETERSEN, Michele. **Consumo e infância**: de mãos dadas a caminho da escola. *apud* ALCÂNTARA, Alessandra; GUEDES, Brenda. (Org.). *Culturas infantis do consumo: práticas e experiências contemporâneas*. São Paulo: Pimenta Cultura, 2014, p. 39.

10 PALFREY, John e GASSER, Urs. **Nascidos na era digital**: entendendo a primeira geração de nativos digitais. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 31.

11 GREENFIELD, David. As propriedades de dependência do uso de internet. In: YOUNG, K. S. et al. *Dependência de Internet*. Porto Alegre: Artmed, 2011 *apud* PORTELA, Priscila; NÓBILE, Márcia Finimundi. O uso da internet por estudantes de Ensino Fundamental: reflexão sobre a internet como ferramenta pedagógica. *Revista Educação Pública*, v. 19, nº 33, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/19/33/o-uso-da-internet-por-estudantes-de-ensino-fundamental-reflexao-sobre-a-internet-como-ferramenta-pedagogica> Acesso em 01 de setembro 2021.

mento social, que compromete a capacidade de socialização dos adolescentes, que não conseguem mais distinguir a realidade do mundo virtual.

Sob o ponto de vista de Nardon, “é na adolescência que o convívio social se amplia, com a participação nos diferentes grupos, aos quais os adolescentes pertencem, como: escola, esportes, cursinhos, lazer, entre outros”.¹² Porém, considerando a geração dos nativos digitais, o que deveria ser uma relação de afetividade e encontro com grupos do mesmo interesse, em alguns casos, fica à mercê da comunicação digital.

Nessa perspectiva, cabe a reflexão: até que ponto as crianças e adolescentes estão sendo afetados positiva ou negativamente pelo uso das mídias sociais? O quanto essa geração que já nasceu conectada está sendo protegida dentro da *internet*? Como o uso desmedido da tecnologia de informação e comunicação influenciam suas vidas, sua saúde, seu bem-estar?

Os desafios concernentes à contemporaneidade quanto aos avanços tecnológicos remetem a eminente necessidade de se entender a relação que as crianças têm com as tecnologias nessa nova conjuntura socioeconômica e cultural. Nesse sentido, contextualizar o papel da criança e do adolescente na sociedade atual e caracterizá-los com uma infância pertinente às suas necessidades peculiares no contexto das novas tecnologias, é uma tarefa complexa e que demanda importantes reflexões dos conhecidos riscos do mundo tecnológico.

A preocupação relacionada aos jovens deve ser investigada, visto que a *internet* é um ambiente que possibilita ao usuário a conexão com todo tipo de pessoas ou comunidades, a veiculação de notícias de toda natureza, verossímeis ou inverossímeis. Em suma, é um leque de possibilidades de conexões informacionais.¹³

Nesse contexto, o problema surge na inserção desmedida dos jovens na internet, por não terem acesso às informações completas e seguras que possam auxiliá-los na navegação da rede, caracterizada em um ambiente virtual plural, complexo e multifacetado, o que reflete, por

12 NARDON, Flávio. A relação interpessoal dos adolescentes no mundo virtual e no mundo concreto. Trabalho de Conclusão de Curso. Criciúma: Curso de graduação em Psicologia, Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2006 apud GONÇALVES, Bruna Goudinho; NUERNBERG, Denise. A dependência dos adolescentes ao mundo virtual. *Revistas de Ciências Humanas, Florianópolis, Volume 46. Número 1. P. 165-182, Abril de 2012. p. 171.*

13 RIBEIRO, Neide Aparecida. **Cyberbullying: práticas e consequências da violência virtual na escola.** Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 28.

outro lado, em consequências graves a terceiros advindas das práticas digitais arriscadas na internet.¹⁴

Brilhantemente, Carla Faria Leitão e Ana Maria Nicolaci da Costa orientam que *a internet* faz gerar a sensação de poder tudo, até ignorar limites do mundo real, já que os usuários podem manter o anonimato, o acesso fácil às informações e a realização de diferentes atividades. Além disso, as autoras descrevem três tipos de excesso no uso da internet: o grande número de informações, a quantidade de horas que permanecem conectados e a exposição excessiva da intimidade. São processos que o adolescente passa, e em alguns casos, sem o contato com a família, pode levar à dependência.¹⁵

Portanto, é inegável que a tecnologia e as mídias digitais influenciam novas formas de existência para as crianças e lhes proporcionam novas formas de se colocarem no mundo na sociedade contemporânea, entretanto, deve-se considerar que a exposição nas mídias digitais também reflete no desenvolvimento físico e psicológico de seres em situação de vulnerabilidade, bem como a invasão de sua privacidade, considerando que o uso descomedido dos seus dados pessoais, significa, na maioria das vezes, a cessão de direitos fundamentais como condição de livre acesso à *internet*.

2.2 O USO DO TIKTOK E A POLÍTICA DE PROTEÇÃO DE DADOS DO APLICATIVO

Analisando questões acerca da imagem, privacidade e segurança no mundo digital, é importante ressaltar que crianças e adolescentes estão cada vez mais envolvidos com a criação de informação, conhecimento e entretenimento nos ambientes *on-line*. Seja gravando vídeos, criando blogs, *websi-*

14 OLWEUS, Dans. *Bullying at scholl. What we know and what we can do*. London: Blackwell, 1993; LIMA, Ana Maria de Albuquerque. *Cyberbullying e outros riscos na internet: despertando a atenção de pais e professores*. Rio de Janeiro: Walk Editora, 2011. Blaya, Catherine. *Os adolescentes no ciberespaço: atitudes de riscos e ciberviolência*. Lisboa, Portugal: Piaget, 2013 *apud* RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying: práticas e consequências da violência virtual na escola*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 29.

15 LEITÃO, Carla Faria; COSTA, Ana Maria Nicolaci da. Impactos da Internet sobre pacientes: a visão de psicoterapeutas. *Psicologia em Estudo (Maringá)*, 10(3):441-50, 2005 *apud* GONÇALVES, Bruna Goudinho; NUERNBERG, Denise. A dependência dos adolescentes ao mundo virtual. *Revistas de Ciências Humanas, Florianópolis*, Volume 46. Número 1. P. 165-182, Abril de 2012. p. 171-172.

tes, ou até mesmo engajados em aplicativos de entretenimento, como o *TikTok*, plataforma digital que recentemente se tornou popular entre os jovens.

O aplicativo da empresa chinesa *ByteDance* que permite o compartilhamento de vídeos sobre os mais diversos assuntos e disponibiliza aos usuários ferramentas de edição, dublagens, filtros de imagem, efeitos e sons, contava com mais de um bilhão de *downloads* em 2019. Na pandemia, o número passou a 2 bilhões¹⁶, batendo o recorde de *downloads* em um trimestre e alavancado à “febre da quarentena” no Brasil.

De acordo com a empresa de pesquisa de mercado *Global Web Index*, em fevereiro de 2020, o *TikTok* tinha cerca de 800 milhões de usuários ativos em todo o mundo. No Brasil, a ferramenta ganha cada vez mais espaço, de forma que, atualmente, são 7 milhões de pessoas cadastradas na rede, que 90% desse público acessa o aplicativo todos os dias.¹⁷

Nesse sentido, embora o aplicativo esteja conquistando rapidamente todos os públicos, crianças e adolescentes ainda representam uma boa parte dos usuários. Tendo seus dados coletados desde o berço, as informações sobre o comportamento online de crianças e adolescentes são extremamente atrativas para o setor privado, “pois ajudam no desenvolvimento de estratégias comerciais para atingir este público, que influencia as decisões de consumo de suas famílias”.¹⁸

Tal aspecto permite algumas reflexões sob a perspectiva da proteção e privacidade de dados deste grupo específico, que recebeu um tratamento diferenciado e mais protetivo pela Lei Geral de Proteção de Dados, vigente no Brasil desde setembro de 2020.

No Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) dedicou dispositivos específicos ao assunto, definindo que o “tratamento de dados pessoais de crianças e de adoles-

16 YUGE, Claudio. Tiktok cresce durante a pandemia e chega a 2 bilhões de downloads. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/tiktok-cresce-durante-a-pandemia-e-chega-a-2-bilhoes-de-downloads-164110/> Acesso em: 06 de setembro de 2021.

17 GONÇALVES, Tálita. As maiores redes sociais em 2021. **Etus**, 2021. Disponível em: <https://etus.com.br/blog/as-maiores-redes-sociais-em-2021/>. Acesso em: 06 de setembro de 2021. 18 NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios de uma sociedade hiperconectada. *apud* SOARES, Fabiana de Menezes et al (Org.). Ciência, tecnologia e inovação: políticas e leis. Florianópolis: Editora Tribo da Ilha. 2019. p. 283-305.

centes deverá ser realizado em seu melhor interesse” (artigo 14, *caput*), a demandar “consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal” (art. 14, §1º).

O consentimento que o dispositivo se refere diz respeito a uma manifestação livre, informada e inequívoca, seguindo os parâmetros do artigo 5º, inciso XII da LGPD, sendo obrigação do controlador dos dados, manter pública as informações sobre as informações coletadas e realizar todos os possíveis esforços razoáveis para conferir se tal consentimento foi dado realmente pelo responsável da criança¹⁸.

Entretanto, considerando a atual sociedade da informação em que se vive e a conseqüente propensão a fraudes tecnológicas, questiona-se de que forma o controlador dos dados pessoais terá certeza de que este consentimento foi realmente dado pelos pais ou responsáveis pela criança ou adolescente.

Ao dispor tão somente que o controlador deverá “realizar todos os esforços razoáveis” para confirmar a veracidade da autorização, a legislação não traz solução para o problema ora apresentando, que dependerá, certamente, de diretrizes a serem criadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ou ainda, da análise de cada caso concreto pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito à coleta e armazenamento de informações de crianças e adolescentes usuários de aplicativos como o *TikTok*¹⁹, cabe ressaltar que a rede social é desenvolvida para pessoas maiores de 13 anos de idade²⁰, entretanto, não impõe uma fiscalização devida no momento de criação da conta. Dito isso, apesar da restrição de idade, o *TikTok* não requer comprovação documental, possibilitando a criação de contas sob a falsidade de declarações no que diz respeito às idades.

O que se verifica, portanto, é que mesmo estando em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados, há uma grande dificuldade de implementa-

18 Nos termos do artigo 5º, inciso XII da LGPD, considera-se consentimento a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

19 Dentre os dados para o cadastro no aplicativo, pode-se destacar o nome, e-mail, dados de localização, endereço e até mesmo dados biométricos.

20 Conforme as recomendações disponíveis no site do aplicativo, o *TikTok* não está direcionado para crianças com menos de 13 anos de idade e se o usuário da rede social acreditar que o aplicativo possui ou recolheu dados pessoais de um menor abaixo da idade relevante, deve entrar em contato com a empresa. Disponível em https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy?lang=pt_BR Acesso em: 06 de setembro de 2021.

ção da norma pelo aplicativo *TikTok*, que comumente procede a coleta e o processamento de dados sem a necessária comunicação, transparência e consentimento dos responsáveis das crianças.

Cite-se, por exemplo, a multa em US\$ 5,7 milhões (cerca de R\$ 21 milhões, recebida pelo *TikTok* por expor conteúdos sensíveis para crianças, com pedofilia e sexo²¹. O referido caso aconteceu em 2019, nos Estados Unidos, e demonstrou a gravidade dos riscos que crianças e adolescentes estão expostos ao entrarem no *TikTok*, apesar dos termos de uso da empresa que dizem que 13 anos é a idade mínima para ingressar na plataforma.

Ademais, a Coreia do Sul também multou o *TikTok* em 186 milhões de *wons* pelo processamento inadequado de dados pessoais de crianças – o que é proibido na lei coreana. O órgão de vigilância responsável, *Korea Communications Commission – KCC*, alega que a rede social coletou dados de crianças menores de 14 anos sem o consentimento dos responsáveis legais.²²

No Brasil, o *TikTok* recentemente foi notificado pelo Procon do Estado de São Paulo, que acusou o aplicativo de violação da privacidade infantil. O documento disponível no site do órgão público questiona o *TikTok* quanto à quantidade de dados solicitados aos usuários consumidores para o ingresso na rede, indagando, também, acerca do tratamento dado a essas informações e se há compartilhamento com parceiros comerciais.²³

Desta forma, o acúmulo de multas e investigações envolvendo o aplicativo que se tornou febre entre os jovens, levanta uma importante questão para todas as plataformas digitais que operam no Brasil, tendo

21 FARINACCIO, Rafael. *App Tiktok vai ter que pagar US\$ 5,7 milhões por violação de privacidade*. **Tecmundo**, 2019. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/139158-app-tiktok-ter-pagar-us-5-7-milhoes-violacao-privacidade.html> Acesso em: 06 de setembro de 2021.

22 *Tiktok é multado na Coreia por coletar dados de crianças e falta de transparência*. **Tudocelular**, 2020. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/seguranca/noticias/n159769/tiktok-multa-coreia-do-sul-dados-de-criancas.html> Acesso em: 06 de setembro de 2021.

23 Extraí-se um trecho da notificação: “a empresa deverá informar se disponibiliza o aplicativo para qualquer usuário-consumidor e a partir de quais critérios; se quando constatada a falta de consentimento dos representantes legais de menores de idade (conforme definição das leis brasileiras) exclui as informações e publicações de usuários menores; e se adota no Brasil os padrões europeus de informar claramente aos usuários sobre a política de uso de dados pessoais, transparência, informação satisfatória e consentimento válido.” Notificação Tiktok. **PROCON-SP**, 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/notificacao-tik-tok/>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

em vista que, hoje em dia, todas as empresas que possuem espaço no meio digital utilizam ferramentas para a coleta e tratamento de dados de seus usuários, para a utilização em estratégias de marketing e vendas.

Não obstante toda preocupação social e legislativa, cintando-se, inclusive, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados que confere especial proteção à seres em desenvolvimento, são inúmeros os desafios que refletem a necessidade de efetiva implementação de mecanismos de proteção de crianças e adolescentes no meio digital, sem esquecer, ainda, da indispensabilidade da atenção constante de pais e responsáveis.

2.3 A HIPERSEXUALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO TIKTOK

A conexão das crianças e adolescentes frente à *internet* desenrola-se de uma forma natural, praticamente intrínseca ao método de sobrevivência delas. O aplicativo do momento não fica para trás quando o assunto é popularidade e implantação de padrões entre as crianças e adolescentes. A rede social *TikTok* é baseada na criação de vídeos curtos, entre 15 e 60 segundos, disponibilizando aos usuários ferramentas de edição, dublagens, filtros de imagem, efeitos, trilhas sonoras.²⁴

Embora os vídeos da plataforma sejam divertidos de assistir e às vezes possuam caráter educativo e significativo, a popularidade crescente desse aplicativo de mídia social por crianças e adolescentes pode ser um motivo de preocupação, principalmente por expor potencialmente os jovens usuários a conteúdos impróprios à sua faixa etária.

O conteúdo no *TikTok* difunde-se facilmente por utilizar um algoritmo diferente das outras redes sociais já conhecidas, como é no caso do *Instagram* e do *Facebook*. Em explicação ao tema, Altigran Soares da

24 LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: [tps://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm](https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2021.

Silva, professor do Instituto de Computação da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) relata que:²⁵

No geral, quanto mais popular uma pessoa é nas redes sociais, mais o algoritmo tende a concentrar as recomendações em torno dela. Assim, quanto mais seguidores a pessoa tiver, mais ela influenciará as sugestões de páginas e perfis que o público verá no *feed*. [Nesse modelo] Poucas pessoas vão dominar a rede em pouco tempo, e esse é um dos grandes desafios que a gente tem hoje em dia para resolver em sistemas de recomendação na internet e muita gente está procurando maneiras de quebrar isso. É aí que o TikTok se difere em relação às demais plataformas. Para minimizar o viés, o app chinês intencionalmente lança, de tempos em tempos, no feed das pessoas um vídeo que não tem nada a ver com o que ela costuma seguir. Segundo a informação da própria plataforma, o objetivo é diversificar o que as pessoas assistem.

A inteligência artificial do *app*, munida de informações, desenvolve um *feed* composto por recomendações personalizadas e, assim, revela a importância dos algoritmos como componentes tecnológicos centrais em ambientes mediados e o quanto ajudam a estruturar públicos calculados.²⁶ Utilizando o algoritmo a seu favor, crianças e adolescentes passaram a expor-se na rede social com a intenção de viralizar e monetizar com as publicações.

A exposição nas mídias digitais das imagens de *self*, rotina e cotidiano, ampliam as chances de uma criança virar celebridade, processo que se dá por meio da comunicação e da centralidade que a mídia tem na

25 SALLES, Silvana. Quer ser famoso? Entenda porque algoritmo do *TikTok* é muito bom pra isso. **TILT UOL**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/18/quer-ser-nfluencer-saiba-por-que-tem-tanto-anonimo-viralizando-no-tiktok.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

26 GILLESPIE, T. A relevância dos algoritmos. In: **Parágrafo**, v. 6, n. 1, p. 95-121, jan./abr. 2018 *apud* LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

sociedade.²⁷ Para manterem-se ativos na rede, os usuários participam dos chamados *TikTok Challenges* – podem envolver brincadeiras, danças e performances extremas e perigosas. Um *Challenge*, aparentemente nocivo, que se propagou no país é o “Me diz seu nome”. No desafio, o usuário compila em 15 segundos informações pessoais como o nome, a idade, a data de aniversário, a cidade de residência.²⁸

Crianças ou adolescentes podem, de maneira ingênua, por meio de uma publicação, expor facilmente dados íntimos e pessoais ao acesso de qualquer pessoa no mundo. E, por incrível que pareça, o *Challenge* “Me diz seu nome” ainda soa como um dos menores problemas. Músicas no ritmo do *funk*, que geralmente exigem coreografias e roupas sensuais, tornaram-se as *trends* prediletas pelos usuários que passam horas em frente ao aplicativo.

Mais uma vez, aquilo que pode parecer ingênuo aos olhos das crianças e adolescentes, possui um peso perante os olhos dos adultos mal-intencionados que se utilizam da rede social. Quando crianças realizam cenas eróticas e cantam músicas com teor sexual para outras crianças, todas posicionam-se automaticamente em posição de vulneráveis a demasiado dano moral, pois sua integridade psíquica é abalada, existindo um desenvolvimento sexual precoce.²⁹

Aderindo à moda dos *challenges*, a adolescente Luara Fonseca ultrapassa atualmente no seu perfil do *TikTok* o número extraordinário de 17 milhões de seguidores.³⁰ Com apenas 16 anos de idade, a *influencer* mirim tornou-se alvo de polêmicas ao ser divulgada em posições que, aos olhos do público da *internet*, seriam inadequadas e favoráveis a comentá-

27 LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

28 LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

29 ARAUJO, Saraina Gonsalves de; NIEBUHR, Miriam Cestari; AGUIAR, Giancarlo de. **A adultização da criança na atualidade face à mídia influenciadora**. In: Anuário Pesquisa e extensão UNOESC – Videira. Anais... Videira, 2019. p. 8.

30 Disponível em: https://www.tiktok.com/@luara?lang=pt-BR&is_copy_url=1&is_from_webapp=v1 Acesso em: 06 de setembro de 2021.

rios sexuais masculinos. De acordo com as críticas, Luara Fonseca seria alvo de sexualização pela própria mãe.³¹

Infelizmente, Luara representa um número expressivo de meninas que, ingenuamente, expõem-se no aplicativo *Tiktok* em troca da desejada promessa de viralização. O assustador é o fato de que, aparentemente, os pais não se incomodam com os seus filhos estarem assumindo posturas adultizadas e/ou sexualizadas.³²

Sob a ótica de Buckingham³³, as crianças são „naturais” em um sentido negativo, pois despertam ímpetos de violência, sexualidade, e comportamento antissocial que são difíceis de ser controladas pelos pais, mas que, podem ser facilmente coordenadas por influências “irracionais”, como por exemplo, os meios midiáticos. Desde a fase do amadurecimento biológico, instaura-se na menina a cultura da “sensualização”, voltando uma atenção especial para as curvas do corpo feminino.³⁴ Perturbante é a ponte que interliga o acesso fácil às redes sociais ao exponencial da sexualidade em tenra idade.

Na maioria das vezes, sem a percepção dos próprios pais, as crianças tendem a uma conduta sexualizada e sensualizada, com adereços característicos do mundo adulto, maquiagem, adornos, enfeites e esmaltes.³⁵ Em detrimento do trabalho fora de casa e ausência de tempo

-
- 31 BOTELHO, Luana Geraldo. Internautas acusam mãe da *influencer* Luara Fonseca de estar expondo a filha demais. **Folha Go**, 2021. Disponível em: <https://folhago.com.br/blogs/universopop/entretenimento/internautas-acusam-mae-da-influencer-luara-fonseca-de-estar-expondo-a-filha-demais/2727/>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.
- 32 Neu, A.F.; Berleze, D.J.; Kunz, E. (2015). Criança adulta ou um adulto em miniatura? **Reflexões sobre a adultização das crianças**. 11º Congreso Argentino de Educación Física y Ciencias, 28 de septiembre al 10 octubre de 2015, Ensenada, Argentina. Em Memoria Académica. p. 6.
- 33 BUCKINGHAM, David. **Crescer na Era das Mídias**: após a morte da infância. Tradução de Gilka Girardello e Isabel Orofino. Florianópolis. 2006. Título original: *After the death of childhood: growing up in the age of electronic media*. Trabalho não publicado. Buckingham - Crescer na era das mídias - inteiro.doc. 1 arquivo (760 Kb). Word 2003. p. 81.
- 34 MANTOVANI, Amanda Soares; NETO, Delcídes Silvério Neto. **Adultização e erotização da criança: uma análise discursiva de comentários nas mídias sociais**. p. 31-45 In: Análise do discurso na contemporaneidade: cartografias discursivas [recurso eletrônico] / Organizadores Antônio Fernandes Júnior, Bruno Franceschini, Sarah Carime Braga Santana – Rio de Janeiro (RJ): Bonecker, 2019.
- 35 ORLANDINI, Rosângela Gisoldi. (2012). **A representação social da criança em anúncios de moda na revista Vogue Kids Brasil**. Universidade Municipal de

junto ao filho, os pais passam a perder o controle daquilo que a criança tem acesso, o que acaba facilitando a influência de determinados conteúdos no comportamento precoce desse público.³⁶

Em oportunidade de entrevista concedida a Revista Veja, Érika Coutinho relata que foi convencida por sua filha Maria Eduarda Coutinho, de apenas 07 de anos de idade, a permitir a criação de uma conta no aplicativo *TikTok*.³⁷ Depreendese da matéria que, em virtude da supervisão da genitora, foi possível verificar uma postagem em que a filha dançava ao som de um *funk* com letra sexualmente explícita e, deletá-lo antes de atingir proporções maiores.³⁸

De outro lado, situação similar vivenciada pelo mineiro Pedro Cunha, de 10 anos de idade, chegou a criar proporções desagradáveis para a família. A genitora da criança relatou à Revista Veja que, atraído pelas dancinhas do aplicativo, o filho teria compartilhado suas próprias coreografias no *TikTok*.³⁹ Mas, por não se encontrar em uma rede social segura à sua faixa etária, o menino tornou-se alvo de mensagens de cunho sexual.

São Caetano do Sul, São Caetano do Sul. Recuperado de http://www.uscs.edu.br/posstricto/comunicacao/dissertacoes/2012/pdf/Dissertacao_Compl.eta_PMC2012_Rosangela_Gisolli_Orlandi.pdf. *apud* Neu, A.F.; Berleze, D.J.; Kunz, E. (2015). **Criança adulta ou um adulto em miniatura? Reflexões sobre a adultização das crianças**. 11º Congresso Argentino de Educación Física y Ciencias, 28 de septiembre al 10 octubre de 2015, Ensenada, Argentina. Em *Memoria Académica*. p. 6.

36 RICHTER, Daniela; ROSA, Letícia Cardias. **O uso das tecnologias como meio de exposição e estímulo nos casos de erotização precoce: o direito à prevalência da doutrina da proteção integral**. In: IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, 2016, Anais... Santa Cruz do Sul – SC, UNISC, p. 12.

37 BARROS, Duda Monteiro de; SAMPAIO, Jana. A necessidade dos pais monitorarem as crianças no Tiktok. **Revista Veja**, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-paishttps://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-pais-monitorarem-as-criancas-no-tiktok/monitorarem-as-criancas-no-tiktok/>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

38 BARROS, Duda Monteiro de; SAMPAIO, Jana. A necessidade dos pais monitorarem as crianças no Tiktok. **Revista Veja**, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-paishttps://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-pais-monitorarem-as-criancas-no-tiktok/monitorarem-as-criancas-no-tiktok/>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

39 BARROS, Duda Monteiro de; SAMPAIO, Jana. A necessidade dos pais monitorarem as crianças no Tiktok. **Revista Veja**, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-paishttps://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-pais-monitorarem-as-criancas-no-tiktok/monitorarem-as-criancas-no-tiktok/>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

Extraí-se dos relatos maternos supracitados a incontroversa de que a adultização das crianças é impulsionada diante do acesso ilimitado à *internet*, travando-as em um processo erotização e sexualização de sua imagem.⁴⁰ A falta de discernimento em razão da idade contribuiu para a facilidade de liberdade de exposição por parte desse público, colocando-os em situações que podem ser classificadas como vexatórias ao seu respeito e dignidade.⁴¹

Em que pese a ausência de um sistema adequado de proteção de dados no *TikTok*, quando os pais exercem o dever legal de proteção, os danos às crianças e adolescentes são evitados. Ressalta-se que não se busca proibir o acesso de crianças e adolescentes à internet. Pelo contrário, entende-se como legítimo o direito das crianças e adolescentes ao acesso à *internet* e à comunicação.

Tornar-se-ia incoerente ignorar o índice vasto de benefícios que o acesso a redes sociais pode facilitar no processo de educação e alfabetização de crianças e adolescentes. De fato há inúmeros conteúdos interativos e informativos ou até mesmo desenhos e filmes inéditos que podem proporcionar uma boa e adequada experiência às crianças e adolescentes na *internet*.

No entanto, torna-se relevante observar e salientar aos filhos que existem pessoas que estão acessando a internet justamente para encontrar crianças em exposição para serem as suas vítimas.⁴² Assim, verifica-se que o desafio atual das famílias, escolas e da sociedade é instruir às crianças e adolescentes quanto ao valor de suas informações pessoais e segurança no ambiente *on-line*.⁴³

40 Neu, A.F.; Berleze, D.J.; Kunz, E. (2015). **Criança adulta ou um adulto em miniatura? Reflexões sobre a adultização das crianças**. 11º Congreso Argentino de Educación Física y Ciencias, 28 de septiembre al 10 octubre de 2015, Ensenada, Argentina. Em Memoria Académica. p. 5.

41 Neu, A.F.; Berleze, D.J.; Kunz, E. (2015). **Criança adulta ou um adulto em miniatura? Reflexões sobre a adultização das crianças**. 11º Congreso Argentino de Educación Física y Ciencias, 28 de septiembre al 10 octubre de 2015, Ensenada, Argentina. Em Memoria Académica. p.5

42 ARAUJO, Saraina Gonsalves de; NIEBUHR, Miriam Cestari; AGUIAR, Giancarlo de. **A adultização da criança na atualidade face à mídia influenciadora**. In: Anuário Pesquisa e extensão UNOESC – Videira. Anais... Videira, 2019. p. 12.

43 LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

Os pais devem orientá-los do mesmo modo que fariam frente aos problemas pessoais dos filhos. Por sua vez, as empresas de tecnologia deveriam voltar-se a criação de territórios digitais educativos e *design* de espaços comunicacionais éticos e protegidos, idealizados especialmente para menores de idade.⁴⁴

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da onipresença da tecnologia na sociedade contemporânea, a *internet* se tornou necessária na criação de novos espaços comunicativos de interação entre as pessoas, cujos hábitos de convivência e comunicação têm sido reestruturados frente ao contexto de isolamento social trazido pela pandemia do Covid-19.

Nesse sentido, o acesso à *internet* por bilhões de pessoas proporciona incríveis possibilidades de exploração e formação de identidade, bem como de interação e desenvolvimento social. O que antes era marcado restritamente à círculos familiares e regionais, na sociedade atual há uma ampla circulação de informações devido aos espaços virtuais, possibilitando a interatividade de indivíduos que moram a milhares de quilômetros de distância.

Não obstante as influências positivas da tecnologia na vida das pessoas, cabe ressaltar que parte dos usuários da rede são crianças e adolescentes, os quais se expõem ao mundo digital cada vez mais cedo. Desta forma, deve-se considerar que a exposição desmedida em ambientes virtuais de seres que se encontram em situação de vulnerabilidade reflete significativamente em seu desenvolvimento físico e psicológico, cabendo a análise dos riscos e mecanismos de proteção de crianças dentro da *internet*.

Dentre os aplicativos que permitem a circulação de informação, conhecimento e entretenimento na *internet* está o *TikTok*, que se tornou febre entre crianças e adolescentes durante o isolamento social. O apli-

44 LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

cativo criado por uma empresa chinesa, permite o compartilhamento de vídeos sobre os mais diversos assuntos e disponibiliza aos usuários ferramentas de edição, dublagens, filtros de imagem, efeitos e sons.

Apesar dos benefícios da nova rede social, verificou-se que o seu uso pode ser extremamente perigoso para crianças e adolescentes, seres que ainda estão em desenvolvimento e que não têm a capacidade de discernir e dar seu consentimento em aplicativos e *websites*. Tal fato levou, inclusive, o acúmulo de multas e investigações contra o *TikTok*, que recentemente foi penalizado por violar leis de proteção de dados pessoais e coletar dados de crianças ilegalmente.

Sob esse aspecto, vale ressaltar que o *TikTok* pode ser visto como um sistema que dinamiza e promove a interação de saberes muito díspares e, somado ao poder do algoritmo, oportuniza a construção de percepções, reconhecimentos e fertilização da diversidade de ideias. Entretanto, as dinâmicas proporcionadas pela nova rede social têm trazido questões que merecem atenção especial da sociedade, principalmente no que diz respeito a sexualização de crianças, levantando-se a importante discussão do potencial que o aplicativo tem de colocar em risco o desenvolvimento saudável de seres em situação de vulnerabilidade.

Na análise dos casos de jovens que causaram grande repercussão no aplicativo, percebeu-se que, quanto maior o tempo de exposição das crianças nas redes sociais, maiores são os riscos de consumo a conteúdos inapropriados para sua faixa etária. Nesse sentido, percebeu-se que a falha da proteção da rede social, bem como a falta de discernimento em razão da idade do usuário, contribui para a facilidade de acesso e exposição desmedida por parte desse público, colocando-os em situações que certamente prejudicam o seu desenvolvimento integral.

Desta forma, considerando que os números de *downloads* do aplicativo *TikTok* crescem cada vez mais, é imprescindível que haja uma reflexão dos pais e responsáveis, bem como de toda a sociedade, acerca do direito à privacidade de crianças e adolescentes na *internet*, principalmente no que diz respeito aos termos de uso e políticas de proteção dados de um aplicativo que se tornou febre entre os jovens, mas que carece de controle de segurança e facilita o acesso à conteúdos inapropriados.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Alessandra; GUEDES, Brenda. (Org.). **Culturas infantis do consumo: práticas e experiências contemporâneas**. São Paulo: Pimenta Cultura, 2014.

ARAUJO, Saraina Gonsalves de; NIEBUHR, Miriam Cestari; AGUIAR, Giancarlo de. **A adultização da criança na atualidade face à mídia influenciadora**. In: Anuário Pesquisa e extensão UNOESC – Videira. Anais... Videira, 2019.

BARROS, Duda Monteiro de; SAMPAIO, Jana. A necessidade de os pais monitorarem as crianças no *Tiktok*. **Revista Veja**, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/a-necessidade-dos-pais-monitorarem-as-criancas-no-tiktok/>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

BLAYA, Catherine. **Os adolescentes no ciberespaço: atitudes de riscos e ciber-violência**. Lisboa, Portugal: Piaget, 2013.

BOTELHO, Luana Geraldo. Internautas acusam mãe da *influencer* Luara Fonseca de estar expondo a filha demais. **Folha Go**, 2021. Disponível em: <https://folhago.com.br/blogs/universopop/entretenimento/internautas-acusam-mae-da-influencer-luara-fonseca-de-estar-expondo-a-filha-demaais/2727/>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

BUCKINGHAM, David. **Crescer na Era das Mídias: após a morte da infância**. Tradução de Gilka Girardello e Isabel Orofino. Florianópolis. 2006. Título original: *After the death of childhood: growing up in the age of eletronic media*. Trabalho não publicado. Buckingham - Crescer na era das mídias - inteiro.doc. 1 arquivo (760 Kb). Word 2003.

FARINACCIO, Rafael. *App Tiktok vai ter que pagar US\$ 5,7 milhões por violação de privacidade*. **Tecmundo**, 2019. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/139158-app-tiktok-ter-pagar-us-5-7milhoes-violacao-privacidade.html> Acesso em: 06 de setembro de 2021.

GILLESPIE, T. A relevância dos algoritmos. In: **Parágrafo**, v. 6, n. 1, p. 95-121, jan./abr. 2018.

GONÇALVES, Bruna Goudinho; NUERNBERG, Denise. A dependência dos adolescentes ao mundo virtual. **Revistas de Ciências Humanas**, Florianópolis, Volume 46. Número 1. P. 165-182, Abril de 2012. p. 171-172.

GONÇALVES, Tálita. As maiores redes sociais em 2021. **Etus**, 2021. Disponível em: <https://etus.com.br/blog/as-maiores-redes-sociais-em-2021/>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

GREENFIELD, David. As propriedades de dependência do uso de *internet*. In: YOUNG, K. S. et al. Dependência de *Internet*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

KEMP, Simon. *Digital 2021: the latest insights into the “state of digital”*. **We are social**, 2021. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital>. Acesso em: 06 de setembro de 2021. LEITÃO, Carla Faria; COSTA, Ana Maria Nicolaci da. **Impactos da Internet sobre pacientes: a visão de psicoterapeutas**. *Psicologia em Estudo* (Maringá), 10(3):441-50, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000.

LIMA, Ana Maria de Albuquerque. **Cyberbullying e outros riscos na internet: despertando a atenção de pais e professores**. Rio de Janeiro: Walk Editora, 2011.

LIMA, Antonia Nirvana Gregorio; SANTOS, Débora Maria dos; COVALESKI, Rogério Luiz. **Seu Filho Está on-line: Segurança Digital de Crianças e Controle Parental no TikTok**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - Intercom, 43, 2020, Salvador - BA, Anais... Salvador: Intercom, 2020. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2020/trabalhos.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

LIMA, Gercina Angela Borem de Oliveira; PINTO, Liliam Pacheco; LAIA, Marconi Martins de. **Tecnologia da Informação: impactos na sociedade**. p. 84. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1699>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

MANTOVANI, Amanda Soares; NETO, Delcídes Silvério Neto. **Adultização e erotização da criança: uma análise discursiva de comentários nas mídias sociais**. p. 31-45 In: *Análise do discurso na contemporaneidade: cartografias discursivas [recurso eletrônico]* / Organizadores Antônio Fernandes Júnior, Bruno Franceschini, Sarah Carime Braga Santana – Rio de Janeiro (RJ): Bonecker, 2019.

NARDON, Flávio. **A relação interpessoal dos adolescentes no mundo virtual e no mundo concreto.** Trabalho de Conclusão de Curso. Criciúma: Curso de graduação em Psicologia, Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2006.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KOR-KMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios de uma sociedade hiperconectada.**

NEU, A.F.; BERLEZE, D.J.; KUNZ, E. (2015). Criança adulta ou um adulto em miniatura? **Reflexões sobre a adultização das crianças.** 11º Congresso Argentino de Educación Física y Ciencias, 28 de septiembre al 10 octubre de 2015, Ensenada, Argentina. Em Memoria Académica.

NOTIFICAÇÃO *Tiktok*. **PROCON-SP**, 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/notificacao-tik-tok/>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

OLWEUS, Dans. *Bullying at scholl. What we know and what we can do.* London: Blackwell, 1993.

ORLANDINI, Rosangela Gisoldi. (2012). **A representação social da criança em anúncios de moda na revista Vogue Kids Brasil.** Universidade Municipal de São Caetano do Sul, São Caetano do Sul. Recuperado de http://www.uscs.edu.br/posstricto/comunicacao/dissertacoes/2012/pdf/Dissertacao_Compl.eta_PMC2012_Rosangela_Gisoldi_Orlandi.pdf.

PALFREY, John e GASSER, Urs. **Nascidos na era digital:** entendendo a primeira geração de nativos digitais. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PORTELA, Priscila; NÓBILE, Márcia Finimundi. **O uso da internet por estudantes de Ensino Fundamental: reflexão sobre a internet como ferramenta pedagógica.** Revista Educação Pública, v. 19, nº 33, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/19/33/o-uso-da-internet-por-estudantes-de-ensino-fundamental-reflexao-sobre-a-internet-como-ferramenta-pedagogica> Acesso em 01 de setembro 2021.

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Civil.** Volume 8. Abril e junho, 2016.

RIBEIRO, Neide Aparecida. **Cyberbullying: práticas e consequências da violência virtual na escola**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

RICHTER, Daniela; ROSA, Letícia Cardias. **O uso das tecnologias como meio de exposição e estímulo nos casos de erotização precoce: o direito à prevalência da doutrina da proteção integral**. In: IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, 2016, Anais... Santa Cruz do Sul – SC, UNISC, p. 12.

SALLES, Silvana. Quer ser famoso? Entenda porque algoritmo do *TikTok* é muito bom pra isso. **TILT UOL**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/18/quer-ser-influencer-saiba-por-que-tem-tanto-anonimo-viralizando-no-tiktok.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

SCHMIDT, Saraí Patrícia; PETERSEN, Michele. **Consumo e infância**: de mãos dadas a caminho da escola.

SOARES, Fabiana de Menezes et al (Org.). **Ciência, tecnologia e inovação: políticas e leis**. Florianópolis: Editora Tribo da Ilha. 2019.

Tiktok é multado na Coreia por coletar dados de crianças e falta de transparência. **Tudocelular**, 2020. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/seguranca/noticias/n159769/tiktok-multa-coreia-do-sul-dados-de-criancas.html>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

YUGE, Claudio. *Tiktok* cresce durante a pandemia e chega a 2 bilhões de downloads. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/tiktok-cresce-durante-a-pandemia-e-chega-a-2-bilhoes-de-downloads-164110/>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.



AS CONQUISTAS E OS DESAFIOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE: ADOÇÃO, REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OUTRAS POSSIBILIDADES

Carolina D'Amorim Barreto¹
Marina Mayer Pereira²

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o direito de constituir família e o direito ao livre planejamento familiar deve ser alcançado a todos os seres humanos, independentemente da orientação sexual e da identidade de gênero, que não se associam às práticas parentais. Por tal motivo, a população LGBTQIAP+ passou a buscar formas de exercício da parentalidade e vem lutando para o

- 1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/BA. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.
- 2 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico: nina_mpg@hotmail.com.

reconhecimento do vínculo parental. Muitas conquistas foram obtidas com o passar dos anos, mas ainda remanescem desafios a serem enfrentados.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a elucidar conceitos importantes, como o da sigla LGBTQIAP+; analisar a evolução histórica do reconhecimento dos direitos das pessoas que se identificam com essa comunidade, dando enfoque ao direito de constituir família; esclarecer quais as formas de exercício da parentalidade, bem como sobre qual o entendimento da doutrina, da jurisprudência e de que forma a legislação enfrenta essa temática.

Assim, o problema que pauta o desenvolvimento deste trabalho é: quais são as conquistas e os desafios da população LGBTQIAP+ quanto ao direito de exercer a parentalidade, para possibilitar a construção de uma família?

Verifica-se que, no passado recente, a população LGBTQIAP+ conquistou o reconhecimento de diversos direitos, como o de constituir família e exercer a parentalidade. No Brasil, a parentalidade dos indivíduos que se identificam como integrantes dessa comunidade pode ser exercida por diversas formas, como: a) recomposição familiar; b) adoção conjunta ou individual; c) biológica; d) reprodução assistida; e) gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga solidária”; f) acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, como é o caso da reprodução caseira. No entanto, em que pese a doutrina e a jurisprudência já reconheçam, em sua maioria, essas formas de exercício da parentalidade pela população LGBTQIAP+, ainda existem desafios a serem enfrentados, como a ausência de legislação e regulamentação nesse sentido.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação, com o objetivo de compreender a evolução do reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAP+, em especial o de constituir família, e esclarecer as formas de exercício da parentalidade e os desafios que ainda são enfrentados.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS LGBTQIAP+ E O DIREITO DESSA COMUNIDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Abordar o tema dos direitos LGBTQIAP+³ exige uma análise do contexto histórico com o escopo de compreender sua evolução, porquanto o passado recente foi pautado pela discriminação. Insta apontar os tratados internacionais que foram importantes para o avanço no reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+ como direitos humanos, mormente a fim de dar-se concretude ao direito à livre orientação sexual, à igualdade e ao direito de constituir família.

Além disso, será apontado que a Constituição Federal de 1988 possibilitou o reconhecimento dos mais diversos tipos de família, trazendo como direito de todos o livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, destacando-se que o planejamento pressupõe também o exercício da parentalidade, que poderá ocorrer de diversas formas, não somente pela descendência biológica, possibilitando a filiação à comunidade LGBTQIAP+.

2.1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBTQIAP+ COMO DIREITOS HUMANOS

Todas as pessoas são livres e iguais perante a lei, de forma que merecem exercer a sua orientação sexual e manifestar sua identidade de gênero, que são elementos essenciais à dignidade da pessoa humana. No

3 É relevante elucidar o significado da sigla utilizada “LGBTQIAP+”, que abrange diversas orientações sexuais e identidades de gênero, quais sejam lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e transexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e o sinal +, utilizado para não limitar as possibilidades. (BISSOLI, Bruna da Silva. *et al.* Identidade de Gênero e Diversidade Sexual: proposta de elaboração de microtesauro. *In:* V Encontro Regional dos Estudantes de Biblioteconomia. Documentação, Gestão e Ciência da Informação das Regiões Sudeste, Centro-oeste e Sul, 2018, Belo Horizonte. **Anais** [...] Minas Gerais: UFMG, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/download/16909/13668/48010>. Acesso em: 22 set. 2021).

entanto, é cediço que a população LGBTQIAP+, historicamente e até os dias de hoje, sofre preconceitos, discriminações e violências em todo o mundo. No entanto, a partir do século XX, foram constatados avanços importantes e mudanças sociais que levaram ao surgimento de uma sociedade mais intolerante às práticas homofóbicas, sobretudo em razão do declínio da influência das religiões, do acesso às informações e da proliferação de normas de proteção dos direitos humanos.

Inicialmente, é sobremodo importante referir o Manual de Comunicação LGBTI+, criado pela Aliança Nacional LGBTI, o Grupo Dignidade e a rede GayLatino com o objetivo de, segundo consta naquele documento, “contribuir para diminuir preconceitos e estigmas e colaborar para o melhor entendimento de termos recorrentes entre a população LGBTI+”, pois “só com a informação mais correta possível é que se pode vencer o preconceito”⁴.

O manual destacado explica que a identidade de gênero é a “forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, lembrando que nem todas as pessoas se enquadram, e nem desejam se enquadrar na noção binária de homem/mulher”. Ademais, esclarece que orientação sexual é “a inclinação involuntária de cada pessoa em sentir atração sexual, afetiva e emocional por indivíduos de gênero diferente, de mais de um gênero ou do mesmo gênero”. Ainda, sexo biológico diz respeito aos órgãos, hormônios e cromossomos, que diferenciam o feminino, o masculino e o intersexual (combinação dos dois).⁵ Destaca-se que não se pretende, aqui, esgotar o significado de todos os termos utilizados.

Para o que importa abordar neste tópico, numa perspectiva histórica e internacional, embora tenha havido um período em que a comunidade médica considerava a homossexualidade uma doença, chamando-a de “homossexualismo” – termo não mais utilizado –, em 1990, a Organização Mundial de Saúde retirou-a da classificação internacional de doenças (CID), de forma que a orientação sexual não deve ser vista como um distúrbio. Da mesma forma, em que pese tenha predominado, por muito tempo, o que era pregado pelas religiões quanto à reprovabilidade da diversidade da orientação sexual, significativas mudanças sociais ao redor do mundo, especialmente a valorização dos direitos humanos,

4 REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª ed. Curitiba: NEAB-U-FPR, 2018, p. 15.

5 *Ibidem*, p. 35.

acarretaram o surgimento de uma sociedade menos homofóbica – mesmo que ainda sejam necessários muitos avanços.⁶

Extraí-se que, após muitas tentativas de inserir o tema LGBTQIAP+ no âmbito do ONU, em 1994, o Comitê de Direitos Humanos, responsável pelo monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, acerca do caso *Toonem vs. Austrália*, manifestou-se no sentido de que a lei australiana que criminalizava a atividade homossexual entre adultos, violava o direito à privacidade, destacando que a orientação sexual estava incluída no Pacto para proteção contra a discriminação, o que contribuiu para a derrogação da lei australiana.⁷

Após, outro passo importante no reconhecimento dos direitos LGBTQIAP+ foi quando, por meio da Resolução n.º 2.435/2008, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, “a qual reafirma os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência de direitos humanos, especialmente no que diz respeito aos atos de violência contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero”⁸.

Após, em junho de 2011, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou, pela primeira vez, que os direitos LGBTQIAP+ são direitos humanos na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, na Assembleia Geral. A importância dessa Resolução é que o país que não adotar providências pela proteção da comunidade LGBTQIAP+ não respeitará os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e tantos outros documentos internacionais.⁹

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões, volume 5**. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021, p. 410-418.

7 TERTO, Angela Pires; SOUZA, Pedro Henrique Nascimento. **De Stonewall à assembleia geral da ONU: reconhecendo os direitos LGBT**. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.5. n.7, jan/jun., 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>. Acesso em: 02 set. 2021.

8 DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. reformulada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

9 GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. **O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos**. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Santos, 2013. Disponível em: <https://tede.unisantos.br/handle/tede/1564>. Acesso em 02 set. 2021.

No processo de avanços do reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, os Princípios de Yogyakarta, no ano de 2006, na Indonésia, tem extrema relevância, pois foram criados por vários especialistas em direitos humanos, contando com uma brasileira dentre seus signatários, qual seja Sonia Onufer Corrêa, Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política.

O referido documento reúne 29 princípios, revisados pelo Professor Michael O'Flaherty, membro do Comitê de Direitos Humanos da ONU, e serve de guia para os Estados quanto à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. À guisa de exemplo, cita-se os seguintes princípios: direito ao gozo universal dos direitos humanos; direito à igualdade e a não-discriminação; direito ao reconhecimento perante a lei; direito à privacidade; e direito de participar da vida pública.

Ressalta-se a importância da elaboração desses princípios que, apesar de serem normas de *soft law*, devem ser levados em consideração pelos Estados para interpretação das normas internacionais (*hard law*), assumidas pelo governo, relativas à proteção da comunidade LGBTQIAP+.¹⁰

Merece destaque, ainda, o princípio 24 do documento supramencionado que fala sobre o direito de constituir família, referindo que toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero e que nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Ainda, estabelece que os Estados deverão:

- [...] b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que em todas as ações e decisões relacionadas a crianças, sejam tomadas por instituições so-

10 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 298.

ciais públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança tem primazia e que a orientação sexual ou identidade de gênero da criança ou de qualquer membro da família ou de outra pessoa não devem ser consideradas incompatíveis com esse melhor interesse; [...].¹¹

Imperioso enfatizar que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos; do Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos; da Resolução n.º 2.435/2008, que dispõe sobre a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA; bem como é signatário do documento que institui os Princípios de Yogyakarta¹². Sendo assim, é dever do Estado brasileiro continuar promovendo o reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, implementando esforços nesse sentido, principalmente quanto às alterações legislativas necessárias.

Vale notar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 logrou efetivar ainda mais os direitos da população LGBTQIAP+, em que pese não tenha trazido de forma expressa questões atinentes à orientação sexual. Isso se verifica, pois uma das principais aplicações do princípio da dignidade está no direito à livre orientação sexual. Ademais, a liberdade sexual deve ser vista como um direito fundamental que advém da interpretação de um conjunto de normas constitucionais, quais sejam: o direito à liberdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal; os direitos à intimidade e à privacidade, previstos no art. 5º, inciso X, da CF; e a proteção da convivência familiar com base na livre decisão de seus integrantes, conforme previsto no art. 226 da lei maior.¹³

Por sua vez, a igualdade sexual, que diz respeito à proibição da discriminação decorre do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF),

11 PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução: Jones de Freitas, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 02 de set. 2021.

