



DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÓRIO

VOLUME 1

ORGANIZADORAS:
Fernanda Brandt e
Denise Bittencourt Friedrich



EAD Unisc



DIREITO DAS FAMÍLIAS E
SUCESSÓRIO
VOLUME 1





Reitora
Carmen Lúcia de Lima Helfer

Vice-Reitor
Rafael Frederico Henn

Pró-Reitor Acadêmico
Rolf Fredi Molz

Pró-Reitor Administrativo
Dorivaldo Brites de Oliveira

EDITORA DA UNISC

Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente
Adílson Ben da Costa
Carlos Renê Ayres
Cristiane Davina Redin Freitas
Marcus Vinicius Castro Witczak
Mozart Linhares da Silva
Rudimar Serpa de Abreu

© *Copyright*: dos autores
1ª edição 2021
Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Bruno Seidel Neto
(Assessoria de Comunicação da UNISC)

Editoração: Clarice Agnes

D598 Direito das famílias e sucessório [recurso eletrônico] : volume 1 / Fernanda Brandt, Denise Bittencourt Friedrich (organizadoras). – 1. ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2021.

Dados eletrônicos.
Inclui bibliografias.
Modo de acesso: World Wide Web: www.unisc.br/edunisc
ISBN 978-65-88564-15-8

1. Direito de família 2. Herança e sucessão. I. Brandt, Fernanda. II. Friedrich, Denise Bittencourt.

CDD-Dóris: 342.165

Bibliotecária: Muriel Thurmer - CRB 10/1558



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc



Fernanda Brandt
Denise Bittencourt Friedrich
(organizadoras)

DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÓRIO VOLUME 1



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2021

PREFÁCIO

André Luis Moraes Pinto.....5

PLANEJAMENTO MATRIMONIAL E O QUE PODE SER CONTRATADO NO PACTO ANTENUPCIAL E NO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA?

Diego Oliveira da Silveira..... 8

A GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Michelly Lopes Junqueira23

OS DESDOBRAMENTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Yasmin Barrozo de Oliveira, Denise Bittencourt Friedrich.....43

OS CONTRATOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NEGOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Liane Tabarelli.....60

A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS E O REFLEXO NO DIREITO FAMILIARISTA BRASILEIRO

Bethânia Denardin Ferreira, Fernanda Brandt78

UNIÃO ESTÁVEL APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: PASSOU O COMPANHEIRO A SER HERDEIRO NECESSÁRIO?

Roberta Pozzebon Battisti..... 94

A PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DAS PARTES NA BUSCA DA VERDADE JUDICIAL CARACTERIZADORA DO PROCESSO JUSTO

Cláudio Tessari 111

O ABANDONO AFETIVO DE PAIS PARA COM OS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COMO UMA DE SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cristiane Lückmann Alves, Fernanda Brandt.....126



Prefaciando a obra - “DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÓRIO, VOLUME 1”, demanda enorme responsabilidade.

Na essencial “Uma Introdução Crítica ao Direito”, Michel Miaille fala sobre o papel de quem assume o encargo de introduzir, de apresentar algo a alguém no universo jurídico. Já de saída, repele o mito da neutralidade. Compara com uma visita guiada a uma casa desconhecida. Poderia ser a um museu, um palácio, uma cidade. O guia orienta os passos a serem dados, leva a diversos cômodos, chama a atenção para peças do mobiliário, para alguns detalhes da arquitetura. No entanto, não mostra tudo, bem sabemos. Sempre haverá áreas restritas, portas que permanecem fechadas, alas das quais não se retira o véu.

O guia, ademais de poder conduzir a todos os lugares, intencionalmente ou, traído pelos labirintos da inconsciência, elege o que a sua constituição prioriza e pelo que é atraída. Por isso, mostra determinado quadro e não o que está ao lado, convida a se movimentarem em dada direção, não em outra.

Podemos encerrar a visita vendo apenas a árvore, não a floresta; como também, mesmo sem percorrer todos os seus meandros, sair razoavelmente informados sobre sua dimensão, variedade, colorido e complexidade.

Sabedor das contingentes limitações é que acolho a tarefa de apresentar esse conjunto de produções acadêmicas, alertando que toda fala se dá a partir de um lugar, um belvedere, desde onde conformamos o nosso olhar de mundo.

A travessia feita pela família vitoriana, desde quando era uma instituição econômica hierarquizada até se transformar em uma estrutura de afeto, respeito e de promoção da dignidade da pessoa humana, bem como a irradiação das transformações promovidas, permeiam o espinhoso tema da alienação parental. A parentalidade responsável, o dever de cuidado, o direito a uma convivência familiar sadia e o princípio da proteção e integração da criança são colocados em posição cimeira. Como pano de fundo, vê-se o princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, o compromisso com a continuidade das relações parentais, mesmo após a dissolução da conjugalidade/companheirismo, e a proeminência da missão estruturante da família.

O abandono afetivo é abordado com a mesma delicadeza como deve ser regada a semente do amor paterno, não deixando de apontar as repercussões psicoemocionais profundas que da falta de uma paternagem qualificada podem derivar, impactando a personalidade em construção do sujeito, constituindo terreno fértil para sentimentos de estima rebaixada, insegurança, inferioridade e desproteção. Como não lembrar de Kafka em sua emblemática ‘Carta ao Pai’, jamais entregue ao destinatário, na qual desfia um rosário de insatisfações e lamentos, que em movimento



pendular, oscilam entre o espelho de um pai forte e opressor e a representação de um pai desinteressado, distante e inacessível. A possibilidade de resgatar os danos e perdas provocados pelo poros no ideal de ego, pelo vazio das introjeções no aparelho psíquico da criança, pondo fim à imunidade da negligência, é a reflexão proposta ao final.

A (Im)possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas para fins previdenciários coloca o leitor diante de freios à liberdade na pavimentação dos arranjos familiares. Prospectando a jurisprudência do STF, o texto não foge do debate em torno de realidades sociais que não desapareceram com o instituto da união estável, como a bigamia, o concubinato de longa duração, as uniões paralelas formais e informais, destacando a proteção jurídica que essas relações devem receber, sobretudo no rateio do pensionamento por morte.

A simetria entre cônjuge e companheiro, também para fins sucessórios, amplificada pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, é trabalhada na perspectiva da condição de herdeiro necessário. São desveladas as contradições, expostos os riscos de interpretações não sistemáticas, a essencialidade de uma proteção eficiente aos viúvos e vincados o perigo de retrocesso e a insegurança jurídica em torno do assunto.

Incentivando a cautela e o emprego da racionalidade antes de embarcar para a viagem compartilhada, como medidas preventivas, é exposta a importância do planejamento matrimonial e pormenorizadas as balizas e conteúdo do pacto antenupcial e do contrato de convivência. A esfera da autonomia da vontade é prestigiada, ao mesmo tempo em que é pontuada a mínima intervenção estatal na organização da vida familiar, tanto no curso da navegação, quanto sob forte tempestade.

Naufragando a conjugalidade/companheirismo, muitas vezes surgirá o caminho dolorido até – e no – Poder Judiciário. O que antes era uma unidade, vê-se diante de um cenário de fratura. O todo transforma-se em partes. As pessoas convertem-se em partes processuais. Ainda assim, a despeito de todas as turbulências, é saudável que invistam em comportamento cooperativo, leal. Acesso à justiça pressupõe o exercício do direito de postular e contraditar, para além de assegurar ferramentas que permitam provar as teses articuladas.

A prova enquanto direito fundamental, não se satisfaz com a busca da verdade formal, de cariz meramente cosmético, protocolar e tampouco se ilude com o mito da verdade real, inalcançável, verdadeira impossibilidade em si mesma. A tônica é a busca da verdade judicial imantando um processo justo.

Aguçando a curiosidade, surge o arrazoado a respeito dos contratos na seara da reprodução humana assistida, na inseminação artificial e na fertilização *in vitro*, com destaque para a boa-fé objetiva, enquanto padrão de conduta a ser observado, a salvaguarda da confiança, o consentimento informado e o compromisso com os valores constitucionais.

Não menos instigante é a emergente temática da guarda compartilhada de animais de estimação, a partir do reconhecimento da condição de seres sencientes,



não meros semoventes, dos vínculos afetivos formados e das tintas que começam a pintar o conceito de família multiespécie, demandando disciplina legislativa e proteção jurídica.

Em arremate, a qualidade dos artigos evidencia a relevância de, muito mais que buscar conhecer o direito, saber o que fazer com o direito e de permanentemente nos questionarmos para que(m) o estamos empregando.

Cumpro, assim, a missão de guia, ficando por aqui. Agora é com você leitor (privilegiado). Vasculhe a casa, se deleite com a arte de conhecimento. Com inquietude, procure o que não foi mostrado.

André Luis de Moraes Pinto,
Juiz de Direito (TJRS)



PLANEJAMENTO MATRIMONIAL E O QUE PODE SER CONTRATADO NO PACTO ANTENUPCIAL E NO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA?

Diego Oliveira da Silveira¹

RESUMO

O presente artigo aborda a importância do planejamento matrimonial, analisando as discussões jurídicas sobre as limitações à autonomia da vontade e o que comunica ou não no regime da comunhão parcial de bens e o que pode constar nas cláusulas dos pactos antenupciais e dos contratos de convivência das uniões estáveis, sob uma ótica crítica e tuteladora da vontade das partes. Esse artigo tem como objetivo principal investigar se as partes têm, realmente, autonomia da vontade para pactuar o que melhor lhes aprouver nos pactos antenupciais e/ou contratos de convivência ou se há uma indevida ingerência do Estado na vida privada. A metodologia empregada foi qualitativa do estudo da arte sobre a comunicabilidade nos regimes de bens e das limitações à autonomia da vontade, através de uma análise dedutiva da legislação, doutrina e jurisprudência. Assim como há o crescimento do planejamento sucessório entre as partes e operadores do direito é imperioso que se estude a importância do planejamento matrimonial e que o mesmo pode ser um instrumento para tutelar a autonomia da vontade das pessoas e de evitar problemas futuros nas eventuais dissoluções das relações amorosas.

Palavras-chave: autonomia da vontade; conteúdo; planejamento matrimonial.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E A IMPERIOSA PRIMAZIA DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRATANTES

O presente estudo aborda o planejamento matrimonial e, precipuamente, o que pode ser pactuado pelas partes no pacto antenupcial e nos contratos de convivência, sob um olhar contemporâneo e atento às características das famílias atuais.

É de suma importância que os cônjuges e os companheiros planejem o casamento e/ou a união estável, adequando a vontade dos contratantes desse

¹ Advogado. Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC; Mestre em Direitos Humanos pela UNIRITTER, Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC, entre outras como PUCRS; FMP; CEISC; UCS. Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, desde a gestão 2007/2008 até a presente data. Contato: diegosilveira@ibiasesilveira.adv.br / dosilrgs@hotmail.com



negócio que é o casamento e/ou a união estável e evitando problemas no momento de destratar a relação.

Importante referir, que a vida contemporânea é completamente diversa dos arranjos familiares de décadas passadas, pois até a Constituição Cidadã promulgada em 1988² o Estado, somente, reconhecia a família constituída pelo casamento, e para que as pessoas chegassem ao estágio de casar era necessário namorar por um bom tempo, para depois pedir a namorada em noivado, após autorização expressa do pai da noiva e, por fim, contrair núpcias e iniciar uma vida em comum (SILVEIRA, 2017, p. 113).

Então, nesse contexto, é importante que as pessoas planejem a vida amorosa e que possa ser tutelada a autonomia da vontade das partes, conforme apontei em um artigo sobre a autonomia para estabelecer as relações amorosas (SILVEIRA, 2013, p. 125).

Contudo, é imperioso questionar o que as partes podem contratar nos pactos antenupciais e se é imperativo que as pessoas pensem as consequências para um eventual término da relação.

Ainda, eventuais limitações na autonomia da vontade das pessoas em contratar o casamento são compatíveis com o estágio atual das famílias contemporâneas?

Em face disso, será abordado o princípio da autonomia (*autos*, eu; *nomos*, lei, regra), destacando que essa palavra é de origem grega e possui o significado de “faculdade de se governar por suas próprias leis” e, também, pode ser denominada de “esfera de liberdade que é conferida ao indivíduo no âmbito do direito privado (SANTOS, 2012, p. 09).

Aponta-se que nas relações privadas, a autonomia da vontade está ligada ao princípio da liberdade de contratar, que mesmo esta possui duas limitações, quais sejam, as regras legais de “ordem pública” e os “bons costumes” (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 17).

Assim, parte-se da premissa que essa autonomia da liberdade de contratar deve respeitar o interesse público em nível superior ao interesse privado, ou seja, não pode ser contrária ao que o legislador disciplinou como matéria de “ordem pública”.

Com o decorrer do tempo, passou-se do Estado Liberal para o Estado Social e, após, para o Estado Democrático de Direito. Com essas mudanças, o Estado passou a intervir no âmbito particular, como demonstram

2 O art. 226 da Constituição Federal de 1988 previu o respeito das diversas entidades familiares, pois a união estável, a família monoparental, dentre outras, passaram a ser tuteladas pelo ordenamento pátrio, sendo a família a base da sociedade e merecendo especial proteção do Estado.



a teoria da autonomia privada rompeu com o paradigma da autonomia da vontade, isto é, a simples declaração de vontade não é suficiente para constituir um negócio jurídico, pelo contrário, precisamos ir além, a fim de analisar se a referida vontade foi expressada em conformidade com o ordenamento jurídico, devendo somente ser considerada se preencher os requisitos de validade impostos por este (ordenamento), como: capacidade e legitimidade dos sujeitos, assim como forma e conteúdo da avença. (BRANCO; MOREIRA, 2017, p. 133).

No Brasil, essa mudança de paradigma ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois a autonomia privada está ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - que é um princípio fundamental mencionado no inciso III, do artigo 1º - e ao objetivo fundamental de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, prevista no inciso I, do artigo 3º. A autonomia privada é um poder de disposição que depende da autorização concedida pelo Estado para que o particular possa gerir e administrar sua vida íntima como entender melhor, possuindo o Estado função de fixar e prestar proteção às ações com relação ao seu conteúdo, com seus efeitos e suas consequências jurídicas (BRANCO; MOREIRA, 2017).

Enquanto a autonomia da vontade baseia-se em uma autonomia ilimitada, com o ideal de que uma simples declaração de vontade teria o poder de criar negócios jurídicos independentemente da ordem jurídica, a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, designando-lhes a respectiva disciplina jurídica.

Outra diferença é que a autonomia da vontade é baseada na igualdade formal dos contraentes diferentemente da autonomia privada, que visa proteger as partes hipossuficientes da relação jurídica.

É importante destacar que há autores que não fazem distinção entre as duas autonomias (vontade e privada). Para eles a autonomia da vontade é usada como “sinônimo” de autonomia privada e dizem que consiste no poder reconhecido aos particulares de regular suas relações jurídicas segundo seus interesses, o que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas não há divergência que a relação da autonomia privada com o princípio da dignidade da pessoa humana não apresenta apenas um limite de atuação do Estado, mas também um norte para sua atuação positiva.

Não há dúvidas de que o afeto é o principal fundamento das relações familiares. Ainda que o afeto não conste expressamente como um direito fundamental, ele decorre da valorização constante da dignidade humana. E do afeto decore a autorização do exercício da autonomia privada. (BRANCO; MOREIRA, 2017, p.133).



Ainda, Madaleno (2013, p. 91) esclarece que “a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais”.