12 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21999>. Acesso em: 1 set. 2021.

13 FERRAZ, Carolina Valença [et al]. **Manual do direito homoafetivo**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

da vedação de quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF) e garantia penal contra graves discriminações (art. 5º, XLI, da CF).

Ante o exposto, verifica-se que dentre todos os direitos garantidos à população LGBTQIAP+, há o de constituir família, o qual decorre, também, da expansão do conceito das famílias modernas ou contemporâneas, que se desvincularam do modelo clássico da família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual¹⁴. Nesse novo contexto, os indivíduos possuem mais autonomia para realizar o seu planejamento familiar de forma que todos alcancem a satisfação pessoal com base no afeto.

2.2 A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIREITO DE EXERCER A PARENTALIDADE

Como já referido, as diversas transformações sociais e das relações interpessoais que ocorreram durante o século XX, principalmente, após o advento da Constituição Federal de 1988, acarretaram a quebra de paradigmas na área do Direito de Família. De forma gradativa, as questões individuais afastaram as influências do Estado, da sociedade e das religiões, que num passado recente muito interferiram nas escolhas dos indivíduos.¹⁵

Essa liberdade de escolha traz ao centro das relações interpessoais, a busca dos indivíduos pela felicidade e pela realização pessoal. Houve uma transição do antigo modelo de família, em que a base era o casamento e os filhos legítimos, para o modelo contemporâneo da família eudemonista, na qual a base da relação passa a ser o afeto e o respeito mútuo, e os indivíduos devem contribuir para a evolução uns dos outros.¹⁶

Nesse sentido é a previsão do § 7º do art. 226 da Constituição Federal quando, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, considera livre o planejamento familiar pelas

14 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 194.

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

16 ROSA, Conrado Paulino da. *op. cit.*, p. 100-102.

peçoas, devendo ser proporcionados, pelo Estado, os recursos necessários para a efetivação desse direito.

Denota-se que a valorização dos vínculos de afeto é uma forma de atender ao macrop princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷. Sobre a incidência desse princípio no âmbito das relações familiares, leciona Paulo Lôbo que “atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades”.¹⁸

Há de se ressaltar, ainda, que o §4º do art. 226 da Constituição Federal, quando utiliza a expressão “também”, abre margem para a existência de diversos tipos de família, que não só aqueles formados por quaisquer dos pais e seus descendentes. Diversos outros tipos de família podem estar incluídos, implicitamente, no texto constitucional, inclusive aquelas formadas pela comunidade LGBTQIAP+.

Portanto, além do direito à livre orientação sexual e à igualdade, há o direito de optar pela escolha de um companheiro de vida, seja heterossexual, seja homossexual, ou optar por se abster sexualmente. Essa autonomia deve ser preservada, de modo que não haja tratamento discriminatório pela sociedade quanto às escolhas dos indivíduos, nem mesmo pelo Estado.¹⁹

Quanto à incidência dos princípios da autonomia e da menor intervenção estatal no Direito de Família, refere Rodrigo da Cunha Pereira:

Assim, o princípio da autonomia privada e da menor intervenção estatal no Direito de Família atua como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado e funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos. O art. 1.513 do Código Civil brasileiro bem traduz o espírito de um Estado laico, isto é, que não deve interferir nestas escolhas privadas e particulares: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Independentemente de o Estado autorizar ou não, e quer gostemos ou

-
- 17 PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.) **Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 515-521.
- 18 LÔBO, Paulo. **Direito civil, volume 5: famílias**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 58-59.
- 19 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 199-200.

não, queiramos ou não, novas estruturas conjugais e parentais continuarão acontecendo. Em sua nova e moderna perspectiva, o Direito de Família, segundo o princípio da intervenção mínima, desapega-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar.²⁰

Cumprе consignar que o livre planejamento familiar está previsto, ainda, na legislação infraconstitucional, especificamente no artigo 1.565, § 2º, do Código Civil, bem como está recepcionado na Lei 9.263/96, de forma a garantir a livre escolha a toda pessoa – não somente ao casal –, abrangendo métodos e técnicas de concepção e de contracepção²¹. Tendo em vista tais pontos elucidados, pode-se notar que todas as pessoas são livres para constituir a família, não sendo permitido ao Estado e à sociedade instaurarem limites ou condições²².

Assim sendo, verifica-se que a realização de planejamento familiar também significa a realização de projeto de parentalidade, que poderá ocorrer por mecanismos biológicos, pela adoção, pela fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento do afeto em condição paterno-filial²³. Essas novas formas de filiação possibilitaram que a comunidade LGBTQIAP+ alcançasse o exercício da parentalidade.

3 AS CONQUISTAS E OS DESAFIOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

A inquietude é milenar com relação à reprodução e a descendência, no que se refere a cultura ocidental. A família, caso se leve em conta variáveis

20 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 92

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.132.

22 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 365.

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 583.

no tempo e no espaço, representa mais do que uma célula mater da sociedade, que incessantemente denotou o meio de perpetuação da espécie humana.²⁴

São inúmeros os motivos pelos quais os indivíduos querem deixar sua descendência no mundo. Portanto, a pressão pode vir tanto da cultura, da vontade de acolher os aspectos místicos e religiosos, da situação político-econômica, da própria família, ou, em alguns casos, pela simples satisfação pessoal relacionada à vaidade ou ao medo de desaparecer o legado familiar.²⁵

Dessa forma, verifica-se que a parentalidade figura como um fenômeno complexo, visto que se inicia muito antes do nascimento da prole, ultrapassando o caráter biológico e atingindo o campo da idealização, ao se tornar capaz de imaginar seu filho e, através disso, se transformando em pai/mãe.²⁶

Com base nessa análise, já se faz possível observar que a essencialidade do desejo de exercer a parentalidade, ou até mesmo a ausência dele, é intrínseco do ser humano. Isto é, não se faz a diferenciação entre exercê-la com um parceiro do mesmo sexo, com parceiro do sexo oposto ou de maneira individual, visto que a orientação sexual não se associa às práticas parentais. O modo como a parentalidade será exercida é uma escolha que diz respeito apenas a quem está na relação, de maneira que não deslegitima os anseios e a tomada de decisão de parentar.

3.1 AS FORMAS DE EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE PELO PÚBLICO LGBTQIAP+

É sabido que, antigamente, casais do mesmo sexo que tinham a intenção de ampliar a família, apenas tinham ao seu alcance a adoção individual, como se solteiro fosse, ou a reprodução caseira. Contudo, o

24 GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.6, n. 22, abr./jun. 2005, p. 143.

25 *Ibidem*, p. 143.

26 ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. **Parentalidade em casais homossexuais: Uma revisão sistemática**. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psipesq/v10n2/05.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

anseio de realizar uma parentalidade de maneira conjunta, declarando seus relacionamentos afetivos, ainda permanecia sem concretização.

Atualmente, parentalidade de casais LGBTQIAP+ pode ser alcançada das seguintes formas: a) recomposição familiar; b) adoção conjunta ou individual; c) biológica; d) reprodução assistida; e) gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga solidária”; f) acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, isto é, reprodução caseira.²⁷

Com o advento do Direito de Família Contemporâneo, as famílias mosaico se tornam cada vez mais presentes para o ordenamento jurídico, muito embora já existissem há algum tempo até seu efetivo reconhecimento. A recomposição familiar, portanto, nada mais é do que o entrelaçamento afetivo entre um dos genitores e seus filhos com um novo companheiro, de modo a iniciar uma nova estrutura familiar. Com base nisso, nota-se que poderá existir uma situação na qual o genitor ou genitora, que inicialmente viviam uma relação heterossexual, tem filhos e depois passam a conviver uma relação homossexual e exercem a parentalidade nessa nova conjuntura.

No que diz respeito a adoção por casais homoafetivos, primeiramente se faz necessário pontuar que com a equiparação da união homoafetiva à união estável²⁸, ocorreu o preenchimento do requisito formal que tornou possível seu deferimento. À vista disso, para a adoção conjunta homoparental se utiliza como base esse preceito, enquanto, para a adoção unilateral, não há qualquer análise a respeito da orientação sexual do indivíduo, caracterizando uma adoção monoparental. Mister ressaltar que, no caso das famílias compostas por pessoas transgênero, parte da

27 *Ibidem.*

28 Em 05 de maio de 2011, houve o julgamento pelo STF da ADI 422 e ADPF 132, no qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e, com isso, aplicando à mesma o regime da união estável entre homem e mulher, preceituada no art. 1.723 do Código Civil. À vista disso, por força do seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, vários institutos jurídicos foram abarcados pelos fundamentos da decisão, visto que referendou a inconstitucionalidade de qualquer discriminação em razão da orientação sexual para fins de se reconhecer uma entidade familiar. Com isso, verifica-se o reconhecimento da adoção conjunta homoafetiva e o casamento civil por conversão. (CHAVES; Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 422 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 31 ago. 2021).

doutrina utiliza o termo adoção transfetiva²⁹ quando fazem referência a adoção realizada por uma família com um ou mais transexuais.

Ademais, importante esclarecer que essa nomenclatura não diz respeito à orientação sexual, visto que o indivíduo transgênero apenas não é uma pessoa cisgênero (não se identifica com o gênero feminino/masculino que lhe foi atribuído ao nascer), podendo figurar como heterossexual ou homossexual, portanto, a adoção transfetiva pode ocorrer em uma família transfetiva hetero (a exemplo: homem transgênero que se relaciona com uma mulher transgênero ou cisgênero) ou homotransfetiva (exemplificando: homem transgênero que se relaciona com um homem transgênero ou cisgênero).

Dessa forma, compreende-se que até o presente momento não há formalização legal a respeito de adoção homoparental e homotransfetiva, tendo em vista que o respaldo jurídico ocorre com base na jurisprudência que reconhece a união estável homoafetiva e a adoção monoparental.³⁰

Interessante mencionar que as famílias transfetivas desafiam inclusive os conceitos ultrapassados e enraizados da sociedade, relacionados às configurações dos papéis da mulher e do homem na relação de parentalidade, visto que nesse contexto, quem tem capacidade para gerar a prole é o homem transgênero em alguns casos, invertendo a lógica de heterocisnormatividade.³¹ Como explica Elizabeth Zambrano:

As transexuais e algumas travestis se sentem e se consideram “mulheres”, mesmo tendo nascido homens biológicos. Para elas, é o sexo/gênero transformado que conta para sua classificação como “mulheres”. Desse modo, as travestis e transexuais se consideram “mulheres” e mantêm relações sexuais com homens, percebidas

29 MOREIRA, Silvana do Monte. **Parentalidade em Abordagem Singular**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual Direito Homoafetivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

30 CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida de; RABELO, Raquel Santana. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar. IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1279/Ado%C3%A7%C3%A3o+Homoafetiva+e+os+Desafios+da+Nova+Concep%C3%A7%C3%A3o+Familiar+>. Acesso em: 30 ago. 2021.

31 OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. **Famílias compostas por pessoas trans: O que muda nesta configuração familiar?** Disponível em: <http://www.generoediversidade.ufba.br/wp-content/uploads/2016/09/Fam%C3%ADlias-compostas-por-pessoas-trans.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

por elas como heterossexuais e não homossexuais. Da mesma forma, quando constroem uma relação de parentalidade, na maioria das vezes, o fazem ocupando o lugar “materno” e não “paterno”.³²

À vista disso, nas relações transafetivas, verifica-se que há casos em que pode ocorrer a parentalidade inclusive de caráter biológico, vez que o indivíduo pode se reconhecer no gênero diferente que nasceu, mas por opção, biologicamente não realizar alteração.³³ Portanto, nessas famílias existe a capacidade biológica de gerar uma prole, sendo oriunda de uma gestação pelo homem trans – que se relacionou com um homem cis ou mulher trans (que optou por não se submeter a tratamento cirúrgico) – mesmo este ocupando o lugar “paterno” da relação.

Em contrapartida, há ainda a possibilidade de o casal homoafetivo optar por seguir o projeto de parentalidade através dos métodos de reprodução assistida, de modo a possibilitar o nascimento de filhos biológicos. A evolução da biotecnologia permite a formação de famílias com dificuldades para levar uma gestação da maneira habitualmente conhecida, seja por conta da infertilidade ou porque o método natural a torne de risco, ou, por fim, porque fisiologicamente seja indispensável no seu contexto familiar.

Nesse sentido, as famílias com a presença de duas mulheres podem optar por realizar a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro*. Com isso, o doador do espermatozoide pode ser alguém conhecido (parentes até o 4º grau) ou desconhecido, e, neste último caso, ocorre através de um banco de esperma.³⁴

Contudo, no caso da família homoafetiva composta de dois homens, verifica-se que o método a ser utilizado é o da “barriga solidária”, no qual há

32 ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.** *In:* Horizontes Antropológicos. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/tBBwkgGRBqtVGmJV7zFMXLK/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021.

33 Conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.265/2019, o art. 1º, §5º elenca que “Considera-se afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias”. Com isso, verifica-se que transgeneridade deve ser experienciada de forma singular por cada indivíduo, de maneira que não se exige a realização de cirurgia de readequação de sexo ou hormonioterapia para que ela seja considerada.

34 ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.** *In:* Horizontes Antropológicos. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/tBBwkgGRBqtVGmJV7zFMXLK/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021

uma cessão temporária de útero e não pode haver qualquer contraprestação financeira, bem como a terceira que fará a doação temporária do útero deverá ter ao menos um filho vivo e ser parente do casal. Nos demais casos deverá ocorrer a autorização do Conselho Federal de Medicina. Em outros países há mais possibilidades, mas o método da “barriga de aluguel”, em que ocorre pagamento por esse serviço, ainda é considerado ilegal no Brasil.

A gestação por substituição, ou maternidade por substituição, portanto, tem a particularidade de poder envolver qualquer uma das técnicas de reprodução assistida, sendo uma técnica complementar, porém a gravidez se relaciona à uma terceira alheia, que não a que resolveu aplicar o seu projeto parental.³⁵

Pode-se observar que os contratos onerosos que tratam sobre o regimento do aluguel do útero não têm validade, tendo em vista que a vida humana é um bem indisponível e por isso não pode ser objeto de comércio. Os contratos de gestação voluntária têm uma maior aceitação pelo meio jurídico e pela sociedade, tendo em vista que buscam apenas resguardar os direitos do casal, que está participando do planejamento familiar, e os direitos da terceira que não quer ser mãe.³⁶

Interessante ressaltar, que as técnicas de reprodução assistida não são amplamente regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a utilizar como orientação as disposições constantes nas diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. À vista disso, observa-se que na Resolução do CFM nº 2.294/2021, publicada em junho de 2021, está estabelecido que um dos requisitos para que se possa realizar a gestação através de “barriga solidária”, é de que esta dependerá da aprovação prévia e por escrito do(a) cônjuge ou companheiro(a), nos casos em que a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Nota-se que, muito embora seja um método que trouxe avanços no planejamento familiar, em especial de famílias homoafetivas, visualiza-se traços do modelo de família patriarcal que orientava a sociedade, porém, fazendo uma leitura com base no Direito de Família Contemporâneo, visualiza-se ainda mais a necessidade de regulamentação desses métodos.

35 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745.

36 SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.111.

No caso de um casal homoafetivo ter escolhido a maternidade por substituição como meio para obtenção da parentalidade, deverá configurar nos registros de nascimento da prole a presença do vínculo biológico e socioafetivo no documento de registro. Esclarece-se, ainda, que deverá ser considerado, para fins de registros, o casal ou o indivíduo que buscou o útero de substituição, e não a terceira alheia que cedeu o útero e, muitas vezes, o próprio óvulo, para gerar essa nova vida.³⁷

Um motivo que dificulta e impede que muitos casais optem pela reprodução assistida é seu caráter oneroso³⁸, por conta disso, há aqueles que optam por realizar uma inseminação artificial caseira, fora das clínicas autorizadas para aplicar tais procedimentos. Por conseguinte, nesses casos o esperma do doador é colocado em uma seringa e aplicado na vagina da mulher que irá gestar, muitas vezes sem a presença de acompanhamento médico, repetidas vezes até o processo ter êxito.

Nesses acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, por ser algo clandestino, além de apresentar riscos à saúde, pode gerar fatores complicadores nos momentos de registro da prole ou até mesmo no estabelecimento dos direitos de filiação. Portanto, se faz necessário a realização de contrato particular entre os envolvidos, a fim de evitar esses possíveis entraves jurídicos.

37 Importante frisar que não há legislação específica sobre essa determinação, visto que o Código Civil de 2002 não trata sobre os efeitos da filiação nos casos de gestação por substituição. Contudo, o art. 17, parágrafo primeiro, do Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ, propõe a seguinte redação: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

38 A título de conhecimento, “em média, os custos básicos da inseminação artificial oscilam de 3 mil a 5 mil reais, mas, caso seja necessário recrutar um banco de sêmen, esse valor pode até dobrar. Já para a *fertilização in vitro*, mais complexa, a média de preço fica entre 15 mil e 20 mil reais”. (ORTIZ, Juan; BRUM, Maurício; NAKAMURA, Pedro; FONTANIVE, Stéfani. O que você precisa saber sobre reprodução assistida. **Veja Saúde**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/>. Acesso em: 31 ago.2021).

3.2 OS DESAFIOS DO PÚBLICO LGBTQIAP+ QUANTO AO ALCANCE E O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

A população LGBTQIAP+ encara uma série de requisitos para conseguir cumprir o seu planejamento familiar e poder exercer a parentalidade na sua completude. Todavia, compreende-se que por mais que os avanços tenham sido importantes, tanto no ordenamento quanto nas Resoluções do CFM, verifica-se que ainda existem lacunas sem serem enfrentadas, bem como desafios perante a visão social.

Inicialmente, restam claras as inquietações sociais e discriminatórias quando se fala em parentalidade homoafetiva. Questionamentos envolvendo a influência de um casal homoafetivo na educação dos filhos, no comportamento no ambiente familiar, a suposta ausência da presença feminina (nas famílias de casais homens) ou masculina (nas famílias de casais de mulheres), a atração sexual que os filhos virão a ter, dentre tantos outros.

Enquanto isso, o ponto que permeia as preocupações dos envolvidos nessa relação consiste no temor de que os filhos convivam com reações homofóbicas, seja no ambiente escolar, seja na convivência com outras famílias e em círculos sociais ou até mesmo em seu núcleo familiar, especialmente nos casos de famílias recompostas em que um dos genitores passa a viver uma união homoafetiva.

Com base nisso, se faz necessário esclarecer que escolhas relacionadas ao comportamento, ao rendimento escolar ou até mesmo a atração sexual, não fazem referência à estrutura familiar em que a prole cresceu, muito menos estão sob influência da orientação sexual de quem os criou. Isto é, estudos demonstram que a existência de uma boa relação entre pais e filhos que fazem a diferença na construção do indivíduo. Ademais, verifica-se que não há interferência na expressão sexual dos filhos, o fato de terem sido criados por pais héteros ou homossexuais, até porque sua criação não deve ser limitante e sim em busca do pleno desenvolvimento de sua personalidade. Inclusive, para os que são desenvolvidos em lares com pares homoafetivos demonstram coexistir melhor com as definições de gênero feminino/masculino que a sociedade costuma impor, de forma a não se limitarem ao estereótipo que tanto se tenta desmistificar.³⁹

39 Essa conclusão foi extraída de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Psicologia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, no ano de 2016, no qual fez a análise de artigos

O sucesso, portanto, da inserção da criança ou do adolescente no lar adotivo, está diretamente correlacionado ao ambiente familiar e não à orientação sexual dos adotantes⁴⁰, que, sejam eles heterossexuais, homossexuais ou assexuados, ou ao gênero que se identificam, sejam eles transexuais, travestis, não-binários e afins, isto é, o que importa é o sentimento de parentalidade existente e a proteção ao desenvolvimento psicológico dos adotados.

Seguindo essa mesma perspectiva, nota-se:

Não há proibição acerca da adoção por casais do mesmo sexo, pois a faculdade de adotar é tanto do homem quanto da mulher e ambos em conjunto ou isoladamente, independentemente do estado civil. Não importando a orientação sexual dele, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Não se deve justificar a adoção de uma criança e adolescente tendo em vista a orientação sexual dos adotantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação por orientação sexual, e sim observar sempre o bem-estar e melhor interesse da criança.⁴¹

Contudo, embora a doutrina e a jurisprudência autorizem a adoção homoafetiva, o ordenamento brasileiro não regulamentou a referida disposição. Numa perspectiva de direito comparado, é interessante apontar a experiência de Portugal no tema, que, inclusive, permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde 2010, Lei n.º 9/2010⁴². Quanto à adoção, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2016, foi alterado o artigo 3º da Lei n.º 9/2010, para constar “a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do

publicados entre 2004 e 2014 nas bases de dados SciELO, PePSIC e *Academic Search Premier*, com o intuito de avaliar a parentalidade em casais que diferem da norma a partir de uma visão heteronormativa. (ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. **Parentalidade em casais homossexuais: uma revisão sistemática**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psipesq/v10n2/05.pdf>. Acesso em: 31 ago.2021).

- 40 BEZERRA, Matheus Ferreira. **As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4974/12539>. Acesso em: 01 set. 2021.
- 41 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 214.
- 42 PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 2ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 712.

mesmo sexo”. Dessarte, considerando que o Brasil, assim como Portugal, são países de sistema *Civil Law*, a regulamentação do tema mediante edição de uma norma legal assume grande importância.

Ocorre que, em decorrência da ausência de regulamentação específica relacionada às demandas homoafetivas, surgem na prática diversos desafios a serem enfrentados pelas famílias da população LGBTQIAP+, especialmente sob o olhar de um modelo patriarcal, tradicional e heteronormativo. Dessa forma, muitos são os casos em que a família LGBTQIAP+ precisa recorrer ao Judiciário para ter os direitos de sua família reconhecidos.

Vislumbra-se tal conjectura quando se nota que, em julho de 2021, recorreu-se ao judiciário para que fosse discutido o direito de uma servidora pública federal, mãe não gestante de uma criança fruto de reprodução assistida, de receber licença parental. Exsurge que a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 reconheceu o direito de receber a licença de 20 dias após o nascimento, correspondente ao período de licença paternidade dos servidores federais.⁴³

Ao analisar o caso, convém enfatizar que a referida mãe homoafetiva estava totalmente desamparada no âmbito administrativo, visto que sob uma análise superficial da demanda, concluiu-se que ela não se encaixava dos requisitos de uma licença maternidade (sob o argumento de que não iria gestar), e não se adequava aos requisitos da licença paternidade pelo fato de ser mulher.

No entanto, o STF já equiparou os prazos de licença gestante e licença adotante⁴⁴, de forma a elucidar que os aspectos biológicos não são os únicos fatores a serem analisados e sim a condição de maternar. Portanto, entende-se que a condição de reconhecer a licença deveria dei-

43 BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado Cível. Proc. 0706292-70.2019.8.07.0018. Relator Desembargador Arnaldo Corrêa Silva, Distrito Federal, DJ 03 jun. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858056145/7062927020198070018-df-0706292-7020198070018/inteiro-teor-858056165>. Acesso em: 01 set. 2021.

44 O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou no Tema nº 782 de repercussão geral a seguinte tese: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença à gestante, ele valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença à adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889. Tema nº 782 de Repercussão Geral. Relator Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, DJ 10 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.js?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 01 set. 2021).

zar de ser uma análise de gênero, deixando de existir essa diferenciação entre materna/paterna, considerando o viés protetivo da criança, sendo imprescindível uma nova regulamentação nesse sentido.

Outro exemplo de desafio enfrentado pela população LGBT-QIAP+, no qual também teve que ser solucionado pelo judiciário⁴⁵, foi a solicitação de reconhecimento do vínculo parental após a realização de uma inseminação caseira. Por falta de regulamentação no tema, um casal de mulheres foi impedido de realizar o registro da dupla maternidade através do Cartório de Registro Civil.

Quando se realiza essa modalidade de parentalidade não há o acompanhamento de uma clínica de fertilização credenciada, sendo essa uma das exigências do Conselho Federal de Medicina, portanto, não haveria o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da filiação para os autores do projeto parental. Por conseguinte, o magistrado que analisou a demanda, da 3ª Vara da Família de Brasília, entendeu que o casal conseguiu comprovar estar partilhando daquele planejamento familiar, bem como a incontroversa relação de maternidade socioafetiva.⁴⁶

O contexto da sociedade atual é formado por uma pluralidade de relações familiares, motivo pelo qual o Direito de Família passou a utilizar a nomenclatura de Direito das Famílias, destacando-se, dentre elas, as famílias LGBTQIAP+. Nesse sentido, o Direito deve acompanhar tais transformações também no campo legislativo, estabelecendo regulamentações à essas relações que, atualmente, se baseiam pela jurisprudência e Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

45 BRASIL. Tribunal de Justiça. Sentença. Proc. 0724641-93.2020.8.07.0016. Juiz de Direito Antonio Fernandes da Luz, Distrito Federal, DJ 09 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/290205107/processo-n-0724641-9320208070016-do-tjdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

46 LIMA, Márcia Fidélis. Casos de reconhecimento de dupla parentalidade ainda deságuam na Justiça. **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8194/Casos+de+reconhecimento+de+dupla+parentalidade+ainda+des%C3%A1guam+na+Justi%C3%A7a>. Acesso em: 01 set. 2021.

4 CONCLUSÃO

Historicamente, a população LGBTQIAP+ sofreu, e segue enfrentando, uma série de preconceitos e discriminações. Parte das ofensas direcionadas a ela decorrem de uma mentalidade de uma sociedade engessada e patriarcal, bem como advém de uma construção social que, a cada dia mais, vem sendo desmistificada em decorrência do acesso à informação.

Ao passo que as mudanças sociais proporcionaram grandes avanços aos direitos LGBTQIAP+, apenas em 2011 que a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou, pela primeira vez, que estes são direitos humanos. Desse modo, verifica-se que o tema segue latente, sobretudo no que se refere aos desdobramentos relacionados à liberdade sexual, sendo este considerado como um direito fundamental, e, em especial, ao direito de constituir família.

Considera-se livre o planejamento familiar pelas pessoas, devendo ser proporcionados, pelo Estado, os recursos necessários para a efetivação desse direito, sem estabelecer limites ou restrições. Nesse sentido, são diversos os tipos de família que são possíveis de se querer construir, sendo incluídas, por óbvio, aquelas formadas pela comunidade LGBTQIAP+.

Tendo em vista tais pontos elucidados, em consonância ao livre planejamento familiar verifica-se a realização de um projeto de parentalidade através de mecanismos biológicos, adoção, reprodução assistida ou relação socioafetiva. A parentalidade pode, portanto, ser exercida de maneira individual, bem como por um casal formado por indivíduos que se reconhecem como gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e transexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais ou outras demais possibilidades.

Ao realizar o projeto de parentalidade, nota-se que os casais homoafetivos, embora possam ser biologicamente férteis, necessitam de um terceiro alheio a relação para ter filhos (através de técnicas de reprodução assistida ou adoção), em razão da ausência de diversidade de órgãos sexuais. Ao passo que, no caso dos casais transafetivos, a depender do parceiro que se relacionarem ou se optaram por não realizar a cirurgia de readequação, poderão ter filhos inclusive pela via biológica, sem a necessidade de uma terceira pessoa que lhes auxilie nesse processo.

Dessa forma, no que se refere à comunidade LGBTQIAP+ na sua integralidade, conclui-se que esta perpassa pelos diversos métodos

de concepção para exercer a parentalidade. Portanto, não há grandes diferenciações quando se analisa a técnica médico-científica em si, e sim quando se observa a ausência de regulamentação dos seus direitos, necessitando recorrer ao Judiciário em determinados casos.

Muitas famílias optam por utilizar das técnicas de reprodução assistida para conseguir procriar, seja com relação à infertilidade ou por riscos de saúde, independente da identidade de gênero e sexualidade que tenham. O desejo de constituir família, ou até mesmo a ausência dele, não se restringe à modalidade de família (cisgênero, homoafetiva, transfetiva ou afins), sendo fator intrínseco do próprio indivíduo.

Contudo, explanando a parentalidade LGBTQIAP+, afere-se que situações como o reconhecimento do vínculo parental após a realização de uma inseminação caseira ou o reconhecimento de licença parental, de uma mãe não gestante, de uma criança fruto de reprodução assistida, atualmente, ainda são levadas ao Judiciário, essencialmente por envolverem as particularidades de um casal homoafetivo, visto que não tem regulamentação para que se resolva nas vias administrativas.

Em conclusão, cumpre reiterar a eminente necessidade do legislador de elaborar as normas gerais sobre os temas que envolvem os direitos da população LGBTQIAP+. A comunidade LGBTQIAP+ representa grande parte da sociedade, de modo que deve ter garantidos os direitos do livre planejamento familiar e do pleno exercício da parentalidade, devendo ser amparada pelo Direito de Família Contemporâneo, para que se possa ter ao menos uma segurança jurídica e um tratamento igualitário entre as modalidades de famílias.

REFERÊNCIAS

ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. **Parentalidade em casais homossexuais: Uma revisão sistemática**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psipeseq/v10n2/05.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21999>. Acesso em: 1 set. 2021.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4974/12539>. Acesso em: 01 set. 2021.

BISSOLI, Bruna da Silva. *et al.* Identidade de Gênero e Diversidade Sexual: proposta de elaboração de microtesauro. *In: V Encontro Regional dos Estudantes de Biblioteconomia. Documentação, Gestão e Ciência da Informação das Regiões Sudeste, Centro-oeste e Sul, 2018, Belo Horizonte. Anais [...]* Minas Gerais: UFMG, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/download/16909/13668/48010>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de justiça. Provimento N° 63/2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.265/2019, de 20 de setembro. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero. **Diário Oficial da União**, 09 jan. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021, de 27 de maio. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889. Tema nº 782 de Repercussão Geral. Relator Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 10 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 01 set. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado Cível. Proc. 0706292-70.2019.8.07.0018. Relator Desembargador Arnaldo Corrêa Silva, Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858056145/7062927020198070018-df-0706292-7020198070018/inteiro-teor-858056165>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Sentença. Proc. 0724641-93.2020.8.07.0016. Juiz de Direito Antonio Fernandes da Luz, Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 09 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/290205107/processo-n-0724641-9320208070016-do-tjdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

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

CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida de; RABELO, Raquel Santana. IBDFAM. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Conceção Familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1279/Ado%C3%A7%C3%A3o+Homoafetiva+e+os+Desafios+da+Nova+Concep%C3%A7%C3%A3o+Familiar+>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CHAVES; Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 422 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Jusbrasil. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 31 ago. 2021

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. reformulada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERRAZ, Carolina Valença [et al]. **Manual do direito homoafetivo**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.6, n. 22, abr./jun. 2005.

GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. **O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos**. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Santos, 2013. Disponível em: <https://tede.unisantos.br/handle/tede/1564>. Acesso em 02 set. 2021.

LIMA, Márcia Fidélis. Casos de reconhecimento de dupla parentalidade ainda deságuam na Justiça. **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8194/Casos+de+reconhecimento+de+dupla+parentalidade+ainda+des%+C3%A1+guam+na+Justi%C3%A7a>. Acesso em: 01 set. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, volume 5: famílias**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MOREIRA, Silvana do Monte. **Parentalidade em Abordagem Singular**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual Direito Homoafetivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. **Famílias compostas por pessoas trans: O que muda nesta configuração familiar?**. Disponível em: <http://www.generoediversidade.ufba.br/wp-content/uploads/2016/09/Fam%C3%ADlias-compostas-por-pessoas-trans.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ORTIZ, Juan; BRUM, Maurício; NAKAMURA, Pedro; FONTANIVE, Stéfani. **O que você precisa saber sobre reprodução assistida**. Veja Saúde. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/>. Acesso em: 31 ago.2021.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 2ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: AAFDL, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.). **Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 9/2010, de 31 de maio. **Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/332460/details/maximized>. Acesso em: 02 set. 2021.

PORTUGAL. Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro. **Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares**. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/73740375/details/maximized?p_auth=r2yZWEod. Acesso em: 02 set. 2021.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução: Jones de Freitas, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 02 de set. 2021.

REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: NEA-B-UFPR, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TERTO, Angela Pires; SOUZA, Pedro Henrique Nascimento. **De Stonewall à assembleia geral da ONU: reconhecendo os direitos LGBT**. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.5. n.7, jan/jun., 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>. Acesso em: 02 set. 2021.

VASCONCELOS, Ana Paula. **Licenças maternidade e paternidade para casais homoafetivos ainda geram divergências na jurisprudência**. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8795/Licen%C3%A7as+maternidade+e+paternidade+para+casais+homoafetivos+ainda+geram+diverg%C3%A7%C3%A3o+na+jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 01 set. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões, volume 5**. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais**. In: Horizontes Antropológicos. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/tBBwkgGRBqtVGmJV7zFMXLK/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021.



AUTOCURATELA E A PROTEÇÃO DO FUTURO CURATELADO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ana Júlia de Campos Velho Reschke¹
Luiza Tramontini Benites²

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, a população brasileira vinha mantendo a tendência de envelhecimento dos últimos anos e, desde o ano de 2012, ganhou 4,8 milhões de idosos, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios. Assim, em 2012, a população com 60 anos ou mais era de 25,4 milhões. Os 4,8 milhões de novos idosos corres-

-
- 1 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Estudante. E-mail: anajucvr@hotmail.com.
 - 2 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Estudante. E-mail: luizatramontini@hotmail.com.

pondem a um crescimento de 18% desse grupo etário, o qual é cada vez mais representativo no país.³

Dessa forma, com o aumento da expectativa de vida, as pessoas estão cada vez mais cautelosas em relação ao seu futuro. Em razão disso, não são raros os casos em que uma pessoa busca proteger situações jurídicas, seja em razão de idade avançada, seja por alguma enfermidade que possa vir a comprometer a sua capacidade psíquica, parcial ou integralmente, de forma permanente ou temporária.

Nessa senda, a presente pesquisa se propõe a analisar o instrumento da autocuratela, por meio do qual uma pessoa pode organizar, previamente, a sua futura curatela, indicando atitudes a serem tomadas quanto à sua pessoa, e em relação aos seus bens. Para tanto, objetiva-se promover uma breve análise acerca do instituto da capacidade jurídica e da curatela após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, em seguida, apresentar as principais características do instrumento da autocuratela, que ainda não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o problema que pauta o desenvolvimento desse trabalho é o seguinte: as escolhas existenciais e patrimoniais, dispostas no instrumento de autocuratela, devem ser respeitadas no caso de eventual incapacidade futura do declarando?

Considerando as características da autocuratela, entende-se, *a priori*, ser possível a realização de tal instrumento, bem como a observância das previsões nele contidas, desde que comprovado o pleno discernimento do futuro curatelado quando da elaboração do dispositivo, em respeito aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, vez que viabiliza, justamente, a autodeterminação do indivíduo.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação atual e pretérita, com a pretensão de compreender o instituto da capacidade jurídica e da curatela e, em seguida, analisar a autocuratela.

3 Estatuto do Idoso completa 15 anos. **Agência de Notícias IBGE**. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22690-estatuto-do-idoso-completa-15-anos>. Acesso em: 30 ago. 2021.

2 A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DA CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A pessoa pode ser entendida como natural ou jurídica. Quando ela age individualmente, somando esforços com outras pessoas com interesses comuns aos seus, ela passa a possuir direitos e obrigações, tornando-se sujeito de relação jurídica. Desse modo, a pessoa do ponto de vista jurídico é quem tem aptidão para participar de uma relação jurídica de forma individual como sujeito ativo ou passivo.⁴

O sujeito de direito, portanto, ao expressar a sua vontade, cria, extingue ou modifica uma relação jurídica. Nesse sentido, o artigo 1º do Código Civil prevê que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.⁵ No tocante ao atributo da personalidade, este está indissolúvelmente ligado à pessoa, durando tanto quanto durar a vida do sujeito. Assim, “desde que vive e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade”.⁶

Já em relação à capacidade jurídica, esta pode ser dividida em capacidade de direito ou de gozo e em capacidade de fato. A capacidade de direito é reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular da personalidade, seja pessoa natural ou jurídica. Por conseguinte, sendo pessoa, tem personalidade, e, conseqüentemente, pode titularizar relações jurídicas, isto é, é titular de direitos e de obrigações. Nessa linha, desde a concepção, pode o indivíduo adquirir direitos.

Por sua vez, capacidade de fato é a aptidão para praticar, por si próprio, os atos da vida civil.⁷ Refere-se, então, ao discernimento, à higiene psíquica, ou seja, à capacidade mental de mensurar as conseqüências dos atos realizados. Daí porque se diz que esta é instrumento de realiza-

4 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educandário, 2019. v. 1. p. 24. Plataforma Minha Biblioteca.

5 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Teoria Geral de Direito Civil. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Vol. I. Plataforma Minha Biblioteca. p. 183.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. 6: famílias, p. 951.

ção da autonomia privada, estando estreitamente ligada à prática de atos jurídicos criadores, extintivos ou modificativos de situações jurídicas.⁸ Ocorre que, é possível que alguém adquira um direito e não possa exercê-lo pessoalmente. Em relação a isso, dispõe Orlando Gomes:

*A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de ter direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. Não obstante, admitem-se restrições de caráter especial. Há pessoas que são privadas do gozo de certos direitos. A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem se ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.*⁹

Partindo da premissa geral de que a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção, o ordenamento jurídico brasileiro contempla, objetivamente, as hipóteses de restrição da plena capacidade, evidenciando ser extraordinária a limitação aos exercícios dos atos da vida civil. Nessa esteira, os artigos 3º e 4º do Código Civil¹⁰ limitaram a aptidão genérica para a prática de atos da vida civil pessoalmente, estabelecendo algumas hipóteses de falta de capacidade jurídica plena e criando uma verdadeira gradação ao exercício da capacidade de fato.¹¹

Essas limitações legais se dão a fim de proteger os incapazes para que não atuem de modo oposto aos seus próprios interesses. Nessa seara, o pressuposto de que todo homem é capaz de direitos e de obrigações na ordem civil é passível, em relação a cada qual, de limitações atribuídas pela própria ordem jurídica, atentando-se aos interesses que garante.

8 MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio./ago. 2016. p. 571-572.

9 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca. p. 119. grifos do autor.

10 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

11 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias. p. 951-955.

Destarte, o exercício dos direitos somente é permitido aos que preencham os requisitos de serem pessoas capazes e legitimadas.¹²

O regime legal da incapacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, considerou os critérios etário e do discernimento para a classificação das pessoas em capazes ou incapazes, de forma absoluta ou relativa, sendo a deficiência mental elencada, tanto no Código Civil de 1916, quanto no atual Código de 2002, como fator redutor da capacidade civil.¹³

Nesse contexto, por muito tempo as pessoas com deficiência, psíquica e intelectual, foram excluídas de uma maior participação na vida civil, tendo a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada e a sua vontade e sua autonomia desconsideradas.¹⁴ Imperioso agora voltar o olhar às mudanças advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que será abordado no próximo tópico.

3 A CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15)¹⁵, houve uma profunda alteração no regime legal da incapacidade civil.

-
- 12 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca. p. 119.
- 13 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9. n., 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 2.
- 14 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência. **Civilística. com**: revista eletrônica de direito civil, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015. p. 5.
- 15 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

Com isso, foi derogado o artigo 3º do Código Civil¹⁶, cujos incisos II e III determinavam serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Desse modo, somente são considerados absolutamente incapazes, no ordenamento jurídico vigente, os menores de 16 anos, não podendo praticar por si atos ou negócios jurídicos, sob pena de nulidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) assegura às pessoas com deficiência mental ou intelectual o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Consoante o ensinamento de Maria Berenice Dias, o que o Estatuto buscou foi, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada, em uma perspectiva constitucional isonômica, dotada de plena capacidade civil, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos para a prática de determinados atos da vida civil, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela.¹⁷

Além disso, o EPD, também chamado de Lei Brasileira de Inclusão, materializou, no âmbito normativo interno, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), apelidada de Convenção de Nova York, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008.¹⁸ Com a CDPD, abandonou-se a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para percebê-la como uma limitação duradoura que se intensifica pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do indivíduo no meio social.¹⁹

16 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

17 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 917-918.

18 BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidente do Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

19 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência. **Civilistica. com**: revista eletrônica de

Destarte, o Estatuto da Pessoa com Deficiência possui um escopo de cunho humanista e inclusivo: “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física e mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.²⁰ Nessa conjuntura, Simone Tassinari e Andressa Tonetto Fontana assinalam que:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, elaborado em consonância com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não apenas revisita o modelo abstrato das incapacidades, mas apresenta um novo paradigma no que concerne a conceitos clássicos da capacidade civil. Fundamenta-se no reconhecimento de que toda pessoa deve ter sua dignidade amplamente assegurada, dispondo de acordo com suas possibilidades de ampla autonomia e recebendo proteção estatal na medida de suas necessidades, de forma concreta e individualizada.²¹

O artigo 2º do EPD considera como pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Além disso, o artigo 6º do mesmo diploma legal dispõe que tal deficiência não afeta a inteira capacidade civil da pessoa, tendo, por exemplo, plena capacidade para casar ou para constituir união estável. O objetivo do referido dispositivo é desfazer a associação existente entre deficiência e incapacidade.²²

Assim, pode-se dizer que deficiência não é sinônimo de incapacidade. Efetivamente, uma pessoa com deficiência não é, por esse sim-

direito civil, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015. p. 5.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias. p. 955.

21 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9. n., 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 2.

22 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9. n., 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 6.

ples fato, incapaz juridicamente de manifestar a sua vontade. Logo, não mais se cogita de incapacidade jurídica, absoluta ou relativa, decorrente de uma deficiência física, intelectual ou mental, por si só. A pessoa com deficiência é plenamente capaz, salvo em casos excepcionais de não expressão da vontade, quando poderá ser declarada relativamente incapaz para determinados atos da vida civil.²³

Dessa forma, independentemente da capacidade mental, deve-se assegurar a autodeterminação do sujeito, a fim de respeitar a sua dignidade enquanto pessoa humana. Nesse sentido, o artigo 12, parágrafo primeiro, da CDPD, reafirma que as pessoas com deficiência têm direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, à capacidade jurídica.²⁴

Não obstante todo o indivíduo maior de idade deva reger sua pessoa e administrar seus bens, presumindo-se a sua capacidade, há pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir a sua vontade, ou que, por deficiência mental, assim como os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos, não têm o completo discernimento e, portanto, encontram-se impossibilitadas de cuidarem dos seus próprios interesses, sujeitando-se à curatela, como medida de amparo e proteção, conforme o artigo 1.767 do Código Civil.²⁵ Com efeito, a curatela consiste em um encargo conferido a alguém para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade que não pode reger sua vida sozinha e, em especial, administrar os seus bens.²⁶

Consoante o ensinamento de Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas pessoais que o indivíduo é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. Assim, a real necessidade da pessoa com algum tipo de doença mental é menos a substituição na gestão patrimonial e mais, como

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias. p. 955-961.

24 MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio./ago. 2016. p. 583.

25 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

26 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 1292.

decorrência do princípio da solidariedade e da função protetiva do curador, garantir a dignidade, a qualidade de vida, a recuperação da saúde e a inserção social do curatelado.²⁷

Nesse contexto, Joyceane Bezerra de Menezes salienta que a curatela perde a força enquanto medida de substituição de vontade do indivíduo, passando-se a atribuir maior ênfase às circunstâncias pessoais do próprio curatelado, notadamente às suas preferências, aos seus vínculos de afetividade e aos seus interesses fundamentais.²⁸

Conforme o §3º do artigo 84 do EPD, a curatela constitui uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível. E, ainda, o artigo 85 do mesmo Estatuto estabelece que tal instituto se restringe aos atos de natureza negocial e patrimonial, sem afetar, portanto, os direitos de ordem pessoal, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, entre outros. Cumpre mencionar também o artigo 1.775-A do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser estabelecida a curatela compartilhada pelo juiz, em observância aos interesses do curatelado, de modo que os curadores se auxiliem no encargo.²⁹

A curatela, mesmo para alguém acometido por doença que acarrete transtorno cognitivo grave, não deve ser encarada como um remédio definitivo. Ainda que, em muitos casos ela deva ser renovada sucessivamente, o caráter da medida será sempre provisório, de modo que a qualquer momento há de ser feita a reversão da curatela ante a superação das barreiras sociais, dos avanços da medicina e da eventual possibilidade de utilização de outros instrumentos de apoio, que se mostrem mais adequados a cada situação. Cumpre dizer que os casos necessitam ser resolvidos mediante

27 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2007, p. 79 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 924.

28 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência. **Civilistica. com**: revista eletrônica de direito civil, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015. p. 18.

29 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

exame concreto das particularidades da pessoa, cabendo tantas revisões quanto forem preciso, sob a fiscalização do Ministério Público.³⁰

Nesse passo, o artigo 1.777 do Código Civil³¹ disciplina que as pessoas que não puderem expressar sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser destinatárias de todo o apoio necessário para que seu direito à convivência familiar e comunitária seja assegurado, evitando-se o recolhimento em estabelecimentos que as afastem desse convívio³². Rodrigo da Cunha Pereira assim define a curatela:

A expressão curatela tem origem no Direito Romano, de curare, cuidar, olhar, velar. É o encargo conferido judicialmente a alguém para que zele pelos interesses de outrem, que não pode administrar seus bens e direitos em razão de sua incapacidade ou uma deficiência permanente ou temporária, que inviabiliza o discernimento, entendimento e compromete o elemento volitivo do sujeito.³³

Desse modo, posto que a incapacidade é excepcional, exige-se o reconhecimento judicial do fundamento de tal incapacidade. É a chamada ação de curatela e não mais ação de interdição. Além disso, a sentença de curatela necessita atentar aos aspectos pessoais individualizados daquela pessoa humana, levando em consideração as suas vontades e preferências, inclusive. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a sentença de curatela há de corresponder a um projeto terapêutico individual”³⁴

Nessa seara, com a resignificação da capacidade civil e a introdução da expressão pessoa com deficiência no lugar de portador de deficiên-

30 FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Curatela do idoso e do portador de deficiência adquirida na ordem brasileira. **Revista dos Tribunais**. vol. 999/2019. p. 239-263. Jan/2019. Base de dados RT Online.

31 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

32 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educandário, 2019. v. 1. p. 24. Plataforma Minha Biblioteca.

33 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 487.

34 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias. p. 984-985.

cia ou de pessoa deficiente, não há espaço para se falar em interdição e em interdito. Isto é, não se trata de interditar pessoas, mas de protegê-las.³⁵

Vale destacar que, muito embora o Código de Processo Civil ainda denomine a ação de “interdição”, a superveniência do EPD alterou a sua nomenclatura. Isso porque, o vocábulo “interdição” mostra-se preconceituoso, estigmatizante e indica uma ideia de medida restritiva de direitos, em completa dissonância à vocação promocional da curatela, especialmente, contemplada para a proteção da pessoa humana.³⁶

Outrossim, insta salientar que a idade, por si só, não é motivo suficiente para a designação de um curador. Nesse sentido, importa trazer à baila lição de Rolf Madaleno:

Não é, no entanto, o mero fato da velhice fisiológica da pessoa contratante que dá nascimento à presunção de incapacidade, mas sim as provas médicas ou psicológicas pertinentes e que diagnostiquem a sua eventual falta de capacidade, sendo imperioso distinguir entre a simples ancianidade e a senilidade que ocasiona a incapacidade ou inabilitação para o exercício dos atos da vida civil, de modo a permitir que o idoso siga conduzindo sua vida como fazem seus semelhantes, senão em pé de igualdade em razão de suas maiores dificuldades próprias da idade, também não em situação de inferioridade precisando ser representado por um curador.³⁷

Por conseguinte, é possível que o sujeito seja acometido, em algum momento de sua vida, por enfermidades que comprometam a sua capacidade psíquica, parcial ou integralmente, permanentemente ou não, não apenas quando do seu envelhecimento. Consequentemente, é coerente supor que, aquelas pessoas preocupadas com a forma como seus bens serão administrados e, também, como os aspectos pessoais de sua vida serão tratados, queiram dispor, previamente, acerca de tais questões, a fim de que sua vontade seja respeitada quando não puder expressá-la de

35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 489.

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. 6: famílias, p. 990.

37 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 1302.

forma jurídica válida.³⁸ Nesse sentido, passa-se a análise do instrumento da autocuratela como forma de proteção da autonomia privada.

4 O INSTRUMENTO DA AUTOCURATELA E A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Segundo o artigo 682, inciso II, do Código Civil³⁹, o mandato cessa com a interdição do mandante ou do mandatário. Apesar dessa limitação legal, tem sido sustentada a possibilidade da outorga de um mandato permanente ou de uma procuração preventiva, denominada autocuratela, por meio do qual uma pessoa capaz pode firmar uma declaração de vontade para que um terceiro (mandatário), diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, organize sua futura curatela.⁴⁰

Isso porque, é plenamente compatível à principiologia da CDPD e à Constituição Federal, em atenção à autonomia de vontade, permitir a prévia indicação de um curador pela pessoa que sabe que perderá o seu discernimento, por exemplo, como aquelas que estão no estágio inicial de doenças degenerativas como o Alzheimer. Tal indicação seria feita por documento autêntico, firmando uma curatela por vontade antecipada ou autocuratela.⁴¹ Nelson Rosenvald assim define a autocuratela:

A autocuratela é um negócio jurídico de eficácia sustida, através do qual a pessoa que se encontra na plenitude de sua integridade psíquica promove a sua autonomia de forma prospectiva, plane-

38 ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017. p. 191.

39 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

40 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 924.

41 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência. **Civilística. com**: revista eletrônica de direito civil, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015. p. 26.

gando a sua eventual curatela, nas dimensões patrimonial e existencial a fim de que no período de impossibilidade de autogoverno existam condições financeiras adequadas para a execução de suas deliberações prévias sobre o cuidado que receberá e a sua compatibilização com as suas crenças, valores e afetos.⁴²

A autocuratela é, nesse sentido, uma curatela em que o próprio curatelado designa seu curador por meio de mandato futuro, o qual se concretiza por procuração com poderes específicos outorgados pela pessoa que já tenha conhecimento de sua doença degenerativa ou em situações em que o mandante poderá ficar incapacitado de expressar sua vontade. É uma forma preventiva de assegurar direitos do futuro curatelado e o indicativo de uma autodeterminação, respeitando as vontades dele ao escolher antecipadamente seu curador sem necessidade de imposição judicial. Outrossim, o instrumento tem causa suspensiva, somente tendo eficácia no caso de perda da capacidade.⁴³ Sobre o assunto, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino explicam:

No que concerne às declarações antecipadas de vontade para a hipótese de futura incapacidade, cuida-se de negócio jurídico bilateral celebrado por representante. Vale dizer, a representação (outorgada mediante manifestação unilateral) constitui técnica apta a realizar as funções pretendidas com tal negócio existencial, que se aperfeiçoará no momento em que o representante aceita o encargo. Dito diversamente, no momento em que o nomeado, para cumprir as declarações antecipadas de vontade, anui com tal mister, aperfeiçoa-se o negócio existencial que se utiliza da técnica da representação.⁴⁴

Nesse contexto, um dos pressupostos fundamentais para a outorga de tal instrumento é a confiança, não sendo possível o substabelecimento, garantindo ao mandante a certeza de que somente a pessoa determinada irá cumprir o estabelecido. Essa segurança decorre do caráter

42 ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocuratela>. Acesso em: 22 ago. 2021.

43 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 491.

44 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 458.

personalíssimo da representação, pois o mandatário não poderia delegar suas funções a outrem, até mesmo porque, “um mandato que tenha por objetivo tutelar uma situação futura só pode ser conferido à pessoa que se tenha confiança, a fim de que o mandatário tente preservar e respeitar o modo de ser do mandante”.⁴⁵

Considerando ser um documento jurídico de proteção futura, além de ser possível a escolha antecipada do curador, ele também pode excluir determinadas pessoas dessa função. No documento, é viável disciplinar a forma de administração do patrimônio e, até mesmo, indicar pessoas jurídicas para orientar o curador em tal compromisso, bem como é admissível constar os cuidados médicos que aceite ou recuse, de acordo com as suas escolhas pessoais de vida. Muito embora não seja indispensável, é importante o declarando anexar um laudo médico, atestando sua higidez mental quando da realização do documento. Isso porque, a autocratela pode ser feita por qualquer pessoa capaz, todavia, é mais utilizado para pessoas idosas ou que tenham alguma doença que, possivelmente, acarretará em uma incapacidade futura.⁴⁶

Nessa esteira, a autocratela é uma forma de evitar conflitos, vez que a família não teria que entrar em discussões judiciais para decidir quem seria o melhor curador para aquela pessoa. Também é uma forma de proteger o patrimônio como, por exemplo, de acordo com a legislação, a esposa casada pelo regime da comunhão universal de bens não precisa prestar contas do exercício do encargo. A autocratela poderia determinar justamente o contrário, ou seja, que a esposa preste contas de sua administração. É possível, ainda, que o marido exclua sua esposa de ser curadora no aspecto patrimonial, considerando que ela não possui habilidade técnica para o gerenciamento de seus bens, indicando apenas para ser curadora nos seus aspectos existenciais, como cuidados com a saúde.⁴⁷

45 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocratela**: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 6.

46 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBD-FAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

47 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBD-FAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

Dimas Messias de Carvalho ressalta que a autocratela possui um viés de proteção e de preservação da autodeterminação da pessoa, acolhendo seu anseio antecipadamente externado, como ocorre nas diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes nos tratamentos de saúde, previstas na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina⁴⁸ e que devem ser observadas pelos médicos quando o paciente estiver incapacitado de se manifestar. No entanto, a autocratela ultrapassa os efeitos das diretrizes antecipadas de vontade, haja vista que é cabível, também, a manifestação de desejos em relação a questões pessoais de ordem afetiva e existencial, indicando, por exemplo, quais os cuidados pretende receber, as pessoas responsáveis, o espaço familiar em que quer permanecer e a organização de seus bens, indicando o curador que, de forma eficaz, zele pelo cumprimento de suas vontades, assim como por sua situação financeira, preservando o padrão de vida que estipulou.⁴⁹

Nesse passo, o que se pretende com a autocratela é, por exemplo, que uma pessoa sem laços afetivos que lhe garantam amparo no caso de uma velhice incapacitante, possa antever que, na falta de discernimento, seja observada a sua vontade pré-estabelecida. Por meio do instrumento, então, seria possível que esse idoso escolhesse a clínica em que gostaria de passar os últimos dias de sua vida e outras preferências, tais como: contar com ajuda profissional de um enfermeiro 24 horas, com assistência de nutricionista, de fisioterapeuta, de terapia ocupacional, de aula de dança, de salão de beleza, entre outras, as quais serão pagas pelas receitas do curatelado, que algumas das vezes dispõe de vasto patrimônio.⁵⁰

Outrossim, não obstante não haja previsão legal expressa acerca da autocratela, o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de normas que tutelam a vontade do sujeito emitida anteriormente, ao tratar do testamento e da doação de órgãos. A diferença está no fato de a vontade, nesses dois últimos casos, ser cumprida após a morte. Tal diferença, contudo, não representa um obstáculo à conferência de juridicidade da autocratela.

48 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União. Brasília, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 22 ago. 2021.

49 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 989.

50 COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autocratela: planejamento para o caso de uma incapacidade. **Contratos, família e sucessões - Diálogos interdisciplinares**. p. 413-428. 1ª. ed. 2020. Base de dados VLex. p. 406.

tela, tendo em vista que, ao lado do testamento e da doação de órgãos, é espaço de autodeterminação do indivíduo projetada para o futuro.⁵¹

É possível ainda, na autocuratela, nomear curadores conjuntos fracionados, ou seja, determinada pessoa será responsável pelos cuidados com a saúde e outra pessoa será responsável pela administração do patrimônio, podendo a curatela conjunta ser compartilhada por mais de um curador, exercendo as mesmas funções. Ademais, com a autocuratela, evita-se deixar qualquer planejamento para terceiros ou para familiares que, em muitos casos, não teriam habilidade técnica para administrar os bens da forma como o declarando gostaria que fossem gerenciados, por exemplo.⁵² Logo, trata-se de um mandato preventivo geral que busca assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade do mandante sigam respeitando seus direitos, suas vontades e suas preferências.⁵³

Certo é que a depender da gestão patrimonial que fosse realizada, a qualidade de vida do futuro curatelado poderia ser prejudicada significativamente, possivelmente impedindo-o de usufruir das suas próprias economias e frutos de seus bens. E é justamente em razão disso que a organização antecipada da curatela se mostra importante, assegurando o conforto e as exigências que a pessoa espera receber quando se encontrar mais vulnerável para se manifestar.⁵⁴

Afinal, ninguém melhor para dispor acerca da administração de seus bens e direitos do que o próprio titular deles. E, ainda, ninguém pode dizer com mais propriedade o que é ser tratado de forma digna, no caso de uma futura incapacidade, que o sujeito de direito que possa ser acometido por ela. Dessa forma, a autocuratela busca assegurar que as escolhas de vida e patrimoniais feitas pelo sujeito, de forma consciente e

51 ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017, p. 193.

52 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBD-FAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

53 GARCIA, Ignacio Serrano. Autotutela. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 22-27 apud MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 1310.

54 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela: planejamento para o caso de uma incapacidade. *Contratos, família e sucessões - Diálogos interdisciplinares*. p. 413-428. 1ª. ed. 2020. Base de dados VLex. p. 406.

válida, sejam respeitadas, privilegiando-se, assim, a sua autodeterminação, de acordo com os seus projetos de vida.⁵⁵

Com o instrumento da autocuratela, seria conferida maior segurança jurídica aos atos de vontade da pessoa que, de forma precavida e cautelosa, dispõe acerca de seus interesses patrimoniais e existenciais para o suposto dia que não conseguir governar-se por si própria ou quando não mais puder expressar a sua vontade, vez que estaria exercendo, de certa forma, sua autonomia, por meio da nomeação e gestão de uma pessoa de sua confiança.⁵⁶

Cumprе mencionar que aquele a quem são designados os poderes para agir como representante não está compelido a aceitar o múnus. No entanto, aceitando o encargo, expressa ou tacitamente, vincula-se ao negócio bilateral existencial, ficando obrigado a executar as funções destinadas. Os poderes devem ser detalhados para que o terceiro saiba exatamente o que deve fazer e o âmbito da sua deliberação no tocante aos atos existenciais, principalmente quando o outorgante se limita a fixar diretivas das decisões a serem tomadas, deixando por conta do representante decisões pontuais.⁵⁷

A Convenção de Nova York insere, dentre os seus princípios gerais, no artigo 3º, “a”: o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. Para Nelson Rosenvald, tal dispositivo assegura que o indivíduo poderá transmitir ao curador, por meio da autocuratela, poderes para interferir em questões relacionadas a sua esfera íntima e privada, “justamente por não se tratar de delegação coercitiva de direitos fundamentais, mas de ato jurídico de autocontenção de atributos existenciais em prol de pessoa cuja legitimidade e atuação serão submetidas a um controle judicial”.⁵⁸

55 ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017. p. 191-192.

56 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 11.

57 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 458.

58 ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocuratela>. Acesso em: 22 ago. 2021.

Assim, em que pese a existência do termo de autocuratela, o ajuizamento da ação de curatela ainda é imprescindível, de modo que o juiz, inclusive, pode negar a curatela ao curador indicado em decisão motivada. Tudo tendo em vista o interesse do curatelado. Com efeito, a autocuratela é o indicativo de uma autodeterminação, que se concretizará com a curatela propriamente dita, em um processo judicial futuro⁵⁹, devendo o curador nomeado providenciar o ajuizamento da ação de curatela, bem como cumprir todas as disposições relativas à forma de administração dos bens e dos tratamentos de saúde, previamente estabelecidos pelo declarante.⁶⁰

Além disso, o juiz pode, ainda, verificar a existência do mandato e nomear o curador designado para outras funções existenciais e patrimoniais que não foram abrangidas pelo mandato. Deste modo, a autocuratela somente será eficaz caso sobrevenha a falta de aptidão patrimonial ou pessoal do mandante, e se aplicará de forma complementar ao instituto da curatela quando o mandato não assegurar plenamente a proteção do mandante. Pode ocorrer, ainda, a figura do mandato para as questões patrimoniais e a curatela para questões existenciais.⁶¹

Para Nelson Rosenvald, é possível utilizar a autocuratela de forma autônoma ou dentro de um planejamento pessoal que envolva, sucessivamente, a tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A do Código Civil) e a autocuratela. Utiliza como exemplo uma pessoa deficiente com doença degenerativa, como o diagnóstico de Alzheimer. Nas primeiras fases da enfermidade, o apoio será importante instrumento de preservação da dignidade e autonomia da pessoa vulnerável. Isso porque a pessoa apoiada mantém a condição de plenamente capaz e os apoiadores não serão representantes ou assistentes, mas meros coadjuvantes na tomada de decisões. Com a progressiva evolução da doença, a pessoa poderá programar a autocuratela, na qual designará um representante duradouro de sua confiança.⁶²

59 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca. p. 492.

60 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBD-FAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

61 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 9.

62 ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocu->

A autocuratela pode ser efetuada por escritura pública de caráter declaratório ou por documento particular autêntico, devendo ser juntada no processo de curatela para acolhimento judicial, a fim de proporcionar ao futuro curatelado o cumprimento de suas vontades quando não mais puder se manifestar. Isso em homenagem à autodeterminação e a fim de garantir seja conferida a incumbência a quem melhor atende aos interesses da pessoa, conforme previsto no art. 755, § 1º, do Código de Processo Civil.⁶³ No entanto, recomenda-se que seja feito através de escritura pública, que empresta fé pública de que o mandante estava no gozo de sua capacidade e a manifestação de vontade foi expressa livremente.⁶⁴

A autocuratela pode, ainda, coexistir com o processo de curatela, caso haja algumas disposições que não foram contempladas no mandato de proteção futura, como outras questões patrimoniais e cuidados com a saúde. Poderia, igualmente, ser revogado o instrumento por meio de autorização judicial, na hipótese de o mandato causar eventuais prejuízos ao mandante.⁶⁵ Thaís Coelho defende ser a autocuratela um negócio jurídico atípico, que poderá ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo proteção àquelas pessoas que vierem ter uma futura incapacidade:

[...] classificada como negócio jurídico atípico que honra os interesses existenciais e patrimoniais da pessoa, e como gênero do qual são espécies as diretivas antecipadas de vontade, que tratam das questões existenciais (englobando as subespécies: o testamento vital e o mandato duradouro) e o mandato permanente, que contempla, em um só veículo, as questões existenciais e as patrimoniais.⁶⁶

ratela. Acesso em: 22 ago. 2021.

- 63 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 989.
- 64 ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocuratela>. Acesso em: 22 ago. 2021.
- 65 COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente**. p. 7. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.
- 66 ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017, p. 193.

Sobre o assunto, o artigo 425 do Código Civil⁶⁷ disciplina a possibilidade de as partes estipularem negócios atípicos, desde que observadas as regras gerais fixadas no diploma civil. O instrumento da autocuratela preenche todos os requisitos para o negócio jurídico válido - agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, no exato momento que a vontade válida é emitida, não havendo, assim, obstáculo ao seu reconhecimento. Com efeito, trata-se a autocuratela de corolário da autonomia privada, representando uma releitura da autonomia da vontade e garantindo ao sujeito um espaço jurídico negocial para tratar de suas vontades, as quais, porém, devem estar em consonância com os parâmetros estabelecidos pelo Estado.⁶⁸

Destarte, ao tempo em que as condições psíquicas da pessoa demonstrem a necessidade da curatela, a autocuratela será submetida a um controle de legitimidade em dois aspectos: primeiro, abstratamente, será examinado se o conteúdo do ato de autodeterminação não ofende o ordenamento jurídico; segundo, concretamente, será analisado se as condições de saúde da pessoa demandam uma correção qualitativa ou quantitativa dos limites previamente apresentados à atuação do curador.⁶⁹

5 CONCLUSÃO

Com a Convenção de Nova York, foram inseridos, dentre os seus princípios gerais, no artigo 3º, “a”, o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. O instituto da autocuratela, portanto, coaduna-se com o previsto na referida Convenção, tendo em vista que tal

67 BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago 2021.

68 ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017. p. 191.

69 ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela.** IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocuratela>. Acesso em: 22 ago. 2021.

instrumento encontra fundamento nos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, por meio da autocuratela se busca tutelar a vontade do indivíduo, permitindo que o futuro curatelado escolha de forma antecipada um curador de sua confiança, quando ainda plenamente capaz de expressar sua vontade. Aceitando-se essa ferramenta, evita-se deixar o planejamento da administração dos bens do futuro curatelado para terceiros ou para familiares que, em muitos casos, não teriam habilidade técnica para gerir os bens da forma como o declarando gostaria que fossem, por exemplo.

Além disso, já existem, no ordenamento jurídico brasileiro, ferramentas análogas ao instrumento da autocuratela, como o testamento vital, previsto na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. No instrumento do testamento vital, uma pessoa capaz toma decisões prévias sobre um eventual tratamento médico vindouro, as quais deverão ser observadas pelos médicos quando o paciente estiver incapacitado de manifestar livre e autonomamente sua vontade.

Cumpra mencionar que o artigo 425 do Código Civil disciplina a possibilidade de as partes estipularem negócios atípicos, desde que observadas as regras gerais fixadas no diploma civil. Assim, trata-se a autocuratela de corolário da autonomia privada, garantindo ao sujeito um espaço jurídico negocial para tratar de suas vontades, em consonância com a regra prevista no artigo 755, inciso II, do Código de Processo Civil, que dispõe que a sentença de curatela deverá observar as vontades e preferências do curatelado.

Deste modo, em que pese não esteja prevista em lei, não há óbice para o reconhecimento da autocuratela, por meio de um processo judicial, no qual haverá a designação do curador indicado, devendo este cumprir todas as disposições anteriormente estabelecidas pelo declarante, em respeito a sua autonomia de vontade. Afinal, ninguém melhor para dispor acerca da administração de seus bens e direitos do que o próprio titular deles.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educandário, 2019. v. 1. p. 24. Plataforma Minha Biblioteca.

BRASIL [Código de Processo Civil]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidente do Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBDFAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autocuratela: planejamento para o caso de uma incapacidade. **Contratos, família e sucessões - Diálogos interdisciplinares**. p. 413-428. 1ª. ed. 2020. Base de dados VLex.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Estatuto do Idoso completa 15 anos. **Agência de Notícias IBGE**. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22690-estatuto-do-idoso-completa-15-anos>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Curatela do idoso e do portador de deficiência adquirida na ordem brasileira. **Revista dos Tribunais**. vol. 999/2019. p. 239-263. Jan/2019. Base de dados RT Online.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9. n., 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência. **Civilística. com**: revista eletrônica de direito civil, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio./ago. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Vol. I. Plataforma Minha Biblioteca.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autcuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+auto-curatela>. Acesso em: 22 ago. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

O FENÔMENO DO SHARENTING E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS CASOS DE EXPOSIÇÃO DEMASIADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET PELOS PAIS

Victória Barboza Sanhudo¹

1 INTRODUÇÃO

Com o advento das novas tecnologias de informação e comunicação, o acesso às mídias sociais passou a ser mais amplo e democrático no sentido de que, atualmente, difícil é achar alguém que não possua sequer um perfil em alguma das redes sociais disponíveis da *internet*. Consequência direta dessa democratização é, sem dúvidas, a exposição da vida pessoal de seus usuários, que muitas vezes compartilham informações sobre como estão se sentindo, suas conquistas, frustrações, hábitos, rotina ou outras informações de cunho pessoal.

Ocorre que alguns desses usuários possuem filhos, crianças ou adolescentes, que têm seus dados expostos pelos próprios pais na *internet*, muitas vezes inclusive sem seu consentimento ou de forma excessiva e demasiadamente frequente, o que pode, em alguns casos, ocasionar séria violação dos direitos de personalidade que lhe são assegurados tanto pela Constituição Federal, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como o direito à intimidade, privacidade e imagem. Essa exposição excessiva dá origem ao fenômeno contemporâneo denominado de *sharenting*.

Diante das mudanças de caráter estrutural provocadas pelas novas formas de comunicação, sobretudo em razão da *internet*, que conta

¹ Acadêmica de direito do 8º semestre da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: victoriabsanhudo@gmail.com.

cada vez com maior número de usuários, bem como do fenômeno do *sharenting*, surge a cogente necessidade de o direito, como ciência humana e social, atentar-se a essa nova realidade e à potencial violação de direitos de crianças e adolescentes em âmbito digital, regulamentando o tema e tratando o assunto com a importância que ele de fato reserva.

A discussão do assunto, embora atual, não teve seu início recentemente de forma que muitos países, inclusive europeus, já refletiram o tema sob o espectro jurídico. No Brasil, essa discussão vem ganhando cada vez mais força e já é possível vislumbrar debate sobre a exposição, pelos pais, de dados dos filhos (crianças ou adolescentes) na *internet*, muito embora ocorra ainda de modo inicial.

O presente artigo almeja, justamente no contexto suprarreferido, tratar a respeito da ocorrência da exposição exacerbada das crianças ou adolescentes pelos pais nas redes sociais, bem como discutir o assunto, conferindo a ele uma faceta jurídica e examinando as violações aos direitos das crianças e adolescente que ocorrem no ambiente virtual e por que é tão importante que o tema em questão seja objeto de regulamentação no Brasil.

Para tanto, a metodologia utilizada no escrito compreende não apenas análise bibliográfica e legislativa, como também exame de casos de grande destaque, observado sempre o método dedutivo. A partir disso, para melhor compreensão do assunto, o trabalho é dividido em três capítulos, sendo que no primeiro deles são abordados os direitos de personalidade assegurados ao público infante-juvenil, com enfoque no direito à intimidade, privacidade e imagem, que interessam de modo contundente ao presente escrito, enquanto que na segunda parte o enfoque recai sobre o fenômeno do *sharenting*, seguimento em que se busca conceituá-lo e demonstrar como as garantias tratadas no primeiro tópico podem ser ameaçadas ou violadas por ele. Finalmente, o terceiro capítulo destina-se à exploração da razão pela qual o *sharenting* deve ser objeto de regulamentação jurídica no Brasil.

2 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À INTIMIDADE, PRIVACIDADE E IMAGEM

A ideia de outorgar direitos a crianças e adolescentes somente começou a ser pensada a partir do século XX, quando organizações atuantes em nível internacional passaram a se posicionar, de forma extremamente tênue, sobre direitos que deveriam ser delineados especialmente para as pessoas menores de idade, sendo, anos depois, aprimorada a discussão e editadas convenções internacionais pertinentes ao assunto, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil.

A partir desse movimento internacional de previsão de direitos e garantias às pessoas menores de idade, bem como diante do fato de que o Brasil incorporou uma série de mecanismos normativos à sua ordem jurídica, surgiu a necessidade de que fossem elaboradas novas regras internas a fim de atender o disposto nos tratados e convenções ratificados.²

Nessa seara, a própria promulgação da Constituição Federal, em 1988, teve um papel significativo na medida em inaugurou um novo paradigma no tratamento e proteção jurídica conferidos a crianças e adolescentes. Veja-se, por exemplo, o artigo 6º da Lei Maior que consagra como direito social a proteção à infância, o artigo 24, inciso XV, cuja redação preconiza que é competência concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal legislar sobre a proteção à infância e juventude ou, ainda, o artigo 229, o qual preconiza o dever dos pais em assistir os filhos menores.

A Carta Magna, então, foi responsável por dar início à ruptura bastante paradigmática no que se refere à forma com que crianças e adolescentes são tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro, fato este que retirou, cada vez mais, espaço da doutrina da situação irregular e da concepção menorista, entendimentos sobre os quais o antigo Código de Menores se assentava.

2 MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021.

Em apertada síntese, no modelo da situação irregular as crianças e adolescentes eram concebidas como “menores”,³ imbricando a menoridade com a legitimidade que o Estado tinha em adotar políticas públicas de cunho autoritário e repressivo, muitas vezes ocasionando graves violações de direitos humanos, excluindo crianças e adolescentes da vida social, política e econômica.⁴

Felizmente, tal entendimento foi perdendo força de modo gradual, mormente diante do forte caráter social e garantista da Constituição Federal, a qual optou por adotar a doutrina da proteção integral, conferindo a crianças e adolescentes prioridade absoluta e alguns direitos, além de alicerçar, também, a responsabilidade solidária entre família, sociedade e Estado não apenas na observância de tais direitos, como também na união de esforços para sua não violação. Dessa forma, preceitua o artigo 227 da Carta Magna que à criança e ao adolescente devem ser assegurados, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, dentre outros.

Com efeito, a doutrina da proteção integral confere um olhar mais humano em relação a crianças e adolescentes, consagrando-os sujeitos de direitos próprios e especiais, devido à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, as quais carecem não apenas de proteção, mas, antes, de uma proteção especializada.⁵ Efetivamente, o que se quer

3 Sob o novo paradigma trazido tanto pela Constituição Federal, como também pela Estatuto da Criança e do Adolescente o termo “menor” é inadequado, uma vez que não traduz o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e alvo da doutrina da proteção integral, além de perfilhar postura de discriminação, autoritarismo e exclusão social em relação a tais indivíduos, remetendo, justamente, ao Código de Menores. Segundo André Viana Custódio: “Neste aspecto, é reveladora a afirmação, freqüente em muitos textos acadêmicos, que declara não encontrar maior distinção entre os termos menor x criança e adolescente, quando na realidade a distinção entre elementos tão básicos revela a incompreensão da complexidade distintiva entre percepções radicalmente diversas, ou seja, desconsidera-se o essencial, o reconhecimento da transição paradigmática do Direito do Menor para o Direito da Criança e do Adolescente”. CUSTÓDIO, André Viana. **Doutrina da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 24.

4 CUSTÓDIO, André Viana. **Doutrina da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 24.

5 VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n.

dizer, é que além dos direitos conferidos às pessoas humanas em geral, o público infanto-juvenil faz jus a direitos especiais, oriundos, justamente, da sua condição especial de seres ainda em formação.

A partir do desenvolvimento cada vez mais técnico da doutrina da proteção integral, o ordenamento jurídico voltado a crianças e adolescentes foi alvo de uma reorganização estrutural, para que, assim, passasse a atender aos novos ditames sociais, exigindo uma diferente forma de atuação por parte do ente estatal, em especial no desenvolvimento de suas políticas públicas, ações e programas.⁶

Nessa perspectiva, foi elaborado o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/1990), que surge com a função precípua de tutelar os direitos de crianças e adolescentes, regulamentando, portanto, os direitos e garantias previstos na Constituição e auxiliando na construção de um sistema jurídico harmonioso e sistemático no tocante aos indivíduos menores de idade.⁷ Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanchez Cunha referem que:

O art. 1.º do Estatuto adota expressamente a doutrina da proteção integral. Essa opção do legislador fundou-se na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas referentes às crianças e aos adolescentes, e que, por sua vez, foram inspirados nas normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, pode-se apontar que o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente se deu no Brasil já em um novo patamar, mais ligado aos processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positividade dos direitos humanos, tornando-os fundamentais.⁸

1, p. 38-54, jan./mar. 2013. p. 49. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

- 6 CUSTÓDIO, André Viana. **Doutrina da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 03 jun. 2021. p. 27.
- 7 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590814/>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- 8 Ibid.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, reforça, em âmbito infraconstitucional, o já disposto pelo constituinte originário, não havendo quaisquer dúvidas de que perfilhado o modelo da proteção integral, tampouco de que adotada a concepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Em vista disso, repisa o artigo 15 do Estatuto recém mencionado que a criança e ao adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e sujeitos de direitos.

Nessa sistemática exposta, são outorgados os direitos à imagem, intimidade e privacidade a crianças e adolescentes, os quais pertinem ao presente trabalho de modo mais categórico. O texto constitucional é cristalino ao estabelecer a proteção jurídica aos referidos bens no inciso X do seu artigo 5º, dispositivo em que insculpida a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Outrossim, o artigo 17 do ECA prevê expressamente o direito ao respeito, que, por sua vez, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral de crianças e adolescentes, dentre o qual está inserido, em meio a outros, o direito à preservação da imagem, da identidade e da autonomia de crianças e adolescentes.

O direito à imagem constitui um direito de personalidade que busca proteger juridicamente a pessoa, ou seja, a “forma plástica e os respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade”.⁹ Ora, a imagem é uma das nossas principais projeções perante o corpo social e pode permitir identificar tanto nossos traços físicos, como também aqueles referentes à personalidade. A lesão ao direito de imagem pode ocorrer das mais diversas formas, sendo a mais comum o uso indevido ou a exposição não consentida da imagem do titular do direito, o que pode trazer prejuízos ou constrangimento.

Obviamente que a proteção jurídica conferida à imagem não engendra o raciocínio de que a simples divulgação de uma imagem é indevida. Isso porque tal direito, assim como todos os outros, não é absoluto e pode ser alvo de algum tipo de restrição desvantajosa, desde que haja

9 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

cotejo analítico deste com outros bens jurídicos protegidos e igualmente importantes, isto é, dignos da mesma proteção, inclusive constitucional.¹⁰

De mais a mais, o próprio direito à imagem está intimamente imbricado com o direito à privacidade e à intimidade, os quais, embora sejam temas polêmicos especialmente na área da infância e juventude, também são conferidos a crianças e adolescentes, considerado que previstos constitucionalmente.

A privacidade, quando inicialmente pensada por Samuel Warren e Louis Brandeis, em meados do final do século XIX, assumia papel preponderantemente individualista, segundo o qual ter direito à privacidade era ter o direito de estar só (*right to be let alone*). Dirigia-se, pois, para a proteção do núcleo familiar e do indivíduo, visando à não interferência dos membros da sociedade como um todo na vida de cada um, exigindo, conforme Anderson Schreiber, tão somente um dever de abstinência dos demais.¹¹

Sucede, no entanto, que a partir do momento em que o câmbio de informações e dados passou a ser mais fluido, sobretudo em razão das mudanças sociais concernentes ao alargamento do acesso a plataformas de processamento e utilização desses dados, a promoção da privacidade como direito essencialmente negativo teve de ser repensada. Foi a partir desse lapso, então, que a privacidade passou a ser interpretada, além da mera obrigação de não interferência, o direito de cada um manter o controle sobre seus dados pessoais expostos na rede mundial de computadores. Significa dizer que a privacidade contempla o direito de estar só, mas vai além disso, contemplando também a questão sobre se o titular dos dados consente ou deseja que eles sejam amplamente compartilhados, quando se trata de ambiente digital.¹²

10 Nesse sentido, Anderson Schreiber diz que: “Não quer isso significar, por óbvio, que o direito à imagem se apresente como um direito absoluto. Em algumas situações, admite-se a divulgação não autorizada da imagem alheia, como resultado da ponderação entre a proteção à imagem e outros interesses de ordem também constitucional, especialmente a liberdade de informação e a liberdade de expressão intelectual, artística ou científica. Além disso, há casos em que, embora não se tenha o consentimento expresso do retratado, uma autorização tácita pode ser identificada.” SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106.

11 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

12 *Ibid.*, p. 135.

Por todo exposto, é possível inferir, então, que o público infanto-juvenil é assistido por um extenso rol de direitos, inclusive direitos de personalidade, respeitada sua peculiar condição, sendo alguns deles previstos expressamente em diplomas legais e outros extraídos da própria dignidade da pessoa humana e do respeito à sua integridade ou até mesmo por eles complementados, a exemplo do direito de imagem.¹³

A importância em reconhecer crianças e adolescentes como credoras dos direitos de imagem, intimidade e privacidade reside no fato de que as três garantias referidas configuram, dentre outras, a espinha dorsal do sistema jurídico de garantias, porquanto, o que se perquire em última instância é, justamente, sua proteção integral com a consequente promoção e observância da dignidade da pessoa humana.

Ainda, imperioso sublinhar que, por vezes, esses direitos podem contrastar com alguns direitos dos quais os adultos (pais ou responsáveis) são titulares, não sendo raro que nessas situações as garantias de crianças e adolescentes sejam preteridas em detrimento das garantias do público adulto, uma vez que nem sempre o público em geral interpreta menores de idade como credores de direitos tão importantes quanto os seus. É o que ocorre, por exemplo, quando os pais expõem seus filhos de forma demasiada, constrangedora ou vexatória nas suas redes sociais, fato que tem se tornado cada vez mais comum.

Certo é que tais responsáveis possuem o direito à liberdade de expressão, sendo a eles assegurada a livre manifestação de seus próprios pensamentos, opiniões e crenças não apenas pela própria Constituição Federal, como também em convenções que tratam de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, consagrando-o, nessa toada, como direito elementar e inerente a qualquer Estado com cunho democrático. Desse modo, é direito dos pais a liberdade de se expressar, o que contempla, ainda que de forma indireta, informações quanto aos seus filhos, observado que os filhos desempenham papel bastante significativo e até mesmo central nas suas vidas. De outro lado, po-

13 Segundo Sávio Bittencourt, o direito de imagem está estritamente relacionado com o direito à dignidade e respeito, haja vista que a má utilização da imagem desses indivíduos é capaz de gerar ameaças ou, em outros casos, lesões consumadas à própria dignidade e respeito, em última instância. BITTENCOURT, Sávio. **A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade.** p. 08. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Artigo_A_preserva%C3%A7%C3%A3o_da_imagem_da_crian%C3%A7a_institucionalizada_A.pdf. Acesso em: 06 maio 2021.

rém, deve-se atentar que a criança e o adolescente, muito embora nem sempre tenham noção disso, possuem direito de preservação da sua imagem, intimidade e vida privada, estando caracterizado, nesse contexto, a colisão entre direitos fundamentais.

O que se tem verificado, na prática, em especial depois da difusão dos meios de comunicação social e sobretudo com a democratização do uso da *internet*, é que muitas vezes os pais expõem os filhos exageradamente, sem, na grande maioria das vezes, refletir previamente sobre as consequências que determinada foto, vídeo ou postagem pode ter para a criança, tanto sob o prisma psicológico, como também jurídico.

Nesse passo, a depender da exposição realizada pelos pais, os direitos assegurados a crianças e adolescentes podem sofrer sérias ameaças ou, em alguns casos, efetivas violações, afrontando os bens jurídicos tutelados. Muitas vezes, embora os pais possuam algum tipo de cuidado na exposição das informações, por exemplo, e se julguem cautelosos com relação às publicações, isso não significa que os direitos da criança não estarão em xeque na situação concreta, uma vez que a criança pode manifestar discordância quanto às informações publicadas a seu respeito no ambiente digital somente quando desenvolver maturidade e crítica o suficiente para tanto.¹⁴

Diante disso, não é demais lembrar que a privacidade possui concepção subjetiva e contextual, de sorte que varia conforme o titular do direito e conforme a situação específica de que se trata. Significa dizer que o próprio conceito de privacidade e sua proteção depende de um juízo do titular do direito, o qual deve indicar o nível de informações que está disposto a publicizar e expor perante terceiros, sendo extremamente plausível que a criança ou adolescente tenha um critério de privacidade distinto daquele que seus pais têm, podendo entender, mais tarde, que foram alvo de exposição indevida por seus responsáveis.¹⁵

As situações de exposição demasiada das crianças na internet, sobretudo nas redes sociais, passaram a ser tão frequentes de forma tal,

14 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/779/>. Acesso em: 29 maio 2021.

15 EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 259. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 02 jun. 2021.

que, inclusive, deram origem ao neologismo *sharenting*, o qual será detidamente examinado no tópico a seguir.

3 O FENÔMENO CONTEMPORÂNEO DO SHARENTING

Com a modernização das ferramentas de comunicação, começou a ser cada vez mais comum o compartilhamento de informações de caráter pessoal entre os indivíduos usuários desses mecanismos, especialmente das redes sociais. Atualmente, é bastante corriqueiro que as pessoas postem imagens, textos e vídeos sobre sua vida, sobre o que estão fazendo naquele determinado momento, em quais atividades estão envolvidas, seus hábitos, sua rotina, entre outros. O êxito na disseminação da internet e das mídias sociais foi tanto que hoje em dia é possível afirmar que ser usuário de redes sociais virou a regra, ao passo em que não as ter é exceção, sendo difícil conhecer alguém que não possua um perfil em algumas dessas plataformas sequer.

Ocorre que, em meio a isso, estão as crianças e adolescentes, as quais, nesse contexto de alta exposição da vida particular de adultos, também acabam por serem expostas direta ou indiretamente. Muitas vezes, os próprios pais, ao exporem informações pessoais de sua vida, expõem também seus filhos menores de idade, que dela fazem parte e nela desempenham relevante papel.¹⁶

Neste particular, exsurge a colisão entre os direitos fundamentais de pais e filhos. Aos pais e responsáveis, é assegurado o direito à liberdade de expressão, não havendo dúvidas de que eles são livres para se expressar sobre as informações que desejarem expor sobre sua vida. Aos filhos, no entanto, conforme já dito, é assegurado o direito à preservação da imagem, intimidade e privacidade.

Por óbvio, quando os pais realizam determinada postagem, muitas vezes sequer imaginam as consequências que as postagens podem trazer, tanto para si, quanto para seus filhos. Na maior parte dos casos, em verdade, os pais não publicam determinada informação tentando

16 STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: Children's privacy in the age of social media. Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/779/>. Acesso em: 29 maio 2021.

a violação de direitos do filho criança ou adolescente, mas simplesmente não refletem previamente acerca da imprevisibilidade da *internet* e da repercussão que as atitudes praticadas nesse ambiente virtual podem ter.

É nessa toada que surge o *sharenting* (junção das palavras *share* - compartilhar - e *parenting* - parentalidade) ou *oversharing* (compartilhamento em excesso), entendido como a exposição demasiada de crianças e adolescentes na *internet* por parte dos pais. Tal fenômeno consiste, pois, basicamente no hábito que pais ou responsáveis têm de postarem informações, fotos e dados de crianças ou adolescentes que estão sob sua tutela na *internet* de sorte a ocasionar ameaça ou lesão a direitos dos filhos.¹⁷

Evidentemente, não é correta a dedução extremista de que qualquer postagem realizada pelos pais ou responsáveis que contenha informações ou dados da criança é uma conduta que evidencia o *sharenting*. Para que o referido fenômeno esteja caracterizado, deve ocorrer afronta, ainda que sutilmente, aos direitos e garantias da criança ou adolescente, causando-lhe certo prejuízo.

Segundo Anna Brosch, pesquisadora e professora assistente na Faculdade de Silésia, na Polônia, a conceituação de *sharenting* como a mera exposição de informações dos filhos pelos pais por meio de plataformas de mídias sociais é demasiadamente genérica e vaga, havendo de serem estabelecidos alguns parâmetros para que, de fato, tais condutas possam ser identificadas.¹⁸

Nesse passo, Anna Brosch rememora a lição de Phoebe Maltz Bovy, a qual estabeleceu dois critérios para que possa se falar em *sharenting*, quais sejam: a presença de uma grande audiência, isto é, audiência em massa e a possibilidade de a criança ser identificada em virtude dos elementos expostos na publicação. Além desses dois corolários estipulados por Phoebe, a professora acrescenta que outra característica indispensável à caracterização de tal fenômeno é que esteja presente algum risco para o sujeito menor de idade. De acordo com tais parâmetros, por-

17 EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro*. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 259. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 02 jun. 2021.

18 BROSCH, Anna. *Sharenting: why do parents violate children's privacy*. p. 78. Disponível em: https://rebus.us.edu.pl/bitstream/20.500.12128/8382/1/Brosch_Sharenting.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

tanto, não há falar em *sharenting* nas fotos compartilhadas entre membros da família, por exemplo.¹⁹

Utilizando-se dos três critérios recém aludidos, Anna Brosch defende que *sharenting* é a publicização, pelos pais, de várias informações detalhadas sobre seus filhos, na forma de fotos, vídeos e publicações em redes sociais, o que viola a privacidade infantil (tradução livre), cunhando definição que contempla os três requisitos defendidos.²⁰

Com efeito, o que se pretende não é que aos adultos, pais ou responsáveis, seja terminantemente vedada a publicação de fotos ou vídeos com as crianças ou adolescentes que convivem, mas sim que tal atitude seja refletida e consciente, tendo como balizador os direitos básicos assegurados ao público infanto-juvenil, sobretudo os direitos à imagem, privacidade e vida privada.

De mais a mais, giza-se que, em virtude de ser dotado de forte caráter social, o assunto deve ser criteriosamente analisado sob diversas perspectivas, dentre elas a jurídica. A relevância de encarar o *sharenting* como um fenômeno e, ainda mais, um fenômeno *jurídico* repousa no fato de que ele pode ocasionar diversas repercussões nesse campo, em especial porque afeta direitos assegurados - tanto de adultos, como também do público infanto-juvenil -, colocando-os em manifesta colisão. A depender da situação concreta, os direitos da criança e do adolescente, notadamente os de personalidade, podem ou ser prestigiados ou, como é mais frequente, violados, ameaçados ou restringidos, decorrendo daí a face negativa do *sharenting*.

Ademais, outra importante repercussão do *sharenting* na esfera jurídica, concerne aos dados postados e sua acessibilidade, uma vez que tais informações podem permanecer acessíveis por significativo lapso no ambiente digital, tanto para o próprio titular dos dados, que, posteriormente, poderá localizá-los (seria o caso da criança ou adolescente pesquisar sobre as informações postadas a seu respeito na *internet* anos depois) ou até mesmo terceiros, podendo irradiar seus efeitos até a vida adulta do indivíduo.²¹

19 Ibid., p. 78.

20 Na língua original: “Making public by parents a lot of detailed information about their children in the form of photos, videos and posts through social media, which violate children’s privacy.” BROSCH, Anna. **Sharenting: why do parents violate children’s privacy**. p. 78. Disponível em: https://rebus.us.edu.pl/bitstream/20.500.12128/8382/1/Brosch_Sharenting.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

21 STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: Children’s privacy in the age of social media*. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scho->

Na prática, não há grandes dificuldades de identificar postura parental de algum adulto que expõe o filho criança ou adolescente, sendo cada vez mais ordinário conhecer alguém do nosso ciclo social que adere a essa prática (ainda que não tenha ciência disso).²² Basta dar uma conferida nas redes sociais para que seja constatada alguma postura que demonstre o *oversharing*, seja com foto de crianças nuas, com a criação de perfis em redes sociais em nome do bebê, que muitas vezes não nasceu ainda, com fotografias de exames gestacionais morfológicos ou de imagem,²³ com a publicação de fotografias das crianças em situações vexatórias ou constrangedoras,²⁴ etc.

Em que pese tais acontecimentos serem relativamente comuns na sociedade da informação na qual vivemos, há alguns casos emblemáticos em que a violação de direitos oriunda da exposição excessiva nas redes sociais ficou indubitável, trazendo à tona o debate social sobre os limites da publicação das informações e recebendo significativa repercussão social. Nessa perspectiva, destacam-se os casos da Bel Para Meninas e da MC Melody.

A primeira situação é referente à Bel, uma menina de aproximadamente treze anos de idade, conhecida por possuir uma conta na plataforma do *YouTube* para postar vídeos sobre sua rotina e atividades, que conta, inclusive, com milhões de pessoas inscritas e é sua principal fonte de renda. Quando da filmagem de alguns desses vídeos, a menina foi exposta a situações vexatórias e constrangedoras pela própria genitora, que aparecia em alguns momentos induzindo a menina a beber uma mistura de bachelau com leite mesmo após Bel ter referido que iria vomitar (e efetivamente ter vomitado após a ingestão), quebrando ovos na sua cabeça e outras situações que deixaram a adolescente visivelmente desconfortável.²⁵

larship.law.ufl.edu/facultypub/779/. Acesso em: 09 jul. 2021.

- 22 PIRES, Tatiana. Mães criam perfis no Instagram para bebês e crianças. **Diário da Região**, 2018. Disponível em: <https://www.diariodaregiao.com.br/cidades/riopreto/m%C3%A3es-criam-perfis-no-instagram-para-beb%C3%AAs-e-crian%C3%A7as-1.211277>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- 23 DUBIN, Alesandra. Have a social media account for your baby? 40 percent of millennial moms do. **Today**, 2014. Disponível em: <https://www.today.com/parents/have-social-media-account-your-baby-40-percent-millennial-moms-1d80224937>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- 24 STEINBERG, op. cit., p. 839-884.
- 25 MANDELLI, Mariana. Caso 'Bel para Meninas' e a exposição infantil nas redes. **Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educa->

Os internautas, então, passaram a perceber que a adolescente estava ficando incomodada com algumas dessas ocorrências, tendo, a partir desse momento, o caso ganhado significativa expressão na internet, em especial no *Twitter*, inclusive com a confecção da *hashtag* “#SalveBel-ParaMeninas”, que contou com quase seiscentas mil interações.²⁶

Após o clamor social e atuação dos órgãos especializados de proteção aos direitos do público infantil, notadamente Ministério Público e Conselho Tutelar,²⁷ os vídeos foram retirados do ar pelos próprios genitores,²⁸ os quais discordaram da grande repercussão que o caso teve, entendendo-a como inadequada e exagerada. A situação trouxe a discussão sobre limites éticos, morais e legais para a exposição de crianças e adolescentes na internet, sobretudo nos casos em que há o claro objetivo de obtenção de lucro com as situações vexatórias, como é o caso da Bel.

Outra situação que ocasionou polêmica semelhante foi a que envolveu a MC Melody, cantora de *funk* e criança à época dos fatos (atualmente adolescente). A menina, diferentemente do caso da Bel, não era exposta a acontecimentos constrangedores ou vexatórios pelos pais. Entretanto, gravava clipes e postava fotos nas suas redes sociais com maquiagem forte e notório caráter erótico, denotando a ocorrência de hipersexualização precoce.²⁹ Além disso, as letras de suas músicas muitas vezes continham dizeres e expressões adultas, claramente incompatíveis

cao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml. Acesso em: 09 jul. 2021.

- 26 ARBULU, Rafael. #SalveBelParaMeninas: O que está por trás da polêmica das redes sociais. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/savebelparameninas-o-que-esta-por-tras-da-polemica-das-redes-sociais-165103>. Acesso em: 09 jul. 2021.
- 27 WANDERLEY, Ed. MP é acionado após público denunciar mãe youtuber do canal Bel para meninas. **Correio Braziliense**, 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/21/interna-brasil,856784/mp-e-acionado-apos-publico-denunciar-mae-youtuber-do-canal-bel-para-me.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- 28 ARBULU, Rafael. Após polêmica, canal Bel Para Meninas remove vídeos da protagonista no YouTube. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/apos-polemica-canal-bel-para-meninas-remove-videos-da-protagonista-no-youtube-165440/>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- 29 HERINGER, Carolina; SÁ, Michael; FERREIRA, Paula; e GRANDELLE, Renato. MC Melody, cantora de 11 anos, gera debate sobre erotização precoce. **O Globo**, 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/mc-melody-cantora-de-11-anos-gera-debate-sobre-erotizacao-precoce-23381302>. Acesso em: 09 jul. 2021.

com sua idade, e, em determinadas ocasiões, ela realizava até mesmo apresentações em casas noturnas.

O pai, que era o responsável por administrar a carreira profissional da menina, nada fazia para controlar o teor das postagens ou amenizar o cunho sexual das músicas e apresentações. Os fatos chamaram a atenção das autoridades, tendo sido, inclusive, instaurado inquérito pelo Ministério Público para apuração dos acontecimentos e, posteriormente, deletadas as fotos e adotadas as providências cabíveis.³⁰

Foi a partir desses dois casos paradigmáticos, então, que o debate acerca da excessiva exposição de crianças e adolescentes na *internet* passou a surgir com mais vigor dentro da sociedade brasileira, especialmente sob a perspectiva crítica, dado o destaque nacional que foi conferido a eles, e jurídica, pois, ambas as situações ensejaram a atuação de órgãos e autoridades competentes.

Todavia, embora tais acontecimentos, hoje, sejam problematizados e muitas das pessoas percebam a violação dos direitos de crianças e adolescentes em situações similares, a discussão no Brasil ainda é bastante embrionária. A despeito disso, ao contrário do que possa parecer, a controvérsia não surgiu recentemente, sendo, desde há muito, tratada nos países europeus, encontrando-se em fase bem mais avançada e sofisticada.

Em sede internacional, já há até mesmo julgados pertinentes e inovadores nessa seara, expressamente consignando que os filhos não são meros objetos da vontade dos pais, mas sim sujeitos de direitos, reconhecendo expressamente a importância de que o *sharenting* seja examinado sob o prisma jurídico, justamente diante da afronta aos direitos de crianças e adolescentes que dele podem advir.