A liberdade é pressuposto da autonomia privada e o embasamento da construção social, em que o indivíduo exerce sua escolha de forma espontânea, garantindo-lhe o exercício do direito. Portanto, o negócio jurídico torna-se fonte principal de obrigações. Com relação à autonomia privada no momento da realização das disposições testamentárias se verifica essa instabilidade:

No plano infraconstitucional, por seu turno, ao manter-se a reserva hereditária, adentra-se no campo das mentalidades ao manter-se o movimento do pêndulo (sempre tão frágil e delicado) apontando à direção da instituição familiar, em detrimento da pessoa cuja autodeterminação continua a ser enormemente restringida pelo Estado-legislador quando se trata de decidir o destino que dará, *post mortem*, ao seu patrimônio privada. (MARTINS-COSTA, 2011, p. 86)

Como visto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tornou-se expresso na Constituição Federal de 1988 e é considerado a base de sustentação dos ordenamentos jurídicos, é um pressuposto da ideia de justiça humana, funcionando como um “macroprincípio ou superprincípio” (PEREIRA, 2013, p. 37).

O princípio da dignidade da pessoa humana sustenta a tutela da autonomia privada, pois se a pessoa possui limitações nas disposições testamentárias, quais sejam, não poder deixar o seu patrimônio para quem desejar, a mesma está sendo limitada na sua liberdade, restringindo sua dignidade como pessoa humana.

Vale apontar o defendido por (SILVEIRA, 2016) na palestra sobre a Flexibilização da Legítima proferida no III Congresso Gaúcho de Direito de Família que as restrições à liberdade de fazer pactos antenupciais que alguns notários fazem quando as partes pretendem lavrar seus pactos e as próprias limitações da legítima são inconstitucionais, pois ferem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser, no mínimo, flexibilizada a legítima para permitir que a pessoa possa exercer sua autonomia da vontade com mais liberdade, cuja posição se reproduz:

A liberdade na contratação dos pactos antenupciais deve ser a mais plena possível, sendo viável pactuar matérias não patrimoniais e regimes mistos, pois a intervenção estatal deve ser a mínima possível, assim, como deveria ocorrer a flexibilização da legítima é imperiosa e deve ser discutida entre os operadores do direito e das áreas



interdisciplinares, pois a pessoa deve ter a autonomia para decidir para quem quer deixar seus bens quando ocorrer a sua morte, exatamente, porque as relações familiares não são mais como as ocorridas na época da promulgação do Código Bevilacqua (Código Civil de 1916), devendo a legislação atual se modernizar e tutelar a vontade do testador, respeitando, assim, a sua dignidade como uma pessoa humana, eis que a limitação estatal a liberdade de testar é uma forma de restringir a capacidade do indivíduo e isso macula sua dignidade como ser independente.

Inclusive, a restrição existente para o estabelecimento do regime de bens do matrimônio em que um dos nubentes seja maior de 70 anos é outra forma de macular a dignidade da pessoa humana e essa restrição e a própria existência da legítima vão contra a ideia de uma intervenção mínima do Estado na vida privada das pessoas.

A vida mudou e o olhar sobre as famílias deve mudar também, sendo imperiosa a liberdade das pessoas em optar em como vão formar seus vínculos familiares e para quem desejam deixar seus bens para o momento da sua morte.

A própria recente decisão do Supremo Tribunal Federal que está reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro, quando do julgamento do RE 878.694, o qual está aguardando o pedido de vista do Min. Toffoli, mas que já possui votos suficientes para que seja declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, é mais um elemento a ser levado em consideração por nós juristas, pois essa decisão vem corrigir a injustiça que ocorria na União Estável, onde os bens poderiam acabar sendo partilhados com herdeiros que o *de cujus* sequer tinha relação afetiva, mas que herdavam só por serem herdeiros, em detrimento do(a) companheiro(a) do(a) herança.

Portanto, a legítima afeta a dignidade da pessoa humana do testador, pois o mesmo tem a sua liberdade de agir e sua autonomia da vontade das pessoas frontamente restringidas por um intervencionismo estatal, o qual não é compatível com a família contemporânea.

Assim, com base em uma interpretação sistemática do ordenamento pátrio e primando pelo fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, III da Carta Magna, a autonomia da vontade do testador deve ser respeitada e a intervenção estatal nas relações familiares deve ser mínima, sendo que a flexibilização da legítima em um percentual inferior a 50%, no mínimo (já que entendo que a legítima deve ser excluída), será uma concretização dessas premissas e compete aos operadores do direito dar uma interpretação a essa matéria baseada nos princípios envolvidos nesse tema e deixar de, apenas, repetir o que está disciplinado na lei infraconstitucional.



Desde o início da civilização o Estado usa o Direito para impor pautas de condutas a fim de organizar a vida em sociedade, todavia, como bem diz Maria Berenice Dias: “Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações interpessoais, precisa respeitar a dignidade, o direito à liberdade e à igualdade de todas e de cada um” (DIAS, 2016, p. 31). Por esses motivos que temos que ponderar até onde o estado pode intervir na família.

Para Pereira (2013, p. 55) um dos princípios fundamentais do direito de família seria o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal, isso porque a intervenção do Estado com relação à família, deve ter por objetivo somente tutelar e dar garantia, inclusive de ampla manifestação de vontade e de afeto. O limite para a intervenção estatal seria a garantia da autonomia privada dos membros da família, e sua violação configuraria um excesso.

O ordenamento jurídico do direito de família deixa pouca margem para o exercício da autonomia privada, pois ainda atribui às famílias, como núcleo básico da sociedade, vejamos algumas limitações:

As limitações postas a exercício da liberdade no âmbito do direito de família são diversas, valendo referir, exemplificativamente, como mais relevantes: a) a atribuição de efeitos pessoais inafastáveis ao casamento e à união estável; b) deveres decorrentes do poder familiar e do parentesco; c) consequências da adoção; d) limitações ao direito de casar e construir união estável (impedimentos matrimoniais); e) obrigatoriedade do regime separação de bens, em determinadas circunstâncias. (SANTOS, 2013, p. 311).

Portanto, é imperioso um novo olhar para o Direito de Família, em especial, que respeite a autonomia da vontade das pessoas que integram essas famílias contemporâneas.

Afinal o art. 1.649 do Código Civil Brasileiro estabelece que as pessoas podem estabelecer os pactos antenupciais da forma que lhes aprouver.

Logo, deve-se permitir a realização de pactos com questões não patrimoniais, como por exemplo: cláusulas de prêmios por tempo de convivência e deve-se permitir que as partes possam pactuar regimes mistos de bens, tutelando a autonomia da vontade dos cônjuges.

Nesse contexto é importante o planejamento matrimonial, pois se as partes fizerem um planejamento anterior à relação amorosa isso poderá evitar problemas futuros quando ocorrer um evento divórcio.

Inclusive, estamos na era do planejamento sucessório, logo, porque não pensarmos em um planejamento matrimonial, através de uma assessoria jurídica especializada e que possa prever e evitar uma série de problemas na dissolução da



relação amorosa, como por exemplo: se direitos trabalhistas são partilháveis.

Sinale-se, que uma das matérias que possuem extrema interferência do Estado na vida privada da família é o regime de bens que vigorará durante o casamento, pois tradicionalmente o ordenamento jurídico confere essa faculdade de eleição do regime patrimonial e matrimonial.

Então, a escolha do regime de bens, deveria ser uma escolha do casal ao pactuarem seu futuro, porém, o próprio Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro,³ traz imposições e interferências ao limitar a escolha do regime perante a idade dos nubentes.

A principal crítica ao artigo 1.641 é o impedimento da autonomia de vontade aos maiores de 70 anos quando da escolha de seu próprio regime de bens, observando que até o ano de 2010 essa imposição era feita aos maiores de 60 anos, tendo sido alterada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

A crítica quanto à intervenção do Estado na escolha do regime de bens é fortemente feita por muitos doutrinadores, como Fragoso (2004), Madaleno (2013), Rosa (2016), dentre outros.

O legislador, ao retirar a autonomia do indivíduo que detém capacidade para todos os outros atos da vida civil com o pretexto de protegê-lo diante de sua idade, não está apenas desrespeitando sua vontade, mas intervindo e ditando normas de como o indivíduo deve gerir seus bens patrimoniais. Ora, se deseja a pessoa casar aos 70 anos e entrelaçar seu patrimônio ao da outra pessoa ou ter qualquer prejuízo financeiro, isto deve ser escolha da própria pessoa.

A imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos é inconstitucional, pois viola a liberdade individual (artigo 5º, caput da Constituição Federal), atentando contra a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III e artigo 230 da Constituição Federal) e essa restrição está prevista no Código Civil, exatamente como ocorre com a legítima, pois a legislação presume que a pessoa não tem capacidade para saber o que está fazendo.

O fato de a pessoa ser idosa não é justificativa para limitar a sua capacidade, a sua liberdade e a autonomia de sua vontade (SILVEIRA, 2017, p. 113). A imposição do regime de bens à pessoa idosa é inconstitucional.

Destaca-se que nenhuma disposição do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, contém indicação de tal imposição. Ao contrário, na esteira da constitucional, o referido diploma legal, no artigo 10, determina que é obrigação

3 Art. 1.641 do Código Civil Brasileiro - 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, de suprimento judicial.



do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, compreendendo esta a opinião e a expressão, sendo dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento constrangedor.

Diante de tais críticas, o projeto de Lei n. 470/2013 que institui o Estatuto das Famílias, e que contou com o apoio técnico do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) para sua criação, pretende a retirada à obrigatoriedade do regime de bens quando do casamento de pessoas acima de 70 anos. Esse Estatuto deixa livre aos cônjuges ou companheiros a escolha para que possam exercer sua autonomia da vontade e optar pelo regime de bens de sua preferência, retirando, assim, os impedimentos para a escolha que vigora no atual Código Civil.

A intervenção estatal nas relações envolvendo as famílias não pode presumir a incapacidade do cidadão para tutelar determinados assuntos utilizando-se da justificativa de proteção, pois essa suposta proteção pode prejudicar a autonomia privada do cidadão dentro da família.

Assim, como deve ser tutelada a autonomia da vontade da pessoa no momento em que for contrair nupciais, tendo a mesma liberdade de escolher qual o regime de bens que melhor aprover ao casal, a autonomia no momento de testar, também deve ser tutelada pelo ordenamento pátrio, através de uma interpretação sistemática das normas jurídicas.

Destaca-se, que houve muitas alterações na família e na sucessão do patrimônio da família, e junto com essas alterações veio a necessidade de encontrar soluções adequadas aos problemas que surgiam ao longo do caminho, dando à família contemporânea um tratamento mais coerente à realidade social, mesmo que a maior parte da população associe testamento e pacto antenupcial a interesses patrimoniais das pessoas que aconselham as partes a prevenirem problemas nas sucessões e/ou nas dissoluções da vida conjugal.

Então, para as pessoas que fogem da maior parte da população e desejam planejar para quem vão deixar seus bens após a sua morte, essas pessoas devem ter a sua autonomia da vontade tuteladas de forma plena, permitindo que eles possam dispor sobre o seu patrimônio sem qualquer restrição.

Assim é indispensável que se interprete os regimes de bens com esse olhar, adequando a realidade social ao regramento dos regimes patrimoniais previsto no Diploma Material Civil. Então, imperioso apontar o questionamento de Venosa (2003) se uma indenização trabalhista, a qual decorre da atividade profissional de um dos cônjuges, for adquirida e pleiteada durante a constância do casamento e/ou da união estável, deve se comunicar ao outro cônjuge?

Essa é uma contenda que integra o objeto de vários processos sobre partilha de bens, uma vez que a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a comunicabilidade de



vários bens e/ou direitos.⁴ Por exemplo, se o cônjuge vier a receber uma indenização trabalhista e assim adquirir bens (imóveis ou móveis) na constância do casamento, esses bens vão ser partilhados com o outro cônjuge, a não ser que o credor trabalhista consiga corroborar que apurado bem foi adquirido, exclusivamente, com o valor dessa indenização trabalhista, qual é de difícil prova quando se misturam com os bens comuns do casal.

Logo, o outro cônjuge/companheiro teria direito à partilha do bem adquirido, se durante a constância da relação for recebido o crédito trabalhista, mas não teria direito à divisão dessa indenização se for paga após a separação do casal (MADALENO, 2004, p. 74).

Mas, será que isso seria justo? Claro que não e a exceção legal deve ser interpretada pelos operadores do direito sob um olhar crítico e não com uma interpretação literal.

Em face disso e em decorrência de uma interpretação sistemática, a posição majoritária no que tange a (in)comunicabilidade da indenização trabalhista (do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e outros frutos decorrentes do trabalho) é no sentido de que o direito trabalhista adquirido e pleiteado durante a constância do casamento e/ou união estável deve ser partilhado com o outro cônjuge.

Assim é necessário aprofundar o estudo/debate sobre a (in)comunicabilidade dos bens e direitos e o que pode ser acordado pelas partes nos pactos antenupciais e nos contratos de convivência.

E será que as partes, através do princípio da autonomia da vontade, não podem planejar o matrimônio e pactuar a (in)comunicabilidade das indenizações trabalhistas, FGTS, títulos de previdência e regras para o divórcio, através da pactuação de um negócio jurídico pré-processual no próprio pacto antenupcial? Ou não se pode estabelecer se os títulos de previdência se comunicam ou não com o outro cônjuge e/ou companheiro?

Claro que sim, e devemos primar pela autonomia da vontade das partes e respeitar o planejamento matrimonial, através da aplicação do princípio da não intervenção do Estado nas relações privadas.

2 DA IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO MATRIMONIAL E O QUE PODE SER PACTUADO PELAS PARTES?

Antes de analisar a importância do planejamento matrimonial, cabe referir que

4 O Código Civil de 2012 nos seus artigos 1.659, VI e 1.668, V estabelecem que os proventos decorrentes do trabalho são excluídos da comunhão (parcial de bens ou universal).



os bens que integram a comunhão em decorrência da constituição familiar estão previstos no art. 1.660 do Código Civil Brasileiro.

Então, que bens que não integram a comunhão? Como salienta Madaleno (2011, p. 753-754), são os que decorrem da preservação das relações patrimoniais anteriores à constituição familiar. A previsão do artigo 1.659 estabelece a incomunicabilidade, de modo que se analisará os seus incisos.

Se verifica no inciso I que os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar. A sub-rogação serve para preservar a equação patrimonial original. Quanto à herança está também não se comunica, pertencendo exclusivamente a quem a recebeu. Assim, ao sub-rogar um bem que recebeu por doação ou herança, é interessante fazer constar na escritura pública a sub-rogação para preservar direitos.

Nos incisos subsequentes,⁵ alguns autores, como por exemplo Venosa (2003, p. 181-184) seguem a linha de que não devem ser partilhadas as indenizações trabalhistas e o FGTS, quando as relações pautadas no direito do trabalho são de cunho pessoal, logo que os rendimentos dali provenientes seriam exclusivos de quem empregou sua força de trabalho. Entretanto, considerável e respeitável parte da doutrina vem entendendo que este inciso é desarrazoado, pois violaria a ideia de comunhão plena de vida, dever de mútua assistência e responsabilidade pelos encargos da família (MADALENO, 2011, p. 753-754). Ainda, não mais se justifica a divisão as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, prevista no inciso VII do artigo 1.659 Código Civil.

Portanto, em face das discussões sobre as “in”comunicabilidades do regime da comunhão parcial de bens é imperioso que as partes possam fazer o planejamento matrimonial da sua vida, pactuando o que será partilhado ou não com o outro cônjuge e/ou companheiro.

Além da importante temática (partilha da indenização trabalhista e do FGTS) apontada por Venosa (2003, p. 181-184), há outro ponto controvertido que é a “in”comunicabilidade dos títulos de previdência “abertos”, pois há uma divergência se a natureza jurídica dos mesmos é de aplicação ou de seguro (previdência privada).

Dessa forma, em virtude das posições do STJ sobre a partilha da indenização trabalhista e do FGTS e da divergência jurisprudencial sobre a comunicabilidade dos

5 II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;



títulos de previdência,^{6 e 7} é imperioso que as partes possam fazer um planejamento matrimonial (casamento e/ou união estável) e que a autonomia da vontade das partes seja preservada.