Num dos casos, ocorrido em Portugal, o magistrado de primeiro grau, ao regulamentar um exercício compartilhado das responsabilidades parentais para com a criança em ação de divórcio litigioso, estipulou, dentre outras obrigações, que os genitores deveriam abster-se de publicar qualquer foto ou vídeo nas redes sociais que possibilitassem a identificação do filho comum, menor de idade. A genitora, irrisignada da decisão, instou o Tribunal da Relação de Évora a se manifestar sobre a providência jurisdicional adotada em primeira instância. O órgão revisor, embora te-

30 SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de MC Melody. **Globo**, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>. Acesso em: 09 jul. 2021.

nha recebido o apelo, julgou-o improcedente, de modo que a decisão do julgador de primeira instância foi mantida.

Nas razões invocadas pelo órgão revisor, o relator expressamente considera que o dever de zelar pela imagem e privacidade dos filhos deve ser tão natural quanto outros deveres parentais, como, por exemplo, o dever de garantir o sustento, a saúde e a educação dos filhos. Ainda, frisa que os filhos não são meros objetos dos seus genitores, mas, antes, sujeitos titulares de direitos, os quais, sob essa condição, devem ser respeitados.

E conhecendo, diremos que a apelação é manifestamente improcedente, porquanto o segmento da decisão que vem impugnada não carece de fundamentação de facto específica para justificar a adopção daquela medida. Ela é uma obrigação dos pais, tão natural quanto a de garantir o sustento, a saúde e a educação dos filhos e o respeito pelos demais direitos designadamente o direito à imagem e à reserva da vida privada (art.º 79º e 80º do CC). Na verdade, os filhos não são coisas ou objectos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. São pessoas e consequentemente titulares de direitos. Se por um lado os pais devem proteger os filhos, por outro têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constitui o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no «superior interesse da criança», que se apresenta, assim, como um objectivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adoptar as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos e a sua segurança.³¹

Outrossim, para fins de *obiter dictum* da decisão, bem como para ratificar a importância dos outros fundamentos já trazidos ao longo do voto, o relator destaca o real perigo que pode decorrer da exposição da imagem de crianças e adolescentes nas redes sociais, principalmente por sujeitos que possuem interesse em pedofilia ou pornografia infantil, emitindo, ao final, o dispositivo do comando jurisdicional:

31 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. **Apelação nº 789/13.7TMSTB-B.E1**. Relator Bernardo Domingos. Évora, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>. Acesso em: 09 jul. 2021.

Neste quadro a imposição aos pais do dever de «abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais» mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da proteção dos dados pessoais e sobretudo da segurança da menor no Ciberespaço, face aos direitos de liberdade de expressão e proibição da ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos, no caso a mãe da criança, ora Recorrente.

Outro caso de destaque internacional ocorreu na Itália, tendo sido o Tribunal de Mantova provocado a decidir também sobre postagem por um dos genitores realizada em redes sociais envolvendo os filhos menores de idade. Nessa situação referida, um dos pais postou, no seu perfil de determinada rede social, fotos dos dois filhos menores de idade, após ambos os genitores terem acordado, em audiência realizada em processo judicial, que não publicariam fotos e vídeos das crianças e excluiriam os materiais previamente postados. O Tribunal entendeu que a atitude praticada ia de encontro à proteção do direito à imagem da criança e da proteção de privacidade dos seus dados, reconhecendo, pois, tais direitos ao público infante-juvenil, promovendo sua efetivação e materialização no caso concreto e determinando a exclusão das publicações.³²

Dentro dessa realidade, então, verifica-se que cada vez mais há necessidade de que o direito se adequa à nova realidade social, prestigiando e consagrando a aplicação prática dos direitos assegurados a crianças e adolescentes, não apenas na teoria, o que deve, também, ser pensado dentro de um ambiente digital.

4 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO SHARENTING NO BRASIL

Na esteira do que já vem sendo defendido, em especial diante da constatação de que o *sharenting* pode afetar de forma desvantajosa

32 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. **Apelação nº 789/13.7TMSTB-B.E1.** Relator Bernardo Domingos. Évora, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>. Acesso em: 09 jul. 2021.

direitos e garantias assegurados a crianças e adolescentes, urge que tal fenômeno seja regulamentado normativamente no ordenamento jurídico brasileiro, tema abordado mais detidamente no presente capítulo.

Inicialmente, a importância da regulamentação jurídica do assunto, no que toca estritamente aos dados expostos em ambiente virtual, compreendidos essencialmente como “toda e qualquer informação que pode ser associada a uma pessoa certa, específica e determinada”,³³ reside no fato de que tais podem permanecer acessíveis por longo lapso após terem sido publicados, tanto por terceiros, como também por outras pessoas, consoante já referido anteriormente.³⁴

Desse modo, aquelas informações publicadas pelos pais na *internet* sobre os filhos, crianças e adolescentes, não cairão no esquecimento tão facilmente, justamente em virtude de permanecerem acessíveis na rede mundial de computadores, podendo irradiar seus efeitos anos depois.³⁵

Nesse cenário social de complexas relações sociais, que passaram a ser desenvolvidas, sobretudo, em ambiente digital, e com a incessante coleta de dados de usuários das redes sociais pelas empresas, começou a haver uma movimentação no continente europeu no sentido de proteger os dados coletados e seu processamento. Tal fez com que a Europa fosse pioneira na regulamentação normativa do assunto, tornando-se um exemplo a ser seguido.³⁶

Aproveitando o ensejo e considerando o destaque que estava sendo conferido ao tema, outros países seguiram o modelo europeu, tendo edita-

33 EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 259. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 02 jun. 2021.

34 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/779/>. Acesso em: 29 maio 2021.

35 EBERLIN, op. cit., p. 259.

36 BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, v. 8, n. 2, p. 197-231, mai/ago, 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/705/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

do normas em âmbito interno sobre o tema, inclusive o Brasil, que elaborou a Lei Geral de Proteção de Dados,³⁷ a qual já está plenamente em vigor.

Segundo o disposto no artigo 1º da LGPD, a referida lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou de direito privado com vistas à proteção da liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

No que concerne especificamente aos dados do público infanto-juvenil, entende-se que fazem parte de uma categoria de dados especiais, na medida em que exigem um tratamento diferenciado em termos de cuidados,³⁸ justamente em razão dos sujeitos de direitos de que se trata estarem ainda em condição peculiar de desenvolvimento. Nesse aspecto, a LGPD, no entanto, circunscreveu-se a regulamentar a matéria de forma bastante sintética, deixando de contemplar uma série de situações concretas que já podem ser vislumbradas na prática.

O *caput* do artigo 14, único dispositivo da Lei 13.709 reservado à disciplina do assunto, preconiza que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ocorrer sempre com vistas ao seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente.

Ao longo dos seis parágrafos subsequentes, o legislador busca detalhar mais concretamente como deve ocorrer o processamento desses dados. De início, define a necessidade de que haja consentimento parental para coleta e tratamento de dados dos indivíduos menores de idade, sendo tal regra excepcionada quando a coleta dos dados for fundamental para que seja viabilizado o contrato das empresas com os pais ou responsáveis, desde que tais informações sejam utilizadas uma única vez e não sejam armazenadas ou repassadas a terceiros.

Ainda quanto ao consentimento dos pais, devem, inclusive, os controladores utilizarem-se dos meios disponíveis e realizarem “esforços razoáveis” (na própria dicção legislativa) para verificar que, efetivamente, o consentimento foi dado pelo responsável. É essencial também que os controladores não condicionem a participação de crianças e adolescen-

37 BRASIL. **Lei 13.079, de 14 de agosto de 2018**. LGPD. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso: 05 jul. 2021.

38 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: 2020. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595123/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmloi15.xhtml!\]/4/2/396/3:348\[u%20a%2Co%20r\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595123/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dmloi15.xhtml!]/4/2/396/3:348[u%20a%2Co%20r]). Acesso em: 07 ago. 2021.

tes em jogos ou outros mecanismos virtuais ao fornecimento dos dados, justamente em razão da sua vulnerabilidade, reconhecida a partir da sua condição de seres ainda em desenvolvimento.

Em síntese, essa é a regulamentação trazida pela LGPD quanto à coleta e tratamento de dados de crianças e adolescentes. Com base no exposto, percebe-se, então, que a regulamentação normativa conferida ao assunto foi extremamente precária, na medida em que se limitou a tratar daquelas situações em que os dados são coletados do próprio público infanto-juvenil, abarcando apenas o panorama atinente aos casos em que as crianças e adolescentes são os próprios usuários das plataformas digitais, tais como ocorre em redes sociais e jogos virtuais.

Em vista disso, o legislador deixou de contemplar outras situações de igual importância, as quais, inclusive, já podem ser verificadas de modo reiterado no seio social, a exemplo da exposição demasiada de crianças ou adolescentes pelos pais na internet, hipótese em que, embora os menores de idade não sejam os usuários diretos das plataformas digitais, sofrem efeitos indiretos da conduta de terceiros (nesse caso, os pais) no ambiente virtual, o que ocasiona, por vezes, até mesmo violação dos direitos que lhe são assegurados.

Nesse contexto, é perfeitamente possível a constatação de que, embora tenha exprimido um grande avanço no tema de proteção aos dados pessoais, assunto que se torna cada vez mais vultoso, a Lei brasileira deixou de contemplar uma série de situações, notadamente no que se refere a crianças e adolescentes, apresentando disciplina extremamente deficitária e não reservando ao assunto a importância que ele efetivamente requer.

No que toca a outras bases normativas para além da LGPD, assevera-se, ainda, que, embora exista a Lei 12.964, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet),³⁹ que estabelece direitos e deveres no uso da internet no Brasil, o tema da exposição exacerbada de crianças e adolescentes em ambiente digital pelos pais também não foi enfrentado pela referida Lei, de sorte que, na atual perspectiva, a legislação interna não possui qualquer disposição legal que trata da proteção de dados pessoais de crianças ou adolescentes ou que regulamente a colisão existente entre direitos de pais e filhos nos casos de *sharenting*, sendo plausível a afirmação de que não há, em âmbito interno, qualquer legislação sobre o assunto.

39 BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

Nesse sentido, a despeito de já ter sido assumida a importância do respeito aos direitos das crianças e adolescentes na elaboração de políticas de proteção relativas aos riscos para esses indivíduos, bem como à coleta excessiva de dados, o que, por via de consequência, impulsionou o reconhecimento de que os dados pessoais de crianças e adolescentes merecem uma legislação específica no Brasil⁴⁰, o tema ainda não foi verdadeiramente regulamentado.

Sendo assim, é possível afirmar que, hodiernamente, na realidade brasileira, ainda que já haja discussão acerca do *sharenting* e a faceta jurídica que deve ser a ele conferida, ainda não há base normativa específica regulamentando o tema, sendo necessário, portanto, frisar que, em não havendo norma especial, a colisão demonstrada entre o direito dos pais à liberdade de expressão e o direito dos filhos, crianças ou adolescentes, à intimidade, privacidade e imagem deve ser endereçada e solucionada tendo como premissa os valores axiológicos gerais existentes no ordenamento jurídico.

Dessa forma, na resolução de casos concretos de *sharenting* no Brasil, indispensável que haja a observância da doutrina da proteção integral, a qual alicerça toda a proteção jurídica dada a crianças e adolescentes no ordenamento interno, a dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade, privacidade e imagem, bem como demais direitos de personalidade, a fim de que se proceda à análise casuística da situação.

A partir disso, pertinente rememorar que o constituinte optou pela adoção da doutrina da proteção integral a crianças e adolescentes, colocando como dever solidário, repartido entre família, sociedade e Estado, o zelo pelos direitos de seres ainda em desenvolvimento (artigo 227 da Constituição Federal), inclusive a observância e promoção da dignidade da pessoa humana. Dentro desse mesmo espectro, ademais, frisa o legislador que é dever de todos velar pela dignidade da criança ou do adolescente, resguardando-os de tratamento desumano, vexatório ou constrangedor.

Diante disso, no cenário brasileiro e ante a ausência de detalhamento normativo, a solução de demandas concretas de *sharenting* deve ocorrer, ao menos por ora, com base nesses postulados gerais, de forma

40 MOZETIC, Vinícius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva. **Lei Geral de Proteção de Dados de crianças e adolescentes no Brasil: coleta de dados e o problema da obrigatoriedade do consentimento dos pais**. p. 13. Disponível em: https://www.academia.edu/42044798/LGPD_E_A_OBRIGATORIEDADE_DO_CONSENTIMENTO_NA_COLETA_DE_DADOS_DE_CRIAN%C3%87AS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL. Acesso em: 07 ago. 2021.

que estes servirão verdadeiramente como guias, ou seja, diretrizes a serem observadas, não se podendo olvidar, ainda, do direito à liberdade de expressão dos pais, garantia esta também contemplada em âmbito constitucional, a qual também deve ser sopesada com as outras variáveis do caso, sempre considerando que crianças e adolescentes gozam de proteção especial, consoante aventado anteriormente.

Inevitável, portanto, que, enquanto o tema ainda não é regulamentado pelo legislador pátrio, os interesses envolvidos sejam consagrados e aplicados mediante técnicas de ponderação, o que significa que sua realização deverá ocorrer na maior medida do possível, isto é, em graus variados, a depender tanto das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas.⁴¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da adoção da doutrina da proteção integral, estipulam, dentre vários outros, o direito à imagem, privacidade e imagem a crianças e adolescentes. Ocorre, todavia, que tais garantias passaram, em alguns casos, a serem violadas ou ameaçadas pelo fenômeno denominado *sharenting*, o qual consiste, basicamente, na exposição excessiva de dados dos filhos crianças e adolescentes pelos pais na *internet*, de forma tal que os direitos assegurados ao público infanto-juvenil entram em rota de colisão com o direito à liberdade de expressão dos pais.

Diante dessa conjuntura, em especial considerando que a conduta dos pais pode afetar os direitos de personalidade dos filhos, bem como que tais posturas parentais podem irradiar seus efeitos até anos depois, dado que tais dados permanecem passíveis de acesso mesmo depois de longo lapso temporal, urge que o fenômeno em exame seja regulamentado e que a ele seja conferida uma análise jurídica.

Nesse sentido, identifica-se que já há uma preocupação com a proteção de dados de crianças e adolescentes em diversos países, incluindo o Brasil. Entretanto, apesar desse debate já ter surgido na realidade

41 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio A. Silva. 5. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008. p. 90.

brasileira, que ainda é bastante embrionário. No âmbito interno, o legislador recentemente editou a Lei 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, não trazendo, contudo, qualquer disciplina normativa quanto aos casos de *sharenting*. A outra lei existente no ordenamento brasileiro que também versa sobre o uso da *internet*, Lei 12.965 (Marco Civil da Internet), do mesmo modo, nada dispõe a respeito do fenômeno em apreço.

Assim, possível constatar que, atualmente, não há qualquer regulamentação jurídica sobre o fenômeno do *sharenting* no direito brasileiro, sendo cogente a necessidade de que o tema seja efetivamente regulamentado, justamente em razão da potencial violação dos direitos de crianças e adolescentes pela sua exposição exacerbada nas mídias sociais.

Enquanto isso ainda não ocorre, a resolução de demandas concretas deve ocorrer com base nos postulados gerais do direito pátrio, tais como, a doutrina da proteção integral, dignidade da pessoa humana, direito à intimidade, privacidade e imagem, direito à liberdade de expressão, dentre outros, os quais servirão como diretrizes na solução dos casos e deverão ser aplicados mediante técnicas de ponderação, o que significa que serão concretizados em maior ou menor grau, conforme possibilidades fáticas e jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio A. Silva. 5. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008.

ARBULU, Rafael. #SalveBelParaMeninas: O que está por trás da polêmica das redes sociais. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/savebelparameninas-o-que-esta-por-tras-da-polemica-das-redes-sociais-165103>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ARBULU, Rafael. Após polêmica, canal Bel Para Meninas remove vídeos da protagonista no YouTube. **Canaltech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/apos-polemica-canal-bel-para-meninas-remove-videos-da-protagonista-no-youtube-165440/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BITTENCOURT, Sávio. **A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade**. p. 08. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Artigo_A_preserva%C3%A7%C3%A3o_da_imagem_da_crian%C3%A7a_institucionalizada_A.pdf. Acesso em: 06 maio 2021.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, v. 8, n. 2, p. 197-231, mai/ago, 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/705/pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 13.079, de 14 de agosto de 2018**. LGPD. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso: 05 jul. 2021.

BROSCH, Anna. **Sharenting: why do parents violate children's privacy**. p. 78. Disponível em: https://rebus.us.edu.pl/bitstream/20.500.12128/8382/1/Brosch_Sharenting.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana. **Doutrina da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 03 jun. 2021.

DUBIN, Alesandra. Have a social media account for your baby? 40 percent of millennial moms do. **Today**, 2014. Disponível em: <https://www.today.com/parents/have-social-media-account-your-baby-40-percent-millennial-moms-1d80224937>. Acesso em: 30 jul. 2021.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 259. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 02 jun. 2021.

HERINGER, Carolina; SÁ, Michael; FERREIRA, Paula; e GRANDELLE, Renato. MC Melody, cantora de 11 anos, gera debate sobre erotização precoce. **O Globo**, 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/mc-melody-cantora-de-11-anos-gera-debate-sobre-erotizacao-precoce-23381302>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MANDELLI, Mariana. Caso 'Bel para Meninas' e a exposição infantil nas redes. **Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021.

MOZETIC, Vinícius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva. **Lei Geral de Proteção de Dados de crianças e adolescentes no Brasil: coleta de dados e o problema da obrigatoriedade do consentimento dos pais**. p. 13. Disponível em: https://www.academia.edu/42044798/LGPD_E_A_OBRIGATORIEDADE_DO_CONSENTIMENTO_NA_COLETA_DE_DADOS_DE_CRIANCAS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL. Acesso em: 07 ago. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: 2020. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595123/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo15.xhtml\]!/4/2/396/3:348\[u%20a%2Co%20r\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595123/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo15.xhtml]!/4/2/396/3:348[u%20a%2Co%20r]). Acesso em: 07 ago. 2021.

PIRES, Tatiana. Mães criam perfis no Instagram para bebês e crianças. **Diário da Região**, 2018. Disponível em: <https://www.diariodaregiao.com.br/cidades/riopreto/m%C3%A3es-criam-perfis-no-instagram-para-beb%C3%AAs-e-crian%C3%A7as-1.211277>. Acesso em: 30 jul. 2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. **Apelação nº 789/13.7TMSTB-B.E1**. Relator Bernardo Domingos. Évora, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590814/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre ‘sexualização’ de MC Melody. **Globo**, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>. Acesso em: 09 jul. 2021.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/779/>. Acesso em: 29 maio 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013. p. 49. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

WANDERLEY, Ed. MP é acionado após público denunciar mãe youtuber do canal Bel para meninas. **Correio Braziliense**, 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/21/interna-brasil,856784/mp-e-acionado-apos-publico-denunciar-mae-youtuber-do-canal-bel-para-me.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2020.

QUEM SÃO AS FAMÍLIAS NEGLIGENTES? UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE O PERFIL DOS PAIS E CRIANÇAS SUBMETIDOS À AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Deborah Soares Dallemole¹

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se responder à pergunta de pesquisa “*qual o perfil das pessoas submetidas aos processos de destituição do poder familiar no Rio Grande do sul?*”². Entende-se como relevante esta pergunta, uma vez que, no Brasil, existem 29.056 crianças em acolhimento institucional, das quais 3.369 se encontram no estado gaúcho. Destas no Rio Grande do Sul, somente 524 encontram-se disponíveis para adoção, sendo que 354 delas não estão vinculadas a nenhum pretendente³

- 1 Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional (NED-FAM). E-mail deborahdallemole@gmail.com.
- 2 Destaca-se que a pesquisa ora apresentada é uma versão reduzida de mais ampla investigação sobre a temática, realizada para fins de dissertação de mestrado. Dada a amplitude da pesquisa realizada, e a virtual impossibilidade de expô-la em poucas páginas, abordando todas as suas especificidades, apresenta-se o presente recorte, certo de que ele trará importantes debates sobre a sensível temática da proteção de direitos de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.
- 3 Dados disponibilizados no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056=8999-4434--913b-74f5b5b31b2a&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=-clearall>. Acesso em 07 set. 2021

– ou seja, sem perspectiva de exercer, de forma efetiva, o direito à convivência familiar num futuro próximo.

Diante do problema de pesquisa exposto e do relevante número de crianças e de adolescentes recebendo medida de proteção de acolhimento institucional, sem exercício da integralidade da convivência familiar-comunitária, mostra-se importante compreender quem são estas crianças e de que tipo de família advêm, para que possamos entender o perfil das dinâmicas familiares que, em geral, levam à aplicação de tão grave medida como o acolhimento institucional e a destituição do poder familiar. Parte-se aqui do pressuposto de que somente entendendo a realidade fática dos atingidos por tais medidas é que podemos pensar em soluções que garantam a efetividade integral dos direitos de crianças e de adolescentes.

Para atingir o objetivo central proposto, de identificação deste perfil, utiliza-se o método indutivo. O perfil das crianças, pais e famílias realiza-se a partir de levantamento jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Depois, a partir de revisão bibliográfica, busca-se identificar quais as dinâmicas familiares marcantes do grupo socioeconômico identificado, para verificarem-se as possíveis justificativas para tais comportamentos que são utilizados para justificar a intervenção judicial em âmbito familiar.

2 DO PERFIL DAS CRIANÇAS E DAS FAMÍLIAS SUBMETIDAS AO PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NO RIO GRANDE DO SUL.

Neste tópico, apresenta-se resultados de levantamento jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Realizou-se um censo, pela análise de todas as decisões judiciais de segundo grau neste Tribunal, que retornaram a partir do uso das palavras-chave “acolhimento institucional” e “destituição do poder familiar”, tendo-se como marco temporal final a data de 31/12/2020. Analisou-se um total de 401 decisões, das quais se apresentarão dados os dados pertinentes à construção do perfil das pessoas submetidas às ações de destituição do poder familiar.

Quanto à ocorrência de acolhimento institucional, foram utilizadas quatro subcategorias: (i) ocorreu⁴; (ii) não ocorreu; (iii) não informa⁵; e (iv) sim – não informa data⁶. Com estes critérios, chegou-se aos dados apresentados no Gráfico 4, nos quais é possível verificar que na ampla maioria dos casos, correspondentes a 93,76% do total de processos analisados, houve acolhimento institucional com data informada.

Gráfico 1 – Ocorrência de acolhimento institucional



Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Assim, chega-se a um total de 95,51% de casos nos quais se confirmou a aplicação desta gravosa medida de proteção. Os casos em que não ocorreu acolhimento são quase que insignificantes para fins de estatística – somente 2,74% do total –, porém, talvez por isso mesmo sejam de extrema importância.

O que é possível extrair deste conjunto de dados é que as situações que levam às ações de destituição do poder familiar, em sua quase totalidade, são entendidas pelos operadores do Direito envolvidos como

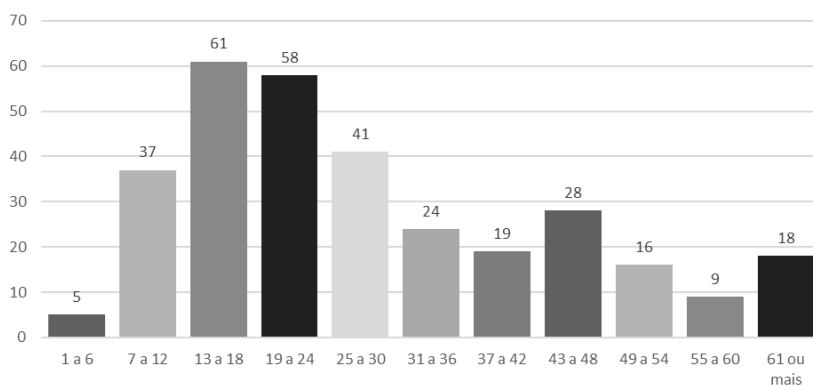
- 4 Subcategoria utilizada nos casos em que havia data de acolhimento informada, seja na decisão analisada, seja na movimentação processual do processo de origem.
- 5 Utilizada nos casos em que não se obtiveram informações que permitissem concluir pela ocorrência ou pela não ocorrência de acolhimento institucional.
- 6 Utilizada nos casos em que se tinha confirmada a ocorrência do acolhimento institucional, porém que não forneceram a data em que ele teria acontecido. Optou-se por utilizar uma subcategoria distinta para estes casos, pois, posteriormente, para cálculo dos períodos de acolhimento institucional, mostrou-se mais coerente separar os processos em que houve acolhimento e em que se sabia a sua data, daqueles em que houve acolhimento, mas não se tinha maiores informações.

sendo tão gravosas que impõem a aplicação de medida protetiva tão drástica, a ruptura total de convivência com a família de origem.

Agora, apresentamos o tempo de tramitação da ação de destituição do poder familiar (ADPF) nos processos analisados. Em 316 casos, representando 78,8% do total, a ADPF já havia transitado em julgado. Não havia ainda o trânsito em julgado em 69 casos, ou 17,2%; e em 15 casos, ou 3,74%, não se obtiveram informações sobre a decisão já ter transitado. Somente em uma ocasião se verificou que a ação de destituição sequer havia sido ajuizada.

Dentre os processos em que a decisão da destituição do poder familiar já havia transitado em julgado, constatou-se um tempo médio de 29,96 meses entre o ajuizamento e a estabilização da decisão, tempo este que corresponde a cerca de 2,5 anos. Entende-se que tal lapso temporal médio se mostra por demais elevado. Elevado, especialmente quando se leva em consideração o artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece o prazo de 120 para conclusão do procedimento da ADPF em sede de primeiro grau, e ao disposto nos artigos 198 e seguintes quanto ao sistema recursal do Estatuto, ressaltando-se os artigos 199-C e 199-D, que estabelecem a prioridade absoluta do processamento de recursos envolvendo destituição do poder familiar, e dando ao relator o prazo de 60 dias para pôr o processo em mesa para julgamento. Assim, decidiu-se analisar de forma escalonada os lapsos temporais, separados em períodos de 6 meses.

Gráfico 2 – Tempo de tramitação da ação de destituição do poder familiar, em meses

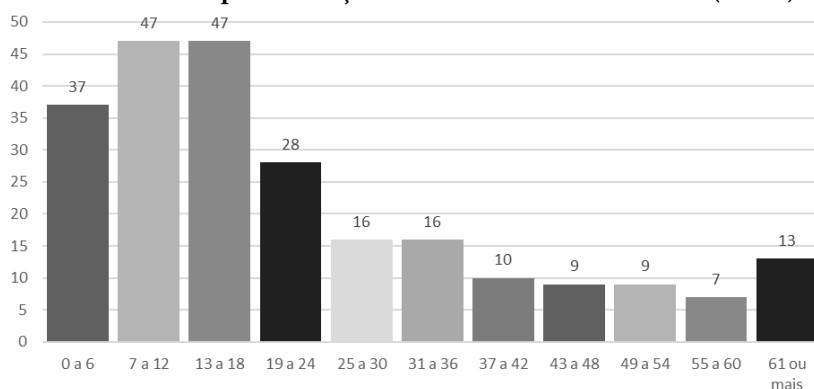


Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Desse modo, é possível notar que a faixa de tempo de tramitação com maior número de ocorrências é aquela que compreende de 13 a 18 meses, representando 19,3% dos casos, seguida de perto pela faixa de 19 a 24 meses, na qual estão inseridos 58 casos, ou 18,35%. O período de 1 a 6 meses, que representa a duração ideal do processo, de acordo com as determinações legais, somente registrou cinco ocorrências, ou seja, 1,56% dos processos analisados. Caso se entenda pela necessidade de maior instrução probatória, ou até mesmo maior atividade recursal das partes, que possam alargar esses prazos legais, o período seguinte, de 7 a 12 meses, registrou 37 casos, ou 11,7%, logo, um percentual mais significativo diante do total de casos e que ainda representa um lapso temporal mais condizente com a celeridade processual idealizada pelo Estatuto. Todavia, é de se ressaltar que os processos que duram mais de quatro anos (compreendidos, portanto, nas faixas temporais a partir de 49 meses), representam, juntos, 13,6% dos casos, mais de um terço dos quais apresentaram duração superior a 5 anos (ou 61 meses), verificados em 5,69% das situações.

Há, por conseguinte, uma concentração de processos nas faixas temporais que vão de 1 ano a 2,5 anos (13 a 30 meses), o que nos aponta para uma impossibilidade de o Poder Judiciário seguir a celeridade processual vislumbrada nas determinações legais. Inclusive, pelo contrário, o menor percentual de casos se encontra na faixa que compreende os prazos estabelecidos em lei, e havendo um importante contingente de processos que tramitam por mais de quatro anos – tempo durante o qual as crianças e adolescentes não têm sua situação jurídica definida, impossibilitadas de retornarem à família de origem, tida como inapta, ou de serem adotadas, por ainda não ter sido decretada a perda da autoridade parental.

Quanto ao tempo de duração do acolhimento institucional, utilizando-se a mesma forma de apresentação de dados escalonados por faixas temporais de seis meses, que nos apontam para uma vivência institucional consideravelmente duradoura.

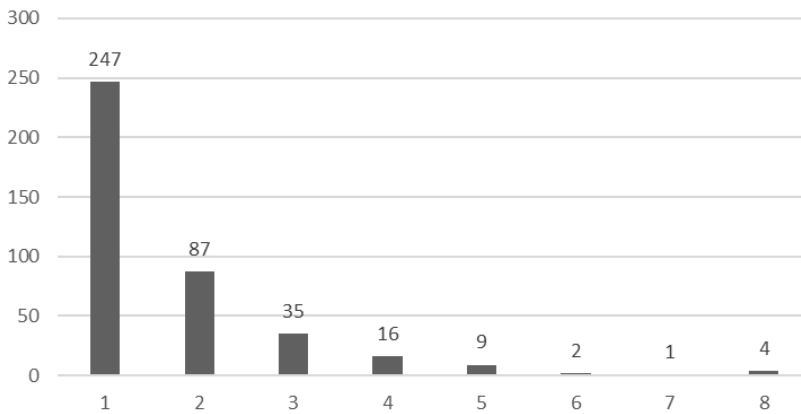
Gráfico 3 – Tempo de duração do acolhimento institucional (meses)

Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Há de se reconhecer uma forte presença de processos na faixa de 0 a 6 meses, a qual concentra 37 processos, os quais representam 15,48% dos 239 utilizados para o gráfico acima, ou 3,86% dos 401 processos analisados no total. Em seguida, empatadas, há as faixas de 7 a 12 meses e de 13 a 18 meses, cada uma com 47 processos, 19,66% dos processos com tempo de acolhimento verificável, ou 4,9% do total.

Vê-se, com isso, que a maioria dos casos concentra seus períodos de acolhimento entre 7 meses e 1,5 ano, somando, juntas, 39,33% dos casos calculados para este fim. Tempo de acolhimento certamente superior ao previsto em lei, que somente deveria ser ampliado em casos de comprovada necessidade, e que, dada a frequência com que se verificaram estes prazos superiores, é possível deduzir que a exceção se tornou a regra, e que não está sendo possível à rede de proteção e ao Poder Judiciário fazer cumprir o prazo máximo ideal de 180 dias em considerável parcela dos processos.

Em 38% dos processos, havia grupos de irmãos em relação aos quais os pais estavam sendo destituídos do poder familiar. Este dado nos aponta a situações de vulnerabilidade não individualizadas a um filho, mas sim globais e que acaba por atingir todo o grupo familiar, impondo uma intervenção estatal sobre todas as crianças envolvidas. Tendo-se em vista tal informação, buscou-se analisar a quantidade de crianças envolvida em cada processo, razão pela qual apresenta-se o seguinte gráfico.

Gráfico 4 – Quantidade de crianças por processo

Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Desde logo, é possível notar que foram encontrados processos com até 8 crianças e adolescentes em favor dos quais estava sendo movida a ADPF contra seus pais. Como já se viu, a maior parte dos processos diz respeito a uma criança apenas, representando 62% do total. Em seguida, estão os processos com dois irmãos, que somam 87 ocorrências, ou 21,7%. Os processos com três crianças foram encontrados 35 vezes, ou 8,72%. Com quatro crianças foram contabilizados 16 processos (3,99%); com cinco crianças, 9 processos (2,24%); com seis crianças, apenas 2 processos (0,49%); com sete crianças, 1 processo (0,24%); e por fim, foram encontrados 4 processos que diziam respeito a oito crianças (0,99%).

Em que pese o maior número de processos seja em relação a uma única criança, é de se ressaltar que os 154 processos que contêm grupos de irmãos, dizem respeito a 439 crianças – ou seja, 63,26% das 686 que foram encontradas na presente pesquisa. De logo, mostra-se uma presença marcante de famílias numerosas, em que as situações de risco atingem o núcleo familiar como um todo e impõem o ajuizamento da ação de destituição do poder familiar de uma única vez, e em relação a todos os filhos das pessoas que representam esta vulnerabilidade.

Agora, são aqui trazidos os motivos pelos quais foi ajuizada a ação de destituição do poder familiar. São dados relativos àquilo que, com base na leitura dos relatórios das decisões, representam as razões pelas quais foi realizada a intervenção da rede de proteção e do Ministério Público nas famílias.

Sobre este ponto, necessário que expliquemos melhor a metodologia: não sendo factível cogitar-se de um único motivo para ingresso da ação de destituição do poder familiar em todos os casos, reconhecendo-se que, em geral, há um conjunto de fatores diversos que, juntos representam uma situação de risco à criança e justifica o ingresso da ação de destituição. Assim, consideraram-se até três motivos por decisão, utilizando-se aqueles presentes no relatório, na narrativa das razões pelas quais o requerente (em geral, o Ministério Público), embasava o pedido de decretação da perda do poder familiar. Cada uma destas subcategorias presentes nos “motivos” foi criada a partir de elementos identificadores comuns analisados repetidamente nas decisões. Explica-se: conforme foi se realizando a pesquisa, catalogaram-se, de forma extensiva, os motivos (presentes no relatório) de cada um dos processos analisados. Passado este ponto, buscou-se identificar o fio condutor de cada um destes motivos verificados, para, então, poder agrupá-los em subcategorias específicas e que não se confundissem. Buscou-se deixar estas subcategorias o mais autoexplicativas possível, justamente para se facilitar o entendimento do leitor acerca da classificação realizada, assim como para possibilitar eventual repetição deste estudo. Utilizaram-se, em cada uma delas, as palavras ou expressões centrais que estavam presentes na argumentação ou no relatório, e que permitiam identificar o tipo de situação que estava sendo narrada, mas também sem utilizar palavras ou expressões por demais indeterminadas, justamente para evitar ao leitor uma confusão entre as classificações utilizadas, e atender-se ao objetivo de serem as categorias exclusivas⁷.

Tabela 1 – Motivações mais frequentes para ajuizamento da ação

Motivo para ingresso	Número de aparições
Drogadição	145
Abandono	79
Negligência (higiene, saúde)	61
Negligência (saúde)	53
Alcoolismo	51
Negligência (todas)	209

Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

7 CARLOMAGNO; Márcio; ROCHA, Leonardo Caetano da. Como citar e classificar categorias para fazer análise de conteúdo: uma questão metodológica: Em: Revista Eletrônica de Ciência Política, [S.I], v. 7, n. 1, jul. 2016, p. 179.

Aqui, nos cabe explicitar melhor como ocorreram as subcategorias da grande categoria negligência. Negligência é um conceito de difícil definição, dada a maleabilidade do conceito, especialmente no âmbito da família⁸. Aqui, considerou-se como sendo uma situação de negligência aquela em que há menção, nos autos, ao fato de terem os pais deixado de fazer algo que deveria ter sido feito, ou seja, um comportamento passivo diante de situação que exigia uma postura ativa para evitar-se o dano⁹.

Quando se fala em negligência no âmbito dos deveres parentais, entende-se como a situação em que os pais deixam de fazer algo para os filhos, sendo este ‘algo’ o dever de proporcionar toda e qualquer condição que se mostre necessária ao adequado desenvolvimento da criança. Foi utilizada, portanto, para aquelas situações mais gerais em que há uma situação que pode gerar risco à criança (como a impossibilidade de os pais comprarem alimentos suficientes aos filhos, ou que há necessidade de acompanhamento médico mais frequente para a criança), mas que envolvem um contexto maior de mudança, não sendo algo pontual, mas sim estrutural e generalizado.

Dada a amplitude desta categoria, decidiu-se por subdividi-la em subcategorias de acordo com a atitude em relação à qual a negligência diz respeito: (i) alimentação; (ii) saúde; (iii) higiene; (iv) deixar sozinha; (v) negligência. A subcategoria nomeada apenas de ‘negligência’ foi utilizada naqueles casos em que havia uma situação de negligência tão generalizada que não foi possível classificá-la apenas em alguma das demais, ou que, nas decisões, não se pode identificar ao certo em qual das subcate-

8 “As discussões acerca de negligências centralizam as famílias como locus de cuidados ou ausência deles na infância. Diante do direcionamento da responsabilidade com os cuidados durante este período, muitas famílias são consideradas negligentes. (...) Salienta-se que frente à realidade brasileira, indicar intenções nos casos de negligências dos pais e responsáveis é também evidenciar as desigualdades, na medida em que os recursos necessários para um ‘cuidado integral’ das crianças não estão disponíveis para todas as camadas sociais. Não são poucas as famílias que vivem em situações de pobreza e miséria, por exemplo – que de forma intencional não levam os filhos à escola, pois conseguiram a vaga somente em um local longe de sua residência e perigoso; ou de maneira não intencional, não levam as crianças à escola em função de transporte escasso decorrente de ausência ou ineficiência de políticas públicas.” (MATA, et al., 2017 pp. 2884-2885)

9 A negligência, para o direito civil, pode ser considerada “como a omissão de conduta considerada apta a evitar a produção do dano, vale dizer, a inobservância de normas que requerem atuação atenta e cuidadosa.” (TEPEDINO, et al., 2020 pp. Capítulo IV - Culpa). Em outras palavras, pode-se conceituar negligência como uma “falta de diligência que aumenta o risco do dano.” (LÓBO, 2019 p. 356).

gorias se enquadraria – o que ocorreu em 42 casos (4,83%). A negligência (deixar sozinha), que apareceu em 30 ocasiões (3,45%), foi aplicada aos casos nos quais se narrava situação em que, rotineiramente, os pais deixavam as crianças sozinhas em casa, sem supervisão, por prolongados períodos de tempo, demonstrando assim um deixar de agir com o devido cuidado e causando potenciais situações de risco.

Para a utilização de cada uma destas classificações, teve-se como elemento identificador o uso da palavra “negligência” pelo magistrado, e classificou-se de acordo com a situação narrada na fundamentação que embasava esta afirmação acerca da *negligência* dos pais. Ou seja, uma fundamentação judicial no sentido da negligência dos pais, seguida da explicação da situação específica que representava esta atitude. Por isso, em todas as subclassificações da *negligência* buscou-se ser o mais objetiva possível – explicitando-se, exatamente, em qual esfera da vida daquela criança os pais a teriam negligenciado.

Algumas classificações acabaram tendo que ser aglutinadas, formando uma nova subcategoria, dada a frequência em que ocorriam conjuntamente – a “negligência (higiene, saúde)” e a “negligência (higiene, alimentação)”. Isso se fez necessário, principalmente, pela negligência dos pais estar muito ligada à falta de higiene da residência como um todo, precária e em más condições de limpeza, que acabavam por prejudicar, ao mesmo tempo, a higiene e a saúde da criança. Foi o que se verificou em casos nos quais a residência, sem saneamento básico e com pais catadores de lixo, por exemplo, as crianças, além de ficarem sujas pela impossibilidade de manterem uma rotina de higiene, sofriam de problemas de saúde decorrentes – como piolhos, pulgas, assaduras por fraldas usadas tempos demais, e até mesmo bernes –, verificada nos já mencionados 7,02% dos casos. Associada à falta de higiene, também se encontrou em 6 ocasiões (0,69%), uma falta de alimentação adequada, crianças, além de estarem em ambientes insalubres, abaixo do peso ou sem receber a nutrição ideal.

Tendo em vista a categorização que se realizou na ampla motivação da “negligência”, em seis subcategorias, apresenta-se abaixo a Tabela 1, na qual são pormenorizadas as aparições de cada uma delas como motivação para ingresso das ações de destituição. Recorda-se, aqui, que se analisou, no total, 401 decisões. Com isso, é possível visualizar a totalidade de casos cujo motivo para ajuizamento se deu em razão de atitudes dos pais que foram entendidas como negligentes em relação às crianças.

Tabela 2 – Tipos de negligência e quantidade de casos em que foram utilizadas como motivo para ajuizamento de ação de destituição do poder familiar

Tipo de negligência	Número de utilizações
Genérica (não especificada)	42
Deixar a criança sozinha por prolongado período de tempo	30
Falta de higiene	17
Falta de higiene e alimentação inadequada/insuficiente	6
Falta de higiene e de cuidados com a saúde da criança	61
Falta de cuidados com a saúde da criança	53
Total	209

Fonte: elaborado pela autora a partir dos dados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Assim, temos aqui traçado o perfil das crianças submetidas às ações de destituição do poder familiar, bem como das dinâmicas familiares que levaram ao ajuizamento destes processos. Com isto, podemos traçar uma mais acurada identificação do contexto do qual vêm estas pessoas, e quais os atravessamentos perpassa por essas relações demarcadas como representando algum risco para as crianças ou adolescentes das famílias.

3 PERCEPÇÕES SOBRE FAMÍLIA, CRIANÇAS E DINÂMICAS: IDENTIFICAÇÃO DE UM CONTEXTO.

Abordadas as características das crianças e de suas famílias na realidade que foi exposta nos processos, que, reconhece-se, pode não corresponder à verdade fática dos acontecimentos¹⁰, podemos assim passar

10 A realidade dos acontecimentos pode ser descrita de diversas maneiras, que variam conforme quem a enuncia e o público ao qual esta descrição se dirige. O discurso e a narrativa sobre o que aconteceu irá ser moldado conforme o que se pretende convencer com ele. Nas palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca, “há apenas uma regra a esse respeito, que é a adaptação do discurso ao auditório, seja ele qual for: o fundo e a forma de certos argumentos, apropriados a certas circunstâncias, podem parecer ridículos noutras. A realidade dos mesmos acontecimentos numa obra que

à uma investigação mais profunda acerca de seus significados, para que identifiquemos o local de onde vêm estas pessoas.

Em primeiro lugar, identifica-se que se trata de crianças que, na sua ampla maioria, foram submetidas à medida protetiva mais gravosa presente no ordenamento pátrio, o acolhimento institucional. O acolhimento institucional, medida de proteção prevista no artigo 101, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser definido como um atendimento institucional àquelas crianças que tiveram seus direitos violados, necessitando ser afastadas da convivência familiar temporariamente¹¹. Entende-se, por conseguinte, que são crianças cuja situação de vulnerabilidade em que se encontravam era extrema ao ponto de demandar não apenas uma intervenção estatal, mas também um afastamento da residência familiar. Situação grave em que se faz necessária uma restrição – que deve ser temporária – ao direito de convivência com a família, em razão do risco que esta representa à integridade da criança.

Sobre este ponto, importante que seja compreendido o contexto jurídico no qual se inserem as medidas protetivas para crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Constituição Federal de 1988, possuem como princípio maior a Proteção Integral, princípio este que deve direcionar a aplicação das regras atinentes à população infantil¹². A ideia de proteção integral traz uma noção aberta, certa indeterminação. De acordo com Bruñol, este princípio da Proteção Integral é de prioridade, não de exclusão de outros direitos e interesses, de maneira que o interesse superior da criança é sempre a satisfação de seus direitos, não se podendo pensar na existência de um interesse que seja superior à

se pretende científica ou num romance histórico não deve ser provada da mesma forma.” (PERELMAN, et al., 1996 p. 28)

11 MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. Em Serviço Social em Revista. jan./jun. de 2011, Vol. 13, 2, p. 156.

12 A *proteção integral*, pode ser definida como um princípio de caráter finalístico ou comportamental, de maneira que se determina o tipo de argumentação que deve ser utilizado para fundamentar seu uso nos casos concretos (ÁVILA, 2013 p. 54). Sendo a proteção integral o norte constitucional no tocante à infância e à juventude, é a partir dela e com vistas a ela que se devem fundamentar as medidas tomadas em relação às crianças, ou seja, identificar, a partir da proteção integral, qual o comportamento que se deve adotar para efetivar os direitos de crianças.

vigência efetiva de seus direitos¹³. Dessa forma, apesar do caráter indeterminado do princípio da Proteção Integral, sua concretização deve ser sempre no sentido de satisfazer os direitos das crianças, não para violá-los.

Esta ideia toma especiais contornos quando se está diante de situações em que há um conflito entre diferentes direitos de crianças, como, nos processos estudados, entre a convivência familiar e a integridade física e/ou psicológica – no qual um não pode ser mantido sem prejudicar-se o outro. Com vistas a essa problemática, o Estatuto preocupou-se em trazer parâmetros mais objetivos para a análise da legalidade da intervenção judicial no âmbito familiar. Foram estabelecidas medidas protetivas às crianças e aos adolescentes em situação de risco ou de vulnerabilidade social, medidas que são “providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação”¹⁴. Aliado a isto, deve ser aplicado às medidas de proteção, em especial ao acolhimento institucional, o princípio da brevidade e da excepcionalidade – seu uso apenas nos casos em que se esteja diante de uma necessidade imperiosa, perdurando pelo menor lapso temporal possível necessário à reinserção na família de origem ou, não sendo isto possível, o encaminhamento para família substituta¹⁵.

Logo, notamos que são crianças que possuem algum histórico de intervenção estatal protetiva, possuindo vivência institucional, com pelo menos um período de afastamento da família e restrição à convivência. Este dado, contudo, não pode ser analisado isoladamente.

Nota-se que são crianças que não apenas tiveram alguma vivência institucional, mas que passaram consideráveis períodos de tempo privadas de uma efetiva convivência familiar e comunitária. Os princípios

13 BRUÑOL, Miguel Cillero. 1997. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Em *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño - OEA*. 1997, Vol. 234, p. 6.

14 MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord] e AMIN, Andréa Rodrigues [et. al.] *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 773.

15 “Considerando que essas medidas destinam-se a circunstâncias de significativa dificuldade, em que o sujeito afetado por elas está em importante risco, seja da própria vida, seja em razão da conduta que tem adotado, atingindo bens jurídicos considerados graves ao contexto social. Considerando que tal intervenção, por mais necessária que seja, provoca danos ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes afetados, afastando-os do convívio social, segregando, uniformizando etc., ela deve ter caráter excepcional e de duração mais breve possível.” (COSTA, 2012, p. 157)

da brevidade e da excepcionalidade não existem no vácuo, é necessário que se entenda a concepção temporal de cada indivíduo. Embora 12 meses em acolhimento institucional possam parecer, à primeira vista, tempo relativamente curto, deve-se apontar que o tempo na infância passa de forma exacerbada, mais lenta do que para os adultos, ao passo que o tempo processual e institucional transcorre em ritmo mais lento, em razão dos ritos e prazos a serem seguidos¹⁶.

Um ano de acolhimento institucional, para uma criança com cinco anos de idade, por exemplo, parece-lhe muito mais longo, em comparação, do que um ano para uma pessoa de quarenta anos. Sobre este ponto, nos cabe trazer a conceituação de Bluedorn acerca da profundidade temporal, que corresponderia à distância de tempo entre passado e futuro, à consideração dos eventos já acontecidos, que poderiam ter acontecido ou que podem acontecer¹⁷. Essa percepção do tempo, de acordo com sua profundidade, é um fenômeno individual e cultural que lida com o tempo, adicionando ao futuro a consideração do passado¹⁸. Com este conceito em mente, é possível se concluir que uma criança, tendo menor tempo de vida, menos experiências passadas, tem a sua percepção temporal e projeção para o futuro afetadas, de modo que vivências – ainda que curtas – têm um peso muito maior.

Isso se torna ainda mais grave quando retomamos os dados acerca das idades em que ocorreu o acolhimento institucional, de grande concentração na faixa de até um ano de idade, que nos permite inferir serem crianças com uma profundidade de tempo ainda menor, com maior facilidade de se acostumarem e tomarem o acolhimento institucional como uma experiência a ser mantida no futuro próximo. Sendo a percepção do tempo, de acordo com a profundidade, uma experiência não só individual, como também coletiva, de acordo com o conceito de Bluedorn exposto acima, a presença de irmãos que também possuem um histórico de acolhimento institucional, e também tiveram seus pais destituídos do poder familiar, aponta-se para uma percepção de grupo sobre a permanência da intervenção protetiva, sobre o afastamento do convívio fami-

16 COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 156.

17 BLUEDORN, Allec C. The human organization of time: temporal realities and experience. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 256.

18 BLUEDORN, Allec C. The human organization of time: temporal realities and experience. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 134.

liar. A percepção não só da criança, como de seu grupo de irmãos, sobre a vivência institucional enquanto um futuro a ser projetado, com base nas suas experiências individuais e coletivas de acolhimento em instituição e restrição à convivência com a família. Com isso, o acolhimento, a vida em instituição, pode deixar de ser percebida pela criança como algo temporário, e passar a ser entendida como a sua realidade – justamente o que os princípios da brevidade e da excepcionalidade buscam evitar.

O perfil identificado, portanto, é de crianças que têm uma vivência institucional desde muito jovens, que é compartilhada com seus irmãos. Crianças que têm como realidade a intervenção estatal em suas famílias, entendidas como incapazes de prestar-lhes os adequados cuidados. Tendo-se em vista os tempos de acolhimento, esse histórico de medidas protetivas, é possível vislumbrar-se uma categoria de crianças que têm, junto com seus irmãos, uma experiência coletiva de restrição do direito à convivência familiar, de partes do seu desenvolvimento terem se dado no interior de uma instituição.

Ou, para fecharmos com um questionamento, será que a própria experiência de acolhimento de um grupo de irmãos acabaria por gerar uma nova e institucionalizada forma de convivência familiar? Pode ser que este não seja o tipo de convivência que o constituinte de 1988 tinha em mente quando previu este direito fundamental, porém, não podemos ignorar a possibilidade de, pela prática, existir esta forma peculiar de convivência – crianças irmãs, vivendo conjuntamente uma experiência institucional em razão da impossibilidade de seus pais e familiares terem-nas consigo, tendo como adultos referência os técnicos da instituição de acolhimento.

Traçado o perfil de pais que são réus nos processos analisados, identificou-se a presença de questões de cunho social mais proeminentes do que somente suas atitudes individuais, questões de difícil superação no âmbito comunitário e que decorrem de uma problemática social mais ampla, que não aponta para uma incapacidade da rede de proteção municipal, mas sim para a sua insuficiência, limitação, até mesmo falta de fôlego, para problemas de ordem geral que fogem ao seu escopo de atuação. Agora, nos cabe buscar entender o que de fato significa o poder familiar, para que seja possível analisar em que implica este perfil dos genitores que se está traçando, em comparação com o que deles é esperado juridicamente.

Com a repersonalização do Direito Civil, o instituto da família e as normas a ela correlatas sofreram profundas mudanças principiológicas. A elevação da pessoa à centralidade do ordenamento jurídico, faz

com que a personalidade deixe de ser um direito e passe a ser um valor, o qual está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, exigindo tutelas mutáveis¹⁹. Esta colocação da pessoa no centro dos valores constitucionais, e a importância da tutela à personalidade humana como um todo, trouxe importantes reflexos ao direito de família e, em especial, à tutela das relações familiares que envolvam crianças e adolescentes. O poder familiar – outrora pátrio poder – garantia ao pai, o chefe da família, um poder irrestrito sobre o filho e os seus bens, servindo mesmo como um “instrumento de prepotência, do orgulho e da cobiça dos pais”²⁰. O pátrio poder, portanto, era importante marca, do caráter patrimonial e matrimonial da legislação prévia à Constituição, representativo do modelo de família que o ordenamento jurídico visava proteger.

Em brevíssima retomada histórica desta situação de controle da família pelo patriarca, em relação ao Sul da França, Ariès aponta que dito controle tem origem nos séculos XI e XII. Até o século X, ainda não estavam fundidos numa massa comum os bens de ambos os cônjuges, a ser administrada pelo marido: eram comprados e vendidos separadamente por cada um do casal, de forma autônoma e independente²¹. Assim, entra em declínio a capacidade da mulher, sendo isso, aliado ao direito de primogenitura, um meio de resguardar o patrimônio familiar – o que se ligaria justamente a um enfraquecimento da segurança das instituições que pudessem oferecer garantias de proteção a esse patrimônio²². Ou seja, a concentração do poder no pater famílias, como forma de controle da esposa e dos filhos, iniciou-se, na verdade, como uma forma de proteger o patrimônio em tempos nos quais não se tinha segurança na proteção oferecida pelo soberano. Quanto maiores as garantias, mais se enfraquece essa necessidade de concentração, por outro lado, quanto menores, mais se torna necessária.

No caso brasileiro, não é absurdo de se pensar nesse paralelo. Em tempos marcados pelo liberalismo e pelo patrimonialismo enquanto pilares

19 PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. [trad.] Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 764.

20 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro : Renovar, 2014, p. 227.

21 ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família. [trad.] Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro : n Guanabara, 1986, p. 212.

22 ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família. [trad.] Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro : n Guanabara, 1986, p. 213.

do sistema jurídico, maior a preocupação em resguardar a família patriarcal – com seu patrimônio concentrado e em comunhão universal, com a falta de capacidade da mulher casada, com a prevalência dos filhos legítimos.

No Código Civil de 1916, o pátrio poder, como se pode assumir pela nomenclatura, competia ao marido – somente na sua falta ou impedimento é que seria exercido pela esposa. Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/1963, houve tímida mudança, em que a esposa passou à condição de colaboradora do marido no pátrio poder, e lhe concedeu a possibilidade de recorrer ao Judiciário quando não concordasse com decisão tomada pelo pai no exercício do pátrio poder. Já com a Lei 6.515/1977, que possibilitou a dissolução da sociedade conjugal, introduziu-se inovação no regime existente, estabelecendo que, em caso de separação ou anulação do casamento, prevaleceria o consentimento daquele em cujo poder ficasse o filho²³.

A dignidade humana, enquanto princípio norteador do ordenamento que tem função de definir a aplicação dos demais princípios²⁴, se densifica, inicialmente, na igualdade de gêneros; no âmbito da família, essa igualdade de gênero se densifica na igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal e nas responsabilidades e direitos sobre a criação dos filhos em comum. Ávila ensina-nos que “duas pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador”, e que essa diferenciação somente adquire um relevo material na extensão em que é agregada à uma finalidade, de modo que a “aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado”²⁵. Justifica-se, na família, aplicar o postulado da igualdade, sem diferenciação entre os cônjuges, eis que o exercício da parentalidade não é inerente a um dos gêneros – salvo as questões de ordem biológica da concepção e gestação –, de maneira que não é justificável conceder-se o poder familiar somente ao pai ou à mãe. É possível aqui ver a ramificação da dignidade humana, que se estende pelo sistema até atingir a intimidade da família – garantir que marido e esposa tenham os mesmos direitos e deveres, sem

23 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro : Renovar, 2014, p. 229-230.

24 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 106.

25 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 172.

superioridade entre si, pois isto é o que melhor representa a igualdade nessa esfera da vida individual.

E foi nesse caminho que seguiu a Constituição. A partir dos direitos fundamentais e da orientação principiológica que emergiu com o texto constitucional de 1988, não era mais possível admitir-se a regulamentação do poder familiar na forma como antes ocorria – vez que agora se está diante de uma família democrática, e não mais sob a autoridade somente do patriarca. Nas palavras de Maria Celina Bodin, temos como família democrática aquela em que as tomadas de decisões são frutos de um diálogo entre seus membros, uma busca pelo consenso, mas sem que isto represente uma falta de autoridade, mas, pelo contrário, a presença de “uma autoridade democrática que ouve, discute e argumenta”²⁶. Chega-se à igualdade entre os membros da família, entre marido e esposa, entre filhos, reconhecendo-se dignidade a todos eles. Com isto, não é mais possível cogitar-se, neste ordenamento jurídico, que um dos integrantes da família tenha real poder sobre os demais. Há, de modo diverso, uma autoridade dos pais, que não deve jamais ser autoritária, e que deve ser exercida com respeito à dignidade dos filhos e em vistas ao melhor interesse destes.

O poder familiar, agora, apresenta uma estrutura diversa e construída a partir do melhor interesse da criança, de modo que é “funcionalizada à promoção do desenvolvimento da personalidade do filho”²⁷. Pelo artigo 227, caput e § 6º da Carta Constitucional, o poder familiar compete a ambos os pais, independentemente da estrutura familiar nas quais eles se insiram, de modo que se mantêm o poder familiar aos dois, mesmo em caso de estarem separados e um deles deter a guarda unilateral da criança. A autoridade parental deve, portanto, ser sempre exercida no melhor interesse dos filhos, sem diferenciação entre eles, e tendo-se em vista a prevalência axiológica das relações existenciais sobre as patrimoniais²⁸.

Com esse breve histórico e apresentação do poder familiar, é possível verificar-se que o mesmo deve ser exercido de modo a propiciar o pleno

26 BODIN, Maria Celina. A família democrática. Em: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, 2005, p. 6.

27 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 228.

28 TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 228-229.

desenvolvimento da personalidade dos filhos. Para isso, ambos os pais – estejam juntos ou não –, devem trabalhar conjuntamente para buscar o melhor ambiente para a criança ou parar o adolescente. Supera-se, portanto, a confusão entre os vínculos de parentalidade e de conjugalidade que antes ocorria – no qual num casal, separado, o poder familiar recairia sobre aquele que detivesse a guarda sobre a criança. Também, não mais se coloca a prevalência do pai, o pater famílias, sobre a mãe, sua então mera colaboradora. Autoridade parental é algo a ser exercido em conjunto, por ambos, nesse projeto familiar que independe da relação afetiva entre os pais, pois o instituto tem como finalidade o melhor desenvolvimento da criança.

O perfil dos genitores, que se traçou com base nos dados e na construção teórica, nos permite vislumbrar violações de deveres decorrentes do poder familiar que superam o aspecto individual. Os pais, como vimos, têm um perfil de dependência a substâncias psicoativas, doenças mentais entendidas como incapacitantes para o cuidado dos filhos, e histórico de acompanhamento pela rede de atendimento, sem demonstração de reorganização significativa. Pode-se apontá-los como responsáveis pelas situações de risco, vulnerabilidade e negligência em que colocam seus filhos, mas é de se reconhecer que esta inaptidão se origina em contexto social generalizado de uma sociedade, como a brasileira, marcada por desigualdades.

Dependência química, déficits de cognição, extensa ligação à assistência social, marcam pessoas inseridas em situações de vulnerabilidade e de insuficiência de políticas públicas de caráter geral, capazes de suprir aquelas demandas que a rede municipal não tem condições de enfrentar significativamente. Por um lado, entende-se a gravidade do comportamento individual destes pais e os riscos que eles geram às crianças, mas, por outro, entende-se também que estamos falando de pessoas que são vítimas de um histórico de vulnerabilidade social e que acabam por reproduzir estes comportamentos prejudiciais. Diante da ineficácia das políticas públicas universais, e da incapacidade da rede local em lidar com este tipo de problemática, resta ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a intervenção individualizada nas famílias, a fim de tentar retirar os seus filhos deste ciclo.

Cláudia Fonseca, ao estudar sobre o tema, identificou a presença de diferentes sistemas de valores sobre a família, em pesquisa realizada em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Nas famílias mais pobres, foi constatado que cada membro do casal está envolvido em uma rede consanguínea que demanda maiores e mais constantes demonstrações de solidariedade, inclusive em detrimento do laço conjugal. Há, com isso, laços de sangue,

imediatos e imutáveis, que prevalecem sobre os relacionamentos amorosos, de maneira que a identidade familiar é dada a partir do nascimento – e não construída, como na família conjugal de classe média. Com isso, as crianças são tidas não como indivíduos singulares e responsáveis por um projeto de família a ser alcançado no futuro, mas sim como partes integrais de uma família ampla já formada. E, por estar a criança inserida nesta ampla rede familiar, não é incomum a sua circulação nos diferentes núcleos familiares que a formam, pois entende-se que a responsabilidade da mãe é garantir bons cuidados à criança, porém, cuidados estes que podem ser propiciados por outros da família, vez que os valores dominantes priorizam os laços sanguíneos, e não a relação conjugal²⁹.

A família conjugal não pode ser analisada de forma isolada, sendo possível apontar para uma natureza aberta da unidade conjugal nas famílias de baixa renda. Pode-se apontar para uma prática habitacional comum nas camadas populares brasileiras, a de construir, num mesmo pátio, várias casas para as diversas unidades conjugais próximas de um grupo familiar maior – esse caráter residencial compartilhado facilita a abertura do espaço conjugal, pois, apesar de cada família ter o seu espaço, as residências são de fácil acesso às crianças, filhos dessas famílias, de modo que se superam as fronteiras e os limites entre uma unidade familiar e outra³⁰.

A partir da pesquisa etnográfica, Fonseca concluiu que, para essas famílias de baixa renda, as decisões envolvendo as crianças (modo de criação, escolarização, número de filhos, com quem ficarão após divórcio ou morte dos pais) não são tomadas somente pelos pais. Constatou uma prática de que os filhos de uma primeira geração, frequentemente, passem seus primeiros anos com uma avó, a qual cumprirá suas últimas obrigações perante a família, ao auxiliar os filhos – ou até mesmo substituí-los – na criação dos primeiros netos. Depois, em sua velhice, essa avó poderá reivindicar a retribuição desse “favor”, solicitando a companhia dos netos, evidenciando uma relação de solidariedade mútua entre as diversas gerações destas famílias³¹.

29 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. *A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 126-128.

30 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. *A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 120.

31 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. *A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 120-121.

A responsabilidade dos pais, na percepção das informantes que participaram desta pesquisa de Fonseca, seria a de manipular o ambiente externo, e realizar os rituais necessários; nenhum destes passos precisa necessariamente ser realizado pelos pais, mas sim por qualquer adulto. Esses rituais e essa manipulação do ambiente não precisam necessariamente estar ligadas aos estados emocionais ou ao funcionamento corporal da criança, haja vista a verificação de que não há maiores preocupações, dentre as pessoas deste contexto socioeconômico que participaram da pesquisa, com relação ao desenvolvimento emocional ou ao aproveitamento escolar das crianças³².

Nas famílias de camadas populares, enfatiza-se o “crescimento natural” da criança, havendo uma crença no sentido de que, sendo oferecidos afeto, alimentação e segurança, os filhos irão crescer e serão bem-sucedidos. São crianças com maior tempo livre e com maiores e mais profundas ligações com a família estendida, não participando de tantas atividades organizadas e focadas no desenvolvimento de talentos especiais³³. Há uma percepção, portanto, de uma forma de criação mais orgânica das crianças, garantindo-lhes o básico e sem necessidade de estímulos para desenvolvimento de outras habilidades. A forma de organização deste tipo de família, aliada ao maior tempo disponível que essas crianças têm, facilitam a sua circulação e manutenção de vínculo com os parentes.

Portanto, uma percepção da infância sem etapas específicas de desenvolvimento pessoal, físico e intelectual, sem uma busca por ‘moldar’ a criança de acordo com seu crescimento, mas sim de garantir-lhe determinadas condições no ambiente externo para que ela se desenvolva no seu ritmo, responsabilidade essa que é dos adultos, e não exclusivamente dos pais. Ademais, aponta a autora que a instabilidade da unidade conjugal é uma constante na história dos grupos populares brasileiros, seja essa instabilidade pela morte, migração, ou separação, de maneira que, se as crianças não fossem de responsabilidade de todo o grupo de parentesco, se não pos-

32 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 119.

33 LAREAU, Annette. A desigualdade invisível: o papel da classe social na criação dos filhos em famílias negras e brancas. Em Educação em Revista. dez. de 2007, 46, p. 17-18.

suissem essa circulação de fácil acesso entre vários adultos, se tornaria muito mais difícil a manutenção dessa população³⁴ (FONSECA, 1993 p. 121).

Com isso, podemos pensar nas estratégias de sobrevivência adotadas pelas famílias, sendo, uma delas, a circulação de crianças e a responsabilidade da família em sentido amplo pelo seu cuidado. Pode-se retomar aqui a ideia da negligência, que, conforme apresentado nos tópicos anteriores, apresenta-se muito mais por uma situação generalizada de pobreza e de falta de condições suficientes de subsistência da família como um todo, do que uma voluntária omissão dos pais em prover aos filhos tudo aquilo que se entende como indispensável para um desenvolvimento adequado das crianças. A subsistência, sobrevivência da família, se torna essencialmente precária, em razão do que emergem

(...) estratégias de sobrevivência a nível familiar, que são entendidas como o repertório de comportamentos que os membros dos núcleos devem assumir a fim de assegurar a subsistência diária, entre os quais se incluem práticas econômicas e não econômicas para a otimização das condições materiais e não materiais de existência da unidade e de cada um de seus membros.³⁵ (PILOTTI, et al., 1993 p. 50)

Assim, há uma circulação de crianças, que pode ser fundada em função de sua sobrevivência, uma efetiva necessidade de contar com esse auxílio dos demais parentes, ou em função de uma relação de troca, o uso da criança como consolidação de redes relacionais já existentes³⁶. A circulação de crianças, portanto, se vincula à consolidação de relações intergeracionais e intrafamiliares para além do núcleo conjugal, uma verdadeira corresponsabilidade entre os parentes sobre as crianças da família. E essa circulação também se liga a um afastamento masculino do grupo familiar, cabendo às mulheres da família os cuidados dos filhos deste homem: avós cuidando de filhos dos filhos; tias cuidando dos filhos

34 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 121..

35 PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene. A (des)integração na América Latina e seus reflexos sobre a infância. Em Irene RIZZINI [et. al.]. A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, p. 50.

36 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, p. 122.

do irmão; mulher criando os filhos do marido. Há indicativos, portanto, de homens terem uma postura menos ativa no intercâmbio diário com os parentes, sendo mais passíveis de romper esse vínculo, razão pela qual essa circulação das crianças pode ser vista, também, como uma forma de reatar laços do grupo familiar³⁷.

O que se tem como percepções sobre a família e a infância, é que, nas classes mais baixas, nas quais estão inseridas as famílias submetidas às ações de destituição do poder familiar, conforme perfil identificado, existem dinâmicas relacionais e compreensões próprias. A família, enquanto um grupo ligado pela consanguinidade, uma rede de relações mais ampla, que compreende os inúmeros núcleos conjugais que as compõem, e aos quais cada membro têm uma relação de responsabilidade em razão do sangue. As crianças são inseridas nessa teia de relações, e a sua circulação por entre os núcleos, a sua permanência com determinado parente, não é vista como um abandono, mas sim como um sacrifício da mãe e uma graça ao casal que recebeu a criança. Dinâmicas familiares, portanto, marcadas por estratégias de sobrevivência em razão da falta de condições, em que as crianças são formas de fortalecimento e manutenção desses vínculos.

4 CONCLUSÃO

Identificou-se na pesquisa realizada um perfil de crianças com uma vivência institucional, uma vivência compartilhada com seus irmãos, diante dos dados relevantes acerca de processos envolvendo mais de um filho dos mesmos pais cujo poder familiar se busca destituir.

Portanto, são crianças para as quais a intervenção estatal no âmbito familiar é uma realidade – poder-se-ia questionar se até mesmo rotineira –, em razão de entender-se pela incapacidade de seus pais e familiares em fornecer-lhes um adequado ambiente para o seu desenvolvimento e criação. Crianças que possuem as instituições de proteção à infância como parte de sua realidade desde muito jovens, e com uma convivência familiar intermitente, em razão dos períodos de institucionalização.

37 FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, p. 122.

O perfil dos pais e mães réus nas ações de destituição do poder familiar analisadas foi identificado, principalmente, a partir dos motivos iniciais para o ajuizamento deste processo e a partir das razões de decidir dos magistrados expostas nos acórdãos estudados, aliado à construção teórica sobre o tema, com base na doutrina especializada.

Encontrou-se um perfil de violações de deveres decorrentes do poder familiar que superam a esfera individual e do exercício da livre autonomia de criação dos filhos. Os pais demandados possuem um marcado perfil de dependência química, de doenças mentais descritas como incapacitantes para o adequado cuidado dos filhos, além de um histórico consolidado de acompanhamento pela rede de atendimento sem que tenha se verificado alguma reorganização significativa para modificar o entendimento acerca de sua incapacidade parental.

Poder-se-ia apontá-los como responsáveis pelas situações de risco, vulnerabilidade e negligência em que colocam seus filhos. Porém, o que se verificou ao longo deste trabalho, é que não se pode negar que a inaptidão parental se origina em contexto social generalizado de uma sociedade, como a brasileira, marcada por desigualdades.

A partir dos dados coletados, constatou-se que as famílias das pessoas envolvidas nos processos de destituição do poder familiar são marcadas por relações desorganizadas, e dinâmicas comportamentais problemáticas não resolvidas, apreendidas e repetidas de forma transgeracional.

Estamos diante de grupos familiares com uma forma de tratamento às crianças diversas daquelas que o Poder Público delas espera, não fornecendo aos filhos condições de higiene, saúde, alimentação e supervisão nas medidas consideradas adequadas. Não podemos olvidar que há a forte influência do fator socioeconômico: todo o grupo familiar, não apenas as crianças, está inserido numa situação geral de vulnerabilidade, o qual, por consequência, acaba por gerar comportamentos considerados negligentes em relação aos filhos.

Verificou-se também a existência de um ciclo de violência e de vulnerabilidade, marcado por padrões de conduta e de sofrimento dos ascendentes em suas infâncias, que vão sendo reproduzidos aos seus descendentes. São comportamentos de tolerância à violência e à negligência, internalizados a partir de vivências próprias que, não sendo trabalhadas, acabam por serem repetidas com seus filhos.

Os pontos anteriores desta conclusão nos levam à análise acerca de quais são as percepções destas famílias sobre a criança e as formas adequadas de criá-las. O que se identificou, é que as famílias submetidas às ações de destituição do poder familiar são oriundas de classes socioeconômicas mais baixas, mais afetadas pela desigual distribuição de renda, bens e serviços.

Verificou-se que é próprio destas camadas sociais mais baixas uma visão da criança não como um projeto futuro, mas sim como um novo membro da família – um amplo grupo ligado pelo vínculo consanguíneo. Em decorrência disto, notou-se um compartilhamento da responsabilidade pela criação e pelo cuidado das crianças da família, entre os adultos de seus diversos núcleos.

A família se torna uma rede de relações ampla, que se estende a todos os membros desta linhagem. As crianças são inseridas nessa teia de relações, e a sua circulação por entre os núcleos, a sua permanência com determinado parente, não é vista como um abandono, mas sim como um sacrifício da mãe e uma graça ao casal que recebeu a criança. São condutas e padrões comportamentais que, não necessariamente, representam um abandono ou uma negligência, mas sim uma forma de convivência própria da percepção de família verificada como comum nestas camadas socioeconômicas.

Dinâmicas familiares marcadas por estratégias de sobrevivência em razão da falta de condições, em que as crianças são formas de fortalecimento e manutenção desses vínculos. com isso, que o Poder Judiciário e a rede de proteção possuem diante de si a demanda de uma atuação individualizada sobre a criança, que está em vulnerabilidade por conta de questões sociais de ordem ampla. A sua resposta, por óbvio, não será capaz de eliminar a situação que causou a vulnerabilidade, mas tão somente retirar a criança do local e buscar inseri-la em novo grupo familiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2015.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. [trad.] Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro : Guanabara, 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

BLUEDORN, Allec C. **The human organization of time: temporal realities and experience**. Stanford : Stanford University Press, 2002.

BODIN, Maria Celina. A família democrática. Em: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, IBDFAM, 2005.

BRUÑOL, Miguel Cillero. 1997. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Em **Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño - OEA**. 1997, Vol. 234, pp. 1-13.

CARLOMAGNO; Márcio; ROCHA, Leonardo Caetano da. Como citar e classificar categorias para fazer análise de conteúdo: uma questão metodológica: Em: **Revista Eletrônica de Ciência Política**, [S.I], v. 7, n. 1, jul. 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

FONSECA, Cláudia. Criança, família e desigualdade social no Brasil. Em Irene RIZZINI [et. al.]. **A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro : Univeritária Santa Úrsula, 1993, pp. 113-132.

LAREAU, Annette. A desigualdade invisível: o papel da classe social na criação dos filhos em famílias negras e brancas. Em **Educação em Revista**. dez. de 2007, 46, pp. 13-82.

MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. Em **Serviço Social em Revista**. jan./jun. de 2011, Vol. 13, 2, pp. 143-169.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord] e AMIN, Andréa Rodrigues [et. al.] **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MATA, Natália Teixeira, SILVEIRA, Liane Maria Braga da e DESLANDES, Sueli Ferreira. Família e negligência: uma análise do conceito de negligência na infância. Em **Ciência & Saúde Coletiva**. 2017, Vol. 22, 9, pp. 2881-2888.

PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. [trad.] Maria E.G.G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. [trad.] Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene. A (des)integração na América Latina e seus reflexos sobre a infância. Em Irene RIZZINI [et. al.]. **A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro : Universitária Santa Úrsula, 1993, pp. 41-66.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3ª ed. São Paulo : Cortez, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (org.), TERRA, Aline de Miranda e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. IV. Rio de Janeiro : Renovar, 2014.



TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS: UMA APLICAÇÃO AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Helena Soares Souza Marques Dias¹

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o advento do Código Civil atual, a doutrina passou a tratar da chamada constitucionalização do direito civil ou repersonalização das relações privadas, aplicando-se tais conceitos, obviamente, às relações familiares. Por essa ótica, determina-se que todos os institutos jurídicos devem ser aplicados desde uma perspectiva constitucional, ou seja, valorizando-se a pessoa humana como cerne do ordenamento jurídico em detrimento da até então existente patrimonialização das relações.

A partir dessa perspectiva e levando-se em consideração a necessidade de promoção e concretização de direitos fundamentais, surge a necessidade de se interpretar as normas jurídicas de acordo com os princípios constitucionais. No caso específico das regras de Direito de Família e das Sucessões esta necessidade se torna ainda mais evidente, tendo em vista

1 Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCPel. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e o Direito como argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2320007493748377>. E-mail: helena@burillemarquesdias.com.br. Eixo temático Vulnerabilidades e direitos transindividuais.

o caráter sensível das relações familiares, bem como a existência, em tais relações, de pessoas vulneráveis que precisam ter sua dignidade protegida.

No entanto, em certas situações, é possível a existência de colisão entre uma regra jurídica que confere determinado direito a alguém e direitos fundamentais de outras pessoas como, por exemplo, o possível conflito envolvendo o direito real de habitação. Surge então a problemática desta pesquisa: a norma-regra do direito sucessório brasileiro que, visando tutelar o direito fundamental à moradia, estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge/companheiro, poderia ser afastada, casuisticamente, aplicando-se a teoria da derrotabilidade, quando sua efetivação provocar o sacrifício de valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência) economicamente dependentes do falecido?

Diante do panorama de colisão entre princípios e direitos constitucionais, bem como o confronto de regras existentes no ordenamento jurídico, o presente estudo se mostra relevante em razão da importância da discussão sobre a aplicação casuística – nos chamados casos extremos ou casos trágicos – da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas em relação à regra do direito real de habitação que, episodicamente e em situações extraordinárias, poderia ser afastado com a finalidade de promover a justiça social e assegurar a efetivação de direitos fundamentais de sucessores vulneráveis.

Dessa forma, discorre-se sobre a conceituação do direito real de habitação na sucessão hereditária, identificando sua função no direito sucessório brasileiro como instrumento de proteção de direitos fundamentais do cônjuge/companheiro supérstite. Na sequência, aponta-se a possível existência de colisão entre direitos fundamentais do titular do direito real de habitação e dos sucessores do falecido em situação de vulnerabilidade.

Adiante, expõe-se a conceituação de norma jurídica, distinguindo-se sua bipartição em norma-princípio e norma-regra, enfatizando-se a inexistência de hierarquia entre ambos. Adiante, apresenta-se a técnica da ponderação de interesses diante da existência de conflitos entre diferentes princípios e a necessidade de aplicação da norma-regra compatível com o sistema jurídico.

Posteriormente, estuda-se a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, demonstrando-se a possibilidade de sua aplicação nos chamados casos extremos ou casos trágicos. Ainda, verifica-se a possibilidade de aplicação da teoria da derrotabilidade da regra do direito real de habitação, casuisticamente, quando sua efetivação provocar o sacrifício de va-

lores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de sucessores vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência) dependentes economicamente do falecido. Por fim, aponta-se a necessidade de um estudo aprofundado da temática e a importância de se estabelecer critérios objetivos para a aplicação da teoria em comento ao direito real de habitação, objetivando-se, dessa forma, a racionalização e a justificação das decisões judiciais no caso concreto.

Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Não há dúvida de que as relações privadas em geral baseiam-se, essencialmente, em questões de cunho patrimonial, sendo os principais institutos de Direito Civil a propriedade e os contratos. Como refere Paulo Lôbo, até mesmo o Direito de Família, o mais pessoalizado dos direitos civis, é, historicamente, marcado de forma predominante pelo conteúdo patrimonializante, tendo como exemplo os impedimentos matrimoniais fundados no patrimônio e a desigualdade entre os filhos prevista pelo Código Civil de 1916.²

Todavia, nas últimas décadas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil tem sido repensado e sobre ele lançado um novo olhar, totalmente distinto daquele que perdurou durante boa parte dos últimos séculos. Hodiernamente, fala-se na chamada *constitucionalização do Direito Civil*, fenômeno doutrinário que trata, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, de

2 Segundo o autor, “a codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. **IBDFAM**, 2004. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em 23 jun. 2021).

“postura metodológica e interpretativa que busca ler *todas as relações civis* sob o ângulo dos valores, princípios e regras da Constituição”.³

Diante da perspectiva do Direito Civil Constitucional, tem-se que

a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra trajetória de longa história na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.⁴

Nessa toada, sendo a moradia um direito existencial garantido constitucionalmente⁵ e concretizado por meio de situação patrimonial, o Código Civil de 2002, no artigo 1.831, reconhece expressamente o direito real de habitação em favor do cônjuge supérstite,⁶ sendo tal benefício estendido também ao companheiro por força do parágrafo único do artigo 7º da Lei n.º 9.278/1996.⁷

Trata-se de direito real sobre coisa alheia que garante ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes a possibilidade de permanecer residindo

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 114.

4 LÔBO, 2004, n. p.

5 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2021).

6 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 jun. 2021).

7 Art. 7º. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, **Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 23 jun. 2021).

no imóvel, de natureza residencial, que servia de lar conjugal, independentemente da existência de meação ou herança e independente do regime de bens que regia a união afetiva, ao contrário do Código Civil de 1916, que estabelecia o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente somente nas uniões norteadas pelo regime da comunhão universal de bens.⁸ Sendo assim, conforme prevê o ordenamento jurídico civil vigente, mesmo nos casos em que o cônjuge/companheiro não tenha qualquer direito sobre o imóvel residencial do acervo hereditário do falecido, terá assegurado, em seu benefício, o direito de nele permanecer residindo até o fim de sua vida.

De acordo com a doutrina, os textos normativos que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge e do companheiro têm por finalidade tutelar o direito à moradia, constitucionalmente assegurado e indispensável à promoção e ao desenvolvimento da personalidade e à proteção da dignidade da pessoa humana.⁹

Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues, por seu turno, afirmam que o instituto em comento, visto de uma perspectiva constitucional, visa impedir que “o viúvo(a) – mormente aquele de idade mais avançada – seja alijado do único imóvel integrante do monte partível, em que residiu toda uma vida com o falecido”.¹⁰

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que a regra do direito real de habitação, válida e compatível com o sistema jurídico e com seus princípios norteadores, é claramente protecionista, na medida em que sua finalidade visa garantir qualidade de vida e conforto ao viúvo(a) em sua moradia, bem como impedir que a morte de um dos componentes da união afetiva provoque o afastamento do outro do lar do casal. Ocorre que, segundo os autores, diferentemente do que previa o Código Civil de 1916, o direito real de habitação é vitalício e não se submete a quaisquer condições, possibilitando que o seu

8 Art. 1.611, § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (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. Acesso em: 10 nov. 2020).

9 NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo; MEIRELES, Rose Melo Venclau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 101.

10 ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 177.

titular permaneça residindo no imóvel que servia de lar conjugal até o fim de sua vida, mesmo que constitua nova união afetiva.

Asseveram ainda que:

a solução não nos parece razoável. Com efeito, permitir que o cônjuge se mantenha residindo no imóvel, que *não lhe pertence*, mesmo que constitua uma nova família, implica em alteração da natureza protecionista do instituto, transmudando em abuso do direito real sobre coisa alheia e verdadeira vingança contra os descendentes do falecido (os legítimos proprietários do imóvel, que sofrem a restrição imposta pelo direito de habitação).¹¹

Sendo assim, a depender dos contornos fáticos, são plenamente possíveis situações em que se verifique a existência de conflitos de interesses e de direitos do cônjuge/companheiro que tenha em seu favor o direito real de habitação e dos sucessores do falecido, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade, como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, que dependiam economicamente do falecido e que, com sua morte, veem-se, repentinamente, desamparados. Surge, então, a problemática do presente trabalho de pesquisa, questionando-se se seria possível a aplicação da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas, a depender do caso concreto, diante da existência de tais conflitos.

3 NORMAS JURÍDICAS: REGRAS E PRINCÍPIOS

As normas jurídicas são a forma pela qual o Direito se expressa, esculpindo “prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”. Dentre suas principais características estão a *imperatividade*, que se traduz na obrigatoriedade do cumprimento da norma, e a *garantia*, que diz respeito à

11 A regra, para os autores, “pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, *exempli gratia*, que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva), venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 5. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 353).

existência de instrumentos hábeis a “assegurar o cumprimento da norma ou a impor consequências em razão do seu descumprimento”.¹²

No que tange à classificação, “o modelo de sistema jurídico do Estado de Direito constitucional democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e princípios”,¹³ ou seja, a doutrina divide as normas jurídicas nessas duas principais categorias. Para Ronald Dworkin, princípios e regras são semelhantes, tendo em vista que ambos determinam o cumprimento de obrigações jurídicas. No entanto, diferenciam-se qualitativamente na medida em apresentam modalidades distintas de diretivas.¹⁴

Cumprir esclarecer que, em que pese o reconhecimento normativo dos princípios e a sua indiscutível relevância, principalmente a partir do final da década de 80, com os estudos de Dworkin,¹⁵ não há que se falar em hierarquia entre as normas jurídicas. Isso porque o “ordenamento jurídico brasileiro, partindo da *Lex Fundamentalis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo”.¹⁶

Significa dizer que as espécies normativas desempenham papéis distintos no ordenamento: de um lado, as regras têm como principal função a garantia da segurança jurídica, enquanto os princípios “dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”.¹⁷ Dessa forma, importante se faz a distinção entre ambas, pois

12 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 194.

13 GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29. *apud* PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 168.

14 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

15 BARROSO, 2019, p. 206.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defesability*) no direito das famílias: alvitrando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM**, 2013, p. 116. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/295.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

17 BARROSO, 2019, p. 210.

“um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios”.¹⁸

Os princípios, conforme os ensinamentos de Robert Alexy, tratam-se de mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.¹⁹ Ainda, no dizer de Luís Roberto Barroso, “os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”.²⁰ Significa dizer que os princípios são a base valorativa do sistema jurídico.

Por possuírem conteúdo aberto e alto grau de abstração, são frequentes as situações de colisão entre princípios distintos quando da aplicação de normas conflitantes no caso concreto. A solução, em tais casos, encontra-se na técnica de ponderação de interesses, ou técnica de balanceamento, na qual os valores são sopesados, colocados em uma balança imaginária, para que a dignidade da pessoa humana indique qual norma deverá prevalecer.²¹

Por outro lado, as regras podem ser compreendidas como “o resultado de uma ponderação de princípios”.²² No dizer de Alexy, são mandados de definição, ou seja, descrevem condutas e possuem conteúdo objetivo, determinado e específico, prescrevendo um comando imperativo. Para o autor, trata-se de “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos”.²³

18 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 74.

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

20 BARROSO, 2019, p. 205.

21 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

22 BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUCRJ, n. 37, jul. 2010. Disponível em: <http://direitoestado.sociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91.

É a sistemática do “tudo ou nada” (*an all or nothing*), preconizada por Dworkin, segundo o qual “se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão”.²⁴ Ou seja, a regra válida deverá ser aplicada, mesmo que não se mostre adequada socialmente.

Diante da existência de contradição entre normas-regras válidas simultaneamente, tem-se que os conflitos podem ser dirimidos por meio da introdução das chamadas cláusulas de exceção, constituídas por um procedimento de valoração de argumentos e contra-argumentos, no qual “em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar a exceção”.²⁵ Não sendo possível a inserção de uma cláusula de exceção, deverá o confronto entre regras ser solucionado por meio dos critérios hierárquico ou cronológico, exceto nas hipóteses de conflito entre regras gerais e específicas, devendo, neste caso, aplicar-se o critério da especialidade.²⁶

Não havendo a possibilidade de o conflito ser resolvido mediante as técnicas tradicionais de hermenêutica jurídica, propõe Ana Paula Barcellos que seja feita uma ponderação de valores, tendo em vista a necessidade de se analisar quais os fins, os valores e as razões que deram ensejo à elaboração de cada uma das regras em confronto,²⁷ pois “a rigor, em conflitos envolvendo esta espécie normativa, o que se pondera não são as regras em si, mas os princípios nos quais se fundamentam”.²⁸

Dúvida maior diz respeito às hipóteses em que o conflito se dá entre regras e princípios, tendo em vista que, eventualmente e em casos específicos, as regras compatíveis com o sistema jurídico, válidas e, em tese, aplicáveis ao caso em concreto, podem colidir com os valores e ideais do sistema jurídico como um todo.

24 DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

25 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

26 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 148.

27 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e efetividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

28 NOVELINO, 2018, p. 148.

Diante desse cenário, em que pese a pretensão de definitividade concedida pelo legislador às normas-regras, não há como se garantir sua aplicação indistintamente, no modelo “tudo ou nada” preconizado por Dworkin.²⁹ Todavia, em razão da existência de uma regra válida, não seria possível a aplicação da técnica da ponderação a fim de encontrar solução ao problema, surgindo então a necessidade de se buscar um método que permita estabelecer, no caso concreto, exceções à regra vigente a fim de resolver da maneira mais adequada e justa possível o conflito instalado.

Tais situações, excepcionadíssimas e não previstas pelo legislador, são conhecidas como *extreme cases* (*casos extremos*)³⁰ ou *casos trágicos*³¹, pois são de escassa ocorrência prática e de extrema complexidade, não existindo nenhuma resposta correta para sua solução, razão pela qual podem ser considerados os “casos mais difíceis que se pode encontrar na argumentação jurídica”.³²

No dizer de Cristiano Chaves de Farias:

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.³³

Em tais situações, estando o intérprete diante de um caso concreto dotado de peculiaridades, considerado um caso extremo no qual a aplicação da norma jurídica posta provocaria a violação de direitos fundamentais, surge o questionamento a respeito de qual caminho deverá o aplicador

29 BUSTAMANTE, Thomas de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul. 2010, p. 610. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2143/1743>. Acesso em: 30 jun. 2021.

30 FARIAS, 2013, p. 112.

31 ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*: teoría de la argumentación jurídica. México: Universidad Autónoma de México, 2005, p. 46.

32 BUSTAMANTE, 2010, p. 612.

33 FARIAS, 2013, p. 122.

do direito percorrer para fazer justiça no caso concreto. A resposta à indagação pode ser encontrada na teoria da derrotabilidade das regras jurídicas.

4 A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Como técnica adequada à solução dos casos extremos ou casos trágicos surge a teoria da derrotabilidade das regras, também chamada de superabilidade ou *defeseability*. Na esfera do Direito a tese relaciona-se, de acordo com Anízio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello, “à adequação das normas jurídicas gerais a casos particulares a partir da relação regra/exceção”,³⁴ permitindo, casuisticamente e em situações especiais, a exclusão de uma regra válida por meio de uma decisão *contra legem*, ou seja, contrária à regra vigente, que reconhece uma exceção não prevista pelo legislador quando da elaboração da norma.³⁵

A respeito da possibilidade de superação das regras, leciona Thomas Bustamante:

Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser normas absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada à qual seria impossível admitir exceções. Se a distinção regra/princípio é adotada, então se deve reconhecer que as regras são normas superáveis. Os princípios constituem o material que será empregado na justificação da sua superabilidade. Há duas características dos princípios que são altamente relevantes para a superabilidade. Em primeiro lugar, os princípios, ao contrário das regras, constituem uma institucionalização imperfeita na moral, já que estabelecem apenas um fim ou valor a ser buscado, embora na máxima medida possível. Em segundo lugar, os princípios, tendo

34 GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 15, n. 1, jan. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n1/1808-2432-rdgv-15-01-e1907.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

35 BUSTAMANTE, 2010, p. 611.

em vista o seu caráter axiológico mais acentuado, constituem o fundamento das regras jurídicas.³⁶

Dessa forma, levando em consideração a afirmativa de que os princípios são a base axiológica do ordenamento jurídico como um todo e que há “hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”,³⁷ seria possível ao juiz excepcionar uma regra válida, deixando de aplicá-la em casos específicos, os já mencionados casos extremos ou casos trágicos, que podem estar relacionados a qualquer área especial do Direito.

Em tais hipóteses, o destaque encontra-se na “manifesta ou extrema injustiça que o particular teria de suportar se a regra fosse aplicada”,³⁸ tornando possível ao magistrado afastar, casuisticamente, a norma-regra válida, com a finalidade precípua de realizar justiça no caso concreto, fundamentando sua decisão no ideal de justiça social³⁹ e na promoção de direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana⁴⁰.

Diante da possibilidade da derrotabilidade das normas-regras, pergunta-se: seria possível o afastamento, *in casu*, do direito real de habitação em favor do cônjuge/companheiro supérstite, quando sua efetivação provocar o sacrifício de valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência) dependentes economicamente do falecido?

36 BUSTAMANTE, 2010, p. 612.

37 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

38 PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da derrotabilidade**: as exceções não previstas nas regras jurídicas. Curitiba: Juruá, 2019, p. 146.

39 FARIAS, 2013, p. 124.

40 Para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é “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 ou 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” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

A resposta é, *a priori*, positiva. Isso porque, conforme referido anteriormente, a regra que estabelece o direito real de habitação é, claramente, uma norma protecionista que visa garantir direitos fundamentais e direitos existenciais do cônjuge ou do companheiro sobrevivente do falecido, entre eles o direito à moradia, previsto constitucionalmente. No entanto, em situações excepcionais, tal benefício pode se mostrar conflitante com a proteção dos sucessores vulneráveis em situação de dependência econômica para com o extinto.⁴¹

Para exemplificar as distorções práticas que podem decorrer do reconhecimento do direito real de habitação, imagine-se

uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um único apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior, continuará residindo *mesmo que constitua uma nova relação afetiva*, podendo, até mesmo, levar seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuía para o seu sustento, já está morto...). A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu

41 A respeito da vulnerabilidade: “Verificar quem são os vulneráveis no Direito Sucessório é identificar aqueles que, figurando no rol dos herdeiros legítimos, devem ser alimentados. A vulnerabilidade econômica no Direito Sucessório não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas sim aquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade” (BORGES, Roxana Cardoso; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan. 2017, p. 83. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>. Acesso em: 23 jun. 2021).

direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva (...).⁴²

Em razão de seus contornos fáticos, trata-se a situação posta de verdadeiro caso trágico, de pouca ocorrência prática, mas totalmente factível. Tem-se, de um lado, uma norma-regra válida e, em tese, aplicável ao caso concreto, e, de outro, a necessidade de proteção a outros parentes do falecido, titulares de direitos hereditários, que, de uma hora para outra, passam a viver em situação de desamparo, em verdadeira desatenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No sentir de Ana Luiza Maia Nevares, tem-se que,

com efeito, diante da família instrumento, é salutar proteger o cônjuge, mas evidentemente não se pode garantir-lhe uma proteção excessiva e em descompasso com a sua realidade, mormente quando em concorrência com outros parentes do *de cuius*, mercedores de especial proteção. Realmente, como já afirmado em outra sede, para a concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito da sucessão hereditária, esta deve ter em vista a pessoa do sucessor, ou seja, as suas características e aspectos individuais e, em especial, sua relação com o autor da herança e com os bens existentes no acervo hereditário.⁴³

Dessa forma, ante a necessidade de funcionalização dos institutos jurídicos, no caso específico o direito real de habitação, que tem como escopo a tutela de direitos fundamentais, especialmente o direito à moradia, faz-se necessário investigar, no caso em concreto, se o cônjuge/companheiro supérstite efetivamente necessita do benefício a ele concedido pela legislação. Isso porque, sendo o instituto um instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, não poderá privilegiar exclusivamente o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, mesmo que este não necessite residir no imóvel do acervo hereditário, em detrimento de herdeiros necessários que dependiam economicamente do falecido para sua moradia e subsistência.

Diante de tais situações excepcionais, a solução seria a aplicação da teoria da derrotabilidade, afastando-se, casuisticamente, a norma-regra

42 FARIAS, 2013, p. 133.

43 NEVARES, Ana Luiza Maia. Uma releitura do direito real de habitação na sucessão hereditária. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/29/releitura-direito-real-de-habitacao/#_ftn10. Acesso em: 23 jun. 2021.

do direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro supérstite, com a finalidade de garantir a imperatividade dos valores fundamentais objetivados pelo sistema jurídico como um todo – nessa hipótese, a “proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente”,⁴⁴ bem como a proteção dos idosos e pessoas com deficiência. Para tanto, importante se faz o estabelecimento de critérios racionais para a aplicação da teoria da derrotabilidade em tais casos, objetivando-se alcançar a segurança jurídica e a existência de decisões racionalmente justificadas, razão pela qual necessário se faz o estudo aprofundado da temática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela pesquisa realizada, mostrou-se que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil determina que os institutos jurídicos sejam aplicados sob a ótica constitucional, visando à promoção de direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana. Viu-se que o direito real de habitação, previsto no artigo 1.831 do Código Civil, foi concedido ao cônjuge supérstite e estendido ao companheiro por força do artigo 7º da Lei n.º 9.278/1996, objetivando a proteção e a concretização do direito fundamental à moradia e de direitos existenciais do viúvo que, independentemente do regime de bens ou da existência de meação ou herança, poderá, vitaliciamente, permanecer residindo no imóvel que servia de lar conjugal.

Observou-se que, eventualmente e em situações muito específicas, a garantia do direito real de habitação ao seu titular poderá colidir com direitos fundamentais de vulneráveis como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência que eram, até a morte do *de cuius*, dependentes economicamente deste.

Expôs-se o conceito de norma jurídica, cujas principais características são a obrigatoriedade de cumprimento e a existência de instrumentos que assegurem sua obediência ou imponham sanções para a desobediência, tendo como função essencial introduzir socialmente a ordem e a justiça. Verificou-se que as normas jurídicas são bipartidas em normas-princípios (mandamentos de otimização) e normas-regras (mandados de definição), não havendo hierarquia entre ambos. Verifi-

44 FARIAS, 2013, p. 134.

cou-se que diante da colisão entre princípios, aplica-se a técnica da ponderação, enquanto o confronto entre regras é resolvido por meio das técnicas tradicionais de hermenêutica.

Em casos excepcionais, que na doutrina podem ser chamadas de casos extremos ou casos trágicos, surge uma colisão entre uma norma-regra e uma norma-princípio, sendo a solução para tais situações a aplicação da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas. Observou-se a possibilidade de se “derrotar” uma norma-regra válida, criando exceções à sua aplicação no caso concreto para corrigir a falha legislativa. Diante disso, propõe-se a aplicação da teoria da derrotabilidade aos casos extremos envolvendo o direito real de habitação quando em colisão com direitos fundamentais de vulneráveis economicamente dependentes do falecido para, no caso concreto, excepcionar o direito em comento. Por fim, conclui-se que é necessário o estudo aprofundado da temática e o estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação da teoria no caso concreto, a fim de se proferir decisões racionalmente justificadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018

ATIENZA, M. **Las razones del derecho**: teoría de la argumentación jurídica. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

ÀVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, A. P. de. **Ponderação, racionalidade e efetividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 10 nov. 2020

BRASIL. **Lei n.º 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, R. C.; DANTAS, R. M. L. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BUSTAMANTE, T. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUCRJ, n. 37, jul. 2010. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.

BUSTAMANTE, T. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2143/1743>. Acesso em 18 nov. 2020.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, C. C. de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, IBDFAM, 2013. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/295.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: sucessões**. 5. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

GAVIÃO FILHO, A. P.; PREVEDELLO, A. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 15, n. 1, jan. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n1/1808-2432-rdgv-15-01-e1907.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LÔBO, P. L. N. **A constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVARES, A. L. M. **Uma releitura do direito real de habitação na sucessão hereditária**. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/29/releitura-direito-real-de-habitacao/#_ftn10. Acesso em: 10 nov. 2020.