Como demonstrado, há questões relevantes sobre as “in” comunicabilidades do regime da comunhão parcial de bens. Mas, será que as partes não podem prever que esse e outros direitos de caráter pessoal fiquem fora da partilha em uma eventual dissolução da sociedade conjugal? E será que isso não concede uma maior segurança jurídica para as pessoas? E será que não temos que tutelar a autonomia da vontade e a não intervenção do Estado na vida privada?

Essas são questões que podem ser objeto de um planejamento matrimonial e os advogados devem ser consultados para fazer esse planejamento, exatamente, como vêm ocorrendo nos planejamentos sucessórios.

Ademais, porque não primar pela autonomia da vontade dos nubentes e estabelecer regimes mistos, adotando-se as regras de determinado regime e mitigando suas limitações e direitos para adequar os interesses dos nubentes aos interesses que melhor lhes aprouver, conforme preconiza o art. 1.639 do Código Civil Brasileiro.

Além disso, será que questões não patrimoniais podem ser contratadas nos pactos antenupciais? Inclusive, será que é possível estabelecer prêmios por tempo de convivência ou sanções nos pactos? Ainda, é possível estabelecer um negócio jurídico pré-processual, estabelecendo as regras para a dissolução da sociedade conjugal?

Todas essas perguntas não possuem uma resposta definitiva e, assim como se discute se as partes podem pactuar exceções da comunicabilidade de direitos que vêm sendo reconhecidos pela jurisprudência, compete ao operador do direito refletir sobre essas questões e orientar seus clientes a pactuarem o que melhor lhes aprouver nos pactos antenupciais.

Logo, no futuro essas indagações buscarão as portas do Poder Judiciário e as mesmas serão respondidas pela jurisprudência, mas haverá um norte da intenção das partes quando planejarem o matrimônio e acredita-se que a primazia da autonomia da vontade e a incidência do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações privadas farão com que a vontade dos nubentes seja preservada no futuro e que isso dê maior segurança jurídica para os matrimônios.

6 TJRS - comunicabilidade dos títulos de previdência: Apelação Cível, nº 70076004522, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgada em: 26-04-2018.

7 TJRS - “IN” comunicabilidade dos títulos de previdência: Apelação Cível nº 70074298696, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgada em: 24-10-2017.



O título desse artigo que questionou o que pode constar nos pactos antenupciais e/ou nos contratos de convivência não tem como ser respondido de forma categórica, mas é possível apontar que, se os operadores do direito passarem a “pensar fora da caixinha” e passarem a debater as questões e não só repetir o que está na nossa legislação, novas questões serão levantadas e, conseqüentemente, serão julgadas pelos nossos tribunais.

Mas, se o advogado (o qual é o primeiro juiz da causa) não refletir sobre questões polêmicas e não apresentar para o seu cliente/representado possibilidades para um planejamento matrimonial que preserve a autonomia da vontade das partes, essas situações nunca serão apreciadas pelo Poder Judiciário.

Assim, deve-se debater o que pode constar no pacto antenupcial e no contrato de convivência para propiciar a autonomia da vontade das partes e essa possibilidade é de extrema importância para as pessoas e para o futuro das famílias, primeiro porque se tutela a autonomia da vontade e segundo porque se evita ou mitiga litígios no fim da relação amorosa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante que as pessoas planejem a vida amorosa e que possa ser tutelada a autonomia da vontade das partes. Especialmente, porque está consolidada a posição de que a indenização trabalhista adquirida e pleiteada durante a constância do casamento se comunica com o outro cônjuge, tanto nos relacionamentos regulados pelo Código Civil de 1916, quanto nas relações regidas pelo Código Civil Vigente (2002), bem como da partilha do FGTS adquirido na constância da relação.

Além disso, há a divergência jurisprudencial sobre a (in)comunicabilidade dos títulos de previdência, logo, será que para dar uma segurança jurídica maior para as partes, não é possível que seja pactuado que não se comunique com o outro cônjuge e/ou companheiro? Ou deixar claro que esses são direitos partilháveis com o consorte? Será que não é justo que a pessoa tenha o direito de escolher?

Nesse contexto devemos olhar para o planejamento matrimonial, tanto para solucionar essa questão que pode se arrastar por muitos anos em uma demanda judicial, como para prever outras questões que tutelem a autonomia da vontade das partes.

Portanto, compete ao operador do direito orientar seus clientes a pactuarem o que melhor lhes aprouver nos pactos antenupciais e, assim, no futuro essas questões vão ser demandadas e o Poder Judiciário vai respondê-las, contudo, haverá um norte da intenção das partes quando planejaram o matrimônio e acredita-se que a primazia da autonomia da vontade e a incidência do princípio da intervenção mínima do



Estado nas relações privadas farão com que a vontade dos nubentes seja preservada no futuro e que isso dê maior segurança jurídica aos relacionamentos da família contemporânea.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *In*: SEMINÁRIO - DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., Santa Catarina, 2011. **Anais** [...]. Santa Catarina: Unoesc, 2011. p. 133 Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>. Acesso em: 28 nov. 2017.

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

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 abril 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.344**, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112344.htm. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. Projeto de Lei n. 470 de 2013. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 15 de abril 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. Sucessão legítima. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. n. 14. São Paulo: revista dos tribunais, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 5. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forence, 2013.

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



MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. **Revista do Advogado**. Família e Sucessões. Ano XXXI, n.º 112. São Paulo: AASP, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). **Família e sucessões sob um olhar prático**. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de família Contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A autonomia de vontade no direito de família contemporâneo. *In*: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Regimes matrimoniais de bens na comunhão universal e na separação de bens. *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da. **Família e sucessões sob um olhar prático**. Coletânea editada pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Letra&Vida, 2013.

SILVEIRA, Diego Oliveira da; AGUIAR, Marcelo Santagada. Novas famílias: livre arbítrio e repercussão social. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso (org.). **Temas do dia a dia no Direito de Família e das Sucessões**. Coletânea editada pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017.

SILVEIRA, Diego Oliveira da; AGUIAR, Marcelo Santagada. Namoro e união estável: como diferenciar essas relações? *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). **Família e Sucessões sob um Olhar Prático**. Coletânea editada pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013.

SILVEIRA, Diego Oliveira da; AGUIAR, Marcelo Santagada. A flexibilização da legítima. Palestra proferida no **III Congresso Gaúcho de Direito de Família** promovido pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Rio Grande do Sul, o qual foi realizado em Santa Maria nos dias 04 e 05/11/2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Apelação Cível nº 70076004522**, Oitava Câmara Cível, , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, 26 abril 2018. Acesso em: 20 abril 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Apelação Cível nº 70074298696**, Sétima Câmara Cível, , Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 24 out. 2017. Acesso em: 20 abril 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TJSP. **Apelação nº 682.731.4/5-00**, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Teixeira Leite, 10 dez. 2009. Acesso em: 25 abril 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TJSP. **Apelação nº 653.705.4/0**, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Maia da Cunha, unânime, 13 ago. 2009. Acesso em: 25 abril 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TJSP. **Apelação nº 585.663.4/7-00**, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, unânime, 22 abr. 2009. Acesso em: 25 abril 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.



A GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Michelly Lopes Junqueira¹

RESUMO

A pesquisa pretende avaliar as inovações trazidas pela contemporânea ciência jurídica do Direito Animal na temática da guarda dos animais de estimação, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Verificou-se a necessidade de proposição de uma normativa regulamentadora da guarda dos animais de estimação, a partir do novo conceito de família multiespécie, para que se reconheça que esses animais não são objetos, mas sim seres sencientes que necessitam de proteção conforme preconiza a Constituição Federal de 1988, com base na dignidade animal. Embora, a jurisprudência brasileira não seja unânime, muitos julgadores têm entendido que estes animais não são objetos conforme ensina o Código Civil, mas sim verdadeiros integrantes da família

Palavras-chave: dignidade animal; família multiespécie; guarda; senciência; status jurídico.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a questão da guarda compartilhada dos animais de estimação na dissolução do vínculo conjugal, pois no rompimento da união muitos casais estão acionando o Poder Judiciário para requerer a guarda do animal de estimação. A problemática maior é que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe legislação sobre a guarda dos animais, pois ainda são considerados como bens semoventes, objetos, conforme o Código Civil.

Na atualidade, muitos Tribunais estão encontrando dificuldades para solucionar essa lacuna, considerando que o tema não é pacificado. De um lado, alguns reconhecem que os animais são seres sencientes, e de outro, que são bens semoventes. Diante desse impasse jurídico, faz-se necessário discutir a temática e pensar soluções. Uma delas seria a construção de uma proposta legislativa que disciplinasse o assunto.

¹ Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões da EAD - Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC.
E-mail: mitilopesjunq@gmail.com



Para o desenvolvimento do artigo foi empregado o método dedutivo e entendimentos jurisprudenciais do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo, bem como a doutrina do direito e as contribuições interdisciplinares de autores que têm servido de base para o redimensionamento do status jurídico dos animais e seu lugar na sociedade contemporânea, numa perspectiva não antropocêntrica.

A organização deste artigo acontecerá da seguinte forma: Inicialmente será feita uma abordagem sobre alguns filósofos voltados para ética animal com base na sciência animal; o conceito de família multiespécie, um novo modelo familiar; em um segundo momento, serão abordados comentários sobre a personalidade jurídica dos animais domésticos sob o olhar da PLC 27/18. O terceiro aspecto abordará sobre a guarda compartilhada dos animais de estimação e a visão da jurisprudência de alguns Estados e por fim, será comentado sobre a pensão alimentícia para os pets, bem como sobre o princípio da dignidade do animal conforme a Constituição Federal de 1988.

2 A SSCIÊNCIA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Por mais que existam grupos diferentes, o princípio básico da igualdade consiste em respeitar cada grupo de acordo com sua natureza. Isso não quer dizer que o tratamento será da mesma forma. Faz-se necessário apenas uma consideração igual: o respeito. Singer ensina que a base dessa igualdade é a moralidade (SINGER, 2004).

As características intrínsecas de cada um, em particular, são irrelevantes, pois para ele, a essência da igualdade é o respeito entre as espécies. Segue o entendimento de Singer (2004): “Segundo o princípio da igualdade, a nossa preocupação pelos outros e a nossa prontidão em considerar os seus interesses não deverão depender do seu aspecto ou das capacidades que possuam” (SINGER, 2004, p. 18).

Tom Regan possui o mesmo entendimento de Singer, os animais não humanos merecem certa consideração e devem ser tratados com respeito (REGAN, 2006).

Francione argumenta que as pessoas sofrem de esquizofrenia moral em relação aos animais, pois apesar de enxergá-los com interesses morais, agem de forma contraditória (FRANCIONE, 2013). Ele defende dois princípios no Direito Animal: princípio do tratamento humanitário e princípio da igual consideração. O primeiro princípio ensina que as pessoas podem optar pelos interesses dos humanos em detrimento aos interesses dos animais, quando for necessário, mas o sofrimento desnecessário dos animais deverá ser evitado (FRANCIONE, 2013). Ambos devem ser equilibrados, contudo, se o interesse do humano for mais relevante, o sofrimento do animal pode ser justificado, pois devemos concordar que há alguns limites significativos ao nosso



convívio e tratamento dos animais. Em relação ao princípio da igual consideração, destaca-se:

Aplicarmos o princípio da igual consideração aos animais não quer dizer que estejamos comprometidos com a posição de que os animais são “o mesmo” que os humanos (seja o que for que isso signifique), ou que eles são nossos “iguais” em todos os aspectos. Quer dizer apenas que se os humanos e os animais de fato tiverem um interesse semelhante, devemos tratar esse interesse da mesma maneira, a menos que haja alguma boa razão para não fazer isso. (FRANCIONE, 2013, p. 28).

O autor defende que os animais devem ser tratados como “pessoas”, conforme o princípio da igual consideração, ou seja, no sentido apenas de não serem tratados como recursos ou propriedade dos humanos (FRANCIONE, 2013). Tratar o animal como pessoa seria apenas no intuito de respeitar o seu status moral, isto é, não tratá-lo como objeto ou coisa.

Sônia Felipe apresenta o mesmo entendimento de Singer, Francione e Regan em relação ao “princípio da igual consideração de interesses semelhantes”. Tal princípio engloba o interesse pela vida, visando o bem-estar e a liberdade. É um princípio de não opressão que pode ser aplicado aos seres sencientes (FELIPE, 2019).

Os animais são conscientes de tudo que acontece à sua volta. Destaque para os mamíferos, que são completamente sensíveis e considerados sujeitos de uma vida” (REGAN, 2006).

Francione (2013) reconhece que os animais não humanos são seres sencientes e são semelhantes aos humanos nesse sentido, ou seja, possuem o mesmo interesse: não sofrer.

Em relação ao especismo (que ocorre quando membros de uma determinada espécie procuram sempre buscar “vantagens” em detrimento de uma espécie diferente), Singer (2004, p. 19) ainda define:

A palavra não é bonita, mas não consigo pensar num termo melhor - é um preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies. Se a posse de um grau superior de inteligência não dá a um humano o direito de utilizar outro para os seus próprios fins, como é que pode permitir que os humanos explorem os não humanos com essa intenção?

Regan (2006) também condena qualquer tipo de especismo. Segundo ele, o que os difere é a espécie, ou seja, isso não é critério moralmente relevante para ex-



cluír os animais da comunidade moral, assim como a raça não é uma justificativa para a escravidão humana ou o sexo uma justificativa para fazer das mulheres a propriedade de seus maridos (FRANCIONE, 2013). Mesmo que determinada espécie não tenha capacidade de se comunicar como a nossa, isso não quer dizer que eles não devem ser respeitados dentro da sua espécie. Todo indivíduo, sendo humano ou não possui um determinado interesse, ou seja, um nível mínimo absoluto, segundo ele, de não sofrer (SINGER, 2004).

Interessante destacar que Regan (2006) apresenta o mesmo entendimento de Singer (2004) em relação à forma de se comunicar.

Felipe (2019, p. 46) também argumenta que o animal não humano, apesar de não falar a mesma linguagem dos humanos, consegue se expressar por meio de escolhas, conforme trecho a seguir.

Um cão tem uma forma de consciência, ou de pensamento, que lhe permite distinguir pelo olfato, paladar, tato e visão o osso preferido, entre os objetos de plástico, borracha, madeira, etc. Quando tem necessidade ou desejo do osso, jamais “erra” na identificação de sua preferência. De certo modo, o cão demonstra que tem aquele tipo de capacidade requerida por Frey, qual seja, a de crer que é verdadeiro aquele osso, escondido entre outros objetos de idêntica forma e espessura.

Todos os autores acima mencionados possuem verdadeira aversão ao sofrimento animal e defendem veemente a senciência, que é a capacidade de sentir dor, tristeza, alegria, prazer, medo, etc.

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Ao longo dos anos, o conceito de família já assumiu vários significados diferentes. Segundo Belchior e Dias (2020), há vários tipos de família e uma delas é a chamada família multiespécie. Nessa nova modalidade, o mais novo integrante é o animal de estimação, não mais visto como mero objeto, e sim como membro de muitas famílias.

Em pesquisa de 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), contendo dados relativos ao ano de 2013, foi constatado que para cada 100 lares brasileiros existem 44 animais de estimação. Tal fato reforça a tese de que a presença dos animais é cada vez maior nos lares brasileiros. (SILVA, 2020, p. 23).



Belchior e Dias (2020) e Silva (2020) ensinam que uma das características principais desse novo conceito de família é a preocupação com a saúde do animal de estimação e a convivência direta no mesmo lar com seus tutores.

Segundo Lima apud Lourenço (2008), para ser considerado família multiespécie é necessário preencher alguns requisitos: reconhecimento familiar, consideração moral, apego, convivência íntima e inclusão em rituais.