NEVARES, A. L. M.; TEPEDINO, G.; MEIRELES, R. M. V. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

PREVEDELLO, A. **Teoria da derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2019.

ROSA, C. P. da; RODRIGUES, M. A. **Inventário e partilha**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO DIREITO DAS FAMÍLIAS DEMOCRÁTICO

Lygia Maria Copi¹

1. INTRODUÇÃO

A ideia de infância foi constituída, na modernidade², a partir de uma visão negativa, a partir daquilo que em tese lhe falta e que justifica sua subordinação. Isso fica evidente pela própria etimologia das palavras comumente utilizadas para descrever o universo infantil: a palavra “infância” alude ao não-falante, àquele cujo discurso não é legítimo, pois não articulado. A palavra “aluno” remete àquele que não tem luz ou conhe-

- 1 Doutora em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre e bacharel em Direito pela mesma Instituição. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional (Virada de Copérnico) da UFPR. Professora do Curso de Direito da Universidade Positivo. Advogada. *E-mail*: lygiamariacopi@gmail.com
- 2 Em sua obra “História Social da Criança e da Família”, Ariès apresenta a tese de que a infância, do modo como atualmente entendida, é um produto da modernidade. Segundo o autor, o “sentimento de infância” – isto é, a consciência quanto à particularidade da criança em relação ao adulto – surge apenas na passagem para a modernidade, sob forte influência do cristianismo. De acordo com Ariès, é possível afirmar que, antes disso, havia crianças, mas não havia infância. As crianças tinham visibilidade concreta, pois compartilhavam a vida social com os adultos, mas não tinham a visibilidade que se tem em matéria de proteção e cuidado. ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986. p. 230-231.

cimento. A palavra “criança”, por sua vez, faz referência àquele que ainda não foi plenamente criado.

Desde a década de 1970, todavia, constata-se um movimento dentro das ciências sociais cujo objetivo é de denunciar a tendência de domínio das crianças pelos adultos e de afirmar sua condição de atores sociais, ou seja, de pessoas que detêm certa autonomia e que interferem ativamente na sociedade. Esta discussão repercutiu na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, a qual introduziu uma abordagem emancipatória em prol da população infanto-juvenil ao reconhecer-lhe direitos de liberdade e instrumentos para proteção de sua autonomia. A definição dos direitos humanos de crianças e de adolescentes pela Convenção é atravessada pelo propósito de emancipação, isto é, pela luta por “espaços de reconhecimento, autoestima, autonomia e responsabilidade enquanto sujeitos”³.

A doutrina da proteção integral, inscrita pela Convenção, é pautada pelo reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos em condições especiais, os quais independem de seus pais ou de outros adultos para terem seus direitos assegurados. Com o propósito de assegurar mais autonomia às personagens infantis, previu a Convenção o direito à oitiva e à participação de crianças e adolescentes em procedimentos judiciais e administrativos que os afetem.

Em outro giro, com a constitucionalização do direito civil emerge a ideia de democratização das relações familiares. Desde a crise do modelo jurídico patriarcal, desigual e transpessoal de família, reconhece-se que a pessoalidade de todos os integrantes da família deve ser promovida e considerada – inclusive daqueles não atingiram a maioridade.

O modelo democrático de família repercute, também, em casos de conflitos familiares, nos quais preferencialmente as soluções devem ser construídas de modo dialogado entre seus integrantes. Desponta, nesse cenário, a importância da mediação familiar, que tem como objetivos a facilitação da comunicação entre os envolvidos, a redução da litigiosidade e a manutenção das relações pessoais entre pais e filhos.

Diante desse quadro de garantia de autonomia e de pessoalidade a crianças e adolescentes e de democratização das relações familiares, a pergunta que o trabalho visa a responder é a seguinte: é juridicamente

3 RUBIO, David Sanchez. **Encantos e desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17.

possível que crianças e adolescentes participem da mediação familiar a despeito da sua condição de incapazes?

A hipótese que norteia o estudo é de que a possibilidade de participação de menores de dezoito anos na mediação familiar é decorrência das premissas do direito da(s) infância(s) e do direito das famílias. Em observância ao método hipotético-dedutivo, que direcionou o desenvolvimento do trabalho, a questão levantada será analisada a partir da doutrina da proteção integral e dos preceitos do direito das famílias na perspectiva constitucional.

2. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Convenção sobre os Direitos da Criança – adotada em 1989 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil no ano seguinte por meio do Decreto n. 99.710/90 – é propagada como o instrumento de direitos humanos mais aceito da história⁴. Assinado por 196 países, o documento é paradigmático por instalar a conexão entre infância e direito⁵ ao incluir no Estado de Direito as crianças e os adolescentes, que outrora estavam dele excluídos⁶.

Em seus cinquenta e quatro artigos, o documento define como crianças os sujeitos com menos de dezoito anos, estabelece o princípio da não-discriminação e prevê os direitos à vida, ao nome, à nacionalidade, à convivência familiar, à liberdade de opinião, à liberdade de crença e de

4 A despeito da ratificação massiva dos países – à exceção dos Estados Unidos, único país que não aderiu à Convenção –, não podem ser ignoradas, como esclarece Arantes, “as dezenas de Reservas feitas aos seus artigos por diferentes países”. Isso demonstra que a aceitação da Convenção foi, em muitos países, parcial (ARANTES, Esther M. M. Duas décadas e meia de vigência da Convenção sobre os Direitos da Criança: algumas considerações. IN: BRANDÃO, Eduardo Pontes (org.) **Atualidades em Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Nau, 2016. p. 55).

5 TORRENS, María Claudia. **Autonomía progresiva**: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019. p. 49.

6 A Observação Geral n. 13, de 2011, do Comitê dos Direitos da Criança, dispõe que “o princípio do Estado de Direito deve aplicar-se plenamente às crianças, em pé de igualdade com os adultos.”

culto, à liberdade de reunião e de manifestação, à educação e à cultura, à proteção contra todos os tipos de violência, à proteção de crianças deficientes, à saúde, ao descanso e ao lazer, dentre outros.

A Convenção representa uma nova fase em matéria de direitos humanos, marcada pela expansão dos sujeitos protegidos, bem como do seu conteúdo e de seus instrumentos de aplicação. Até então, crianças e adolescentes não eram plenamente reconhecidos como titulares de direitos, de modo que sua proteção dependeria de forma exclusiva da iniciativa de um adulto – especialmente pais e representantes do Estado.

De acordo com Cillero Bruñol, três são as principais características da Convenção: a integralidade da proteção conferida às crianças, ao abarcar todas as dimensões de suas vidas e de seu desenvolvimento; o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos em condição especial, a partir da compreensão de que são destinatárias das normas jurídicas e têm capacidade para titularizar e exercer direitos, mas que necessitam de amparo adicional em decorrência da maior vulnerabilidade a que estão submetidas; e a transição das necessidades infantis para a condição de direitos, os quais devem ser garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado⁷.

Com base em comentários à Convenção, é possível afirmar que a proteção por ela conferida às crianças e aos adolescentes se fundamenta em três principais pilares: o melhor interesse da criança, a autonomia progressiva e o direito de participação e de oitiva⁸. Na presente análise, o foco reside neste último pilar.

Sobre o direito de participação, a Convenção estabelece, em seu artigo 12, o direito da criança e do adolescente de expressar suas opiniões sobre *todos* os assuntos a eles relacionados, devendo ser levadas em consideração de acordo com sua idade e a maturidade⁹. Sobre esse disposi-

7 CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. **Minoridad y familia, Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar**, Buenos Aires, n. 10, 1999.

8 Nesse sentido indicam Torrens (TORRENS, María Claudia. **Autonomía progresiva: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019. p. 68) e Cillero Bruñol (Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. **Minoridad y familia, Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar**, Buenos Aires, n. 10, 1999).

9 BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). **Infância, Lei e Democracia na América Latina**, v. 1. Blume-nau: EDIFURB, 2001. p. 48.)

tivo, Baratta trata da necessidade de uma leitura ampliada da expressão “sobre todos os assuntos relacionados com a criança”, pois *todos* os temas em que intervêm e decidem os adultos afetam as crianças, seja de modo direto ou indireto. Trata-se, de acordo com o autor, do princípio do interesse universal da criança.

A respeito do direito a ser ouvido e o direito à participação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão referente ao caso “Atala Riffo e crianças *versus* Chile”, esclarece que não basta ouvir a criança, é necessário que suas opiniões sejam seriamente consideradas “a partir do momento em que seja capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante exame caso a caso”¹⁰. Indica, ainda, que para não considerar a opinião da criança a autoridade deve argumentar especificamente nesse sentido¹¹.

Também sobre o tema, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 16, que os menores de dezoito anos têm direito à liberdade, o qual compreende o direito de ir e vir, o *direito de opinião e de expressão*, o direito de crença e culto religioso, o direito de brincar e se divertir, o direito *de participar da vida familiar* e comunitária, o direito de participar da vida política e o direito de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Na doutrina da proteção integral, inscrita no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, infantes deixam de ser compreendidos como sujeitos *sem fala*, haja vista o dever de respeito e de consideração às suas opiniões.

3. O DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

No que atine ao direito das famílias, a Constituição Federal de 1988 consagrou a passagem da concepção institucional de família para a perspectiva eudemonista e democrática, direcionada à promoção da per-

10 CORTE IDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

11 CORTE IDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

sonalidade dos seus membros¹². A família – antes enclausurada em um modelo único pautado pelo matrimonialismo, pela desigualdade, pelo patriarcalismo e pela transpessoalidade – foi juridicamente reconhecida como lócus de pluralidade, de realização pessoal, de afeto e de igualdade entre as pessoas que a compõem¹³.

Este outro modelo de família não é mais constituído exclusivamente através do instituto do casamento. O artigo 226 do texto constitucional representa uma cláusula de abertura dos modos de formação da entidade familiar, permitindo o reconhecimento jurídico da união estável, das famílias recompostas, daquelas formadas por pares homoafetivos e das famílias monoparentais¹⁴. Na medida em que o aspecto formal já não é preponderante para a formação e o reconhecimento da entidade familiar, a afetividade passa a ser identificada como o elemento principal que a caracteriza e que a torna destinatária de proteção jurídica. Implícitamente, o constituinte reconheceu que são os laços de afeto que dão origem e fundamentação à família.

Em outro giro, não se reconhece a entidade familiar como unidade econômica e, igualmente, as uniões não podem mais ser compreendidas a partir do objetivo de enlace patrimonial. Verifica-se, nesse sentido, um movimento de repersonalização das relações familiares. De acordo com Bodin de Moraes, a família não se trata de uma unidade totalizadora, em que a instituição é mais importante que seus membros. No mode-

12 De acordo com Bodin de Moraes, “até o final da década de 1960, a comunidade familiar ainda agia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual orbitavam seus membros; a partir de então, passa a caracterizar-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja “íntima natureza” deve ser respeitada e incentivada” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 3. 2018. p. 07. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020).

13 LACERDA, Carmen Sílvia Maurício de. Famílias monoparentais: conceito. composição. responsabilidade. In: ALBUQUERQUE, F. S.; EHRHART JR., M.; OLIVEIRA, C. A. de. **Família no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivum, 2010. p. 169.

14 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 218, 2018. 02. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456/3462>. Acesso em: 03 ago. 2020.

lo constitucional, as vulnerabilidades, os desejos e as potencialidades de cada integrante têm relevância e sua individualidade deve ser considerada e incentivada. Diante disso, família democrática “nada mais é do que a família em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada”¹⁵.

Nas palavras de Menezes, essas mudanças em relação ao modelo institucional “cunham uma *família democrática*, cuja energia constitutiva é a vontade; a substância caracterizadora é a afetividade; e o perfil funcional é a promoção da pessoa de seus integrantes”¹⁶. Cada indivíduo é um fim em si mesmo e, assim, a todos os membros é reconhecida autonomia para buscar sua felicidade e realização pessoal¹⁷. O princípio da dignidade humana garante aos integrantes da família o direito à autodeterminação, que é o “motor da subjetividade”, permitindo-lhes “a expressão genuína de sua personalidade pela idealização e realização de planos, projetos, escolhas, tomada de decisões, etc”¹⁸.

Diante dessas alterações que apontam para a democratização das entidades familiares e para a horizontalidade entre seus membros, o instituto da autoridade parental irrompe com a lógica do pátrio poder e recebe novos contornos. A principal alteração decorre do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de igual importância no cenário familiar. Verifica-se, aliás, uma inversão de prioridades: enquanto o pátrio poder existia em prol dos interesses do genitor, a autoridade familiar atualmente se justifica para tutelar os direitos das crianças e dos adolescentes¹⁹.

15 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 3. 2018. p. 07-09. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

16 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 218, 2018. 02. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456/3462>. Acesso em: 03 ago. 2020.

17 PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. Cuidado, ética, responsabilidade e compromisso: famílias possíveis. **Coleção Direito UERJ 80 Anos - v. 10: Criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 211.

18 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 218, 2018. 05. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456/3462>. Acesso em: 03 ago. 2020.

19 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

A terminologia ora adotada, preferível em relação à expressão *poder familiar*, reflete a mudança atravessada pelo instituto. Conforme explica Teixeira, muito embora a palavra *autoridade* indique poder, “traduz, de forma preponderante, uma relação de ascendência; é a força da personalidade de alguém que lhe permite exercer influências sobre o demais, sua conduta e reflexões”²⁰. A expressão *autoridade parental* indica o rompimento da supremacia do pai cristalizada pelo Código Civil de 1916, na medida em que promove abertura no sentido de abranger a mãe como igual titular deste poder-dever.

A principal alteração a ser destacada sobre a passagem do pátrio poder para a autoridade parental é o abandono da ideia de que os filhos são objetos de propriedade dos pais, os quais dependem da vontade destes para ter seus interesses satisfeitos. Na sistemática atual, em decorrência da doutrina da proteção integral inscrita na Constituição Federal em seu artigo 227, crianças e adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direitos dotados de dignidade humana. A partir do princípio do melhor interesse, a família – juntamente com o Estado e com a sociedade – resta vinculada à tutela dos direitos dos indivíduos que não atingiram a maioridade. Assim, crianças e adolescentes, em virtude de sua maior vulnerabilidade decorrente da condição de sujeitos em desenvolvimento, devem ter seus interesses priorizados no âmbito familiar²¹.

20 A autora também explica por que a expressão poder familiar não se revela a mais adequada: “[...] poder familiar é mais adequado que pátrio poder, embora ainda não seja a expressão mais recomendável. Poder sugere autoritarismo, supremacia e comando, ou seja, uma concepção diferente do que o ordenamento jurídico pretende para as relações parentais. Já familiar não sugere que sua titularidade caiba apenas aos pais, mas que seja extensivo a toda a família (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2.ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5). Elimar Szaniawski também defende que o uso da expressão *autoridade familiar* é o mais correto, pois designa “o poder-dever protetivo e assistencial dos pais em relação aos filhos” (SZANIAWSKI, Elimar. **Diálogos com o direito de filiação brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 321).

21 Oliveira aponta em sua tese de doutorado que os direitos da infância têm permitido, através do recurso ao melhor interesse da criança e do adolescente, a invisibilização dos direitos e interesses da mulher mãe, que se trata de outro personagem também vulnerável no cenário familiar. (OLIVEIRA, Ligia Ziggioiti de. **Cuidado como valor jurídico**: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo. Tese [Doutorado] – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019). A pertinência da crítica é revelada quando se observa que o reconhecimento e a aplicação desses direitos ocorreram dentro da lógica patriarcal. Defende-se, aqui, a reconstrução do Direito da(s) Infân-

Esta maior vulnerabilidade, no entanto, não fundamenta que a autonomia progressivamente adquirida pelas crianças e adolescentes seja desconsiderada pelos seus pais. Em verdade, cabe aos genitores respeitar e fomentar a autonomia dos filhos em cada período de sua vida, tendo em vista que a maturidade e o discernimento são conquistas graduais que acompanham o desenvolvimento de sua personalidade²².

No contexto da família eudemonista e democrática, torna-se dever dos pais o respeito à personalidade dos filhos que, na condição de sujeitos dotados de dignidade, têm a possibilidade de se autodeterminar na medida da evolução de suas capacidades. E, além disso, outro dever que recai às autoridades parentais é o de educar os filhos em vista à sua autonomia. Nesse sentido, o instituto da autoridade familiar, em seus novos contornos, é funcionalizado ao melhor interesse da criança e do adolescente, que se dirige à emancipação dos filhos. Sobre isso, Perlingieri afirma que

O interesse do menor identifica-se também com a obtenção de uma autonomia pessoal e de juízo e pode concretizar-se também na possibilidade de exprimir escolhas e propostas alternativas que possam ter relação com os mais diversos setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos, desde que seja salvaguardada a sua integridade psicofísica e o global crescimento da sua personalidade²³.

Pode-se afirmar, assim, que o exercício da autoridade familiar no quadro atual deve ser realizado em vistas à obtenção de autonomia pelas crianças e adolescentes, cabendo aos pais educar, assistir, promover a personalidade e edificar a liberdade dos filhos em vistas a contornar suas vulnerabilidades e assumir responsabilidades²⁴.

A defesa da autonomia de crianças e adolescentes no âmbito familiar não aniquila o dever dos pais de proteger, orientar e dar limites

cia(s) em uma perspectiva de democracia familiar e de igualdade material entre os componentes da família (pai, mãe e filhos).

- 22 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 218, 2018. p. 12. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456/3462>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- 23 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 260.
- 24 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 178.

aos filhos. O modelo de autoridade parental no cenário da democratização das relações familiares impõe o exercício saudável e dialogado deste poder-dever pelos pais, com a participação de todos os membros nas decisões que atingem a família. Deste modo, é necessário que sejam consideradas as opiniões e os interesses dos filhos menores, sem que isso signifique que todos seus desejos devam ser atendidos²⁵.

A solução aos impasses que atravessam as relações familiares deve ser baseada no diálogo, no afeto e no respeito à dignidade e à personalidade de todos os integrantes – inclusive daqueles que ainda estão na infância e na adolescência. A mediação familiar, conforme se verá adiante, é método de solução de conflitos familiares alinhado à perspectiva democrática de família.

4. A MEDIAÇÃO FAMILIAR E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A mediação, de modo geral, é um método pacífico de resolução de conflitos cuja base é a cooperação e cujo objetivo é de que as pessoas envolvidas possam se comunicar de forma efetiva, a partir de um diálogo respeitoso em que exponham suas necessidades e interesses²⁶.

Conflito, de acordo com Mireles, pode ser conceituado como a existência de necessidades ou interesses divergentes entre duas ou mais pessoas ou entre grupos, que os percebem como irreconciliáveis²⁷. A

25 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2.ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 160-162.

26 MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 93.

27 MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

mediação familiar, especificamente, é adotada em conflitos oriundos da relação entre familiares, e tem como objetivos a facilitação da comunicação entre os envolvidos, a redução da litigiosidade e a manutenção das relações pessoais entre pais e filhos²⁸.

Oportuno esclarecer que não se pretende analisar a mediação familiar em si – seu histórico, os princípios que a regem e seus requisitos, mas a possibilidade de pessoas menores de dezoito anos participarem desta prática e a viabilidade da mediação familiar intergeracional.

A defesa da participação de crianças e adolescentes no âmbito da mediação familiar é recente. Conforme afirma Ferreira, até pouco tempo considerava-se que os pais seriam os legítimos representantes de seus filhos, porque supostamente conheceriam melhor que ninguém suas necessidades e interesses. Tal compreensão justificava a desnecessidade de os filhos menores participarem diretamente na resolução de conflitos familiares decorrentes da ruptura da união conjugal, especialmente em situações sobre guarda e exercício do poder familiar²⁹. No entanto, a resolução eficaz dos conflitos familiares que envolvem crianças e adolescentes requer a compreensão de que estes têm interesses e perspectivas distintas de seus pais³⁰.

Além de recente, a participação de crianças e adolescentes na mediação familiar é bastante limitada, ficando restrita aos conflitos decorrentes do término da união dos pais. Em uma análise tradicional, Ripoll-Millet aponta que a mediação familiar é recomendada para situações próprias de ruptura de relacionamentos, como definição da guarda dos filhos, regime de visitas, pagamento de alimentos para os filhos e para o

diacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 89.

- 28 POÇAS, Isabel. A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**, Porto, n. 73, 813-862, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/handle/11328/793>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 835.
- 29 FERREIRA, Paulo Alexandre Milheiro Gaspar. **Audição de Crianças e Jovens na Mediação Familiar nos Casos de Separação e Divórcio**. Tese (Doutorado) – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas – Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2013. p. 135.
- 30 MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 90.

ex-cônjuge. O recurso à mediação familiar, na ótica do autor, restaria vinculada a separações e divórcios, de modo que a participação das crianças se limitaria à opinião sobre estes processos³¹.

A participação de crianças e adolescentes na mediação familiar – além de recente e restrita – é também excepcional, tanto no cenário nacional como no internacional³². A excepcionalidade revela o descompasso da prática com a Convenção sobre os Direitos da Criança, que em seu art. 12 estabelece o direito de participação dos menores de dezoito anos em todas as decisões judiciais ou administrativas que possam lhes afetar. Com isso, ao menos em tese, crianças e adolescentes devem ter a possibilidade de fazer parte da mediação familiar quando questões que lhes atingem estejam em pauta.

Os principais argumentos contrários à participação de crianças e adolescentes na mediação familiar são os seguintes: (i) a participação de filhos menores na mediação não é adequada, porque eles não são os responsáveis pelo conflito parental e por isso não devem ser nele envolvidos; (ii) sua participação favorece sua dor e sua confusão; (iii) as crianças e adolescentes participantes podem se sentir pressionados a expressar seus sentimentos e opiniões ou a fazer uma escolha entre o pai ou a mãe e (iv) podem, ainda, se sentir responsabilizados pelo rompimento da união dos pais³³. Concorda-se com Mireles quando afirma que estes argumentos reforçam a predominância da vontade dos adultos sobre a das crianças, e servem como instrumento para que os pais controlem e submetam os filhos a seus próprios interesses³⁴.

31 RIPOLL-MILLET, Álex. **Mediación familiar**. Barcelona: Paidós, 2000. p. 02-03. Disponível em: <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/Mediación%20familiar.-%20Álex%20Ripoll-Millet.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

32 MATAS, Jesús A. Valero. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. **Repositorio Institucional da Universidade de Santiago de Compostela**, v. 9, n. 1, p. 89-100, 2010. Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/8390/pg_091-102_rips9-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 mar. 2021. p. 89.

33 FERREIRA, Paulo Alexandre Milheiro Gaspar. **Audição de Crianças e Jovens na Mediação Familiar nos Casos de Separação e Divórcio**. Tese (Doutorado). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas – Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2013. p. 139-141.

34 MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediação%20familiar.-%20Mireles.pdf>.

De outro lado, aqueles que se posicionam favoravelmente à participação de crianças e adolescentes na mediação familiar defendem que a inclusão dos filhos menores de dezoito anos assegura maior dinamismo e qualidade aos acordos, mais respeito entre os genitores após o rompimento da união, menor chance de alienação parental e apontam, ainda, que dar a oportunidade para falarem é fator que os protege face a situações de risco e que colabora para a formação de indivíduos autônomos³⁵.

A participação de crianças e adolescentes não é recomendável e possível em todo e qualquer caso de conflito parental. Em primeiro lugar, a inclusão de filhos menores depende do seu desejo e disposição para participação na mediação, pois se trata de um direito e não de um dever. Em segundo lugar, a participação de filhos menores de dezoito anos deve ser condicionada à adequação do ambiente e à capacitação dos profissionais envolvidos. Por fim, tal possibilidade depende nível de amadurecimento da criança ou do adolescente. A tendência, com isso, é de que crianças pequenas não sejam partícipes do processo de mediação familiar.

A despeito dessas limitações, compreende-se que a participação de filhos menores de dezoito anos na mediação familiar é vantajosa e deve ser ao máximo promovida. Isso porque, ao serem ouvidos em tal âmbito, são considerados como pessoas reais, com suas próprias características e desejos, que têm interesses individuais no que diz respeito ao exercício do poder familiar e da guarda, a título de exemplo. Conforme afirma Poças, o melhor interesse de crianças e adolescentes será atingido se forem informados sobre seus direitos e encorajados e exercê-los em todos os aspectos de suas vidas³⁶.

A participação de crianças e adolescentes na mediação familiar não deve, contudo, estar restrita aos conflitos entre adultos cuja resolução afetará suas vidas. É necessário alargar as hipóteses de utilização da prática para situações em que os pais não sejam os principais protagonistas do

diacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 97.

- 35 MATAS, Jesús A. Valero. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. **Repositorio Institucional da Universidade de Santiago de Compostela**, v. 9, n. 1, p. 89-100, 2010. Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/8390/pg_091-102_rips9-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 mar. 2021. p. 95.
- 36 POÇAS, Isabel. A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**, Porto, n. 73, 813-862, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/handle/11328/793>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 862.

problema, com sua extensão a conflitos intergeracionais, isto é, entre pais e filhos que não atingiram a maioria e que enfrentam problemas de convivência³⁷. Se a proposta da mediação é promover a paz e educar para a paz, sua aplicação não pode ficar limitada à população adulta.

Tendo em vista que crianças e adultos, dentro do contexto familiar, podem ter visões diferentes sobre os mais diversos temas e que a opinião dos filhos deve ser considerada e ao máximo respeitada, o recurso à mediação familiar em situações de conflito entre pais e filhos é forma de reduzir a litigiosidade e de preservar os vínculos familiares. Na maior medida possível, a resolução dos problemas vivenciados entre pais e filhos deve decorrer do diálogo e da autocomposição.

A mediação intergeracional, com a participação de crianças e adolescentes, desafia a lógica adultocêntrica que impera. Isso porque a educação para a paz requer a superação do desequilíbrio de poder que existe nas relações e nos conflitos entre pais e filhos, de modo que se faz necessário passar de um exercício de domínio através do autoritarismo, da obediência e da submissão para uma relação de colaboração entre crianças e adultos. Para que se encontre uma solução pacífica em embates entre pais e filhos menores é indispensável que aqueles considerem estes como pessoas iguais em direitos e liberdade. É necessário, assim, que seja estabelecida uma relação dialógica entre os membros da família, baseada no reconhecimento do outro como pessoa diferente e merecedora de igual respeito³⁸.

A mediação familiar intergeracional, com a participação de menores de dezoito anos, constitui um instrumento que pode garantir a crianças e adolescentes o direito de viver uma vida livre de violência³⁹ – não apenas física, mas também psíquica, simbólica e estrutural. É, ainda, uma forma de assegurar à população infantojuvenil o direito à manifestação de opinião e à autonomia. Mas para que isso se realize é necessário que os adultos estejam dispostos a escutar – e não apenas a ouvir – crianças e adolescentes.

37 MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 99.

38 Ibidem.

39 Ibidem.

5. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A presente pesquisa foi norteadada pelo seguinte questionamento: É possível que crianças e adolescentes participem da mediação familiar a despeito da sua condição de incapazes? A resposta a esta complexa pergunta demandou uma análise acerca dos preceitos da doutrina da proteção integral e das premissas do direito das famílias democrático e constitucionalizado.

Como resposta, compreendeu-se que a participação da população infantojuvenil deve ser garantida no âmbito da mediação familiar como decorrência do direito de serem ouvidas e de terem suas opiniões consideradas na resolução de questões que lhes atingem. Concluiu-se, ainda, que tal participação não é possível em todos os casos, devendo ser considerados especialmente a idade e o grau de maturidade da criança ou do adolescente.

Verificou-se, principalmente com base em doutrina estrangeira, que o envolvimento dos filhos menores na resolução dos conflitos familiares tende a configurar como medida que promove seus direitos humanos, assegura sua condição de sujeitos de direitos e reduz a assimetria entre crianças e adultos.

Por fim, verificou-se que o recurso à mediação familiar não deve restar limitado aos conflitos protagonizados pelos pais, podendo ser estendido às situações em que genitores e filhos menores entram em conflito em relação ao exercício da autoridade parental. Trata-se da mediação familiar intergeracional, que é fundamentada na condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e merecedores de respeito em relação aos seus interesses e perspectivas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Esther M. M. Duas décadas e meia de vigência da Convenção sobre os Direitos da Criança: algumas considerações. *IN: BRANDÃO, Eduardo Pontes (org.) Atualidades em Psicologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Nau, 2016.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.

BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). **Infância, Lei e Democracia na América Latina**, v. 1. Blumenau: EDIFURB, 2001.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilista.com.**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 3. 2018. p. 03-04. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. **Minoridad y familia, Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar**, Buenos Aires, n. 10, 1999.

CORTE IDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

FERREIRA, Paulo Alexandre Milheiro Gaspar. **Audição de Crianças e Jovens na Mediação Familiar nos Casos de Separação e Divórcio**. Tese (Doutorado). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas – Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2013.

LACERDA, Carmen Sílvia Maurício de. Famílias monoparentais: conceito. composição. responsabilidade. In: ALBUQUERQUE, F. S.; EHRHART JR., M.; OLIVEIRA, C. A. de. **Família no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivum, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATAS, Jesús A. Valero. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. **Repositorio Institucional da Universidade de Santiago de Compostela**, v. 9, n. 1, p. 89-100, 2010. Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/8390/pg_091-102_rips9-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 mar. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 218, 2018. p. 12. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456/3462>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRELES, Maria de Lourdes Almada. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. **Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**, n. 8, p. 78-114, 2021. Disponível em: <http://cathi.uacj.mx/bitstream/handle/20.500.11961/18244/Mediacion%20familiar%20y%20DD%20de%20NNA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021.

OLIVEIRA, Ligia Ziggioiti de. **Cuidado como valor jurídico**: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo. Tese [Doutorado] – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019

PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. Cuidado, ética, responsabilidade e compromisso: famílias possíveis. **Coleção Direito UERJ 80 Anos - v. 10: Criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POÇAS, Isabel. A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**, Porto, n. 73, 813-862, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/handle/11328/793>. Acesso em: 19 mar. 2021.

RIPOLL-MILLET, Álex. **Mediación familiar**. Barcelona: Paidós, 2000. p. 02-03. Disponível em: <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/Mediacion%20familiar-%20Alex-Ripoll-Millet.pdf>

RUBIO, David Sanchez. **Encantos e desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LYGIA MARIA COPI

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2.ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRENS, María Claudia. **Autonomía progresiva**: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Diálogos com o direito de filiação brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NA BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fernanda Feijó de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o número de ações judiciais nas varas de família tem crescido de maneira alarmante. Na cidade de Porto Alegre, por exemplo, se faz necessária a atuação de oito cartórios destinados a cuidar de processos de temática relacionada ao direito das famílias apenas no Foro Central, onde, mesmo com um ritmo de trabalho constante por parte dos servidores, as ações não são eficazes no quesito tempo.

Com a chegada da COVID-19 e a consequente pandemia, os processos que já possuíam uma duração superior ao limite razoável, tiveram seus prazos suspensos e permaneceram meses sem movimentação, causando prejuízos ainda maiores para aqueles que esperam de uma decisão judicial pontos objetivos e determinantes de um futuro ainda repleto de incertezas.

Em que pese todos os interessados possam chegar a ser atingidos por essa morosidade mencionada, há de se analisar os danos em potencial destinados às crianças e aos adolescentes envolvidos nas ações de

1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP); Especialista em Direitos Humanos, Gênero e Sexualidade pela UniRitter/RS e em Direitos LGBT+ pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico/RS; Graduada em Direito pela UniRitter/RS; Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da PPDG/FMP, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; Advogada; Endereço eletrônico: oliveira9406@hotmail.com.

direito das famílias, uma vez que uma ação proposta ainda na infância pode ter sua decisão proferida somente na adolescência desse indivíduo.

Dessa forma, através de uma análise doutrinária, com a aplicação do método dedutivo, busca-se analisar como os direitos das crianças, jovens e adolescentes estão sendo priorizados nas ações de divórcio onde estão incluídos como partes, bem como quais os métodos mais adequados para a preservação dos direitos garantidores de um desenvolvimento saudável.

Para tal, o presente trabalho foi dividido em duas partes: a primeira parte, subdividida em três seções, tem o objetivo de demonstrar o caminho percorrido pelo casal que opta pela extinção do vínculo conjugal através da ação judicial, bem como a eficácia das sentenças de primeiro grau, aplicadas, muitas vezes, para pessoas que ainda não superaram o término da relação.

Já a segunda parte, dividida em duas seções, tem como foco principal demonstrar a possibilidade de utilização da mediação judicial como ferramenta essencial de promoção da proteção integral dos filhos, onde o interesse das crianças e dos adolescentes pode ser analisado e compreendido pelo exercício de reflexão dos próprios pais, sem a interferência e poder de decisão de um terceiro, nesse caso o juiz.

1 A FAMÍLIA PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ACESSO AO PROCESSO DE DIVÓRCIO: O FATOR EMOCIONAL ENQUANTO REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA UM TÉRMINO SAUDÁVEL

Inicialmente, faz-se necessário destacar que o âmbito familiar, visto antes como um meio de conquistas econômicas e de reprodução, passou a ser, a partir da Carta Magna de 1988,² um local de busca por realizações e desenvolvimento pessoal, onde seus integrantes ganharam o direito de viver de forma igualitária, incentivados a conquistar desejos

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

particulares baseados no respaldo familiar.³ Como bem apontado por Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, “a família passou a existir em função de seus membros e não ao contrário”⁴

Com base nessa perspectiva, sociedade e família ganharam novos significados, sendo esta vista como base daquela, envolta por especial proteção estatal, com fulcro no disposto no artigo 226, da Constituição Federal.⁵ Ainda no que tange ao núcleo familiar, juntamente à figura do Estado, os pais e a sociedade, como um todo, tornaram-se responsáveis pela promoção de uma vida digna aos filhos, condizente aos princípios e garantias destinadas às crianças e aos adolescentes, conforme previsto no artigo 227, também da Constituição Federal.

As garantias de liberdade e igualdade trazidas na chamada Constituição Cidadã, influenciaram tanto na construção e no desenvolvimento do núcleo familiar quanto em sua dissolubilidade, ao incluir no §6º, de seu artigo 226, a possibilidade de divórcio, o qual poderia ocorrer desde que comprovada a separação judicial por prazo mínimo de um ano ou a separação de fato por prazo não inferior a dois anos.

Somente anos mais tarde, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010,⁶ o prazo para a extinção do casamento através do divórcio foi removido da legislação, permitindo a dissolução do vínculo conjugal sem a exigência da prévia separação.

No entanto, em que pese essa ideia de facilitação no procedimento de divórcio, a prática se distancia enormemente da proposta legal, uma vez que no processo estão envolvidos os sentimentos, expectativas e anseios de

3 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** uma abordagem psicanalítica. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 226.

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

5 *Ibidem*, p.40.

6 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 05 set. 2021

toda uma família.⁷ Para Adolfo Braga Neto e Lia Regina Casaldi Sampaio, “parte-se sempre da premissa de que o conflito não só decorre da estrutura relacional existente, mas sobretudo, de eventuais intenções atribuídas e expectativas pessoais não atendidas de cada um dos envolvidos.”⁸

Nessa busca por uma vida digna e compatível às necessidades individuais, onde os conflitos passam a predominar o âmbito da família, a qual, via de regra, deveria ser o centro de apoio e referência para a realização do ser, muitas são as pessoas que veem no divórcio o caminho mais adequado para a retomada de uma vivência saudável.

No entanto, com a influência emocional, poucas são as famílias que logram dar tais passos em harmonia, uma vez que até que se conclua qual a melhor solução aos problemas do casal, os conflitos iniciais de convivência podem estar impregnados no seio familiar, atingindo tanto as partes em conflito, quanto seus demais membros. Sobre a existência desses conflitos Adolfo Braga e Lia Sampaio apontam que de fato:

Deveriam ser considerados naturais a qualquer laço familiar, porém, em razão de estarem intrinsecamente ligados à perspectiva de abalo na estrutura interna de cada indivíduo, são vistos de maneira negativa, o que acaba por dificultar sua resolução pela negociação direta entre os envolvidos.⁹

Seguindo pelo caminho onde a resolução do conflito de forma consensual e extraprocessual se mostra inviável, as partes interessadas em extinguir o vínculo conjugal se veem na necessidade de buscar auxílio do judiciário, de modo que o juiz, enquanto terceiro imparcial, ficará incumbido pela tomada de decisões com o objetivo de sanar os conflitos expostos documentalmente pelo casal.

Todavia, a remessa do conflito familiar às mãos do Estado, na pessoa do Magistrado, leva consigo, também, os problemas enfrentados em relação aos filhos, fruto desse relacionamento, e ao exercício do po-

7 ARNOLD, Clarice Paim; STEIN, Thaís Silveira. Questões jurídicas no âmbito familiar: Uma construção interdisciplinar. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fey de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família: Um compromisso de todos**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

8 BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Casaldi. **O que é Mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2011. p. 58.

9 *Ibidem*.

der familiar, tornando o vínculo parental pauta de discussão dentro dos Cartórios Judiciais.¹⁰

Em sua grande maioria, os processos nos quais crianças e adolescentes atuam como interessados tendem a possuir semelhante motivação quanto a seu surgimento: a apresentação de resistência de um dos genitores ante suas responsabilidades e seus deveres para/com o(s) filho(s) após a extinção do vínculo anteriormente existente entre os pais.

Nesse aspecto, tem-se de importante destaque as palavras de Águida Arruda Barbosa com relação ao tipo de comunicação existente entre os pais, antes e durante o período de ruptura de laços:

Enquanto o ex-casal realimenta inadequadamente o vínculo “conjugal” por meio da comunicação da linguagem do conflito, os filhos vivem uma situação de abandono diante da dificuldade de diálogo entre os pais. Muitas vezes, o conflito se mantém “em nome” da criança, no entanto, os filhos ficam sufocados e sem espaço para compreender seu efetivo papel na família, a qual foi transformada pela separação.¹¹

A ação processual será, então, proposta dentro de moldes de íntima relação para com a prole, onde pedidos destinados a solucionar os conflitos do casal em relação aos filhos serão tidos como objeto principal do conflito a ser analisado pelo Estado, o qual ficará responsável pela aplicação da proteção integral da criança e do adolescente aos partícipes indiretos e principais interessados dentro do processo, devendo a sentença ser proferida pelo Juiz de modo a favorecer as necessidades apresentadas pelos filhos do casal em litígio.

10 “Art.1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao Juiz para solução do desacordo.” BRASIL. **Código Civil Brasileiro (2002)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 7 set. 2021.

11 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

1.1 O PROCEDIMENTO JUDICIAL E O CAMINHO RUMO À SENTENÇA DEFINITIVA

Como anteriormente mencionado, as ações de direito de família encaminhadas ao Poder Judiciário cujo principal interessado passa a ser o indivíduo com menos de dezoito anos apresentam, em sua maioria, a problemática quanto à necessidade de expressa regulamentação da prática dos atos a cargo dos genitores. Ações de divórcio que envolvem alimentos, guarda e convivência, em geral, demonstram a incapacidade dos pais quanto à manutenção de uma relação de civilidade após o rompimento dos laços enquanto cônjuges, prejudicando o exercício pleno do poder familiar ao qual estão sujeitos os filhos.

Nesse contexto, para além da busca pela verdade jurídica dos fatos, através dos meios processuais aplicáveis a todo e qualquer procedimento, torna-se viável a mudança no comportamento do Magistrado, devendo o mesmo agir de forma compatível ante a sensibilidade e a vulnerabilidade presentes nos sujeitos do caso, bem como através de um linguagem mais clara e compatível à idade daquele que forma parte do processo,¹² conforme observa Galdino Augusto Coelho ao citar que aos Juízes que lidam com crianças e adolescentes:

[...] não basta o conhecimento do Direito que têm que possuir todos os Magistrados, sendo necessário que o profissional se muna de um plus. Este plus é a sensibilidade que deverá ter para lidar com as graves situações comportamentais e de crises familiares e para tratar com as crianças e os adolescentes, sempre pautando sua atuação e suas decisões em benefício destes.¹³

12 RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar.** Coimbra: Edições Almedina, AS, 2009. p. 117.

13 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Do Poder Judiciário In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 584.

Faz-se necessário, assim, identificar no perfil do julgador uma quebra de protocolos formais,¹⁴ possibilitando uma visão apartada do processo comum e dos textos normativos, os quais, via de regra, destinam-se ao simples cumprir de atos procedimentais.¹⁵ Para João Batista Villela:

As crianças e os adolescentes, cujos conflitos os tenham levado à presença do Juiz, têm o sagrado direito de encontrar na pessoa do Magistrado o pai ou a mãe que não puderam ter ou que, se tiveram, não souberam ou não puderam bem exercer as suas funções. Ora, ser pai ou ser mãe é, em larga medida, saber ouvir.¹⁶

Por consequência, os atos processuais tendem a tornarem-se menos mecânicos, com traços de interação verdadeiramente humana, baseados na busca pela confiança entre julgador e principal interessado – a criança envolvida no litígio, bem como ante as excepcionais necessidades trazidas pelo fundo sentimental apresentado pela família como um todo.¹⁷

Ainda, para além da lei escrita, nas ações de família se faz necessário o uso da interdisciplinaridade como um dos principais auxílios na busca pela proteção integral das crianças e adolescentes envolvidas no conflito. Conforme expõe Águeda Arruda Barbosa:

No atual estágio do Direito de Família, é de rigor que a formação dos profissionais que se ocupam dos conflitos familiares seja de natureza interdisciplinar. É preciso reconhecer a necessidade de ampliar o conhecimento dos conflitos desta ordem, que lhe chegam, exercendo o papel altruísta de amor ao próximo e, com res-

14 RIBEIRO, Catarina João Capela. *A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Edições Almedina, AS, 2009. p. 89.

15 DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 137.

16 VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/repensandodireito.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

17 “As causas familiares veiculam temas de direito indisponível e personalíssimo, de forma que a atuação do Magistrado deve ser a mais completa possível na formação do panorama instrutório.” TARTUCE, Fernanda. A ampliação da noção de paternidade e sua prova no processo. *In*: CARVALHO NETO, Inácio de (Org.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. v. 1. Porto Alegre: Juruá, 2009. p. 368.

ponsabilidade, promover o cuidado para resgatar o princípio da verdade nas relações jurídicas da família.¹⁸

Considerada essa esfera de julgamento, onde a família como núcleo central do litígio apresenta variantes entre sistema emocional e sistema racional, vê-se de impetuosa valorização os critérios apresentados por profissionais de distintos ramos, uma vez que, conforme apontado por Jesus Gomes, o ordenamento jurídico foi estabelecido como sistema de regulação de condutas e não dispõe de meios adequados para lidar com as emoções,¹⁹ ou seja, ainda que cabível a ele a proteção das crianças e dos adolescentes, a limitação existente para com as questões psicológicas e emocionais tem por consequência a prolongação dos danos ocasionados no período da separação.

Destaca-se, dessa forma, a importância da interação entre Direito, Psicologia e demais ciências relacionadas às questões internalizadas presentes em cada indivíduo, conforme a menção realizada por Cláudia Rohden e Raquel Silveira ao afirmarem que “não podemos esquecer que o sujeito de direito é uma pessoa fruto de suas experiências subjetivas.”²⁰

Ante as palavras de Gisele Câmara Groeninga:

Há uma diferença entre a visão do que é o conflito para o Direito e para a Psicologia: enquanto para o primeiro refere-se à pretensão resistida, se resolvendo ao final do processo, para a segunda o conflito não se resolve porque faz parte da vida, mas sim se transforma. Quando o conflito se transforma num impasse, pode acabar sendo encaminhado ao Judiciário sob a forma de lide.²¹

18 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129.

19 GOMES, Jesus Tupã Silveira. A Mediação como instrumento para a recuperação dos vínculos afetivos estabelecidos nas relações familiares. In: ROSA, Conrado Paulino da. (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: Gráfica; RJR, 2016. p. 84.

20 ROHDEN, Cláudia Ernst P.; SILVEIRA, Raquel da Silva. Direito de Família: Novas bases conceituais. In: ROHDEN, Cláudia Ernst P.; VALE, Juliana Leite Ribeiro do (Org.). **Lições de Direito das Famílias**. v. 24. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2014. p. 20.

21 GROENINGA, Gisele Câmara. **O papel profissional do assistente técnico na relação cliente/perito/Juiz**. Cadernos temáticos CRP/SP. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/10/frames/fr_opapel.aspx. Acesso em: 20 ago. 2021.

Se analisado o meio de atuação e interação dos profissionais vinculados ao Direito, percebe-se ainda mais evidente a necessidade de atuação de profissionais capazes de auxiliar os indivíduos quanto às questões emocionais, consideradas pouco ou nada relevantes dentro dos autos de um processo, conforme apontam Clarice Paim Arnold e Thaís Silveira Stein:

No intento de prestar a reposta almejada, muitas são as limitações que cercam o Poder Judiciário e os profissionais do direito na tentativa de adequar a legislação em vigor à realidade fática, permeada de aspectos culturais, dinâmicos e mutáveis que, muitas vezes, se chocam cós os desejos dos cidadãos tomados individualmente. Tal constatação se torna mais lúcida quando se tem a convicção de que juízes, promotores e advogados, no exercício de suas funções, como regra, não se voltam à apreensão de conteúdos emocionais, como fazem os especialistas terapêuticos de família, mas se aqueles profissionais levarem em consideração os subsídios fornecidos por estes, certamente estarão otimizando os resultados do desempenho de suas atribuições.²²

Coletadas as provas e ouvidas as partes interessadas no feito, com maior ou menor grau de influência da equipe multidisciplinar encarregada de auxiliar os envolvidos nas ações de família, os processos são encaminhados à sentença para que o Juiz, através das provas constituídas, profira sua decisão de modo a garantir o melhor interesse da criança ou adolescente envolvida no litígio.

1.2 A VIDA FORA DOS AUTOS: A PLICAÇÃO DAS SENTENÇAS À VIDA PRÁTICA E A SENSAÇÃO AGRIDOCE DA VITÓRIA

Compreendido rapidamente o procedimento trilhado dentro do Judiciário, há de se analisar o caminho percorrido na vida prática, enquanto o processo atravessa as incertezas e expectativas das partes e se conclui, inicialmente, em uma decisão de primeiro grau.

22 ARNOLD, Clarice Paim; STEIN, Thaís Silveira. Questões jurídicas no âmbito familiar: Uma construção interdisciplinar. *In*: AZAMBUJA, Maria Regina Fey de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família**: Um compromisso de todos. Porto Alegre: IBDFAM, 2004. p. 140.

Durante o período em que as ações judiciais percorrem o lado procedimental, da petição inicial até a sentença, os atos processuais e extraprocessuais seguem gerando uma grande influência na vida de cada membro envolvido no conflito. Os pais, já separados, ganham um novo papel a cumprir na vida dos filhos: o de serem pais presentes, ainda que residindo em casas distintas.

Junto a esse distanciamento físico, surge a imperiosa necessidade de demonstrar à prole que o laço parental não faz parte desse rol de vínculos que se busca extinguir nos autos de um processo, devendo os pais reafirmarem seus papéis enquanto genitores afetivamente responsáveis.²³

No entanto, o fato de existir uma intervenção judicial, que divide a família entre os dois polos de uma ação, provoca à relação parental uma lacuna ainda maior que o conflito inicial e, ainda mais difícil de ser preenchida. Independentemente de quais sejam os fatores que levam o autor da ação de família a ingressar com a demanda jurisdicional, ao recorrer a esse caminho, esse indivíduo é visto como o “culpado” por dar início a uma guerra familiar.²⁴

A atuação pouco célere do Poder Judiciário também influencia negativa e diretamente nesse comportamento, considerados os anos em que pais e filhos podem permanecer vinculados apenas por atos constituídos dentro do processo. O abandono afetivo, por exemplo, caracterizado pela ausência de um dos genitores na vida em desenvolvimento da criança, pode ser iniciado no momento da extinção do vínculo entre cônjuges e ser fortalecido com o ajuizamento da lide processual. Outrossim, pode ser praticado durante todo o procedimento judicial onde, dificilmente, uma sentença, vista para uma criança como uma simples folha de papel, terá o poder de extinguir.

Nesse passo a demanda que deve ter como finalidade o bem-estar e a manutenção da vida digna e protegida dos filhos é dirigida até sua sentença de primeiro grau pela busca conflitante entre indivíduos que expõem suas mágoas e ressentimentos numa sequência de falhas antônimas ao êxito, cujo objetivo principal passa a estar ligado à chamada síndrome do perde e ganha, conforme as palavras de Maria de Nazareth Serpa:

23 CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p 243

24 ROSA, Conrado Paulino da. **A Justiça que Tarda, Falha**: a Mediação como Nova Alternativa no Tratamento dos Conflitos Familiares. Revista Nacional da Faculdade de Direito Uniritter, n. 11, 2010. p. 65.