O primeiro elemento (reconhecimento familiar) envolve chamá-los de bebê, filho, neném, etc. Reconhecê-los através de termos que comprovam que eles são parte integrante da família. O segundo elemento (consideração moral) é demonstrado através de cuidados que os tutores disponibilizam para seus animais, por exemplo: veterinário; tempo considerável na companhia deles; lazer; etc. O terceiro elemento (apego) é comprovado através de certas atitudes dos tutores, tais como: abraçar, dar beijos, conversar, etc. Aqui os tutores demonstram o amor e o afeto com seu pet. O quarto elemento (convivência íntima) é quando o animal participa da rotina da casa, por exemplo: acordar e dormir juntos ou no mesmo ambiente, passear com seus tutores, etc. O quinto elemento (inclusão em rituais) é quando o animal participa de festas, viagens, etc.

Para Lima (2015 apud BELCHIOR; DIAS, 2020), nessa nova conceituação de família que é conhecida atualmente, seus tutores procuram sempre incluí-los em suas rotinas diárias. É possível notar que existe um vínculo entre o tutor e seu animal de estimação, baseado no afeto, no cuidado e na proteção. Esses animais são vistos como companheiros e como parte constitutiva da família e, muitas vezes são considerados como filhos para seus tutores.

Outro ponto importante a ser mencionado é o estudo realizado por Blouin (2016 apud RODRIGUES; FLAIN; GEISLER, 2016, p. 88), sociólogo da Universidade de Indiana, ele observou alguns comportamentos interessantes dos donos de animais:

Humanistas – Intenso apego emocional ao pet. Os donos veem os animais como filhos ou amigos íntimos. A relação é tão importante quanto com outro ser humano. O conforto emocional proporcionado é hipervalorizado. Os humanistas tendem a antropomorfizar sua atenção aos animais e a estender suas vidas o quanto for possível por meio de cuidados veterinários. Dominionistas – Os dominionistas também amam os animais, mas acham que os mascotes são objetos, não sujeitos. Apesar do apego, acreditam que eles têm uma função e não devem ser tratados como humanos. Na casa desses donos o cachorro dorme no quintal e serve para guardar a casa. Há menos tendência à antropomorfização. Protecionistas – Apresentam forte apego ao seu animal e também a outros, manifestando muito respeito e preocupação. Os protecionistas consideram os animais como parte da natureza e como portadores de interesses e de direitos.



Faraco (2010 apud RODRIGUES; FLAIN; GEISSLER, 2016) ainda ressalta que os animais são seres gregários, principalmente os cães. Eles exercem uma função importante nos lares que habitam, fazem as pessoas se sentirem amadas, são sinceros ao se expressar, enquanto que as pessoas podem dissimular seus próprios sentimentos. Isso deixa claro que os animais de estimação são essenciais para a harmonização de um lar.

Cabe ressaltar que os animais que vivem na área externa da casa sem o convívio direto com seus tutores (apenas guardiões da casa) não se enquadram no conceito de família multiespécie (BELCHIOR; DIAS, 2020).

3.1 Animal é coisa?

Conforme os artigos 82 a 84 do Código Civil, os animais encontram-se na classe de bens semoventes, móveis por natureza ou essência. “São bens que podem ser transportados sem qualquer dano, por força própria ou alheia” (TARTUCE, 2017, p. 307).

Cavalheiro e Boff (2017, p. 109-110) entendem que os animais merecem viver em um ambiente que respeite “o seu desenvolvimento e a sua integridade física e emocional”. Vários países já reconheceram o meio ambiente como sujeito de direito, como, por exemplo, a Bolívia e o Equador.

Convém salientar o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.713.167 - SP (2017/0239804-9). Ele reconheceu a senciência dos animais de companhia. Afirmou que são seres sensíveis, com capacidade de sofrer e com necessidades biopsicológicas (BRASIL, 2018). O Ministro ainda afirma que há muitos animais de estimação nos lares brasileiros, e que cada vez mais são tratados como membros da família.

No julgamento da ADI 4.983 sobre a vaquejada, o Ministro Barroso ainda critica o artigo 82 do Código Civil, ao afirmar que “o artigo revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão” (BRASIL, 2016, p.32).

Essa classificação que foi concedida para o animal como semovente será modificada, pois os animais encontram-se habilitados a exercer atos-fatos jurídicos como sujeitos de direito (LELIS; HOGEMANN; ALMEIDA, 2020, p. 59).

3.2 Breves comentários sobre a personalidade jurídica dos animais domésticos sob o olhar do PLC 27/18

O projeto de Lei nº 6.799 de 2013 foi renumerado para PLC 27/2018. O texto do



projeto é de iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar² do Partido Progressista de São Paulo. O objetivo do projeto é criar um regime jurídico especial para os animais.

O projeto de Lei tem por finalidade reconhecer que os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação. Esses animais não serão mais vistos como bens móveis, conforme destaca o artigo 82 do Código Civil (LOURENÇO, 2020).

Maíra Velez,³ Presidente da Comissão de Defesa dos Animais da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo, informou que alguns deputados demonstraram preocupação com os setores das zonas rurais, visto que o Projeto de Lei 27/18 englobaria outras espécies de animais importantes para a economia do país.

Por esse motivo foram necessárias algumas modificações no texto original do projeto de lei para que pudesse ser aprovado. Desse modo, os animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica, bem como os que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro não serão contemplados pela proteção do referido projeto (BRASIL, 2019).

Por mais que esse projeto não alcance todas as espécies, já é um avanço para a sociedade brasileira, pois, caso a nova lei seja sancionada pelo Presidente da República, será um novo passo para a visão biocêntrica no Brasil.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E OS PETS

Diante da ausência de uma legislação sobre o tema, muitos magistrados estão aplicando o uso da analogia da guarda compartilhada dos filhos para solucionar os litígios. Serão apresentados nos tópicos abaixo, a utilização da analogia da proteção dos filhos aos animais de estimação.

4.1 A proteção dos filhos aos animais de estimação por analogia

O uso da analogia para os casos de guarda compartilhada de animais de estimação pode vislumbrar as condições de convívio, os dias que o outro tutor

2 Notícia fornecida pelo Deputado Federal Ricardo Izar na sua página <https://www.facebook.com/deputadoricardoizar/posts/2287455908039765/>. Acesso em: 04 out. 2020.

3 Notícia fornecida por Maíra Velez - presidente da CPDA da OAB/SP, na palestra realizada na sede da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro (Plenário Evandro Lins e Silva, Avenida Marechal Câmara, 150, 4º andar), em 04 novembro de 2019.



poderá visitar o animal, dentre outras informações. O objetivo maior é o “interesse do animal que será alcançado levando-se em consideração o seu bem-estar, em duas vertentes: o físico e o psicológico” (CHAVES, 2015, p. 11).

Se o casal não conseguir chegar a uma solução sobre a guarda dos animais de estimação, os Tribunais poderão se utilizar “como fundamento as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, cabendo sua utilização por analogia” (SILVA, 2015, p. 109).

Os cônjuges podem estabelecer o direito de visita amigavelmente, por meio de acordo, desde que o interesse e o bem-estar do animal de estimação sejam preservados. Não havendo consenso entre as partes, caberá ao magistrado a árdua tarefa de decidir o caso. Para tanto, deve utilizar-se, da analogia, do instituto civil do direito de visita para a solução, a fim de não privá-lo da convivência dos tutores, se lhe for salutar (SILVA, 2015, p. 110-111).

Vale ressaltar o entendimento do Tribunal do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação nº 1000398-81.2015.8.26.0008, da 5ª Câmara de Direito Privado, sobre a regulamentação de visitas, no qual o Relator J.L. Mônaco da Silva entende que quando há um litígio entre as pessoas envolvendo um animal de estimação, “há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente” (SÃO PAULO, 2018, p. 4).

4.2 A guarda compartilhada dos animais de estimação e jurisprudências

Alguns Tribunais têm se direcionado pelo melhor interesse do animal, visando sempre o bem-estar, a sua qualidade de vida, as suas necessidades, bem como alimentação, veterinário, entre outros (BELCHIOR; DIAS, 2020).

Vale esclarecer que é possível que a guarda compartilhada dos animais de estimação seja realizada em analogia com o artigo 1.583 do Código Civil e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) já se manifestou sobre o assunto: “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação ao casal” (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 29). Cumpre destacar que a guarda deverá ser concedida levando em consideração a afinidade com o animal.

Segundo Gonçalves (2012 apud SILVA, 2015, p. 107), “a guarda dos animais de estimação é direito natural dos tutores. Quando há um litígio entre o casal, o animal terá que ficar com uma das partes, mas o título de propriedade não faz diferença na decisão”.

Julgamento importante foi o da 22ª Câmara Cível, apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, o caso do “cão Dully”. O Relator Marcelo Lima Buhatem (2015,



p.1-7) decidiu que a recorrente poderia ter a posse provisória do animal. Ficou determinado que “Dully” poderia passar finais de semana alternados com sua tutora.

Neste caso, a decisão da câmara entendeu que o tema é um “desafio, e que não há uma lei que trata sobre o assunto, pois “não basta tratar o animal de estimação, como simples animal inserido sob o prisma do direito ambiental ou transindividual”. Os animais são importantes para os seus tutores, eles integram a família moderna, “a ponto da sua perda ser extremamente penosa. (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 3-4).

Outro julgamento sobre o tema foi proferido em 2015, pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o Desembargador Carlos Alberto Garbi observou que no litígio entre os tutores, o animal não pode ser visto como coisa. Ele merece ser respeitado como um ser senciente. A decisão foi concedida a favor da agravante para ter a guarda alternada até o seu julgamento final.

Interessante destacar que o relator Issa Ahmed julgou procedente o litígio, declarando o Juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara competente para o julgamento da guarda desses animais.

Outro tema pertinente é o direito de visitação para os animais de estimação. Esse direito além de se preocupar com as partes envolvidas busca também proteger o bem-estar animal. Pode ocorrer quando o ex-companheiro ou ex-cônjuge não possui a custódia do animal. Essa problemática da “visitação” seria sanada, se os animais “recebessem direitos legais similares aos de crianças durante o processo de divórcio e separação” (EITHNE; AKERS, 2011, p. 211).

Não há uma solução pacífica em relação à visitação, mas, ela poderá ser usada por analogia às regras do artigo 1.589 estabelecidas pelo Código Civil (GAETA, 2003 apud SILVA, 2015).

Diante da sua senciência, quando ocorre a dissolução do casamento ou da união estável, muitos animais sofrem o distanciamento de um dos tutores que pode afetar o seu bem-estar e isso pode recair na sua dignidade. O animal de estimação possui o direito de manter o afeto com os seus tutores, o animal não humano necessita manter sua qualidade de vida, a dignidade de todos os envolvidos precisa ser preservada (TOBBIN; CARDIM, 2020).

Cumprе ressaltar a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial de nº 1.713.167. O Ministro Luis Felipe Salomão observou que, mesmo que os animais não sejam sujeitos de direitos e ainda sejam considerados como coisa, ele afirma que “não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado” (BRASIL, 2018, p. 22). O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito do recorrente de visitação da cadelinha de nome “Kim”, que



estava na guarda da companheira, ou seja, as decisões judiciais atualmente estão objetivando o melhor interesse do animal.

É necessário um entendimento uniforme nos Tribunais, portanto, é de extrema importância uma legislação sobre a guarda compartilhada dos animais de estimação.

5 A PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA O ANIMAL DE ESTIMAÇÃO NA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

Segundo Ataíde Junior (2020), quando houver necessidade, os animais de estimação possuem o direito à pensão alimentícia em analogia com o artigo 1.703 do Código Civil.

Silva e Vieira (2016 apud ATAÍDE JUNIOR, 2020) observam que, quando o tutor não possuir a guarda do animal de estimação e existir um impasse entre os tutores, o Poder judiciário poderá solucionar o caso em questão, impondo a esse tutor o dever de pagar alimentos para suprir as necessidades do animal-alimentando. Trata-se de “obrigação indeclinável, um direito fundamental e essencial à manutenção de sua vida”.

Destaca-se o acordo homologado na Reclamação nº 0005363-41.2019.8.26.0506, Tribunal de Justiça de São Paulo, na Comarca de Ribeirão Preto. Um casal realizou um acordo e ambos resolveram se responsabilizar pela manutenção dos gastos com os animais de estimação (Cristal, Frajola e Frederico). O juiz homologou o divórcio consensual e o ex-marido prometeu realizar o pagamento de R\$ 10,5% do salário mínimo nacional, ou seja, o valor de R\$ 104,79 (cento e quatro reais e setenta e nove centavos) por mês até o óbito dos animais.

O reclamante se compromete a pagar o valor de 10,5% do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento, atualmente equivalente a R\$ 104,79 (cento e quatro reais e setenta e nove centavos), por mês para as despesas de seus gatos (Cristal, Lua e Frajola) e cachorro (Frederico) todo dia 06 (seis) a começar de 06/05/2019 a ser pago através de depósito em conta corrente de nº fls. 12. Pagamento estes até o óbito dos mesmos. Este valor será reajustado na mesma época proporção do reajuste do salário mínimo nacional. (SÃO PAULO, 2019, p. 11-12).

Portanto, segundo Tobbin e Cardin (2020, p. 151-152), os tutores poderão sempre que possível realizar acordo especificando os valores suficientes para a manutenção das despesas do animal de estimação, já no litígio, caberá ao Poder Judiciário decidir pela responsabilidade do tutor de pagar alimentos.



Interessante destacar que no momento de fixar o valor da pensão em favor do animal-alimentante, será observado o tipo de raça, considerando que há animais que consomem uma quantidade maior de ração e outros que possuem a necessidade de ir mais vezes ao petshop para realizar a tosa, devido ao tipo de pelagem. Será considerado também a saúde, se este se encontra na velhice, bem como se o animal possui alguma enfermidade (GONÇALVES, 2012 apud TOBBIN; CARDIN, 2020, p. 152).

Poderá haver revisão do valor da pensão alimentícia, diante de alguma “modificação da situação econômica das partes, com fundamento no artigo 1.699 do Código Civil, para pleitear a exoneração, redução ou majoração do encargo”. Por analogia, caberá ao tutor que possui a guarda intentar a ação pleiteando em juízo em favor do animal de estimação (GONÇALVES, 2012 apud TOBBIN; CARDIN, 2020, p. 152).

Nesse caso, admite-se a pensão em espécie, ou seja, o tutor ao invés de efetuar o pagamento de uma quantia poderá fornecer os alimentos diretamente da ração, remédios, etc. (GONÇALVES, 2012 apud TOBBIN; CARDIN, 2020, p. 153).

Chaves (2015, apud Vieira, 2016, p. 189) possui o mesmo entendimento: “nada impede que o magistrado, além do direito de convivência, estipule que o pagamento de alimentos ao animal seja de preferência *in natura*, já que em regra, pets se alimentam única e exclusivamente à base de ração”.

Se os tutores são responsáveis pelo bem-estar desses animais de estimação, cabe a eles assumir o sustento e os gastos com vacinas, dentre outros tratamentos, pois trata-se de uma vida (ROMERO JUNIOR; VIEIRA, 2020, p. 193).

Cumprе mencionar que, conforme Rodrigues e Rammê (2019, p. 497-498), a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em um de seus julgados estabeleceu o valor da pensão alimentícia em R\$ 500,00 (quinhentos reais) até a morte dos animais de estimação.

Ressalta-se que o Rel. Ministro Ricardo Couto de Castro da 7ª Câmara Cível, no Agravo de Instrumento 0056698-31.2017.8.19.0000, entendeu que: “mesmo que os animais não sejam titulares de direitos alimentares, há gastos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE GASTOS PROVISÓRIOS DESTINADOS À MANUTENÇÃO DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO, DIANTE DA ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA REQUERENTE. IRRESIGNAÇÃO. PROVA DA CONTRIBUIÇÃO DO AGRAVADO COM O CUSTEIO DOS ANIMAIS MESMO APÓS O FIM DA CONVIVÊNCIA. 1. Verificando-se a propriedade compartilhada dos animais, adquiridos no curso da união estável, bem como a impossibilidade da agravante de sustentá-los integralmente, imperioso o deferimento da tutela de urgência requerida. 2. Os animais de



estimação, ainda que não titularizem direitos alimentares, geram despesas que devem ser suportadas por ambos os proprietários, mesmo após a dissolução da relação em comum. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO (RIO DE JANEIRO, 2018).

Assim sendo, com a dissolução do casamento ou união estável, os *pets* não podem ser esquecidos pelos seus tutores, visto que são seres que dependem de cuidados e o custeio de suas despesas podem ser divididos de forma benéfica para todos.

5.1 O princípio da dignidade do animal sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 – um novo olhar biocêntrico

Muitos autores observam que os animais possuem o direito de ser respeitados, além disso, o Ministro Barroso e a Ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal já se posicionaram sobre o tema, situação que será apresentada neste tópico. Esses autores colocaram em pauta uma temática muito interessante, pois o animal é um ser vivo e possui o direito de ter a sua integridade física e emocional protegida.

Segundo Marotta (2019, p. 99), “a dignidade da pessoa humana encontra-se elencado no artigo 1º, inciso III, como fundamento da República emanando sua validade por toda a Constituição Federal”. Ressalta-se que o Direito Animal “faz parte da quarta dimensão dos direitos fundamentais” (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 15).

Ataíde Junior (2018) ensina que o Direito animal brasileiro iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, com a vedação da crueldade em seu artigo 225, §1º, VII. Já no plano jurisprudencial, mesmo com julgados importantes como a “farra do boi” e as “rinhas de galos”, o marco do Direito Animal foi o julgamento da “vaquejada”, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983. Vejamos o conceito de dignidade animal:

Dignidade animal é derivada do fato biológico da senciência, ou seja, da capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos, físicos e/ou psíquicos. A senciência animal é juridicamente valorada, quando posta em confronto com as interações e atividades humanas, pela positividade da regra fundamental do Direito Animal contemporâneo: a proibição das práticas que submetam os animais à crueldade. (ATAIDE JUNIOR, 2018).

Interessante ressaltar o voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016, p. 7), no julgamento da ADIN sobre a “vaquejada”. Ela aduz que o artigo 225, §1º, VII,



demonstra a evolução da sociedade no sentido de ultrapassar a visão antropocêntrica do passado, “que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço”. Ela reconhece que os animais precisam ser respeitados em sua dignidade própria. Segue a observação da Ministra:

O bem protegido nesse inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal possui, a meu juízo, uma matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco também às formas de vidas não humanas, no caso, os seres sencientes, como tão bem colocado pelo Ministro Luís Roberto. (BRASIL, 2016, p. 2).

Cumprido destacar que, “por mais que a Constituição não tenha mencionado todos os direitos dos animais, ela defende que os animais possuem uma dignidade própria e que são sujeitos de direito” (ATAÍDE JUNIOR, 2020, p. 19). Ressalta-se que Maschio possui o mesmo entendimento:

Os animais - especialmente aqueles que podem ser vistos pelo homem sem auxílio de aparelhos - devem ser considerados titulares de certos direitos, não em razão de se reconhecer aos humanos a prerrogativa, a faculdade de não os verem sendo tratados com crueldade, maus tratos ou violência, mas porque os animais são efetivamente sujeitos de direito. Mas com que fundamento se lhes outorgam direitos? Pela pura e simples condição de seres vivos, dotados de sistema nervoso central, colocados neste planeta não pela mão do homem, mas por uma força superior. Eles sentem dor, fome, frio, calor, sede, sofrem enfim. Por isso, os animais não-humanos, nos aspectos sensoriais, encontram-se em posição de igualdade com relação aos humanos. E tal é essa igualdade, que se reconhece aos homens direitos fundamentais, decorrentes de sua própria natureza, também se os deve reconhecer às demais espécies, pois cada qual possui uma natureza que lhe é própria. (MASCHIO, 2005, p. 3).

Para Baratela (2014), esse entendimento implícito do princípio da dignidade do animal, no artigo 225 da Carta Magna busca proteger outras espécies de vida de uma forma ética e efetiva.

Souza e Milaré (2020) explicam que o princípio da dignidade dos animais não humanos objetiva a integridade da vida animal, e o princípio da igualdade também deve ser compartilhado com os animais, pois assim como as pessoas, eles também merecem tratamento igualitário no sentido de ter suas vidas protegidas de toda e qualquer crueldade. Trata-se de uma humanização dos Direitos animalistas. Eles possuem dignidade própria, independente da sua utilidade para os animais humanos.



Segundo Costa e Ferreira (2018), em 1978 foi aprovada pela Unesco a declaração Universal dos Direitos dos Animais que já demonstrava proteger a senciência. Essa declaração enxerga os animais como sujeitos de direitos, concedendo-lhes o direito à vida (artigo 1º), a proteção à sua integridade física (artigo 3º), o direito de não ser abandonado (artigo 6º), dentre outros.

Klevenhusen e Chalfun (2014, p. 162) apresentam uma interpretação interessante, mesmo que “a pessoa humana seja o centro de todas as preocupações e a base de todos os direitos”, deveria propagar uma atitude ética para todas as criaturas. Ainda que com uma visão antropocêntrica, as pessoas deveriam se preocupar com as outras espécies para as futuras gerações. Segue o entendimento dos autores:

A questão da dignidade é predominantemente vislumbrada em relação aos seres humanos, no entanto, a partir do direito dos animais se vislumbra a possibilidade de uma nova concepção de extensão da preocupação moral da dignidade, demonstrando que a evolução e a abrangência dos direitos fundamentais devem considerar também os animais. (KLEVENHUSEN; CHALFUN, 2014, p. 162-163).

Marotta (2019, p. 103) relata que a Constituição Federal de 1988 tem uma visão mais biocêntrica, “que privilegia o respeito, cooperação e interdependência entre todas as formas de vida”. Segundo a autora, o princípio da dignidade dos animais elencado no artigo 225, §1º, inciso VII da CRFB/88, tem aplicação imediata.

Se a constituição protege os animais de qualquer forma de crueldade, a conclusão a que se chega é de que os animais deveriam ser respeitados não apenas como parte integrante do meio ambiente, mas sim por serem seres vivos. A consciência do mínimo existencial deveria incluir os animais, pois o direito de ter uma vida digna, não é somente para as pessoas, os animais também necessitam de ter suas vidas preservadas. Cumpre ressaltar que alguns países já comprovam essa mudança evolutiva em reconhecer os animais como seres sencientes em suas Constituições. Por exemplo, a Constituição boliviana de 2009 em seu artigo 33 e a Constituição do Equador no artigo 71 reconhecem os animais como sujeitos de direitos (OLIVEIRA, 2008 apud KLEVENHUSEN; CHALFUN, 2014).

Infelizmente, o princípio da dignidade animal é um assunto pouco comentado, mas de grande relevância, visto que o próprio Supremo Tribunal Federal admite que esse princípio se encontra implícito na Constituição Federal de 1988, e que o biocentrismo é um passo importante para a evolução da sociedade. O homem não pode ser mais visto como o centro de tudo, é necessário um limite e os animais necessitam dessa proteção e consideração, pois o valor da vida precisa ser respeitado.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, muitos animais de estimação integram as famílias brasileiras. Cada vez mais os casais estão optando por não terem filhos e buscam os animais como complemento do seu núcleo familiar.

Na família brasileira, esses animais ocupam um espaço significativo e muitos casais adequam a sua rotina diária com o objetivo de conceder um bem-estar para seus “pets”. Há ainda casais que celebram o aniversário dos seus animais de estimação com festas e comemorações, incluindo ainda cuidados especiais, tais como: veterinário, boa alimentação, passeios, etc.

Em relação à senciência, muitos profissionais do direito têm se debruçado sobre essa capacidade inerente a determinados animais, ante as evidências científicas que já foram objeto de contemporâneas pesquisas empíricas, afastando a concepção cartesiana do animal-máquina e demonstrando que os animais possuem a capacidade de sentir alegria, tristeza, dor, medo, entre outros sentimentos, de maneira consciente. Interessante destacar que até o ministro Barroso do Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema na ADI 4.983, posto que os animais, por serem sencientes, possuem o interesse legítimo de não receber tratamento cruel.

Diante disso, a sociedade, o judiciário e o legislativo precisam ter um zelo maior sobre o tema, pois, conforme alguns autores mencionados no trabalho, a nossa Carta Magna, além de permitir uma interpretação, também reconhece a dignidade do animal não humano no artigo 225, § 1º, inciso VII. Tal princípio precisa ser valorizado e respeitado pela sociedade e pelos operadores do direito.

Estamos diante de um novo paradigma, de uma nova ciência jurídica autônoma, o Direito Animal, que reconhece a dignidade dos animais intrinsecamente na sua própria Constituição Federal (§1º, inciso VII do artigo 225 da CRFB/88). O direito deve ser sensível às mudanças da sociedade readequando-se diante das novas demandas com escopo de se obter a paz social, fim precípua das normas.

O antropocentrismo precisa ser superado. Para tanto, se faz necessário o respeito entre todas as espécies de vida animal. O direito de não ser maltratado, de não ser exposto a práticas cruéis precisa ser tutelado pelo Estado com mais eficácia, com base na própria Constituição de 1988 que permite interpretações não especistas.

Cumprido mencionar, ainda, a importância do PLC nº 27/2018, visto que os animais de estimação precisam ser considerados sujeitos de direito despersonalizado. Com essa mudança legislativa, o animal de estimação não será mais classificado como bem móvel, conforme o retrógrado artigo 82 do Código Civil de 2002. Assim, a sua vida e os seus interesses serão respeitados, pois segundo Singer, os animais precisam ser acolhidos com igual consideração, ou seja: a moralidade e o respeito que as pessoas



esperam dos outros deveriam se expandir para outras espécies também, pois os animais não humanos não devem ser maltratados.

Cada vez mais é crescente o número de casais que se separam e movimentam a máquina do Poder Judiciário em busca de soluções para a custódia dos seus animais de estimação. O problema que se apresenta nesses casos é que não há uma lei regulamentadora sobre a guarda compartilhada desses animais de estimação. É imprescindível a criação de uma norma, pois, assim, os conflitos que envolvem esses animais serão julgados de forma menos controversa.

Atualmente, quando há disputa envolvendo o animal de estimação, a solução, em regra, é entregar o bem (o animal) ao seu proprietário. A questão é complexa, visto que em alguns casos, essa pode não ser a melhor saída, considerando que o magistrado ao decidir a guarda do animal precisa observar vários fatores, tais como: ambiente adequado, o tempo livre que os tutores possuem para cuidar e dar atenção ao animal, o poder aquisitivo, o grau de afinidade, dentre outros. Inclusive, o termo “posse” é infeliz, uma vez que se refere a uma vida. Inclusive, possuo o mesmo pensamento do filósofo Tom Regan, quando afirma que os animais são sujeitos de uma vida, logo, eles possuem direitos e precisam ser tratados com dignidade e respeito.

Desse modo, entendo que é importante uma lei para regularizar a guarda compartilhada dos animais de estimação como regra e não como exceção. Ademais, essa modalidade de guarda me parece a melhor solução, levando em conta que a separação não é dolorosa apenas para o casal. Ela pode causar muito sofrimento para o animal, já que este é capaz de desenvolver sentimento de afeto por seus tutores, e não deveria ser privado da convivência deles, posto que tal conduta violaria o seu bem-estar.

Essa importância dada aos animais não é para equipará-los aos filhos, e sim para reconhecê-los como sujeitos de direito, que possuem sentimentos e emoções, pois conforme já mencionado, esse direito já foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e precisa ser colocado em prática.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, V. P. A família multiespécie e as origens da representação dos não humanos como companheiros. *In*: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coord.). **Família multiespécie**: animais de estimação e direito. Brasília, DF: Zakarewicz, 2020.

ATAIDE JUNIOR, V. P. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768/17032>. Acesso em: 10 out. 2020.



BARATELA, D. F. Ética ambiental e proteção do direito dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 9, n. 16, p.72-73, 2014.

BELCHIOR, G. P. N.; DIAS, M. R. M. S. Os animais de estimação como membros do agrupamento Familiar. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 15, n. 3, p. 31-52, dez. 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/38788/21900>. Acesso em: 24 set. 2020.

BLOUIN, D.. Animais de adoração. **Revista Planeta**. 2016. Disponível em: <https://www.revistaplaneta.com.br/animais-de-adoracao/>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda única (correspondente à Emenda nº 3 – Plen)**. 18 de novembro de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8865872&ts=1595008421656&disposition=inline>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.713.167 SP 2017/0239804-9 – São Paulo**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 09 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 4.983/DF**. Ministra Rosa Weber. 06 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1279887>. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 4.983/DF**. Ministro Roberto Barroso. 06 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1279887>. Acesso em: 05 maio 2021.

CAVALHEIRO, L. R. P.; BOFF, S. O. Aproximação entre ética animal e ética da vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 12, n. 01, p. 108-132, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17668/11536/>. Acesso em: 09 out. 2020.

CHAVES, M. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável**: reconhecimento da família multiespécie? IBDFAM. 2015. Disponível em: <https://lbdfam.Org.Br/Artigos/1052/Disputa+De+Guarda+De+Animais+De+Companhia+Em+Sede/>. Acesso em: 13 out. 2020.



COSTA, D. R. L. F.; FERREIRA, F. M. O direito dos animais de companhia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 24-39, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27939/16590/>. Acesso em: 10 out. 2020.

EITHNE, M.; AKERS, K. “Quem fica com os gatos... você ou eu?” Análise sobre a guarda e o Direito de Visita. Questões Relativas aos animais de estimação após o divórcio ou a separação. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 9, p. 209-240, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11742/8393/>. Acesso em: 13 out. 2020.

FARACO, C. Família Multiespécie é tendência mundial. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 28 maio 2010. Entrevista concedida a Valéria Feitosa. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/familia-multiespecie-e-tendenciamundial-1.242833>. Acesso em 10 out. 2020.

FELIPE, S. T. **Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas**. Florianópolis: UFSC, 2019.

FRANCIONE, G. L. **Introdução aos Direitos Animais**. São Paulo: Unicamp, 2013.

GAETA, A. **Código de Direito Animal**. São Paulo: WVC, 2003

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KLEVENHUSEN, R. B.; CHALFUN, M. Pela não reificação dos animais: a caminho da concretização do Estado Constitucional Ecológico. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 09, n. 16, p. 149-182, 2014. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12122/8664/> . Acesso em: 10 out. 2020.

LELIS, A. G. S.; HOGEMANN, E. R.; ALMEIDA, M. S. P. de C. Quando a realidade fática clama por reconhecimento jurídico: em foco as famílias multiespécie. *In*: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coord.). **Família multiespécie: animais de estimação e direito**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2020.

LOURENÇO, D. B. A família multiespécie e as origens da representação dos não humanos como companheiros *In*: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coord.). **Família multiespécie: animais de estimação e direito**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2020.



LOURENÇO, D. B. **Direito dos animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MAROTTA, C. G. **Princípio da dignidade dos animais**: reconhecimento jurídico e aplicação. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MASCHIO, J. J. Os animais. Direitos deles e ética para com eles. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 771, 13 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7142>. Acesso em: 10 nov. 2020.

REGAN, T. **Jaulas vazias**: encarando o desafio dos direitos dos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0056698-31.2017.8.19.0000**. Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Couto de Castro. Julgado em: 23.03.2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 11. out. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208**. Vigésima segunda Câmara Cível. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Julgado em: Janeiro de 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111/14227>. Acesso em: 18 out. 2020.

RODRIGUES, G.A.D.; RAMMÊ, R.S. A proteção jurídica dos animais de companhia nos litígios familiares. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA, Justiça e Sociedade**, v. 4, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/775/723>. Acesso em: 27 out. 2020.