A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz. Não existe a devida preocupação dos responsáveis com as consequências de suas decisões. Não que o comportamento se constitua em desleixo, mas porque os conflitos, com envolvimento de questões familiares raramente podem ser resolvidos a contento de todos os envolvidos, sem uma intervenção criteriosa.²⁵

Claro está que a aplicabilidade das sentenças depende da vontade de ambos os pais e, em grau mínimo da vontade da criança em si, para que haja a execução e a concretização da convivência familiar de forma benéfica e isonômica. Para Ada Pellegrini Grinover, a imposição decisória presente em uma sentença judicial:

Na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.²⁶

O pai ou a mãe que se mostra incapaz de superar os danos emocionais causados pela separação ou pela impossibilidade de diálogo, vê na sentença, por mais complexa e determinante que seja, motivos que levam ao seu não cumprimento.²⁷

Quando demonstrado esse tipo de resistência, mesmo após um longo processo em âmbito jurisdicional, o conceito de “simples papel” tem por praxe sair da visão unicamente pertencente à criança e atingir o núcleo familiar como um todo, ocasionando a pais e mães a sensação não de vitória, como inicialmente desejado, mas de impotência onde, após anos de batalha judicial, o resultado na vida prática se mostra próximo a

25 SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 18.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. Atlas: São Paulo, 2007. p. 4-5.

27 BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Casaldi. **O que é Mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2011. p. 58.

zero, sendo necessário atos ainda mais drásticos para que o cumprimento do exercício da parentalidade seja alcançado.

2 A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR E SUA EFICÁCIA NOS CONFLITOS ONDE CRIANÇAS E ADOLESCENTES FIGURAM COMO PRINCIPAIS INTERESSADOS

A incapacidade dos pais, a nível emocional, somada às imperfeições de um Judiciário com um número exorbitante de processos, tem como resultado as situações vivenciadas na sociedade atual. As novas gerações demonstram em suas atitudes os claros efeitos evolutivos ocorridos nos últimos anos, efeitos esses tanto positivos, quanto negativos, de forte ligação à estrutura e ruptura dos variados núcleos familiares criados e recriados no decorrer dos anos pós Constituição.

Compreendidas as necessidades de mudança quando analisado o desenrolar dos processos judiciais, o uso da mediação familiar, enquanto meio adequado para a resolução autocompositiva de conflitos, foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro como uma prática célere e informal, organizada de modo a evitar muitos dos problemas hoje encontrados no procedimento judicial rumo ao caminho da pacificação entre os ex-cônjuges. Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa “em uma sociedade que, cada vez mais, divide pequenos espaços, ou aprendemos a utilizar o diálogo ou entraremos em colapso. A família contemporânea, enquanto um núcleo de afetividade, necessita de uma educação para a pacificação.”²⁸

Sendo uma alternativa viável para a reconstrução e manutenção da vivência digna e rotineira levada pelos partícipes da batalha familiar, o uso da mediação garante ao indivíduo disposto à sua prática, um rol evolutivo de conhecimento, tanto do conflito de forma generalizada, quanto especificamente da pessoa, partícipe do conflito, facilitando o comprometimento para com os demais em todos os atos subsequentes relacionados à vida em comum.²⁹

Para Stella Breitman e Alice Costa Porto:

28 ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 180.

29 *Ibidem*.

O processo de Mediação Familiar é uma alternativa mais saudável para essas situações. Seu objetivo não é reconciliar um casal em crise, antes estabelecer uma via de comunicação que evite os dis-sabores de uma batalha judicial. É uma forma de auxílio ao casal separando, para que possa negociar seus desacordos, direcionando seu divórcio ou separação de maneira que possam seguir se ocupando de seus filhos.³⁰

O atual Código de Processo Civil, grande influenciador do uso da mediação enquanto meio adequado para o tratamento de conflitos, expõe em seu artigo 694 e seguintes, a audiência de Mediação Familiar em âmbito processual como primeiro passo para a busca da reconstrução dos laços de civilidade entre os indivíduos.³¹

Dessa forma, a Mediação Familiar, através do uso da caixa de ferramentas, “metáfora usualmente empregada na prática da Mediação para designar o conjunto de técnicas e procedimentos utilizados na dinâmica do processo”,³² segue um procedimento de roteiro pré-ordenado onde, de maneira informal e com a máxima confidencialidade, as partes são instruídas e direcionadas a buscar uma solução aos conflitos anteriormente criados.

Para além das atribuições de pacificação, a Mediação, a partir de sua esfera interdisciplinar, logra atingir outros campos, transcendendo as sessões realizadas e alcançando o futuro de cada parte envolvida. Para João Luiz Lessa Neto, essa mentalidade, construída a partir das técnicas mediativas, denota as possibilidades garantidoras de uma provável mudança do Judiciário.³³ O mesmo, ainda entende que:

30 BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar: uma intervenção em busca da paz.** Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 50.

31 “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o Juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a Mediação e conciliação.[...]” BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 ago. 2021.

32 ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas na Mediação: aportes práticos e teóricos.** São Paulo: Dash, 2014. p. 26.

33 LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a Mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, ano I, v. 2, n. 10, jan/fev. 2016. p.86.

Valendo-se da Mediação como espírito investigativo da compreensão do sofrimento humano nos conflitos de família, em médio e longo prazo revela-se um extraordinário alcance de valor pedagógico, já que a consciência construtiva do conflito será disseminada para as gerações futuras das famílias formadas pelas crianças bem assistidas de hoje, na ruptura do casal conjugal de seus pais.³⁴

Nesse mesmo sentido, dispõe Rafael Mendonça que a Mediação:

Apresenta um alto valor pedagógico, incitando a busca por novos caminhos (através da conduta do mediador) para que os envolvidos desenvolvam suas autonomias, pois, obviamente, está-se aprendendo a ser independente quando se adquire a consciência da importância de ser protagonista das transformações dos próprios conflitos. Assim, com a ajuda dada através da Mediação, levando os sujeitos a dialogar, a poderem analisar suas dificuldades de inter-relacionamento, aprofundando-se nas raízes de suas insatisfações e conflitos, é que se está realmente reconhecendo-as como “outros”, capacitados a darem conta de sua própria vida.³⁵

Dessa forma, entende-se que não apenas os partícipes da Mediação Familiar são atingidos por suas ferramentas, mas sim todos aqueles que, de alguma forma, cercam o casal. Há, entretanto, a necessidade de vinculação entre os pais e os filhos no âmbito da alteração da construção familiar, devendo ser levados em conta os sentimentos e interesses expostos diretamente pelas crianças. Na interpretação de Stella Breitman e Alice Costa Porto:

Quando o casal decide pela separação, quando percebe que o casamento não tem chances de prosseguir, os cônjuges já atravessaram uma fase de sofrimento, de dor intensa e profunda. Rompendo com a união, geralmente a sensação de fracasso é terrível e pode estar acompanhada de depressão, angústia, rancor, raiva, sentimento de traição, humilhação, manifestações somáticas, afastamento de amigos e parentes, além de sérias dificuldades financeiras decorrentes da repartição de rendas e despesas, o que reper-

34 *Ibidem.*

35 MENDONÇA, Rafael. **(Trans) Modernidade e Mediação de conflitos.** Pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Florianópolis: Habitus Editora, 2006. p. 141.

cute no emocional dos filhos, que poderão sentir-se abandonados, rejeitados, ou até culpados pelo término da relação dos pais.³⁶

Ante tal conotação, torna-se de imperiosa validade a prática da Mediação no interior dos lares. A compreensão dos sentimentos dos filhos propiciará uma facilitação quando da necessidade de explicar as razões pelas quais as tomadas de novos rumos serão distintas entre os pais. Para isso, o contexto pedagógico supracitado mostra-se de grande auxílio, para com os filhos, na busca pelo diálogo sincero e compreensivo, indispensável para que se inicie uma nova história, baseada no bem-estar de todos os componentes da família.

Os filhos, ao compreenderem a existência do laço indissolúvel que os liga aos pais, agora divorciados, entenderão também as novas molduras familiares, crescerão com novos pensamentos e manterão em si a lembrança do cuidado a eles dedicados por ambos os genitores, passando às próximas gerações os mesmos tratamentos que receberam, uma vez que suas atitudes se repetirão, como dito na canção conhecida na voz de Elis Regina: “Apesar de termos feito tudo o que fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como nosso pais”.³⁷

Isto posto, pode-se dizer que, ainda que a relação conjugal se desfça em determinado momento da vida, prática comum e aceita em nossa atual sociedade, enquanto pais, responsáveis pelo cumprimento do poder familiar, o casal que se dispuser a dialogar, buscando, impreterivelmente, a manutenção e a promoção do afeto em razão das crianças, possui grandes chances de alcançar seu objetivo e, inclusive ultrapassá-los, uma vez que, consideradas as palavras de Stella Breitman e Alice Costa Porto:

A busca e o alcance da paz num momento de guerra interior, quando se dividem filhos e bens, emoções e sentimentos, projetos comuns e sonhos desfeitos, pode parecer utopia mas, vivenciando e, de alguma forma, desfrutando de um processo de mediação, vemos uma nova realidade: é possível terminar um relacionamento em

36 BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 66.

37 BELCHIOR, Antônio Carlos. **Como nossos pais**. Disponível em: <<https://www.lettas.mus.br/belchior/44451/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

paz. Em outras palavras, é possível realizar acordos após o término de um relacionamento, de um modo mais racional e justo.³⁸

Neste panorama, o alcance do melhor interesse da criança e do adolescente, tanto no momento presente, quanto naquele projetado ao momento futuro, permitirá aos pais, por meio da capacidade adquirida, modificar a criação e o desenvolvimento do indivíduo em formação.³⁹

2.1 O USO DA MEDIAÇÃO VIRTUAL COMO MEIO ADEQUADO À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DURANTE A PANDEMIA

Compreendido o potencial da mediação familiar dentro dos conflitos que chegam ao Judiciário, faz-se necessário avaliar as atuais circunstâncias vividas pelos indivíduos que convivem com o litígio durante o atual momento de pandemia. Sabe-se que nos últimos 18 meses, os processos físicos passaram mais tempo suspensos que em andamento e as audiências presenciais, desde março de 2020, não estão sendo realizadas dentro do que se pode considerar um ritmo adequado.

A morosidade imposta pela nova realidade, somada, ainda, às restrições de mobilidade, exigem do judiciário a busca por novas práticas que facilitem e acelerem a resolução dos processos em curso.

Uma das vias encontradas pelos Tribunais foi a aplicação do caput do art. 46, da lei 13.140,⁴⁰ o qual indica a possibilidade de realização de sessões virtuais de mediação, desde que ambas as partes estejam de acordo. Tal prática vem sendo aplicada aos processos em andamento,

38 BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 217.

39 GOMES, Jesus Tupã Silveira. A Mediação como instrumento para a recuperação dos vínculos afetivos estabelecidos nas relações familiares. In: ROSA, Conrado Paulino da. (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: Gráfica e editora RJR, 2016. p. 81.

40 “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.” BRASIL. **Lei nº 13.140 (2015)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm. Acesso em 27 ago. 2021.

a pedido das partes interessadas ou por determinação do próprio juízo, promovendo o envio dos autos ao CEJUSC e a realização de uma ou mais audiências de mediação com intermédio de profissional capacitado.

Assim como a mediação judicial presencial, a prática em sua modalidade virtual tem sofrido críticas por profissionais do Direito e parte da sociedade que busca a resolução de seus conflitos através da interferência judicial. Todavia, há de se analisar como o funcionamento e a aplicabilidade desse método de resolução tem ocorrido no último ano.⁴¹

Claro está que a chegada inesperada da COVID-19, provocou no sistema judicial um colapso que resultou na suspensão dos prazos físicos por mais de 6 meses ininterruptos,⁴² fazendo com que a utilização da mediação virtual seja considerada uma via alternativa e eficaz principalmente quando analisado o quesito tempo, mas a aplicabilidade desse sistema multipartas precisa ser avaliado de forma mais abrangente, a fim de se verificar a verdadeira funcionalidade e eficácia propostas pela modalidade à distância.

Inicialmente, mostra-se de extrema necessidade verificar o acesso das partes e a qualidade do sistema proporcionado pelo judiciário, o qual, muitas vezes, não se mostra habilitado para a realização das sessões de mediação de forma adequada. A aplicação imediata, exigida pela pandemia, fez com que os tribunais, ainda despreparados para o uso da tecnologia, fossem obrigados a buscar programas e aplicativos adequados para a realização das sessões. Por algum tempo, inclusive, foram realizados alguns convênios que prometiam o bom funcionamento das audiências de mediação, no entanto, as soluções inicialmente aplicadas não chegaram a se tornar fixas, gerando um rol de diversos caminhos para a promoção dos encontros com as partes e seus procuradores.

A variação na escolha dos ambientes virtuais somada ao pouco conhecimento das partes em relação ao uso da tecnologia, gerou de forma desnecessária um desconforto aos sujeitos do processo, inclusive, antes de entrar no mérito do conflito, fazendo com que a desconfiança prévia quanto às possibilidades de êxito aumentasse significativamente.

41 ROSA, Conrado Paulino da. **Mediação familiar**: uma nova alternativa? Porto Alegre, ago. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/442/Media%C3%A7%C3%A3o+familiar:+uma+nova+alternativa%3F>. Acesso em 10 set. 2021.

42 RIO GRANDE DO SUL. **RESOLUÇÃO Nº 002/2020-P**. RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/statistic/2020/08/002-2020-p.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

Finalmente conectadas e cientes da realização da sessão de mediação, as partes ainda carecem do fator acolhimento, importantíssimo nas práticas presenciais, mas escasso na prática virtual, uma vez que nem todos os profissionais, treinados enquanto mediadores, possuem o dom nato de conectar e transpassar as barreiras digitais e mecânicas que o distanciamento impõe.⁴³

Todavia, em que pese os pontos contrários e bastante criticados, quando analisados os casos em que a criança e o adolescente se veem trancados em casa e privados do convívio com o outro genitor, todos os apontamentos negativos se mostram irrelevantes em maior ou menor grau.

A criança e o adolescente envolvido no conflito simplesmente não dispõem de tempo suficiente para que os autos do processo que trata do seu desenvolvimento enquanto ser humano permaneça parado para que o mundo lute contra um vírus de altíssima propagação, não se podendo ignorar que os danos ocasionados nessa etapa da vida têm probabilidades de perdurar pelo resto dela.⁴⁴

Dessa forma, ainda que coerentes os apontamentos, a mediação virtual demonstra ser o melhor caminho aos processos que discutem o futuro da infância e da adolescência, devendo os casos cabíveis serem encaminhados aos mediadores e esses, no exercício de seu trabalho, buscar o melhor meio de acesso e contato para com as partes, promovendo aos mediandos um ambiente agradável e adequado às necessidades de cada um.

Assim, da mesma forma que ocorre na mediação familiar de modalidade presencial, mesmo que algumas das partes ainda não estejam emocionalmente estáveis em relação ao conflito vivido,⁴⁵ muitos serão os casos onde a atuação do mediador judicial se mostrará válida e indispensável na provocação de novos pensamentos, sendo este capaz de dar início a novas visões e posicionamentos para que, em um futuro próximo, o conflito possa, finalmente, ser transformado em um diálogo pacífico e garantidor do melhor interesse dos filhos.⁴⁶

43 ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas na Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 156.

44 CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p 243.

45 ALVES, Jones Figueirêdo; MONTENEGRO, Misael Filho. **Manual das audiências cíveis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

46 OLIVEIRA, Alline Berger de. **A mediação como método eficaz nas ações de família em casais com medida protetiva**. Vila Velha, jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1514/A+media%C3%A7%C3%A3o+como+m%C3%A>

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da mediação familiar tem sido, desde a sua inclusão no rol de práticas autocompositivas do judiciário, um dos caminhos mais efetivos para o encontro consensual de soluções aos conflitos ocasionados no seio familiar. A chegada da COVID-19, no entanto, alterou a forma de realização das audiências protagonizadas pelos mediados, causando, inicialmente, dúvidas e desconforto quanto às novas técnicas aplicadas.

A mediação na modalidade virtual, mesmo que prevista pela lei de nº 13.140 de 2015, foi apresentada enquanto novidade às partes, as quais, até o momento, mostravam-se acostumadas a comparecer a encontros presenciais nos prédios do Foro. A dificuldade quanto à escolha do melhor meio de acesso aos encontros entre mediadores e mediados, por parte dos Tribunais, gerou ainda mais dúvidas quanto à validade dessa prática de resolução de conflitos.

Todavia, quando analisado o mérito dos conflitos e o envolvimento de crianças e adolescentes enquanto principais interessados na resolução das ações judiciais, conclui-se que a busca pela realização virtual das sessões de mediação é o meio atual mais adequado para a chegada a um consenso entre os pais que permita a promoção e a garantia da proteção integral de seus filhos.

A impossibilidade de realização de estudos sociais e entrevistas com as crianças, vítimas dos conflitos criados pelos pais, demonstra ainda mais a necessidade de se utilizar dos caminhos de resolução autocompositivos para o alcance de uma rotina digna e o exercício adequado tanto do poder familiar, quanto da paternidade responsável cabível a ambos os genitores.

Entende-se, ainda, que a realização das mediações, ainda que de forma virtual, é capaz de demonstrar aos sujeitos conflitantes a necessidade de se chegar a um consenso, partindo-se da compreensão quanto às carências demonstradas por sua prole.

Dessa forma, mesmo que em ambiente online e, supostamente, mais mecânico, pelo uso do suporte virtual, a facilitação promovida pe-

9todo+eficaz+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+em+casais+com+medida+protetiva#_ftn1. Acesso em 10 set. 2021.

los encontros entre mediantos e mediadores se caracteriza como útil e essencial no caminho ao cuidado para com os filhos que têm seu futuro pendente de uma ação judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas na Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ALVES, Jones Figueirêdo; MONTENEGRO, Misael Filho. **Manual das audiências cíveis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARNOLD, Clarice Paim; STEIN, Thaís Silveira. Questões jurídicas no âmbito familiar: Uma construção interdisciplinar. *In*: AZAMBUJA, Maria Regina Fey de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família**: Um compromisso de todos. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BELCHIOR, Antônio Carlos. **Como nossos pais**. Disponível em: <<https://www.lettras.mus.br/belchior/44451/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Do Poder Judiciário *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Casaldi. **O que é Mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro** (2002). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 7 set. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. A Mediação como instrumento para a recuperação dos vínculos afetivos estabelecidos nas relações familiares. *In*: ROSA, Conrado Paulino da. (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: Gráfica; RJR, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. Atlas: São Paulo, 2007.

GROENINGA, Gisele Câmara. **O papel profissional do assistente técnico na relação cliente/perito/Juiz**. Cadernos temáticos CRP/SP. Disponível em: http://www.crp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/10/frames/fr_opapel.aspx. Acesso em: 20 ago. 2021.

LESSA NETO, João Luiz. O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a Mediação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, ano I, v. 2, n. 10, jan/fev. 2016.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de conflitos**. Pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Florianópolis: Habitus Editora, 2006.

OLIVEIRA, Alline Berger de. **A mediação como método eficaz nas ações de família em casais com medida protetiva**. Vila Velha, jul. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1514/A+media%C3%A7%C3%A3o+como+m%C3%A9todo+eficaz+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+em+casais+com+medida+protetiva#_ftn1. Acesso em 10 set. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar**. Coimbra: Edições Almedina, AS, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **RESOLUÇÃO Nº 002/2020-P**. RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/08/002-2020-p.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

ROHDEN, Cláudia Ernst P.; SILVEIRA, Raquel da Silva. Direito de Família: Novas bases conceituais. *In*: ROHDEN, Cláudia Ernst P.; VALE, Juliana Leite Ribeiro do (Org). **Lições de Direito das Famílias**. v. 24. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Mediação familiar: uma nova alternativa?** Porto Alegre, ago. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/442/Media%C3%A7%C3%A3o+familiar:+uma+nova+alternativa%3F>. Acesso em 10 set. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **A Justiça que Tarda, Falha: a Mediação como Nova Alternativa no Tratamento dos Conflitos Familiares**. Revista Nacional da Faculdade de Direito Uniritter, n. 11, 2010.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: os novos desafios da Mediação Familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Fernanda. A ampliação da noção de paternidade e sua prova no processo. *In*: CARVALHO NETO, Inácio de (Org.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. v. 1. Porto Alegre: Juruá, 2009.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/repensandodireito.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.



O PAPEL DO MEDIADOR COMO SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS” NA BUSCA PELO EQUILÍBRIO DA VIDA FAMILIAR

Ludmila Uliani Lima¹

1 INTRODUÇÃO

A mediação consiste em um instituto que tem ganhado espaço dentro e fora da esfera jurídica, pois, em especial a partir da Lei de Mediação, sob nº 13.140/2015, que conta com 06 (seis) anos em vigor no Brasil, a mediação tem auxiliado a solucionar muitos impasses interpessoais, inclusive na área de direito de família, de modo célere e eficaz.

Neste sentido, o uso do mecanismo da mediação veio como um suporte na reconstrução das relações. Pais, filhos, avós, tios, sobrinhos, entre outros que possuam algum problema instalado entre eles têm a chance de buscar soluções das suas desavenças e, assim, almejar cultivar a paz dentro das instituições familiares e não perpetuar conflitos e guerras.

Isto posto, o tema: “O papel do mediador como sistema de ‘freios e contrapesos’ na busca pelo equilíbrio da vida familiar” vem auxiliar a

1 Aluna Especial no Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (2021). Pós-Graduada em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (2017). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2016). Pós-Graduada em Direito Ambiental pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL (2014). Docente do curso de Direito na disciplina de Direitos Humanos de Inclusão e do Idoso junto a rede Anhanguera Educacional Participações S/A. Tutora Eletrônica do Núcleo de Prática Jurídica nas áreas de Direito Penal, Civil, Trabalhista e Constitucional junto a rede de ensino Kroton Educacional S/A. Advogada inscrita na OAB Subseção Paraná. E-mail: ludmilauliani@hotmail.com

esclarecer a visão de que o mediador, como terceiro imparcial, é um primordial elemento dentro da efetiva mecânica da mediação.

O objetivo científico deste artigo é explanar acerca de: O que é mediação? Quais os seus objetivos? Qualquer pessoa pode ser um mediador? Quais as características psicológicas que o mediador precisa possuir? Só quem é formado no curso de Direito pode exercer o cargo de mediador? Quais são as funções que o mediador precisa desempenhar perante as partes?

Todos estes questionamentos, entre outros, são à base da discussão da problemática do trabalho. Assim, para a compreensão de toda a matéria abordada é essencial focar em tais questionamentos que irão ser discutidos e analisados no decorrer desta obra.

Com o objetivo de fornecer maior organização e coordenação entre os assuntos examinados, o artigo será dividido em 03 (três) tópicos e 03 (três) subtópicos, quais sejam: 1) Conceito de mediação; 2) Mediador: conceito e aspectos iniciais; 3) Funções a serem desenvolvidas pelo mediador; 3.1) Auxiliar para promover o respeito e a pacificação entre as partes; 3.2) Auxiliar para desenvolver ou melhorar a comunicação entre as partes; 3.3) Auxiliar para conscientizar de que somente as partes possuem a capacidade de trazer alternativas para solucionar o conflito entre elas.

Ao final do trabalho, será analisado o artigo como um todo até se chegar aos pontos conclusivos pertinentes. Ainda, seguirá uma instigação a novas reflexões, visto ser um tema muito relevante e atual para os estudiosos do Direito e demais cursos, bem como para toda a população brasileira. Deste modo, se faz necessárias novas análises e novos olhares críticos a respeito deste assunto que se encontra cada vez mais em foco tanto dentro, quanto fora do meio forense.

Quanto à metodologia, será utilizado o método exploratório, com a finalidade de realizar um estudo bibliográfico sobre a mediação. Assim, serão analisados livros jurídicos e especializados sobre o assunto em questão, bem como legislações, principalmente a Lei da mediação, sob nº 13.140, de 26 de junho de 2015 e o Código de Processo Civil Brasileiro, sob nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Por fim, cumpre dizer que este artigo pretende refletir sobre o instituto da mediação, que se encontra em vertente crescimento no âmbito judicial e extrajudicial brasileiro, fornecendo enfoque especial para o desempenho do mediador, terceiro imparcial, coadjuvante em cena desse enredo tão especial.

2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

De início, vale destacar que o termo mediação tem sua origem no latim com a expressão “[...] *mediare* e significa dividir ao meio, repartir em duas partes iguais. Ficar no meio de dois pontos. Mediar como ação, como verbo, sempre deu a idéia de que quem o fazia dividia em partes iguais ganhos e perdas”²

Desta forma, nota-se que a mediação não se trata de um instituto de origem recente, mas sim consiste em um procedimento bastante antigo, cuja “[...] existência remonta os idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados”³

Isto posto, faz-se interessante consignar que: “A palavra mediador foi usada pela primeira vez por Justiniano⁴, em substituição a proxenetas⁵ (*proxenetae*), que eram os mediadores que atuavam nas províncias”⁶

Já em relação à mediação no Brasil, se tem notícias de que ela ocorre no país desde o século XII.⁷ A partir de então a mediação veio se

2 GALANO apud CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 23.

3 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 24.

4 **Justiniano**: “Justiniano é considerado um dos imperadores mais importantes do Império Romano do Oriente em função dos feitos de seu governo e do fortalecimento de Constantinopla no período entre 527 e 565 d.C. O imperador nasceu em Tauresium, no território que hoje abriga a Macedônia, e foi casado com a atriz Teodora. Justiniano, conforme a interpretação de muitos pesquisadores, foi um imperador altivo, determinado e dedicado ao conhecimento. Ele se interessava por temas relacionados à teologia, à formulação e à aplicação das leis e ao aprimoramento da oratória. Além disso, desde jovem demonstrou interesse pela política”. BAUER, Caroline Silveira [et. al.]. **História Medieval**. Porto Alegre: SAGAH, 2019. p. 89.

5 Proxenetas: “[...] mediador entre os estrangeiros e os cidadãos [...]”. SIDOU, J. M. Othon [org.]. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 510.

6 CARVALHO NETO apud CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 23.

7 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 27.

desenvolvendo ao longo dos tempos e adquirindo cada vez mais espaço e força dentro e fora do Poder Judiciário brasileiro.

Desde os primórdios da utilização do termo “mediação”, ele já teve diversos conceitos e significados, contudo a partir da entrada em vigor da Lei da mediação, sob nº 13.140/2015 se pôde atribuir a este instituto o seguinte entendimento legal, conforme se verifica em seu Art. 1º, *caput* e parágrafo único:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Já em relação ao Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, faz-se relevante também mencionar que:

[...] é possível extrair um conceito legal da combinação do artigo 165, *caput*, com o §3.º do Novo Código de Processo Civil⁸, de modo que a mediação é o meio de solução consensual de conflitos, realizado por mediador, nos casos em que existir um vínculo anterior entre as partes, sendo um instrumento destinado a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que as próprias partes possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.⁹

8 **Art. 165.** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

9 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

Deste modo, [...] a mediação pode ser definida como um meio de solução de conflitos em que, a partir da atuação das próprias partes, elas se tornam aptas a construir uma solução rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.¹⁰

Neste sentido, percebe-se que a mediação é um instituto de grande importância para a solução de conflitos interpessoais, e que por vezes se encontram envoltos em esferas familiares. É fato notório a existência das mais diversas espécies de embates em famílias entre maridos, esposas, filhos e demais parentes e, justamente, nesses casos a mediação surge como fonte de esperança em meio as obscuridades geradas a partir da problemática ali envolvida.

A mediação representa elemento relevante dentro da sociedade, tendo em vista que as partes inseridas no atrito, por vezes têm seus ânimos alterados em razão do estado conflituoso em que elas se encontram e de certo isto dificulta que cheguem a um consenso. No âmbito familiar essa situação tende a ser potencializada, uma vez que as pessoas em conflito por vezes moram sob um mesmo teto ou possuem um convívio muito próximo, o que fornece mais oportunidades de ampliação das contendas.

Isto posto, a figura do mediador representa peça fundamental para orientar os litigantes, pois com o auxílio deste terceiro imparcial os envolvidos no atrito têm a possibilidade de restabelecer uma comunicação baseada no respeito e civilidade mútuos, o que, por consequência, os leva a entrar em um consenso de modo mais fácil e produtivo, o que oportuniza restauração para relacionamentos interpessoais dentro e fora de famílias.

Desta maneira, cumpre pontuar que:

[...] a alma da mediação consiste exatamente na busca do equilíbrio dos sentimentos conflitantes. [...] É dever do mediador ter muita paciência e procurar neutralizar os sentimentos para conduzir as partes à visão responsável, fazendo-as deixar de pensar no conflito, e partir para o diagnóstico e a solução encontrada por elas mesmas. A mediação visa a ensinar a pessoa a raciocinar, criando uma segunda consciência.¹¹

10 MORAIS apud TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 191.

11 ANDRIGHI apud ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 61-62.

Nesta perspectiva, a mediação não se trata de um simples procedimento de dissolução de desavenças, mas sim consiste em uma possibilidade de os litigantes encararem seus problemas por meio de uma nova visão, pois se eles ficarem limitados aos sentimentos conflitantes que os envolvem, não terão a chance de crescer como pessoa, de forma singular, e inserida dentro de um grupo familiar e/ou comunitário.

Ainda, sob enfoque da busca por soluções em relação a problemas familiares, isso se mostra sobremaneira essencial, tendo em vista que a família precisa ter sua base alicerçada no respeito, carinho e amor uns para com os outros e não estar presa a amarras dentro do seu próprio lar.

Se faz pertinente:

[...] ressaltar que a mediação não é terapia, e não visa à cura de nenhuma patologia, da área emocional, a ser tratada pelo mediador. Também não pode ser considerada necessariamente como uma disputa, porque o instituto elimina o aspecto adversarial e competitivo; também pouco pode ser considerada como arbitragem¹², já que não tem como objetivo encontrar uma solução mesmo através de uma sentença.¹³

Diante de todo o exposto, portanto, pode-se afirmar que:

[...] a mediação consiste num instituto que visa fundamentalmente dar fim efetivo ao conflito, emocional e jurídico, pois ele busca as causas que o geraram para encaminhar as partes a detectarem

12 **Arbitragem:** “[...] a arbitragem [...] consiste em duas ou mais partes que confiam a um terceiro imparcial – uma pessoa ou várias reunidas em um órgão colegiado (painel) – a decisão a respeito de uma controvérsia. Classicamente, ocorre fora da esfera pública, embora seja a maneira que mais se aproxima da forma estatal por também ser adjudicatória. Contudo, a semelhança para aí, já que ela reina na esfera privada das partes, na qual o procedimento, inclusive os relacionados com a prova, não leva em conta necessariamente a lei, embora submetido a regras do *due process*. A decisão final de uma arbitragem é vinculativa e a invalidade de suas decisões pelos tribunais restringe-se a aspectos envolvendo algum desvio praticado pelo árbitro. Em geral, as decisões dos árbitros não são passíveis de revisão pelos tribunais”. SALLES, Carlos Alberto de. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem:** curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.65.

13 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 31.

a razão que as levou a chegarem a tal desentendimento para que possam achar a solução mais favorável, sem se sentirem lesadas.¹⁴

À vista disto, extrai-se que o significado de mediação é algo muito maior que uma simples conceituação, pois é por meio deste instituto que os envolvidos no atrito têm a chance de encararem a situação com outros olhos e adquirirem uma responsabilidade e conscientização que com o calor da emoção estavam camuflados dentro de si.

Contendas familiares não podem ser perpetuadas, mas sim devem ser resolvidas. Para tanto, a mediação é um instituto que possibilita que os próprios mediados ajam com mais discernimento de seus atos e suas consequências em meio a problemáticas. Isso somente ocorre com a ajuda do mediador, terceiro imparcial, que representa de forma figurada o sistema de “freios e contrapesos” perante tais situações, o que se busca gerar equilíbrio no alvo da harmonia familiar.

3 MEDIADOR: CONCEITO E ASPECTOS INICIAIS

O mediador, também conhecido como terceiro imparcial, é aquele que tem por finalidade assistir e auxiliar os litigantes durante todo o procedimento da mediação, porém sem exercer coerção ou qualquer tipo de imposição sobre eles.

Assim, o mediador é o sujeito que desempenha uma postura profissional frente às partes, para trazer a elas mais segurança e tranquilidade em meio a uma situação de tensão. Ainda, sabe-se que perante problemas familiares essa tensão tende a ser propagada para boa parte dos integrantes da família, pois o conflito entre duas ou mais pessoas, acaba por trazer reflexos direto ou indireto nos demais membros.

Dessa forma, faz-se importante mencionar que conforme estabelece o Art. 19 da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de mediação):

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como

14 *Ibidem.*

solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Isso se mostra fundamental para que o mediador consiga exercer a função de promover a civilidade entre os mediados, ou seja, criar um ambiente livre de hostilidades e desrespeitos entre eles. O mediador deve proporcionar as melhores chances para que consigam chegar a um desfecho justo e coerente para os envolvidos na contenda, de modo mais célere e satisfatório possível. O bom êxito da mediação no âmbito familiar fortalece os laços afetivos e consanguíneos, o que gera um ganho para todos.

Cumpra ponderar que o mediador não precisa ser alguém formado no curso de Direito, mas se faz necessário que seja uma pessoa capaz de enxergar as reais necessidades dos mediados e conduzi-los do modo mais apropriado e adequado, rumo à dissolução do problema que os afligem.

Aqui, faz-se pertinente consignar que embora não haja a exigência da graduação na área jurídica, o Art. 11, da Lei de mediação, supracitada, estabelece alguns requisitos para ser mediador judicial. Sendo assim:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Já em relação ao mediador extrajudicial, o Art. 9º, da Lei de mediação, acima mencionada, estabelece que:

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Isto posto, independentemente de ser mediador judicial ou extrajudicial, ambos exercem papel significativo para ajudar na condução do bom-senso, credibilidade, equilíbrio e sociabilidade entre os envolvidos nos impasses, inclusive nos de esfera familiar. Assim, desde o começo do:

[...] processo de mediação, o mediador deve derrubar as barreiras de resistências entre os mediandos e também em relação a ele. As partes precisam interagir com o profissional, para que seja despertada a confiabilidade na qual o mediador vai amparar toda sua atuação, através de técnicas e conhecimentos que podem estar incluídos, tanto no seu saber profissional, como nos elementos adicionais apresentados pelos mediandos.¹⁵

Por fim, vale mencionar que o mediador desempenha função de coautor, posto que as principais personagens da mediação são os litigantes, que em casos de família se encontram na figura dos pais, filhos, avôs, tios, sobrinhos, entre outros. Para que o desenlace do caso seja alcançado e a vida familiar logre a estabilidade positiva e respeitosa entre seus membros, a presença do mediador se faz indispensável dentro da mediação, visto que é por meio da sua atuação que as partes são conscientizadas a agir de modo produtivo na busca pelo êxito familiar almejado.

4 FUNÇÕES A SEREM DESENVOLVIDAS PELO MEDIADOR

De início, cumpre mencionar que, dentro do instituto da mediação, o mediador possui função de auxiliador e adjutor das partes envolvidas no atrito. Por meio de sua adequada atuação de modo imparcial, procura-se viabilizar a restauração dos relacionamentos, inclusive familiares, dos até então litigantes.

A busca pelo estado de pacificação familiar deve ser considerada a premissa maior a ser atingida dentro de uma mediação na esfera de família, pois somente assim se permitirá o respeito durante o procedimento da mediação e se oportunizará as partes capacidade de enxergar os reais problemas existentes entre elas e, desta forma, fazer com que visualizem caminhos e alternativas para colocar um fim ao estado conflituoso que as envolve e oportunizar novas chances em família.

À vista disto, faz-se importante mencionar que:

15 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 52.

O mediador possui inúmeras tarefas, pois para atingir seu objetivo final de conciliar as partes, ou transformar o conflito, é necessário que ponha em prática algumas habilidades essenciais para chegar a seu êxito [...] Para o bom andamento de tais tarefas é necessário desenvolver nas partes a confiança em sua pessoa, pois ele não possui poder de coação e sim, apenas conta com o relacionamento. Se não houver uma empatia, dificilmente ele vai proporcionar o desafogo dos conflitos enraizados.¹⁶

Deste modo, nota-se que é fundamental que o mediador transmita credibilidade aos litigantes, pois somente quando os mediados sentem segurança na condução do seu caso, é que eles conseguem se desarmar e gerar mais chances de fornecer soluções pertinentes e justas à desavença instalada entre eles.

Por fim, para melhor compreensão das funções que devem ser desenvolvidas pelo mediador, observar-se-ão três delas que se aplicam no âmbito de conflitos familiares e interpessoais de uma forma geral. Todavia, se buscará dar realce a abordagem sob enfoque familiar.

Assim, serão estudadas as funções de: a) promover o respeito e a pacificação entre as partes; b) desenvolver ou melhorar a comunicação entre as partes; e c) auxiliar para conscientizar de que somente as partes possuem a capacidade de trazer alternativas para solucionar o conflito entre elas. Desta maneira, procura-se esclarecer de forma mais detalhada cada uma delas, bem como fornecer uma visão mais apurada de cada uma.

5 AUXILIAR PARA PROMOVER O RESPEITO E A PACIFICAÇÃO FAMILIAR

A mediação tem o propósito de tentar solucionar atritos familiares e interpessoais de uma forma geral, no entanto, geralmente, essa não é uma tarefa fácil a ser trabalhada pelo mediador. Em razão do estado conflituoso que os litigantes se encontram, suas emoções apresentam-se

16 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 67-68.

notavelmente desajustadas, o que ocasiona uma difícil barreira a ser superada para obter o desfecho para a desavença em questão.

Desenvolver a pacificação e o respeito entre as partes, por exemplo, deve ser uma das premissas a serem alcançadas pelo mediador em casos de conflitos de família, uma vez que só assim haverá ambiente propício para a dissolução do conflito.

Deste modo, o mediador tem por função acalmar os ânimos dos envolvidos no problema, procurando auxiliá-los durante todo o procedimento para que não tenha agitação, desordem ou qualquer tipo de confusão que possa atrapalhar ainda mais o contato entre eles e, conseqüentemente, trazer mais resistência e empecilhos para o desenlace daquela situação de rixa.

Faz-se importante mencionar que tal apaziguamento entre os mediados só haverá se eles estiverem com seus espíritos desarmados dos sentimentos de raiva, aversão, rancor, ódio ou antipatia que o embate pode desencadear e aflorar neles.

Assim, cumpre consignar que: “Deve o mediador ter sempre presente que a mediação apenas poderá ajudar os envolvidos a preservar seu relacionamento, melhorando-o ou, pelo menos, não o prejudicando, se esta for a vontade das partes”.¹⁷

Isto posto, faz-se necessário consignar que o mediador tem o papel de trazer harmonia, paz e equilíbrio para o ambiente onde ocorrerá a mediação. Nesse sentido, os litigantes terão a chance de se considerar “[...] como parceiros e não propriamente como adversários”.¹⁸ Diante deste cenário de respeito mútuo, haverá uma probabilidade muito maior de se chegar a uma solução justa e coerente para o caso em questão.

Quanto à pacificação, ainda, é relevante indicar que:

Pacificar com justiça é a finalidade almejada por todo método idôneo de composição de controvérsias. Não se trata, porém, de tarefa simples; por envolver o alcance de um estado de espírito humano, pacificar abrange aspectos não apenas jurídicos, mas sobretudo psicológicos e sociológicos.¹⁹

17 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 239.

18 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 239.

19 *Idem*, p. 242.

Neste ponto, é pertinente explicar que o emocional do mediador também é um fator muito significativo para o bom gerenciamento do caso. Deste modo, é necessário que antes de dar início ao procedimento da mediação, o mediador verifique se está preparado ou não para trabalhar com aquela determinada situação.

Para tanto, em casos de conflitos familiares o mediador não pode se deixar envolver com base em suas emoções simplesmente. Claro que o mediador precisa demonstrar empatia para com os litigantes, porém é crucial que ele exerça uma conduta profissional, equânime e isenta de parcialidade.

Ainda, sobre o emocional do mediador é relevante indicar que:

Sabe-se que o emocional, na maioria das vezes, impede que as reações sejam de acordo com a razão. Também há o entendimento de termos dois comandos, o racional e o emocional e, ainda, que o primeiro reage de forma mais lenta que o segundo.

Sendo o mediador um ser humano sem o poder de detectar as situações que o desequilibram, permitindo que o emocional sempre fale mais alto que a razão, facilmente poderá envolver-se no conflito, tomando a posição de um ou de outro, o que fatalmente acabará com a mediação. Daí a necessidade premente de o mediador ter um bom treinamento para garantir sua imparcialidade.²⁰

Neste sentido, é pertinente consignar que:

O mediador precisa ter capacidade intelectual e emocional. Ele é um profissional que vai interagir com todo o tipo de pessoas e com os mais variados conflitos, por isso necessita ter um intelecto bem desenvolvido para que não pereça de argumentação necessária. Também o campo emocional é devidamente importante, pois, se o mediador não tiver um sistema emocional equilibrado, não poderá realizar sua tarefa de levar as pessoas a um consenso.²¹

Deste modo, o mediador não pode ser alguém inserido em um conflito familiar dentro da sua própria vida pessoal. Afinal, não há como

20 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 58.

21 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 53-54.

se ajudar o próximo se internamente se encontre também conflitado²². Desajustes emocionais na vida particular por óbvio tendem a se refletir na conduta como profissional perante casos da mesma esfera. Capacidade intelectual deve estar entrelaçada a um balanço emocional adequado.

À vista disto, o mediador deve ser alguém capacitado a trabalhar e lidar com o seu psicológico e dos envolvidos no conflito, pois ele não pode deixar que fenômenos emocionais venham a atrapalhar o desenvolvimento da reunião e, muito menos, prejudicar a resolução do conflito existente entre as partes. Ressalta-se que em casos envolvendo conflitos familiares fatores emocionais aparecem de forma mais robusta, tendo em vista que laços de parentescos e matrimoniais podem estar ali presentes.

Portanto, ante todo o exposto, nota-se que promover o respeito e a pacificação entre as partes não constitui uma tarefa fácil seja no âmbito familiar ou não. Todavia, representa um fator primordial para o bom andamento da mediação.

Como visto, é fundamental que os litigantes estejam abertos e propensos para colocar um ponto final ao conflito, pois somente com a colaboração deles é que a mediação poderá obter êxito e trazer satisfação para todos, o que acaba por gerar um ganho mútuo.

Isto posto, ainda é significativo explicar que:

[...] a verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um 'modelo mediacional' de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e harmonia entre as pessoas.²³

Ademais, é primordial que as partes encarem o instituto da mediação com consideração e apreço, pois essa é a oportunidade que elas têm de tentar solucionar suas desavenças de modo civilizado e cortês, trazendo benefícios de cunho pessoal, familiar e/ou sociológico.

Assim, o papel do mediador em auxiliar as partes a agirem durante o procedimento com educação, respeito e pacificação é de grande

22 *Idem*, p. 57.

23 BACELLAR apud TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 246.

valia, pois apenas dessa maneira é que se pode chegar a uma solução justa e coerente para o conflito em foco.

6 AUXILIAR PARA DESENVOLVER OU MELHORAR A COMUNICAÇÃO ENTRE AS PARTES

A princípio, vale mencionar o conceito do termo “comunicação”. Assim, pode-se começar dizendo que:

Processo tão natural como respirar ou caminhar, a comunicação é a força que movimenta a vida das pessoas [...]. Sem a comunicação, não assimilamos informação, não aprofundamos conhecimentos, não amadurecemos experiências e não fortalecemos relacionamentos. A palavra COMUNICAÇÃO é originária do latim *communicatio*. Significa a ação de tornar algo comum a outros. Tem o sentido de participação. Implica interação para a troca de mensagens. O verbo *communicare* significa tornar comum, partilhar, repartir, associar, trocar opiniões. Os objetivos da comunicação são criar, manter e desenvolver conexões e relacionamentos.²⁴

Deste modo, a comunicação permite aos seres humanos estabelecerem contato entre si. Assim, por meio da troca de mensagens que eles realizam ao dialogarem ou a manifestarem gestos corporais, eles têm a capacidade de interação e, desta forma, podem transmitir seus pensamentos produzindo conexão com seu próximo.

Vale mencionar que a comunicação não se restringe ao diálogo falado, mas também o gestual conta muito durante a emissão de uma ideia que se quer passar. Desta maneira, um simples olhar, por exemplo, pode dizer muito mais que uma palavra. Sendo assim, para que a mensagem seja transferida ao outro da forma mais satisfatória possível, é preciso levar em consideração todos os quesitos que a engloba.

Dentro da mediação, a comunicação exerce imprescindível papel, pois é por meio dela que o procedimento para a resolução dos conflitos

24 MATOS, Gustavo Gomes de. **Comunicação Aberta**: Desenvolvendo a cultura do diálogo. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 13.

interpessoais (familiares ou não) irá ocorrer. Logo, o diálogo representa a peça fundamental para se chegar à dissolução dos impasses, no entanto, por vezes essa não é uma tarefa fácil em se alcançar.

O mediador é o profissional encarregado de conduzir e coordenar o instituto da mediação. Assim, dentro desse contexto, sua função é de proporcionar o restabelecimento da comunicação civilizada e educada entre as partes, bem como oportunizar um ambiente favorável para a dissolução do problema existente entre elas.

Isto posto, o mediador se encontra inserido a um cenário complexo e delicado, e ainda mais diante de um âmbito familiar, pois ele precisa lidar diretamente com os atritos e desavenças dos litigantes que possuem suas vidas entrelaçadas pelo destino.

Desta forma, faz-se essencial que o mediador seja uma pessoa competente, capacitada, inteligente, preparada, habilidosa e idônea, para que por meio dessas características seja capaz de desempenhar seu mister da melhor maneira possível.

Nesta perspectiva, é pertinente mencionar que:

[...] o mediador precisa ser apto a trabalhar com resistências pessoais e obstáculos decorrentes do antagonismo de posições para restabelecer a comunicação entre os participantes. Seu papel é facilitar o diálogo para que os envolvidos possam protagonizar a condução da controvérsia de forma negociada.²⁵

Deste modo, o mediador deve ser um sujeito apto a enxergar quais são as reais necessidades de seus mediados, pois apenas quando se compreende quais são as carências de cada um, é que se pode alcançar eficácia no seu desempenho e, por consequência, atingir o objetivo de desfazer a desavença do modo mais satisfatório para todos. A busca pelo restabelecimento da paz no seio familiar deve ser a premissa do mediador inserido nessa esfera de demanda.

Faz-se importante ponderar, ainda, que a conduta a ser adotada pelo mediador exerce ligação direta com o andamento e o desfecho do conflito em questão. Assim, é imprescindível que o mediador tenha um olhar cuidadoso e minucioso da situação, visto que ele necessita perceber

25 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 295.

e assimilar quais são os obstáculos que estão impedindo o desenlace daquela ocasião conflituosa familiar, por exemplo.

Assim que as partes chegam à reunião de mediação, elas se encontram, na maioria das vezes, visivelmente abaladas emocionalmente. Neste sentido, a comunicação entre elas ou não existe mais ou está extremamente prejudicada em razão do estado conflituoso ali instalado. Muitos relacionamentos familiares ficam extremamente abalados. Embora muitos vivam sob um mesmo teto, agem como se fossem estranhos uns para com os outros.

Deste modo, o papel do mediador se faz indispensável, pois ele precisa resgatar a comunicação entre as partes, para que por meio de conversas civilizadas e produtivas se consiga chegar a desfechos justos e coerentes para o atrito em questão.

Nesta perspectiva, o Art. 4º, §1º da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de mediação), preconiza que:

Art. 4º

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Desta forma, percebe-se que o mediador se configura como um auxiliador durante o desenrolar da mediação. É por meio de sua hábil atuação que se possibilita aos litigantes desenvolverem ou melhorarem a comunicação entre si.

Não se pode olvidar, porém, que é necessário que os mediados estejam livres de sentimentos de inimizade, hostilidade e animosidade com a outra parte envolvida no caso. Somente quando elas desejarem estabelecer contato cortês entre si é que o mediador poderá ajudá-las na resolução de seus problemas.