RODRIGUES, N. T. D.; FLAIN, V. S.; GEISSLER, A. C. J. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 22, p. 83-119, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17668/11536/>. Acesso em: 25 set. 2020.

ROMERO JUNIOR, F.; VIEIRA, T. R. Animais, divórcio e o direito. In: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coord.). **Família multiespécie**: animais de estimação e direito. Brasília, DF: Zakarewicz, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1000398-81.2015.8.26.0008**. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: J. L. Mônaco da Silva. Julgado em: 23 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga->



guardacompartilhada.pdf. Acesso em: 18. out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1010046-61.2019.8.26.0003**, 3ª Vara da Família e Sucessões. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Julgado em: 24 de abril de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP_AC_10100466120198260003_c3e99.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1603920029&Signature=sfqWxoUIVLxgh-nAhyQ3HZtOICs%3D. Acesso em: 28. out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Reclamação Pré-processual - Dissolução nº 0005363-41.2019.8.26.0506**, Foro de Ribeirão Preto. Juiz de Direito: Guacy Sibille Leite. Julgado em: 09 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190829-12.pdf>. Acesso em: 04. maio. 2021.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, C. H. Animais, divórcio e consequências jurídicas. **Rev. Int. Interdisciplinar INTERthesis**, Florianópolis, v. 12, n. 01, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p102/29617>. Acesso em: 18 out. 2020.

SINGER, P. **Libertação Animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

SOUZA, M. C. S. A.; MILARÉ, A. M. A prevalência da dignidade do animal não humano frente aos atos de crueldade cometidos em práticas supostamente culturais à luz de julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 15, n. 02, p. 47-60, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/37704/21485>. Acesso em: 10 out. 2020.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TOBBIN, R. A.; CARDIN, V. S. G. Família multiespécie: a tutela jurídica dos animais e os direitos de guarda, visitação e alimentos. *In*: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coord.). **Família multiespécie**: animais de estimação e direito. Brasília, DF: Zakarewicz, 2020.



OS DESDOBRAMENTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Yasmin Barrozo de Oliveira¹
Denise Bittencourt Friedrich²

RESUMO

O presente artigo tem o propósito de analisar a Alienação Parental a partir de seus aspectos conceitual, legislativo, doutrinário e jurisprudencial além de discorrer sobre mecanismos de combate no viés internacional e na solução pacífica de conflitos. Para isto, a pesquisa detém-se em explanar os direitos e princípios fundamentais das famílias e de crianças e adolescentes no âmbito do poder familiar, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em seguida, analisa-se a Alienação Parental pelo viés doutrinário, detalhando a legislação pertinente ao tema. Por fim, é apresentado o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o tratamento dado à questão pela Convenção de Haia de 1980, bem como a importância da mediação como instrumento de combate e repressão à Alienação Parental. Concluiu-se que a Alienação Parental embora não seja novidade na sociedade, deve ser mais aprofundada pela doutrina além de adquirir uma legislação mais robusta. Ademais, é necessário que a família, Poder Judiciário e sociedade busquem pelo bem-estar dos menores envolvidos no conflito, objetivando sua proteção integral e pleno desenvolvimento.

Palavras-chave: alienação parental; guarda; menor; Convenção de Haia; mediação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família como um produto de diversas transformações, possui ampla proteção pelo ordenamento jurídico, sendo inerentes a ela inúmeros regramentos e princípios

1 Graduada em Direito. Pós-Graduada no Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço eletrônico: yasminbarrozooliveira@gmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002); Especialista em Direito Constitucional - ênfase em Direito Municipal pela Universidade Luterana do Brasil (2005) ; Mestre em Direito - Políticas Públicas de Inclusão Social- pela Universidade de Santa Cruz do Sul. (2007). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - (2014). Docente da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC- e professora permanente do PPGD desta universidade.



de origem constitucional e leis infraconstitucionais. Nessa seara, algumas famílias formadas pelo matrimônio são dissolvidas pelo rompimento conjugal, e, assim, observam-se os efeitos dessa ruptura em relação à pessoa dos filhos do casal, principalmente no que se refere à sua guarda.

A separação induz à fixação da guarda dos menores devendo ser baseada nos melhores interesses e na proteção integral do infante. Ocorre que nesse momento conflituoso entre o casal, e restando a um dos genitores a guarda unilateral, o direito à convivência do genitor não guardião começa a ser violado pelo genitor que detém a guarda com o objetivo de afastar os vínculos afetivos entre pai e filho, campanha conhecida como Alienação Parental, violando precipuamente o Princípio da Convivência Familiar e a doutrina da Proteção Integral dos infantes.

Desse modo, manifesta-se o problema a ser enfrentado na presente pesquisa, o qual consiste em analisar a Alienação Parental em seus aspectos conceituais, nas consequências aos menores, bem como aspectos legislativos, jurisprudenciais, e os mecanismos de promoção dos direitos dos infantes e prevenção às práticas de Alienação Parental na Convenção de Haia a qual o Brasil é signatário e as práticas de mediação para resolução de conflitos nesse âmbito.

O objetivo desta pesquisa é analisar a figura da Alienação Parental a partir de seu conceito, como a violação de princípios e direitos fundamentais de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento, bem como elaborar análise de aspectos jurisprudenciais e legislativos como a Lei nº 12.318/2010 que trata da Alienação Parental. Por fim, busca-se investigar como são tratados os direitos dos menores na Convenção de Haia e estudar a mediação como mecanismo de combate à Alienação.

2 A ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com o propósito de compreender a Alienação Parental, é imprescindível analisar os direitos da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento. Nesse viés, busca-se no primeiro subcapítulo tratar dos princípios constitucionais aplicáveis às famílias nas quais os sujeitos aqui tratados estão inseridos. No segundo subcapítulo, aborda-se de maneira detalhada a Alienação Parental, emergindo questões importantes como seu conceito e efeitos na vida do infante.



2.1 Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

À luz da Constituição Federal de 1988, é possível contemplar inúmeros princípios cabíveis às entidades familiares, estas compreendidas em suas variadas acepções em decorrência da constante evolução sofrida ao longo do tempo.

O Princípio da Liberdade é pressuposto na criação e manutenção das entidades familiares da forma que desejam seus membros e como são tratados perante o Estado e a sociedade, sendo incabível qualquer interferência por parte destes conforme prevê o art. 226, §7º da CF/88. Conforme Lôbo (2011), a liberdade diz respeito ao poder de escolha ou autonomia de constituir, realizar ou extinguir a entidade familiar, sem interferências externas ou internas do poder público, sociedade ou legislador.

As transformações sofridas pelas famílias possibilitaram que fosse reconhecido um novo princípio regente das relações familiares, o Princípio da Afetividade. Tal concepção é uma construção cultural advinda da convivência em um ambiente de solidariedade e responsabilidade muito observado nos atuais arranjos familiares, principalmente nas famílias multiparentais.

O Código Civil consagra a afetividade, embora não mencione a palavra “afeto”, no art. 1.593 ao estabelecer que o “parentesco será natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Ou seja, haverá reconhecimento de parentesco independente se houver liame biológico ou afetivo, constituindo-se muitas vezes em parentalidades socioafetivas baseadas na convivência e no afeto.

Nesse sentido, é possível concluir que as famílias não mais advêm de considerações técnicas e sentidos dogmáticos, mas sim de interpretações evolutivas e adaptações com a nova realidade de arranjos formados por quaisquer pessoas, com o simples objetivo de constituir uma família baseada em vínculos afetivos, daí a importância do Princípio da Afetividade na realidade atual.

Outro importante princípio verificado no âmbito familiar é o Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes previsto no art. 227 da CF/88 e principalmente no ECA/90 os quais introduziram a conhecida Doutrina da Proteção Integral, substituta da antiga Doutrina da Situação Irregular. Gagliano e Pamplona Filho (2019) referem que tal princípio significa a função social desempenhada pela família, propiciando acesso a meios de promoção moral e material dos infantes. Devem ser promovidas a educação, saúde, lazer, alimentação e vestuário.

O art. 227 da Carta Magna também destaca o Princípio da Prioridade Absoluta de forma conjunta ao ECA/90 que ressalta a absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais inerentes à criança e adolescente em seu art. 4º. Segundo o Estatuto, a garantia de prioridade compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento na esfera pública;



preferência na execução de políticas públicas; e destinação privilegiada de recursos públicos.

Convém referir-se ao Princípio do Melhor Interesse previsto na CF/88 e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 1990. Para Lôbo (2011), esse princípio significa que crianças e adolescentes devem ter prioridade no tratamento de seus interesses, tanto pelo Estado como pela sociedade e pela família na aplicação de seus direitos pertinentes às relações familiares. O interesse da criança como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade, prevalecerá sobre o interesse dos pais ou de seus familiares sempre que seu direito fundamental estiver em situação de conflito.

Por fim, outro princípio que merece notoriedade é o Princípio da Convivência Familiar, preceituado no art. 227 da CF/88 e ECA/90 o qual preza pela não separação das crianças de seus pais, e que embora haja essa necessidade, deve ser respeitado o direito de manter regularmente relação pessoal e contato direto com ambos.

Para Maciel (2010), a convivência familiar diz respeito a um direito fundamental da criança e adolescente conviverem com sua família de origem em um ambiente de afeto e cuidados, contribuindo para sua plena formação como pessoas em desenvolvimento. O convívio em família, via de regra, significa que a criança possui um porto seguro, constituindo um núcleo de amor, respeito e proteção.

Além disso, a importância da convivência familiar e o melhor interesse da criança devem ser observados na ocasião de separação dos pais, quando há guarda unilateral, cenário em que inúmeras vezes a criança é privada do pleno convívio com o genitor não guardião com restrições indevidas por parte do genitor possuidor da guarda, constituindo a chamada Alienação Parental, tema que será abordado de forma detalhada no subcapítulo seguinte.

2.2 Alienação Parental: conceito e efeitos na vida do infante

O momento do rompimento conjugal induz à necessidade de decisão quanto à guarda dos filhos menores. A fixação do tipo de guarda, em unilateral ou compartilhada, será baseada no melhor interesse do menor. Para Madaleno (2018), critérios como apego e indiferença em relação a genitores, cuidado para não separar irmãos, círculo de amigos e ambiente social têm sido utilizados pela jurisprudência.

Atualmente, a regra é a imposição da guarda compartilhada, inclusive sendo objeto da Lei nº 13.058/2014 conhecida como Lei da Igualdade Parental, com o objetivo de dar às crianças e adolescentes a oportunidade de conviverem e manterem vínculos afetivos com ambos os genitores, além de evitar discordância no exercício do poder parental e restar atingindo de alguma maneira os interesses do menor. Nesse



sentido, Dias (2016) refere que o cenário de conflito que se instala durante a separação reflete diretamente na pessoa dos filhos, os quais muitas vezes são utilizados como instrumento de vingança pelas mágoas adquiridas na vida em comum, afetando significativamente a vida do menor em diversos aspectos, sobretudo o psicológico.

É necessário compreender que diante de qualquer cenário da relação dos pais, sejam separados ou vivendo sob o mesmo teto, o poder familiar deve continuar sendo exercido normalmente com o objetivo da plena formação da prole baseado no melhor interesse e na sua proteção integral, não havendo motivo para interrupção de laços afetivos.

Ocorre que é nesse cenário originado pelo rompimento conjugal, em que frequentemente iniciam-se as disputas em relação ao menor, sendo utilizado muitas vezes como objeto de vingança entre os genitores nas suas mais variadas formas. Esse fenômeno é conhecido como Alienação Parental que encontra respaldo na Lei nº 12.318/2010.

Para Maciel (2010), a Alienação Parental é reconhecida como uma forma de violência praticada pelo guardião, sendo ele parente ou não, contra um menor, consistente no ato ou na omissão de impedir injustificadamente a convivência da criança com o genitor não guardião, desmoralizando sua figura fazendo com que ele perca seus direitos na autoridade parental.

Contribuindo com a dita campanha destrutiva da imagem do genitor não guardião, o genitor alienante procura também percutir nos filhos falsas memórias para promover uma desconstrução cada vez mais intensa dos laços afetivos.

Esses casos refletem profundamente a vulnerabilidade dos menores diante da disputa aos quais estão sujeitos, causando consequências devastadoras nos aspectos morais e psicológicos e violando diretamente direitos fundamentais como a dignidade humana e proteção integral assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A prática da alienação contribui negativamente com a existência do infante enquanto pessoa em desenvolvimento, podendo torná-lo mais adiante, um ser humano propenso a problemas de origem psicológica como ansiedade, insegurança e impulsividade. Além disso, pode apresentar dificuldades de aprendizagem, desenvolver agressividade, podendo transformá-lo em um possível abusador emocional repetindo a realidade anteriormente vivida, convicto de que são atos normais.

Assim, pode-se concluir que a fixação da guarda compartilhada é vista como um efetivo instrumento de combate à alienação dos infantes, pois concede aos pais e filhos a possibilidade de prosseguir em uma relação normal, o mais próxima possível da realidade anterior, construindo laços afetivos e contribuindo para um saudável desenvolvimento do menor.



3 LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E JURISPRUDÊNCIA

Diante da caracterização da Alienação Parental, é necessário verificar seus aspectos legislativos como a Lei nº 12.310/2010, conhecida como Lei da Alienação Parental, e o tratamento dado à alienação em casos concretos conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS.

3.1 Análise da Lei nº 12.318/2010 que dispõe sobre a Alienação Parental

Com o propósito de conceituar e regular aspectos da Alienação Parental, foi promulgada em agosto de 2010, a Lei nº 12.318, conhecida como Lei da Alienação Parental (LAP). Embora possua poucos artigos e atualmente já contar com dez anos de existência, a Lei inovou ao configurar um importante instrumento para reconhecer a campanha depreciativa contra um dos genitores a qual causa prejuízos significativos na vida do infante.

Inicialmente, cumpre destacar o art. 2º da Lei o qual conceitua o ato de alienação parental como a interferência na formação psicológica de crianças e adolescentes induzida por um dos genitores, avós ou qualquer outro parente que possua a guarda do menor para que repudie o genitor ou prejudique o vínculo existente com este.

Para Pereira (2018), não obstante tenha mencionado os possíveis alienadores, a legislação limitou equivocadamente o alienado ou vitimado somente na figura do genitor. Segundo o autor, outros sujeitos podem ser identificados como alienadores como avós e tutores ou qualquer pessoa que tenha o infante sobre sua responsabilidade. Igualmente, o sujeito passivo poderá ser qualquer membro da família como avós, tios e irmãos.

A primeira conduta alienativa trazida pelo regramento é a realização da campanha que desqualifica o genitor no exercício da paternidade, na qual o alienador deprecia as condutas do vitimado como se ele não possuísse condições de exercer o poder parental sobre os filhos, promovendo a insegurança tanto no genitor como na prole. Ademais, Madaleno e Carpes Madaleno (2019), destacam que é recorrente a desqualificação de ordem econômico-financeira e até cultural, na comparação das possibilidades financeiras entre os genitores que compõe uma estratégia de sucesso principalmente quando os filhos atingem a adolescência.

Outra conduta prevista na legislação é o genitor que detém a guarda dificultar o exercício da autoridade parental ao promover frequentemente a desautorização de condutas impostas pelo genitor vitimado à criança alienada. Nesse cenário a criança inicia a ideia de que tudo que é feito pelo vitimado está errado e não deve ser seguido, restando no afastamento entre pai e filho.



Além disso, o parágrafo único do art. 2º também caracteriza como alienação o ato de dificultar o contato entre pais e filhos. Ocorre que esse contato deve ser mantido, pois o fortalecimento do vínculo se dá com a convivência contínua entre genitor e a prole, não podendo limitar-se a dias e horários pré-determinados.

Ainda, a legislação traz como conduta alienadora o ato de impedir o exercício do direito de convivência familiar. Para Figueiredo e Alexandridis (2020) qualquer ato que impeça a convivência como organizar atividades para que o menor não possua vontade de realizar visitas, sendo mais atrativo optar por permanecer com o alienador, bem como a falta de estímulo por parte do pai-guardião para a manutenção do vínculo, configuram a alienação parental.

Também é prevista como alienação parental, as falsas denúncias contra o genitor ou seus familiares para impedir a convivência destes com o menor. Essas denúncias podem ser de maus-tratos ou de abusos sexuais que produzem sérias consequências para o infante alienado e para aquele que é acusado. Para Madaleno e Carpes Madaleno (2019) a prova do abuso é de difícil demonstração e suscita dúvidas aos julgadores, pois há dois caminhos: excluir definitivamente o genitor da vida da criança ou expô-la ao perigo de abuso por parte daqueles que deveriam proteger sua incolumidade física, psicológica e moral.

Para Figueiredo e Alexandridis (2020) o ato de alienar fere direito fundamental da criança e adolescente de convivência familiar saudável que deve ser assegurado independentemente da ruptura conjugal de seus genitores ou rompimento das relações de outros parentes. Além disso, o afeto é prejudicado, pois a alienação parental acarreta o afastamento do menor com seus familiares, criando buracos nas relações afetivas que dificilmente serão restabelecidas.

A Lei em seu art. 5º, ainda trata da perícia psicológica ou biopsicossocial por profissional ou equipe multidisciplinar a ser realizada para verificar a prática de alienação parental. Madaleno e Carpes Madaleno (2019) referem que a prova pericial no caso de verificação de alienação parental ocorre de maneira diferente do processo de conhecimento que na prática costuma acontecer em estágio mais avançado. A legislação buscou celeridade, eficiência e eficácia dos atos para coibição da alienação ainda em seu estágio inicial.

Contudo, Madaleno e Carpes Madaleno (2019) destacam que esse trabalho pericial deve ser detalhado e realizado com o maior profissionalismo e empenho possível, principalmente em casos mais graves como a denúncia de abuso sexual, o que muitas vezes não ocorre pela falta de qualificação dos peritos.

Os laudos precários podem trazer sérias consequências ao genitor acusado e ao infante vítima da alienação, pois servem de fundamento para medidas drásticas como suspensão de visitas, ruptura da convivência familiar e sanções penais pela condenação por crime de maus-tratos ou abuso sexual, restando no afastamento



definitivo.

Sem prejuízo de responsabilização civil ou criminal, a Lei 12.318 traz um rol exemplificativo de algumas sanções ao genitor alienador conforme a gravidade de cada caso. As punições iniciam em mera advertência ao alienador, podendo ser determinada a ampliação de convivência em favor do genitor vitimado, estipulação de multa, acompanhamento psicológico, podendo chegar a consequências mais graves como a suspensão da autoridade parental.

Em seguida, o art. 7º do regramento traz a importância da convivência familiar e da observância do melhor interesse do menor, princípios assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, já referidos anteriormente nessa pesquisa. Nesse viés, a atribuição da guarda será dada ao genitor que viabiliza a convivência da criança com o outro genitor nos casos em que não há possibilidade de estabelecer a guarda compartilhada.

Conclui-se que embora exista uma legislação especial que reconheça a alienação parental e disponha de alguns aspectos, o regramento é parco e já se encontra ultrapassado na medida em que não supre o clamor da sociedade que está em constante evolução, necessitando de atualizações e acréscimos no aspecto material e processual, tornando a lei mais robusta e com maior aplicabilidade.

3.2 Alienação Parental à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS

No entendimento jurisprudencial atual, é possível perceber uma infinidade de decisões a respeito da questão de alienação parental e seus desdobramentos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, as quais são de grande valia para o presente estudo.

Inicialmente convém referir-se a importante do julgamento proferido pelo Tribunal, o qual representa a grande maioria de decisões as quais são calcadas no melhor interesse do menor e no Princípio da Convivência Familiar, direitos assegurados na CF/88 e no ECA/90 já explanados nesta pesquisa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E ALIENAÇÃO PARENTAL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SUSPENSÃO DAS VISITAS PATERNAS. ALEGAÇÃO DE ABUSO SEXUAL NÃO COMPROVADO. VISITAS SUPERVISIONADAS. DIREITO DE CONVÍVIO PATERNO. PRINCÍPIO DO BEM-ESTAR DA CRIANÇA. PARA A REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, DEVE PREPONDERAR O INTERESSE DA CRIANÇA EM COTEJO COM A PRESUNÇÃO DE QUE O CONVÍVIO FAMILIAR É SALUTAR E CONTRIBUI POSITIVAMENTE PARA O SEU DESENVOL-



VIMENTO PSÍQUICO E EMOCIONAL. [...] RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70083192708, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 27-11-2019).

Nesse caso, genitora-guardiã alega que o pai do infante apresenta conduta incompatível sendo agressivo e abusivo durante as visitas, inclusive cometendo abuso sexual, ocasionando traumas psicológicos ao menor.

Contudo, segundo o entendimento da Câmara, o recurso não merece provimento, pois não houve qualquer indício de práticas de abuso sexual, sendo necessário restabelecer o convívio entre pai e filho a fim de fortalecer os laços de afeto, não havendo motivo para suspensão de visitas, desde que elas sejam assistidas.

Percebe-se, inclusive, que as falsas acusações de abuso sexual por parte do genitor alienador são objeto de inúmeras decisões jurisprudenciais declarativas de práticas de alienação parental. Nesse sentido:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL PRATICADO PELO GENITOR CONTRA A FILHA/INFANTE. CONSTATA-DA OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PERPETRADA PELA MÃE. NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAI E FILHA. SENTENÇA REFORMADA. [...] o apelante alegou que os autos estão alicerçados na palavra de uma mãe alienadora, que é fantasiosa e totalmente distorcida da realidade. Com efeito, após uma análise cuidadosa e detalhada dos autos, verificou-se que as graves acusações de abuso sexual praticadas pelo genitor contra a filha não passam de alegações, sem qualquer elemento de prova que possa embasar os relatos, e que, inclusive, são eivados de contradições e ausência de esclarecimentos coerentes sobre a dinâmica do ocorrido. A genitora criou uma história, que talvez tenha passado a acreditar, em que o pai figurava como um monstro abusador, de quem a mãe iria proteger a filha, ao contrário do que a própria progenitora fez. [...] Apelação provida. (Apelação Cível, Nº 70080365315, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 09-07-2020).

Nesse caso, o apelante sustenta que o direito à convivência familiar saudável previsto no art. 3º da Lei da Alienação Parental foi violado, sendo considerado pelo magistrado responsável pelo julgamento do processo de origem como mera divergência entre os genitores.

Na sustentação do julgamento, o relator destaca a importância de se observar o princípio da proteção integral consagrado na CF/88 e no ECA/90, quando da



divergência entre casais após o término de um frustrado relacionamento amoroso. Ainda, refere que a família é a maior responsável pela integridade física e psicológica de crianças e adolescentes.

Igualmente são encontrados julgamentos a respeito da implantação das falsas memórias na vida do infante, explanadas no capítulo anterior.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. Na hipótese, a forma como procedeu o genitor, em completo desrespeito à própria filha, impedindo o convívio da filha com a mãe, e plantando “falsas memórias” contra a genitora, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70076918309, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 25-04-2018).

No julgamento do recurso, os julgadores negaram seu provimento, fundamentando a prática de alienação parental no art. 2º da Lei 12.318/10 nas condutas do genitor ao dificultar o convívio entre genitora não guardiã e a filha, demonstrando resistência e agressividade nas visitas entre as duas. Também foi verificada a implantação de falsas memórias pelo genitor, forjando na infante a ideia de que foi abandonada pela mãe ao constituir uma nova família.

Assim, restou negado o provimento do recurso para o fim de alterar a guarda da menor para genitora vítima da alienação parental, devendo ela promover o tratamento psicológico e psiquiátrico da infante, de modo a reconstruir os laços de afeto, conforme aplicabilidade do art. 6º, IV e V da LAP.

Depreende-se das decisões do TJ/RS, a primazia pelo melhor interesse do infante e de sua proteção integral, promovendo o seu bem-estar acima dos interesses de genitores ou outros responsáveis com o objetivo de promover o desenvolvimento saudável do menor.

4 CONVENÇÃO DE HAIA E PRÁTICAS DE MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Verifica-se a necessidade de estudar mecanismos que combatam ou amenizem a campanha depreciativa perante um dos cônjuges, conhecida como Alienação Parental. Para tanto, no primeiro subcapítulo é abordada a mediação como uma



prática benéfica de promoção da comunicação. No viés internacional, aborda-se a Convenção de Haia de 1980, a qual detalha o processo de retorno da criança ao país de origem após ser subtraída por um dos genitores em país estrangeiro.

4.1 Práticas de mediação como enfrentamento à alienação parental

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15 - Lei 13.105 de 2015) inovou e buscou promover a resolução de conflitos através de técnicas de autocomposição, como a mediação e conciliação, o que pode ser observado no art. 3º, §3º do referido Código o qual determina que os métodos de resolução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

As práticas de conciliação e mediação são baseadas principalmente no princípio da autonomia da vontade, e também podem ser implementadas no âmbito do direito de família, o que para Dias (2016) revela-se necessário e alcança um resultado mais efetivo nos conflitos familiares, na medida em que torna possível a identificação de necessidades específicas de cada membro da família, individualizando o papel, função e atribuição de cada um, resultando num novo perfil familiar.

Para Lôbo (2011), a mediação familiar deve utilizar-se da abordagem de multidisciplinaridade em razão de que lida com conflitos humanos e afetivos, devendo o mediador transitar entre o direito e a ciência da psique. O que dificulta são os limites emocionais das partes e a exigência de boa-fé de todos.

Muito embora a proposta original da Lei 12.318/2010 que regulamenta a alienação parental ter vetado a hipótese de realização de práticas de mediação para solução de litígios antes ou no curso do processo judicial, é necessário reanalisar esse posicionamento, visto que a autocomposição pode ser um importante instrumento para a tentativa de erradicação das campanhas depreciativas promovidas por genitores.

Nesse sentido, observa-se que a mediação e conciliação são importantes mecanismos de precaução e combate às corriqueiras práticas de alienação parental no âmbito familiar, pois permite que seus membros dialoguem a respeito e busquem a melhor alternativa para composição do litígio.

Inclusive, o tema é objeto de enunciados criados em jornadas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. Nesse viés, destaca-se o Enunciado nº 78 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios que dispõe recomendação aos juízes das varas de família onde estão implantadas oficinas de parentalidades que as partes sejam convidadas a participar antes da citação de processos familiares como forma de fomentar o diálogo e prevenir litígios.



Diante da separação dos pais, a criança vê-se afetada de diversas maneiras, pois a dissolução acarreta na alteração da organização da família, ocorrendo desestruturação emocional como ideias de rejeição e abandono, o que é agravado com o início de disputas judiciais e campanhas depreciativas da imagem dos genitores.

Diante da importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos, observa-se que as práticas consensuais de resolução de conflitos revelam-se importantes mecanismos para promoção do bem-estar da prole, bem como sua proteção integral e a busca pela promoção do melhor interesse. A mediação auxilia no diálogo entre genitores a compreenderem suas responsabilidades.

Ademais, Lôbo (2011) refere que a paternidade e maternidade, além de outros integrantes do grupo familiar, lidam com seres em desenvolvimento que um dia serão adultos. Dessa forma exigem uma formação até que atinjam autonomia para assumir suas próprias responsabilidades. Em razão disso é que a busca pela resolução de litígios é tão necessária, pois visa a prevenção de danos no desenvolvimento no infante que posteriormente possam gerar consequências.

As práticas de alienação parental devem ser desarraigadas da cultura das famílias segregadas, devendo ser rechaçadas pela sociedade e pelo Poder Judiciário através de importantes mecanismos representados pelas práticas de mediação, as quais auxiliam na comunicação interpessoal, para que famílias sejam reestruturadas e busquem decisões mais prudentes em prol dos filhos, promovendo seu desenvolvimento integral.

4.2 Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças - Convenção de Haia de 1980

Diante da cooperação jurídica internacional prevista no ordenamento jurídico, o Brasil é signatário de importantes Convenções Internacionais, dentre elas, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, conhecida como a “Convenção de Haia”, em 1980. A Convenção foi instituída no país através do Decreto nº 3.413 de 2000.

Em síntese, o acordo busca salvaguardar os direitos da criança vítima do sequestro perpetrado pelo genitor não guardião principalmente diante da disputa pela custódia do menor, envolvendo questões de vingança pelo fim do relacionamento, com o objetivo de impedir o contato da criança com o outro genitor. Além disso, a Convenção objetiva solucionar os conflitos no âmbito internacional relativos às questões de alteração de domicílio dos menores, além de promover o imediato retorno do infante ao seu país de origem e fazer respeitar entre os Estados contratantes as



regras pertinentes à guarda e regime de visitação.

O art. 3º da Convenção conceitua o sequestro internacional de crianças como a transferência ou retenção ilícita do menor, nas hipóteses de violação do direito de guarda atribuído de pleno direito, por decisão judicial ou administrativa, pela lei do Estado onde o mesmo possuía residência habitual, bem como na hipótese do direito de guarda estar sendo exercido de maneira individual ou conjunta pelos genitores ou responsáveis no momento da transferência ou retenção.

Nesse viés, a Convenção de Haia mostra-se importante mecanismo de combate à Alienação Parental que se torna muito mais gravosa no âmbito internacional, visto que além de afastar a criança de seu genitor, a mudança de país acaba por afastá-la de tudo que conhece, inclusive de sua cultura, facilitando a alienação e criando forte vínculo de dependência com o genitor alienador.

Duarte (2010) traz os reflexos negativos do sequestro de menores como forma de alienação parental. Para o autor, a transferência para outro país ocasiona no desenvolvimento do menor, diversos prejuízos em razão do afastamento do ambiente social, afetivo e cultural no qual estava inserido.

Ainda, Duarte (2010) refere que a situação se torna crítica em razão de que o menor passa a viver clandestinamente, pois não possui moradia adequada, documentos, obrigando-se a adotar nomes fictícios para evitar que seja reconhecido, impossibilitando-o de realizar qualquer atividade. A mudança abrupta de ambiente, conforme refere o autor, traz consequências severas como depressão e dificuldades de manter relacionamentos afetivos no futuro.

Os Estados que ratificarem a Convenção de Haia devem possuir autoridades centrais, responsáveis pelo cumprimento das obrigações impostas. Além disso, as autoridades devem cooperar entre si, para assegurar o retorno imediato da criança ao país de origem e tomar medidas como localizar a criança subtraída ilicitamente, evitar danos, assegurar sua entrega, fornecer informações etc.

O art. 12 determina que se a transferência ilícita do menor tiver iniciado num período menor que um ano, deve a autoridade central proceder ao seu retorno imediato. Ademais, embora ultrapassado esse período, a Convenção prevê a possibilidade de regresso, exceto se já ocorrida a adaptação e integração do menor ao ambiente.

A aplicação da Convenção de Haia possui exceções. A autoridade central não será obrigada a promover o retorno do infante se quem o subtraiu provar que o detentor da guarda não a exercia efetivamente na época da transferência do menor, ou havia consentido com essa transferência. Da mesma maneira, o regresso não será obrigatório quando houver prova que há graves riscos da criança, ao retornar ao país de origem, ficar sujeito a perigos físicos ou psíquicos, em situação de vulnerabilidade.



Brauner (2015), ao citar as exceções de obrigação de retorno do menor, refere que não é plausível que o próprio genitor abandonado o qual não exercia a guarda de modo efetivo, possa valer-se da Convenção. A autora alude que o acordo é instrumento para viabilizar os direitos de guarda anteriores à remoção ilícita, não servindo como mecanismo de regulamentação de direito de guarda ou visitas.

Quanto aos possíveis riscos à criança, Brauner (2015) menciona que essa previsão demonstra a relação com o princípio da proteção integral da criança e seus direitos fundamentais. Ademais, a autora alega que a Convenção não exige um perigo concreto e efetivo, mas apenas a hipótese de risco como violação a direitos humanos universais e direitos constitucionalmente protegidos.