Aqui, faz-se oportuno apontar que:

Muitas vezes, é impossível que os interessados estabeleçam um diálogo direto em virtude de fatores emocionais críticos, como rancor, insegurança ou desprezo. Até serem trabalhadas as tensões, a comunicação dificilmente será satisfatória; a participação

de um terceiro neutro e ativo pode ser essencial para o restabelecimento do contato entre as partes.²⁶

Isto posto, cumpre salientar que cabe aos litigantes e não ao mediador fornecer um desfecho para a contenda implantada entre eles. Sendo assim, os mediados precisam despertar suas consciências de que agir com agressão entre si não vai levar a lugar nenhum. Eles têm que ter a percepção e a convicção de que eles necessitam afastar os elementos negativos de seu convívio, pois apenas assim é que conseguirão produzir o desenlace daquela situação que os perturbam.

Em razão disto, faz-se considerável aduzir que:

[...] deve o mediador contribuir para que deficiências de comunicação entre os sujeitos não impeça suas conversas. Afinal, a ideia é permitir que eles próprios possam superar o impasse, transformando o conflito em oportunidade de crescimento e viabilizando mudanças de atitude.²⁷

Vale mencionar que na figura do mediador se faz imprescindível a capacidade de ouvir o que os envolvidos no atrito têm a dizer e, também, a aptidão de promover o respeito e atenção dentro do ambiente da mediação. Esse atributo é fundamental, pois é por meio da comunicação que as partes chegarão a uma consonância para a discórdia em questão e sabe-se que muitos dos conflitos familiares são resultados exatamente desse tipo de falha: a não escuta ou a má escuta do próximo. Por isso, é primordial se buscar solucionar o caso em sua raiz, ou seja, proporcionar a escuta ativa e de qualidade dentro da mediação.

Sob esse enfoque:

Deve-se ressaltar que escutar é diferente de apenas ouvir, porque na maioria dos casos as pessoas apenas ouvem como verdadeiros autômatos, sem captar nada do que foi falado ou sentido pelo discurso, ocasionando uma barreira que irá cortar definitivamente o diálogo pela sensação de desprezo e desatenção.

26 BACELLAR apud TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 237.

27 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 236.

A escuta é um dos pontos-chaves, pois, quando ocorre o conflito, as partes estão desajustadas emocionalmente. Por esse motivo o mediador deve ter o condão de escutá-las para que possa desenvolver um novo elo entre elas, principalmente na atual conjuntura em que as pessoas não mais têm tempo para dar ouvido às outras, já que o trabalho e a busca desenfreada pela sobrevivência têm impedido a melhor comunicação.²⁸

Isto posto, extrai-se que: “A melhor comunicação é aquela que reconhece a necessidade de o outro se expressar”.²⁹ Desta forma, para que a comunicação seja eficaz e produtiva, é preciso que os litigantes reconheçam que eles necessitam manifestar seus pontos de vista, mas que o outro também é detentor desse mesmo direito e ambos os lados precisam falar e serem devidamente ouvidos.

Sendo assim, embora o conflito gere o afastamento e deslocamento entre os envolvidos no embate, eles precisam notar que:

O retorno à comunicação faz com que surjam qualidades até o momento despercebidas, pois as pessoas, quando começam a dialogar, passam a visualizar outras possibilidades, reconstruindo a situação problemática e a si mesmos como agentes do conflito e de suas soluções, projetando trajetórias futuras através de múltiplas alternativas, derrubando as linhas invisíveis que os impediam de enxergar um ao outro para que pudessem buscar novas formas de vida.³⁰

Portanto, a função do mediador em desenvolver ou melhorar a comunicação entre as partes é de excepcional magnitude, haja vista que apenas dessa maneira é que se é possível gerar respeito, confiança, credibilidade entre elas e, conseqüentemente, produzir a sensação de otimismo e esperança de que seus problemas serão devidamente trabalhados até se alcançar um fim apropriado.

28 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 54.

29 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 171.

30 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 69.

7 AUXILIAR PARA CONSCIENTIZAR DE QUE SOMENTE AS PARTES POSSUEM A CAPACIDADE DE TRAZER ALTERNATIVAS PARA SOLUCIONAR O CONFLITO ENTRE ELAS

O mediador desempenha função muito significativa para se tentar colocar um fim nos problemas interpessoais dos mais variados tipos como, por exemplo, os de cunho familiares. No entanto, faz-se importante mencionar que ele não pode exercer imposição sobre as partes, pois seu trabalho é apenas de conduzir os litigantes para que eles tenham capacidade de assumir suas responsabilidades frente à situação de conflito a que estão inseridos e, por meio do contato entre si e da comunicação civilizada, conseguir chegar a um consenso sobre a desavença que os perturbam.

Neste sentido, se faz oportuno consignar desde já “[...] que o mediador não pode tomar qualquer decisão ou medida, pois ele não possui o poder de coação ou coerção; muito menos, incentivar as partes para que cheguem a um acordo se elas não estiverem aptas a fazê-lo”.³¹

Desta forma, o papel do mediador não é de apresentar soluções, respostas ou alternativas para o problema dos seus mediados, mas ele tem a incumbência de fazê-los enxergar e encarar o atrito com outros olhos. Assim, todo sentimento de animosidade devem ser deixados de lado, pois só é possível encontrar uma solução para uma discórdia quando a atmosfera de brigas não prepondera mais.

Deste modo, o mediador deve despertar a consciência dos litigantes, para que eles assimilem que agir com desrespeito, violência e exaltação com a outra parte envolvida no caso não trará nenhuma vantagem para se solucionar a desavença existente entre eles.

À vista disto, os mediados precisam ter a compreensão de que eles são os protagonistas daquela situação e somente eles poderão visualizar saídas para o conflito ali instalado. Desta maneira, o mediador será

31 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 55.

somente um coadjuvante que colaborará para propiciar um ambiente favorável para que as partes possam alcançar a dissolução do seu caso.

Nesta perspectiva, faz-se relevante mencionar que o mediador:

[...] deve ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para escutar os envolvidos de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.³²

Assim, nota-se que o desfecho para a desavença se encontra nas mãos dos mediados, mas para que ele possa ser alcançado é preciso que o mediador exerça seu mister de modo adequado.

Em meio a um momento de tensão, ansiedade e inquietude que as partes estão inseridas, faz-se fundamental que o mediador as ajude e as assessorie para que elas tenham capacidade de agir com civilidade e buscar solucionar seus problemas de modo cortês.

Ademais, vale apontar ainda que:

É importante que o mediador, consciente de suas aptidões, não seja um 'manipulador' levando os conflitantes onde ele entender correto, ou vendo-os como objetos a serem guiados, sem respeitar a dignidade deles. Ele precisa ter uma consciência moral bem definida e um poder de percepção bem aguçado para realmente alcançar a vontade interior de cada um.³³

32 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021, p. 295.

33 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006, p. 62.

Isto posto, faz-se pertinente mencionar, que o mediador deve respaldar seu desempenho dentro da ética³⁴ e da moral³⁵, posto que todo ser humano é merecedor de ser tratado com dignidade³⁶ e respeito.

Por conseguinte, percebe-se que a atuação do mediador dentro do instituto da mediação familiar é complexa, porém primordial para que os litigantes consigam acalmar seus ânimos e, desta forma, sejam capazes de resgatar suas esperanças e confianças um no outro. Encarando a realidade sob uma nova perspectiva, eles terão condições de confeccionar a melhor solução possível para seu caso, o que gerará oportunidades construtivas em seus relacionamentos.

8 CONCLUSÃO

Conflitos consistem em fenômenos naturais que ocorrem devido a falhas, intencionais ou não, na interação humana durante suas comunicações verbais e gestuais. Muitas vezes ocorre a busca por interesses próprios em detrimento do alheio e isso acaba por gerar embates das mais diversas ordens.

34 **Ética:** “A ética corresponde ao exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade. A ética, enquanto exercício de humanidade, nos confirma em nossa condição de seres que vivenciam, aprendem e trocam valores. Compreender e dispor-se à intersubjetividade, parece ser este um traço fundamental da ética. [...] É na balança ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as consequências, os mecanismos, os frutos... [...]”. BITTAR, Eduardo C. B.. **Curso de ética geral e profissional**. 15. ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 28.

35 **Moral:** “[...] conjunto de juízos que os homens, individual ou coletivamente, fazem sobre seus próprios atos como sobre os de seus semelhantes, tendo em vista atribuir-lhes um valor muito especial, que eles estimam incomparável com os outros valores humanos. É o valor moral”. DURKHEIM, Émile. CHIQUIERI, Abner (tradução). **Filosofia Moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 107.

36 **Dignidade:** “Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. [...] a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”. NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 69.

Desta forma, o convívio e a relação entre as pessoas ficam prejudicados o que ocasiona um obstáculo para que elas entrem em consenso sobre determinada situação que as afligem. Problemas familiares envolvendo pais, filhos, avós, tios, sobrinhos, entre outros não escapam dessa desastrosa e complexa situação.

Neste sentido, o instituto da mediação, por meio da execução do papel do mediador é essencial nestes contextos, pois somente com a presença de um terceiro imparcial, como auxiliador dos envolvidos no atrito familiar, pode-se fazer com que eles restabeleçam laços positivos entre si e, por consequência, consigam colocar um ponto final no problema instalado entre eles, trazendo a cooperação e a pacificação no âmbito da família.

Nesta perspectiva, cumpre mencionar que os litigantes, na maioria das vezes, por si só não conseguem se desvencilhar de determinados sentimentos negativos como, por exemplo, rivalidade e desconfiança em relação ao outro e isto acaba por gerar barreiras e empecilhos para obter-se o desfecho para o conflito que os atingem. Embora muitos vivam sob um mesmo teto, agem como se fossem estranhos e inimigos de uns para com os outros.

Sendo assim, a função do mediador, como terceiro imparcial, se mostra de grande valia para a resolução destes casos, uma vez que por meio do seu desempenho de modo equânime, justo e idôneo, conjuntamente com sua postura profissional frente às partes, se é possível fornecer aos litigantes a oportunidade de conscientizá-los de que devem agir com discernimento de seus atos e consequências e não simplesmente se deixar conduzir por suas emoções que se encontram desajustadas.

Neste sentido, ainda, o mediador configura-se como um coadjuvante na busca da solução do conflito, enquanto que cabe as partes serem os protagonistas deste enredo. Desta maneira, a mediação confere responsabilidade para os envolvidos no atrito, pois serão eles que terão a incumbência de conduzir e encaminhar o problema rumo a um desfecho justo e satisfatório para todos, fazendo prosperar a cultura de paz dentro das instituições familiares e não permitir que se propague conflitos e guerras.

Por outro lado, não se pode olvidar que a conduta a ser adotada pelo mediador exerce ligação direta com o andamento e a conclusão da desavença em questão, por isso é imprescindível que o mediador seja um indivíduo consciente de seus atos durante todo o procedimento da mediação.

Também, vale consignar que para a mediação o conflito não deve ser encarado como algo negativo ou prejudicial, mas sim deve ser visto como

uma oportunidade em fazer aflorar novas visões e posicionamentos respeitosos e civilizados com seu próximo. Deste modo, o conflito representa a chance de ocorrer uma mudança pessoal, familiar e/ou social nos indivíduos.

Ainda, o instituto da mediação se encontra em constante ascensão tanto dentro, quanto fora da esfera jurídica. Sendo assim, a partir da entrada em vigor da Lei de mediação, sob nº 13.140, de 26 de junho de 2015, juntamente com a abordagem fornecida pelo Código de Processo Civil Brasileiro, sob nº 13.105, de 16 de março de 2015, tal procedimento vem conquistando ainda mais legitimidade e força para a sua utilização.

Também, demais meios ou métodos de Resolução Adequada de Disputas (também chamados, anteriormente, de Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias) como, por exemplo, a conciliação, se mostram significativos meios para se buscar desafogar o judiciário, que infelizmente se encontra com uma exorbitante quantidade de processos na atualidade – inclusive na esfera de família.

Por fim, faz-se aqui uma instigação a novos estudos sobre este assunto tão importante para a resolução de conflitos, em especial no âmbito familiar. Desta forma, espera-se que este trabalho, de algum modo, desperte em outros estudiosos o interesse em se aprofundar sobre este tema, para que assim, por meio de novos olhares, possa-se obter cada vez mais conhecimento, consciência e clareza acerca dele.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Código de Processo Civil Anotado: Dicas de prática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Lei de Mediação (2015). **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BAUER, Caroline Silveira [et. al.]. **História Medieval**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

BITTAR, Eduardo C. B.. **Curso de Ética Geral e Profissional**. 15. ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003-2006.

DURKHEIM, Émile. CHIQUIERI, Abner (tradução). **Filosofia Moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

MATOS, Gustavo Gomes de. **Comunicação Aberta: Desenvolvendo a cultura do diálogo**. Barueri: Manole, 2015.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIDOU, J. M. Othon [org.]. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

POR UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS

Caroline Pomjé¹

1 INTRODUÇÃO

Dependendo da eficácia de uma decisão judicial, não basta uma decisão justa: é preciso que estejam à disposição, concomitantemente, técnicas executivas idôneas para que a tutela jurisdicional seja efetivada². O presente estudo questiona, a partir da compreensão sobre a necessidade de uma tutela jurisdicional que efetive de maneira adequada e tempestiva os direitos das partes, quais os mecanismos disponibilizados pelo diploma processual civil vigente para a tutela dos direitos do exequente no âmbito das execuções de alimentos e, ainda, a necessidade de que o ônus do tempo do processo não recaia exclusivamente sobre o exequente.

- 1 Mestra em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional, Família, Sucessões e Mediação de Conflitos (UFRGS) e do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional (Grupo Virada de Copérnico – FPPR). Advogada. E-mail: caroline@scarparo.adv.br.
- 2 Até porque, como destaca Galeno Lacerda, “Na primeira fase [juízo de conhecimento], as partes comparecem perante o juiz em igualdade de condições. Cada uma delas é livre de alegar suas pretensões. Já na segunda fase, isto não se dá. Uma das partes é vencedora, tem um direito subjetivo reconhecido pelo Judiciário. Na hipótese de não ter o réu satisfeito esse direito, a tutela do Estado é reclamada para efetivar a satisfação do direito do exequente, por meio de atos de império sobre o patrimônio do executado”. (LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo* (2006). 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85-86).

Enquanto diante de sentenças autossuficientes a “tutela jurisdicional se exaure frutuosamente”³ – como na hipótese em que a parte interessada pretende a declaração do órgão jurisdicional sobre a inexistência de uma relação jurídico-tributária e se satisfaz com um provimento declaratório⁴ – as sentenças heterossuficientes (assim consideradas as sentenças condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*) demandam atividade executiva posterior⁵, sendo necessário o questionamento acerca dos meios executivos disponíveis capazes de proporcionar o resultado por ela almejado⁶.

No ambiente do Direito de Família é clássico o exemplo da execução de alimentos como procedimento necessário para fins de concretização do direito do exequente – comumente crianças ou adolescentes, representados ou assistidos pela guardiã⁷ – ao recebimento das parcelas

3 MANDRIOLI, Crisanto. *Lazione executiva* – contributo alla teoria unitaria dell’azione e del processo. Milano: Giuffrè, 1955, p. 310.

4 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 160-161.

5 “Cumpra ainda sublinhar que as cinco espécies de tutela (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*) constituem todas fenômenos jurídicos, mas é preciso considerar que as sentenças declaratórias e constitutivas satisfazem por si mesmas a pretensão processual, sem necessidade de qualquer ato material futuro; a condenatória fica a meio caminho, criando apenas as condições jurídicas, com a constituição do título executivo, para que tal possa ocorrer em processo autônomo e independente, dito de execução; as duas últimas satisfazem no mesmo processo, por meio de atos materiais, realizados depois da sentença, aptos a produzir alterações no mundo fático”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 41-54, p. 54).

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* (2004). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34.

7 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) disponibiliza em seu Sistema de Estatísticas Vitais conjunto de informações detalhadas sobre estatísticas do Registro Civil, contemplando, dentre outros dados, a análise de “divórcios declarados pelas Varas de Família, Foros, Varas Cíveis e Tabelionatos de Notas do País, que, por força da Lei n. 11.441, de 04.01.2007, passaram a realizar escrituras de divórcios extrajudiciais que não envolvessem filhos menores ou incapazes”. O último levantamento realizado pelo IBGE sobre o tema remonta ao ano de 2019, ocasião em que foram divulgadas planilhas de dados contendo informações sobre qual o genitor responsável pela guarda dos filhos por ocasião do divórcio. Da análise de referida tabela (Tabela 5.8 - Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos me-

inadimplidas pelo genitor. Inobstante a existência de disposições específicas quanto ao processo executivo de alimentos, inclusive com a possibilidade de prisão civil do devedor por meio de procedimento específico, fato é que a tutela jurisdicional vinculada a tais feitos executivos raramente é tão ágil quanto a natureza dos direitos envolvidos demanda.

Apesar de tal circunstância fática, parte-se da hipótese de que o próprio ordenamento jurídico processual atualmente vigente disponibiliza mecanismos genéricos e específicos que, se aplicados, viabilizariam uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos do credor nas execuções de alimentos.

Os objetivos do artigo alinham-se com a sistematização dos instrumentos jurídicos processuais adequados a cada circunstância envolvendo o inadimplemento das parcelas alimentares, avaliando-se a viabilidade de modificações procedimentais específicas com o intuito de garantia dos interesses das crianças e adolescentes envolvidos. A fim de viabilizar a análise pretendida, parte-se da aplicação do método dedutivo, avaliando-se os instrumentos previstos na legislação processual e transpondo-os aos processos executivos de alimentos. O método de abordagem alinha-se à realização de pesquisa quali-quantitativa, com o emprego de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para fins de verificação sobre as possibilidades de concretização de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva no âmbito das execuções de alimentos.

nores de idade e número de filhos menores de idade, por responsável pela guarda dos filhos, segundo o lugar da ação do processo – 2019), depreende-se que foram concedidos 161.907 divórcios em primeira instância, a casais com filhos crianças/adolescentes. Do total de divórcios concedidos, em 6.601 casos o responsável pela guarda do(s) filho(s) foi o ex-marido; em 101.048, a responsável pela guarda foi a ex-esposa; e em 43.367 casos houve o estabelecimento da guarda compartilhada entre ambos (ainda, em 2.029 casos a guarda foi atribuída a terceiros e não houve declaração a respeito em 8.862 casos). Desta maneira, verifica-se, ainda, a predominância da concessão da guarda unilateral materna nos processos judiciais de divórcio, de modo que, no âmbito do presente estudo, partir-se-á da consideração de que as execuções de alimentos são ajuizadas predominantemente pelos filhos representados ou assistidos pela genitora guardiã. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Sistema de Estatísticas Vitais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=o-que-e->>. Acesso em 13 set. 2021).

2 DA TIPICIDADE À ATIPICIDADE DAS TUTELAS EXECUTIVAS

As origens romanísticas do direito processual civil trouxeram consigo influências marcantes quanto à execução: de um lado, a autonomia do processo de execução; de outro, a tipicidade dos meios executivos. Apesar das origens romanas, o dogma da tipicidade das técnicas executivas fixou suas raízes jurídicas e se consagrou no âmbito do Estado Liberal, sendo que o jusnaturalismo e o realismo iluminista, característicos do período, trouxeram consigo os ideais da liberdade e de defesa da personalidade dos indivíduos perante o Estado.

Desenvolveu-se uma técnica processual consistente na condenação seguida, em caso de inadimplemento, dos mecanismos executivos expropriatórios, representando a expropriação “técnica executiva que consiste na prática de atos de sub-rogação com a finalidade de transformar os bens penhorados em dinheiro para a satisfação do crédito exequendo”⁸. Verifica-se, assim, a previsão de mecanismos executivos de expropriação pensados em abstrato, sem atentar às peculiaridades do caso concreto, e expressamente previstos na respectiva legislação.

De acordo com o princípio da tipicidade “os meios de execução devem ser previstos na lei e, por isso, a execução não pode se dar através de modalidades executivas não tipificadas”⁹⁻¹⁰. À evidência, como destaca Luiz Guilherme Marinoni, “não há como negar a relação entre a rigidez

8 QUARTIERI, Rita de Cassia Conte. Art. 824. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenadores Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Lei. São Paulo: Saraiva, 2016. [e-book].

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, p. 771.

10 “Esse princípio chega a ser curioso quando se pensa em admitir uma garantia ao cidadão que descumpra a sentença, embora possa ser compreensível, considerando-se o momento histórico em que foi forjado, como mecanismo garantidor da liberdade dos litigantes contra a possibilidade de arbítrio judicial”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 54-74, set. 2005, p. 01-02).

das formas processuais e as garantias de liberdade¹¹, especialmente considerando o objetivo de assegurar a liberdade do indivíduo perante o Estado.

A influência da tradição liberal projetou efeitos sobre a configuração do Código de Processo Civil de 1973¹² tanto no que diz respeito à separação existente entre as funções cognitiva e executiva¹³ quanto em relação à tipicidade das técnicas executivas empregadas¹⁴, evidenciando uma dificuldade na prestação das formas de tutela prometidas pelo direito substancial e ensejando uma sequência de alterações legislativas que, paulatinamente, propiciaram a abertura do sistema processual civil brasileiro quanto às modalidades de técnicas executivas e quanto à possibilidade de tutela diferenciada do direito material¹⁵.

-
- 11 MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 54-74, set. 2005, p. 02.
- 12 “Foi nesse clima cultural e político que sobreveio o nosso segundo Código de Processo Civil, oriundo de anteprojeto elaborado pelo processualista Alfredo Buzaid e com vigência a 1º de janeiro de 1974 (Lei n. 5.869, de 11.1.73). A mais significativa alteração à execução forçada foi a equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos judiciais, o que tirou o direito brasileiro, sob esse aspecto, de um atraso de séculos com relação aos sistemas europeus. O Código eliminou a medieval ação executiva e hoje todos os títulos executivos (quer judiciais ou extra) autorizam uma execução pura, sem intromissão de atos cognitivos do mérito. Para tanto, reserva-se a eventualidade dos embargos à execução, como tradicionalmente sempre fora para as execuções por título judicial”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 79).
- 13 MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: *A segunda etapa da reforma processual civil*. Organização de Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 113-132, p. 113.
- 14 “O primeiro modelo executivo do CPC/73 era completamente incapaz de viabilizar as tutelas dos direitos que não dependiam de prestações do demandado e, assim, não requeriam as modalidades executivas disciplinadas originariamente pelo código. A evolução da sociedade fez com que novas necessidades de tutela dos direitos fossem postas a nu, evidenciando a falta de sensibilidade e de efetividade do modelo executivo do Código de Processo Civil de 1973, na sua versão original”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, p. 756-757).
- 15 A partir de 1994 teve início a gradual abertura do sistema processual civil a fim de possibilitar a tutela mais adequada do direito material. Basicamente, três diferentes reformas se sucederam em nosso sistema processual, que introduzidas pelas Leis n. 8.952/1994, n. 10.444/2002 e n. 11.232/2005.

Tais modificações, entretanto, não foram suficientes para a completa adoção da atipicidade das técnicas executivas, de modo que apenas com o Código de Processo Civil de 2015 consagrou-se referida atipicidade, abrangendo, enfim, todas as modalidades obrigacionais¹⁶, à semelhança do que ocorre no ordenamento do *common law*¹⁷.

O que se tem no sistema da *common law* é a possibilidade de que, diante da determinação judicial de obrigação de pagamento de quantia, de entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou não fazer, o credor requeira a imposição de uma injunção, sob pena de o descumprimento ser considerado como “ato de desobediência e desacato ao tribunal (*contempt of Court*), com a aplicação de sanções punitivas de natureza pessoal”¹⁸⁻¹⁹. Assim, na *common law*, o poder de *contempt of Court* “consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição”²⁰.

16 Destaca-se, porém, que a possibilidade de utilização de medidas executivas atípicas não foi suficiente para ensejar a derrocada do modelo de técnicas executivas típicas, cujo regramento persiste no ordenamento jurídico brasileiro, como restará evidenciado em seguida.

17 Sobre o tema ver, por todos, TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: *Processo Civil Comparado – Ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 85-116, p. 94 e TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, especialmente às páginas 156 e 196-197.

18 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais* (1990). 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2, p. 346.

19 “O juiz da *common law* sempre teve o poder de sancionar as suas decisões mediante multa e prisão, nos casos em que o litigante comete *contempt of Court* ou pratica um ato que significa “desprezo à Corte”. O *contempt of Court* possui duplo aspecto, no sentido de que pode se configurar como *civil contempt* ou como *criminal contempt*. O *civil contempt* é uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações impostas por decisões judiciais – ao final ou no curso do processo –, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandante”. (MARI-NONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, p. 831). Sobre a distinção – muitas vezes tênue – entre o *contempt of Court* civil e o criminal, MOSKOVITZ, Joseph. *Contempt of injunctions, civil and criminal*. 43 *Colum. L. Rev.* 780 (1943).

20 ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, jul/set. 2003, p. 01.

A atipicidade das técnicas executivas no ordenamento processual civil brasileiro, neste contexto, emerge como uma promessa de assegurar o adimplemento das variadas modalidades obrigacionais reconhecidas judicialmente, atuando sobre a vontade do devedor e buscando a cooperação deste para a efetivação da tutela do direito material.

À semelhança das disposições constantes nos ordenamentos de *common law*, visando à instrumentalização dos poderes conferidos aos juízes para a concretização das ordens por eles proferidas, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe modificações significativas quanto aos instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais. Os poderes de *imperium* conferidos aos Magistrados são explicitados no art. 139, inciso IV, do diploma processual civil, destinando-se a regra tanto a ordens instrumentais (proferidas pelo Magistrado ao longo do processo) quanto a ordens finais²¹.

Nesta seara, a cláusula geral de atipicidade (art. 139, IV, do CPC/2015) não se encontra isoladamente prevista no diploma processual civil: incluída no capítulo que aborda os poderes, deveres e responsabilidade do Magistrado, ela deve ser interpretada sistematicamente, sendo compatibilizada com a disciplina atribuída especificamente a cada modalidade executiva²². As modalidades obrigacionais passíveis de reconhecimento em sentença podem ser divididas em três categoriais principais: (a) fazer e não fazer; (b) entrega de coisa; e (c) pagamento de quantia. Ao presente estudo, importa primordialmente a modalidade de execução para pagamento de quantia.

A tendência pela concessão da tutela específica – primordialmente – ou pelo resultado prático equivalente é uma constante quanto ao cumprimento das prestações de fazer ou de não fazer, conforme se depreende

21 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado* (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

22 TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do novo CPC. Coordenação de Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 27-57, p. 27-28.

especialmente do teor dos arts. 497 e 499, do CPC/2015²³⁻²⁴. Ainda, o diploma processual civil assegura o cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de fazer ou de não fazer mediante a utilização das “medidas necessárias à satisfação do exequente” (art. 536, CPC/2015), possibilitando a determinação, *dentre outras medidas*, da “imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial” (art. 536, §1º, CPC/2015).

No que tange à execução para entrega de coisa, o art. 538, §3º, do CPC/2015, consagra expressamente a aplicação subsidiária das disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Logo, tem-se a extensão à tutela para entrega de coisa fundada em título judicial da “possibilidade de cominação de multas periódicas e o emprego de medidas necessárias à satisfação do exequente coercitivas e sub-rogoratórias atípicas”²⁵.

Por fim, o cumprimento de obrigação por quantia certa fundada em título judicial e o fundado em título extrajudicial encontram detalhamento normativo nos artigos 513 a 535 e 824 a 913, respectivamente. Neste ponto residem as maiores celeumas acerca da atipicidade das técnicas executivas. Isso porque a doutrina e a jurisprudência pátrias ainda não chegaram a um consenso acerca dos limites de incidência das medidas executivas atípicas sobre essa modalidade obrigacional, não havendo

23 Art. 497, CPC/2015. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a *tutela específica* ou *determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (Grifei).

Art. 499, CPC/2015. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

24 “Não sendo viável a execução específica, a sentinela, ao condenar o réu ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, determinará providências concretas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 497, *caput*). Dessa forma, não se pratica a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos, mas se impõe uma outra prestação capaz de garantir resultados práticos equivalentes ao do cumprimento *in natura*”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado* (1995). 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 581).

25 TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do novo CPC. Coordenação de Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 27-57, p. 40.

consenso sequer quanto à viabilidade de aplicação de referidas medidas no âmbito das execuções de alimentos.

3 TUTELA JURISDICIONAL TRADICIONAL NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS

O problema envolvendo a atipicidade das técnicas executivas insere-se em um panorama acerca da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que, como visto, diferentes modalidades de sentença acabam demandando a necessidade de atividade subsequente com o intuito de assegurar a tutela do direito material. A escolha do legislador por determinadas técnicas executivas acaba sendo influenciada, neste contexto, por “escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional”²⁶.

A análise sobre o modo pelo qual se concretiza a tutela jurisdicional nas execuções de alimentos deve partir, portanto, da verificação sobre o conteúdo constitucional inerente às prestações alimentícias oriundas de uma relação familiar.

Compreendida como entidade “base da sociedade”, a família – em suas mais diversas modalidades²⁷ – recebe especial proteção estatal (art. 226, *caput*, CRFB/1988), prevendo o art. 229 do diploma constitucional que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Concretizando a diretiva constitucional de amparo, o art. 1.694, do CCB/2002, estabelece que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”²⁸.

26 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 90, 2003. p. 01.

27 Sobre o tema, ver LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

28 “A concessão do divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (artigo 1.579 CC), devendo, de preferência na mesma oportunidade em

Delimitando o presente estudo apenas às prestações alimentares devidas pelos genitores em favor dos filhos menores de dezoito anos – crianças e adolescentes, portanto –, tem-se a possibilidade de que tais parcelas sejam voluntariamente alcançadas pelo ascendente em favor do guardião do filho comum quando do término do relacionamento, trazendo à tona a dificuldade ínsita aos acordos “informais”, que se estabelecem sem qualquer tipo de formalização e que ensejam a posterior necessidade de constituição de título executivo (por meio de ação de alimentos) para fins de eventual execução em caso de inadimplemento do acordo informalmente realizado.

Para além disso, é possível o estabelecimento de acordo extrajudicial entre os genitores, a ser homologado judicialmente (na forma do art. 731, do CPC/2015), ou mesmo a fixação judicial do *quantum* a ser pago mensalmente em favor dos descendentes. Em tais hipóteses, tem-se a constituição de título executivo judicial passível de imediata execução em caso de inadimplemento pelo devedor.

O cumprimento da sentença que fixa a condenação do devedor ao pagamento dos alimentos pode ocorrer mediante procedimento de coerção patrimonial (representada, tradicionalmente, pela penhora de bens) ou coerção pessoal (exemplificada, no caso de execução de alimentos, pela possibilidade de prisão civil do devedor em decorrência do inadimplemento de parcelas recentes da pensão). Além disso, extrai-se da legislação processual a viabilidade de protesto da decisão judicial (art. 528, §1º, do CPC/2015) e, em casos específicos, de desconto mensal dos valores devidos diretamente da folha de pagamento do executado (art. 529, do CPC/2015).

Das disposições processuais inerentes à execução de alimentos, portanto, extrai-se a viabilidade de utilização de quatro diferentes técnicas executivas: (1) desconto em folha de pagamento; (2) protesto do título; (3) penhora de bens; e (4) prisão civil do devedor. Apesar de tais possibilidades, tem-se a verificação, no cotidiano forense, da insuficiência de referidas técnicas executivas para assegurar a efetiva e tempestiva tutela jurídica dos direitos do credor de alimentos.

Não são raras as ocasiões em que não é possível a concretização do desconto em folha de pagamento e as tentativas judiciais de localiza-

que os genitores irão dissolver o casamento, promover a determinação em relação à guarda, convivência familiar e alimentos, para que as questões que envolvam a parentalidade possam ser acertadas”. (ROSA, Conrado Paulino da. *Guarda compartilhada coativa*. A efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 68).

ção de patrimônio de propriedade do executado para fins de pagamento dos valores em atraso são ineficazes. Igualmente, o protesto da decisão judicial muitas vezes não exerce força significativa sobre a vontade do devedor, não se apresentando como suficiente para ensejar o pagamento. A prisão civil, por fim, corriqueiramente culmina com o devedor aguardando a expedição do mandado de prisão – após um considerável lapso de tramitação do processo executivo – para, então, proceder ao pagamento unicamente das parcelas especificadas no mandado. Com tal postura, inviabiliza-se a prisão civil do devedor naquele momento, em relação àquelas parcelas agora adimplidas (art. 528, §§6º e 7º, do CPC/2015), e a reiteração da conduta inadimplente trará como consequência a necessidade de formulação, pelo credor, de novo pedido de prisão civil. Pedido este que se submeterá a novos prazos para adimplemento, comprovação do pagamento ou apresentação de justificativa, significando, em termos práticos, semanas – ou até mesmo meses – de tramitação.

O ônus imposto ao credor de alimentos é evidente e desproporcional especialmente se consideramos a natureza da verba executada.

Pensar em uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva no âmbito das execuções de alimentos perpassa por uma mudança quanto à aplicação, pelo Poder Judiciário, das técnicas executivas disponibilizadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Passa-se, na sequência, à apresentação de tais considerações.

4 EFETIVIDADE, ADEQUAÇÃO E TEMPESTIVIDADE NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS

Se o princípio da tipicidade dos meios executivos apresentou-se como a tônica do processo civil brasileiro por décadas, pode-se afirmar que, na contemporaneidade, referido princípio cedeu espaço ao chamado “princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade”, com a criação de uma espécie de poder geral de efetivação das decisões judiciais.

A previsão expressa do art. 139, inciso IV, do CPC/2015, no sentido de que ao juiz incumbe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar

o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, alinha-se ao princípio de atipicidade mencionado. A partir de tal dispositivo, inclusive, a doutrina e a jurisprudência passaram a indicar a viabilidade de utilização de técnicas executivas diversas das tradicionais para fins de atuação do Judiciário sobre a vontade do devedor, passando-se a cogitar a possibilidade de suspensão da carteira nacional de habilitação, suspensão de passaporte, bloqueio de contas bancárias e cartões de crédito, penhora sobre verbas de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, entre outras, com o objetivo de tutelar os direitos do credor de quantia certa.

Em sede de execuções de alimentos, verificar-se-á, na sequência, que o entendimento jurisprudencial que emana do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul alinha-se com a possibilidade de emprego das medidas executivas em caráter supletivo, desde que as demais tentativas de execução tenham se mostrado inexitosas. Ocorre que, para fins de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos do credor de alimentos, as medidas executivas atípicas se apresentam como mecanismos que poderiam ser inseridos já na decisão interlocutória que determina a intimação do executado para pagamento – na forma do art. 528, do CPC/2015.

Não se afigura razoável deslocar e manter com o credor de alimentos o ônus do tempo do processo.

Por conseguinte, em havendo requerimento nesse sentido pelo exequente, afigura-se como um caminho possível a estipulação, já na decisão interlocutória que determina a intimação do executado para fins de pagamento, comprovação do pagamento ou apresentação de justificativa, das medidas que se seguirão em caso de inadimplemento das parcelas alimentícias.

Além disso, pode-se cogitar da fixação, nesta mesma decisão inicial, de que a depender do movimento do executado – pagamento, comprovação do pagamento ou apresentação de justificativa – determinado caminho de diligências pelo órgão cartorário será adotado. Isso porque não são raros os casos em que o processo executivo de alimentos permanece por dias – ou semanas – aguardando movimentação judicial mínima em relação à intimação do exequente para fins de manifestação ou mesmo do Ministério Público quanto à justificativa apresentada. Assim, reduzindo-se as etapas mortas²⁹ do processo judicial, por meio da prévia

29 Sobre o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, ainda sob a égide do CPC/73, afirmavam: “De observar que a excessiva duração do processo decorre não dos diversos prazos processuais, mas especialmente das chamadas etapas mortas

indicação das atividades que devem ser realizadas a depender das atitudes do devedor, pode-se cogitar de maior celeridade nesta tramitação.

Com tais medidas, ter-se-ia a possibilidade de aplicação das técnicas executivas atípicas requeridas pelo exequente independentemente do prévio esgotamento das tentativas tradicionais de localização do patrimônio do executado, viabilizando a utilização de mecanismos mais efetivos considerando as peculiaridades de cada circunstância fática e de cada devedor. Assim, a título de exemplo, poder-se-ia cogitar de uma imediata determinação de bloqueio das contas bancárias ou mesmo dos cartões de crédito do devedor de alimentos – cuja obrigação alimentar, frisa-se, já foi constituída e poderia ser rediscutida em sede de ação revisional caso se mostrasse demasiada comparativamente à sua realidade salarial, por exemplo. O bloqueio de cartões de crédito representa uma medida executiva atípica que não restringe a liberdade de locomoção do executado, não inviabiliza sua atividade laboral e que, por conseguinte, poderia ser cogitada inclusive antes da decretação da prisão civil do devedor.

O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no entanto, permanece alinhado à necessidade de prévio esgotamento das técnicas executivas tradicionais para que, então, possa-se cogitar da aplicabilidade de técnicas executivas atípicas na seara das execuções de alimentos.

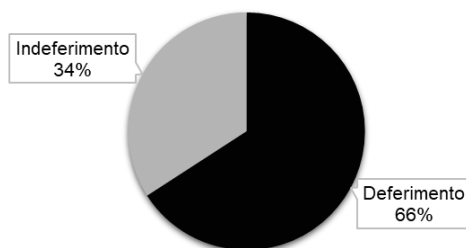
Essa é a conclusão que se extrai de pesquisa jurisprudencial realizada no dia 11 de setembro de 2021, utilizando como marcadores os termos “alimentos”, “execução” e “art. 139” junto ao repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Considerando os julgamentos disponibilizados pelo Tribunal gaúcho desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (em 16 de março de 2016) até o momento da realização da busca, procedeu-se à análise do total de 86 (oitenta e seis) decisões judiciais proferidas em sede de agra-

do processo, períodos em que permanece parado nas prateleiras à espera de andamento, acentuando-se no Brasil pelo excesso de causas que ingressam na justiça e o insuficiente número de magistrados para atender à demanda, que cresce em proporção geométrica, ano a ano. Como se vê, o problema, além de seu caráter processual, insere-se também no plano da organização judiciária, obrigando não só o legislador, mas também a administração judiciária, a uma adequada alocação de material humano (magistrados e auxiliares do juízo), recursos e meios para a funcionalidade da justiça, exigindo ainda um adequado mecanismo sancionatório em face de quem viole culposamente o dever de tempestividade da tutela jurisdicional”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54).

vos de instrumento, agravos internos e *habeas corpus*, excluindo-se unicamente um caso que envolvia a discussão sobre a aplicabilidade das medidas executivas atípicas em execuções de alimentos decorrentes de ato ilícito. Do censo realizado, os seguintes resultados puderam ser extraídos.

Em primeiro lugar, a utilização de medidas executivas atípicas no âmbito de execuções de alimentos julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de recurso de agravo de instrumento, de agravo interno ou de *habeas corpus* foi deferida em 56 (cinquenta e seis) dos 85 (oitenta e cinco) casos envolvendo execução de alimentos na seara familiar analisados. Em termos percentuais, o deferimento das medidas atípicas esteve presente em 66% dos julgados:

GRÁFICO 01: Da aplicação de medidas executivas atípicas em execuções de alimentos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.



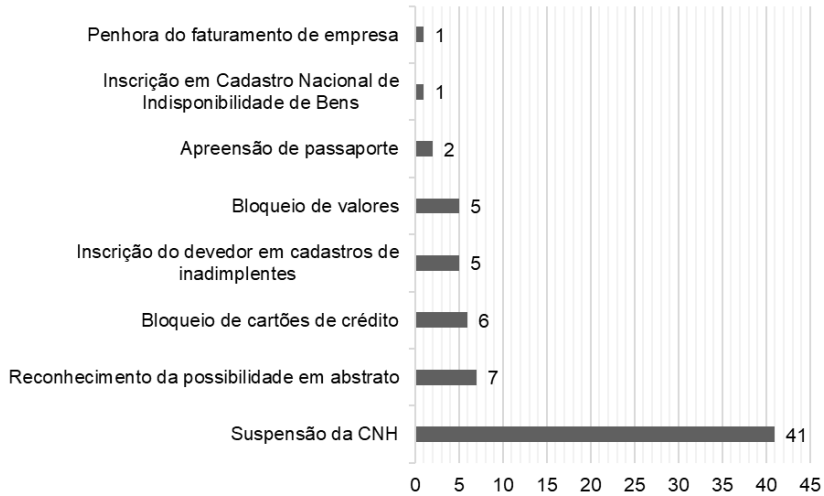
FONTE: Elaboração pelo(a) autor(a).

Diante dos cinquenta e seis casos em que houve o deferimento da aplicação de medidas executivas atípicas, procedeu-se à verificação de qual a técnica executiva empregada. Foram identificadas oito diferentes “técnicas”, passando desde o reconhecimento genérico e abstrato acerca da possibilidade de utilização das medidas executivas atípicas pelo juízo de origem, com fundamento no disposto no art. 139, inciso IV, do CPC/2015, até a apreensão de passaporte e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado³⁰. Destaca-se que, em alguns julgados,

30 Especificamente quanto à possibilidade de inclusão do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva destacam que “a positivação do cadastro, tanto para títulos judiciais como para títulos extrajudiciais, vem, ainda, corroborar a previsão do artigo 139, inciso IV, do novo diploma, que dispõe como uma das funções do juiz a determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, valendo-se a nova legislação de mais um instrumento para a busca da satisfação do crédito”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochamnn da. A efetivação do crédito e os cadas-

o Judiciário gaúcho reconheceu a possibilidade de aplicação de mais de uma medida executiva atípica concomitantemente:

GRÁFICO 02: Modalidades de medidas executivas atípicas deferidas em execuções de alimentos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

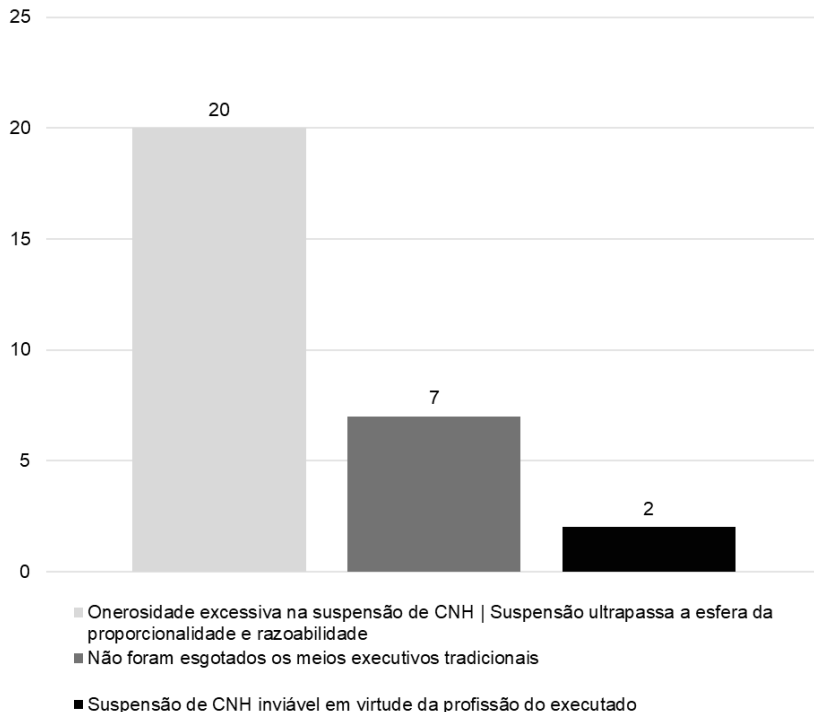


FONTE: Elaboração pelo(a) autor(a).

A análise detida sobre as hipóteses de indeferimento da aplicação das medidas executivas atípicas nas execuções de alimentos, por sua vez, revela a existência de basicamente três diferentes argumentos para a não utilização das medidas:

tros de inadimplentes no Novo Código de Processo Civil: breves notas. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Execução*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 521-533, p. 531).

GRÁFICO 03: Justificativas para o indeferimento das medidas executivas atípicas em execuções de alimentos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.



FONTE: Elaboração pelo(a) autor(a).

À exceção do indeferimento da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado em decorrência da sua profissão (nos casos, motorista de caminhão e taxista, razão pela qual a utilização da medida executiva atípica acabaria inviabilizando a atuação profissional dos executados), os dois argumentos remanescentes conduzem aos seguintes questionamentos: Quem deveria suportar o ônus temporal da execução de alimentos?

É adequado impor ao exequente o ônus de suportar a demora do processo executivo e condicionar a utilização das medidas executivas atípicas ao insucesso das modalidades de constrição “tradicionais” ou mesmo à falta de efetividade da prisão civil do devedor de alimentos?

A suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, do passaporte ou mesmo o bloqueio de cartões de crédito do executado efetivamente ultrapassam os limites de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em

vista que se está tratando de uma verba indispensável à manutenção do sujeito que a pleiteia?

É adequado e razoável impor o ônus do tempo da execução de alimentos – com a conseqüente necessidade de esgotamento dos meios executivos típicos para que então se cogite da aplicação do disposto no art. 139, inciso IV, do CPC/2015 – não só ao exequente dos alimentos (crianças e adolescentes), mas à genitora guardiã?

A partir dos questionamentos acima, cotejados com a circunstância de que o Código de Processo Civil não estabelece uma ordem de preferência das técnicas executivas, tem-se a necessidade de reflexão sobre a viabilidade de aplicação direta – independentemente do insucesso das técnicas executivas tradicionais – dos meios executivos atípicos no âmbito das execuções de alimentos envolvendo interesses de crianças e adolescentes. O reconhecimento de tal viabilidade ensejará a imprescindibilidade de que, à luz das peculiaridades do caso, o julgador avalie qual a medida que concretamente atuará de modo mais efetivo sobre a vontade do executado, possibilitando uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, não impondo ao exequente – para além do ônus de não receber as parcelas devidas no tempo previsto – a necessidade de aguardar a frustração de todas as outras técnicas executivas para que então se cogite da aplicação daquelas que poderiam, ao menos em tese, auxiliar na concretização do direito material pleiteado.

3 CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se pela possibilidade e adequação do imediato deferimento das técnicas executivas atípicas previstas no art. 139, inciso IV, do CPC/2015, nas execuções de alimentos propostas por crianças e adolescentes, devidamente representadas e assistidas pelo seu guardião, em face do genitor inadimplente.

Tal aplicação se apresenta como cabível diante (1) do caráter essencial da verba que está sendo executada judicialmente, cuja definição quantitativa já foi objeto de prévio reconhecimento pelo Poder Judiciário quando da fixação em sede de decisão ou sentença homologatória de acordo, não sendo sequer possível a rediscussão do binômio necessidade

vs. possibilidade no âmbito executivo; (2) da inexistência de qualquer tipo de ordem de preferência no âmbito do Código de Processo Civil de 2015 quanto às técnicas executivas que devem ser aplicadas preferencialmente em detrimento das demais; (3) da expressa definição, pelo art. 139, inciso IV, do diploma processual civil, acerca da possibilidade de emprego, pelo Poder Judiciário, de “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”; e (4) do fato de que condicionar a aplicação das medidas executivas atípicas ao insucesso das tentativas de execução “tradicionais” – representadas pela penhora, protesto, desconto em folha de pagamento e prisão civil do devedor – significa impor ao exequente o ônus do tempo do processo.

E impor ao exequente, nas execuções de alimentos, o ônus do tempo do processo significa postergar demasiadamente a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito material pleiteado. Direito material este que é imprescindível à subsistência digna do exequente e ao adimplemento de despesas básicas.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: **Polêmica sobre a ação**. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 41-54.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 90, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2012.

ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no direito brasileiro. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 111, p. 18-37, jul/set. 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais (1990). 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sistema de Estatísticas Vitais**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em 13 set. 2021.

LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo** (2006). 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

MANDRIOLI, Crisanto. **L'azione executiva** – contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo. Milano: Giuffrè, 1955.

MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: **A segunda etapa da reforma processual civil**. Organização de Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 113-132.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, p. 54-74, set. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** (2004). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado** (2015). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochamnn da. A efetivação do crédito e os cadastros de inadimplentes no Novo Código de Processo Civil: breves notas. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) **Execução**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 521-533.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. 43 **Colum. L. Rev.** 780 (1943).

QUARTIERI, Rita de Cassia Conte. Art. 824. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenadores Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Lei. São Paulo: Saraiva, 2016. [e-book].

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**. A efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: **Medidas executivas atípicas**. Coleção Grandes Temas do novo CPC. Coordenação de Fredie Didier Jr. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 27-57.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: **Processo Civil Comparado** – Ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 85-116.

TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. **American Civil Procedure**: an introduction. New Haver: Yale University Press, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado** (1995). 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.





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)