Além dos aspectos da guarda e dos riscos oferecidos, a vontade do menor ao recusar-se a retornar ao país de origem que caracteriza sua moradia habitual, também deve ser levada em consideração, atentando para sua idade e o grau de maturidade que possui diante de aspectos relevantes de sua vida. Tal disposição remete à necessidade de se observar o princípio do melhor interesse do infante previsto no ECA/90, levando em consideração seu posicionamento como sujeito de direitos.

Observa-se que a Convenção de Haia é um importante aliado no combate à alienação parental transnacional praticada por genitores ou responsáveis do menor com o intuito de impedir o contato e romper os laços entre pai e filho, pois objetiva solucionar esse tipo de conflito no âmbito internacional bem como promover o imediato retorno da criança subtraída ilicitamente à sua moradia habitual, evitando danos psíquicos e físicos à pessoa ainda em desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa assumiu o propósito de analisar a Alienação Parental como consequência da dissolução de famílias através do rompimento conjugal e posterior fixação de guarda dos menores, em seus aspectos conceituais a partir de análise da doutrina bem como o tratamento dado à questão pelas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pela Convenção de Haia de 1980 a qual o Brasil é signatário, além de expor os mecanismos de promoção dos direitos dos infantes e a prevenção às práticas de Alienação.

Imperioso destacar a importância do estudo da alienação parental para a sociedade e para o meio acadêmico. Nesse viés, é necessário que o assunto continue sendo abordado tanto pelo aumento da frequência de casos, inclusive pela observância de situações mais graves de campanhas depreciativas, quanto pela violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes que necessitam de



proteção integral para seu pleno desenvolvimento.

Depreende-se da pesquisa que existem no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros princípios e direitos aplicáveis às famílias e aos menores nelas inseridos, os quais as práticas de Alienação Parental violam precipuamente no que tange à necessária proteção integral e à busca do melhor interesse do infante, além de privar o direito ao convívio familiar, essencial para sua formação saudável.

Ademais, ao destacar a Alienação Parental, observou-se que ela é tratada pela doutrina como uma campanha liderada pelo genitor-guardião para impedir ou destruir os vínculos entre a criança e o genitor não guardião, que causam consequências devastadoras para os infantes no viés psicológico.

Outrossim, verificou-se que muito embora a Lei nº 12.318 que dispõe sobre a alienação parental trate de diversos aspectos como as condutas previstas como alienação e algumas sanções, já se encontra antiquada tendo em vista a evolução constante da família e outros aspectos jurídicos relevantes para prevenção das práticas alienadoras que não foram objeto da lei.

Na análise dos julgados do TJ/RS observa-se a numerosidade de casos de falsas acusações de abuso sexual contra pais que não detém a guarda, com o objetivo de afastar completamente os laços afetivos entre pais e filhos. Nesse cenário, ao concluir não ter havido crime, as decisões têm sido no sentido de caracterizar o ato como prática de Alienação Parental, determinando a reconstrução de laços afetivos entre genitor e menor alienado.

Concluiu-se que no âmbito internacional, a Convenção de Haia é um importante instrumento de combate à alienação parental diante de casos de sequestro internacional de crianças pelos guardiões com o objetivo de afastá-las de seus genitores, visto que promove o retorno imediato do infante ao país de origem, evitando prejuízos ao desenvolvimento do menor.

No que tange às práticas de mediação como método de prevenção à alienação parental, estas se mostram exequíveis no entendimento da doutrina, pois tornam possível a identificação das necessidades e motivos de conflitos da família, aproximando os litigantes para que alcancem um consenso.

É necessário que todos os personagens do processo, a família, o Poder Judiciário e a sociedade atentem para os menores envolvidos no conflito, que priorizem o seu bem-estar, utilizando-se de meios que facilitem na comunicação e no consenso, buscando decisões benéficas para pessoas ainda em fase de desenvolvimento que necessitam de maior proteção e um meio saudável para crescer e se desenvolver plenamente.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. **Convenção de Haia**. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de Agosto de 2010. **Lei da Alienação Parental**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRAUNER, Daniela Correa Jacques. A contribuição dos processos de integração – União Europeia e Mercosul - para a Superação das Dificuldades de Aplicação da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v. X, n. 1, p. 371 – 420, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental**: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda. Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil - Revista dos Tribunais, 2020.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. vol. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 81-146.

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

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito de Família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Vol. V.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconhece alienação parental a partir de falsas acusações de abuso sexual**. Apelação Cível nº 70083192708. Apelante: M.L.R.M. Apelado: F.M. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data do Julgamento: 27/11/2019. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consultaprocessual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083192708&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconhece alienação parental a partir de falsas acusações de abuso sexual**. Apelação Cível nº 70080365315. Apelante: E.V.M. Apelado: R.G.M. Relator: Des. José Antônio Daltoe Cezar. Data do Julgamento: 10/07/2020. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consultaprocessual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70080365315&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu alienação parental através da implantação de falsas memórias**. Apelação Cível: 70076918309. Apelante: A.M.L. Apelado: M.P. Relator: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data do Julgamento: 25/04/2018. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consultaprocessual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=7007618309&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 15 jun. 2021.



OS CONTRATOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NEGOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Liane Tabarelli ¹

RESUMO

A partir das contribuições da interpretação constitucional para a análise dos demais ramos do Direito, por meio do emprego do método hipotético-dedutivo, este estudo visa a comentar brevemente a observância das implicações da boa-fé objetiva nos contratos relacionados à reprodução humana assistida como forma de prestigiar e enaltecer a dignidade humana, reconhecendo sua íntima relação com a tutela da confiança na seara das relações negociais.

Palavras-chave: contratos; reprodução humana; hermenêutica; boa-fé.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na atualidade, todos os ramos do Direito exigem uma leitura constitucionalizada. Os princípios-vetores constitucionais e, em especial, os que se referem aos direitos fundamentais, demandam que todos os Poderes da República reúnam esforços conjuntos para suas concretizações. Desse modo, o presente artigo visa a refletir, entre outros aspectos, sobre as contribuições da interpretação constitucional para a análise das implicações da boa-fé objetiva nos contratos relacionados à reprodução humana assistida como forma de prestigiar e enaltecer a dignidade humana – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88).

Inicialmente, serão analisados os contributos da hermenêutica constitucional. Em seguida, serão feitas considerações acerca do exercício da autonomia privada no contexto da Constitucionalização do Direito Privado para, na sequência, comentar-se brevemente a observância das implicações da boa-fé objetiva nos contratos relacionados à reprodução humana assistida como forma de concretização dos direitos fundamentais nas relações horizontais.

Empregando-se o método hipotético-dedutivo, verifica-se que o exercício da au-

¹ Advogada. Professora adjunta da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC. Docente de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da CAPES de Estágio Doutoral (Doutorado Sanduíche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal.
Endereço eletrônico: liane.tabarelli@puhrs.br



tonomia privada está estreitamente associado à ideia de liberdade contratual. Constatase que a efetivação dessa autonomia não é absoluta, já que, nos dias atuais, além da tutela dos proveitos eminentemente particulares e das legítimas expectativas das partes, os contratantes em suas avenças devem, sempre que possível, cooperar para satisfação dos interesses de toda a coletividade.

2 CONTRIBUTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A palavra, o uso do vernáculo é e sempre foi instrumento de trabalho do jurista. Seja ela escrita ou falada, aquele que opera o Direito sempre se dedicou a compreender, delimitar, apreender, enfim, interpretar o sentido que as palavras podem adquirir em um texto. Interpretar é estabelecer o alcance de uma proposição, revelar o seu sentido.

Não obstante as contribuições de Kelsen para a Ciência do Direito (KELSEN, 1996), atualmente, o Direito é “contaminado” por inúmeros axiomas, proposições valorativas, éticas, morais, entre outras, que, muitas vezes, representam o momento histórico e as prioridades de determinada sociedade. Ainda, partindo-se do contributo de Kelsen que estabelece o sistema jurídico com uma estrutura piramidal, onde a Lei das leis, isto é, a Constituição Federal, situa-se no topo desse sistema, a interpretação constitucional adquire significativa importância.

Nesse sentido, interpretar a Constituição significa, em última instância, dar concretude aos direitos fundamentais ali insculpidos. O Texto Maior prescreve os objetivos e fundamentos da República e todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser interpretado de modo a prestigiar os comandos constitucionais. Os direitos fundamentais ali prescritos devem ser prioridade absoluta de realização por parte dos agentes de um Estado que se intitula Democrático de Direito.

Interessante pontuar, nessa linha, a lição de Freitas, ao advertir que “*jurista é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas*, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito” (FREITAS, 2000, p. 18, grifo do autor).

Por outro lado, impera salientar, nesse estudo, que, ao almejar-se uma interpretação concretizante dos preceitos e da axiologia constitucional presente, em particular, nos seus fundamentos, urge conhecer os vetores principiológicos contidos na mesma. O Direito atual, acompanhando os ensinamentos de Alexy, cuida de uma rede de princípios e regras (ALEXY, 2008). Essa teia de mandamentos, de densidades e hierarquias distintas, demanda intérpretes preparados para otimizar-lhes os comandos e produzir a máxima eficácia possível.

Note-se, pois, que a atividade interpretativa envolve, inexoravelmente, uma ação hierarquizante diante de inúmeros princípios e regras que são potencialmente



aplicáveis no caso concreto, mas que, se assim o fossem, respostas absolutamente contraditórias e paradoxais daí resultariam.

Freitas, ademais, endossa a noção de hierarquização da atividade interpretativa ao afirmar que

com efeito, uma vez que inexistente hipótese de dispensa da hierarquização (interpretar é, sempre e sempre, hierarquizar), o relevante consiste em perceber que a inafastabilidade da hierarquização converte o critério hierárquico axiológico numa diretriz operacional superior em confronto com os demais critérios (cronológico e da especialidade), sendo necessário, também, assumir os consectários desta onipresença hierarquizante, especialmente ao lidarmos com o fenômeno da colisão de princípios e, de resto, com as denominadas antinomias de segundo grau.

[...]

Hierarquizar é, pois, a nota suprema da interpretação jurídica como um todo. Hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidente transparece o papel concretizador do intérprete (juiz ou o cidadão em geral) de ser o positivador, aquele que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. Ultrapassa-se, desse modo, a polêmica, sem sentido dialético, entre objetivismo e subjetivismo. Mais intensa se mostra a valia da preocupação tedesca com a *'adequação funcional'*. Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito por derradeiro. Fora de dúvida, o intérprete (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica. (FREITAS, 2000, p. 21, grifo do autor).

Destarte, registre-se que, diante da atividade precípua e hierarquizante da interpretação constitucional, a fim de prestigiar a concretude dos direitos fundamentais, inúmeros princípios devem ser observados e aplicados para se obter uma solução que mais se aproxime da realidade e axiologia constitucional. Isso porque é flagrante que, atualmente, a crescente aplicação dos princípios tem relegado às regras atuação secundária e os operadores do Direito devem adquirir destreza e habilidade para atuar com esse novo Direito: O Direito “por princípios”.

Germana de Oliveira Moraes, nesse passo, alerta para o fato de que

a eficiência do Direito ‘por princípios’ depende fundamentalmente da atuação do juiz constitucional durante o processo de concretização do Direito para o qual é imprescindível sua capacidade de percepção dos valores sociais. A sociedade, por sua vez, já condicionada pelo modelo legalista que prometia sempre uma solução previsível



para com os conflitos, vê-se, hoje, perplexa diante da possibilidade de concorrência de soluções diferentes, ao abrigo do Direito, sem ter ainda a compreensão de que esta multiplicidade advém de seu caráter encantadoramente livre, plural e mutante.

A melhor via que poderá eleger o juiz, nestes tempos de transição, para atender este desafio de reconstruir e 'constituir' o Direito no caso concreto, ou seja, de dizer se determinada conduta é ou não compatível com os princípios constitucionais (= valores), é a interação com a sociedade civil. Afinal, rigorosamente, numa democracia quem dita o Direito é a sociedade, reservando-se, agora, sob a égide do Direito 'por princípios', também ao juiz, em especial, ao juiz constitucional, o papel de decodificador dos valores (= princípios) que ela aceita em determinado momento e em determinado local. (MORAES, 2004, p. 187).

Constata-se, pois, a importância da tarefa interpretativa e sua complexidade na contemporaneidade. Inúmeros interesses a serem atendidos, compreensões divergentes, prioridades distintas dos mais diversos intérpretes. De qualquer modo, frise-se que o vetor maior para a interpretação constitucional que envolva direitos fundamentais deve ser, de modo imperativo, o resultado que produza as menores limitações ou restrições de forma a prestigiar, o quanto possível, sua maior eficácia possível.

Há que se salientar, também, que, não obstante vários sejam - ou possam ser - os intérpretes constitucionais, ainda mais em se tratando de um Estado como o brasileiro, o qual admite o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, o Judiciário tem a atribuição por excelência de realizar essa insigne tarefa.

Marcelo Figueiredo ressalta o papel do Judiciário, por longa data, como garantidor dos direitos civis e da liberdade individual, no Estado de modelagem liberal e o Estado Democrático e de Direito ao qual o Brasil se propõe a ser exige do Judiciário a tutela dos direitos sociais, sem que isso seja invasão da seara de competência dos demais poderes (FIGUEIREDO, 2007, p. 40).

Entenda-se, ademais, que o Poder Judiciário, além de ser o Poder constitucionalmente consagrado para a interpretação constitucional, é aquele que deve possuir imparcialidade ao realizar a prestação jurisdicional. Embora não esteja ele comprometido com interesses como porventura pode ocorrer com o Executivo e Legislativo, deve, sim, haver uma atuação afirmativa das Cortes de Justiça no sentido da promoção dos direitos fundamentais quando de sua atuação. Nesse sentido, pois, não há que se falar em imparcialidade dos juízes que, antes e acima de tudo, devem ter compromisso constitucional.

Freitas já se manifestava nesse sentido em duas oportunidades distintas quando assevera que



ora, em face de ser o juiz o detentor único da jurisdição, surge o *amplo e irrenunciável direito de amplo acesso à tutela jurisdicional como uma contrapartida lógica a ser profundamente respeitada*, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: *na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário, por mais congestionado que este se encontre*, sem embargo de providências inteligentes *para desafogá-lo, sobretudo coibindo manobras recursais protelatórias* e estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal deva desempenhar exclusivamente as atribuições relacionadas à condição de Tribunal Constitucional, sem distraí-lo com tarefas diversas destas, já suficientemente nevrálgicas para justificar a existência daquela Corte. (FREITAS, 2000, p. 29-30, grifos do autor).

[...]

Almejo, finalmente, deixar consignado que se mostra indispensável apostar no Poder Judiciário brasileiro, em sua capacidade de dar vida aos preceitos ilustrativamente formulados e crer na sua fundamentada sensibilidade para o justo, razão pela qual insisto em proclamar que todos os juízes, sem exceção, precisam, acima de tudo, ser respeitados, fazendo-se respeitar, como *juízes constitucionais*. (FREITAS, 2002, p. 4, grifo do autor).

Logo, diante das considerações aqui tecidas, vislumbra-se a importância da interpretação constitucional como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, as normas que vinculam particulares em sede obrigacional, exaradas em contratos, também os vinculam no sentido do cumprimento dos mandamentos e ditames constitucionais. Acerca disso, no tópico a seguir serão tecidos comentários sobre exercício da autonomia privada no contexto da Constitucionalização do Direito Privado. Veja-se.

3 A AUTONOMIA PRIVADA NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Todas as províncias jurídicas devem conformidade e obediência ao Estatuto Fundamental. Assim, o respeito à Constituição, fonte normativa suprema, garante estabilidade e coerência a todo o tecido normativo brasileiro, em especial ao promover a axiologia decorrente das opções político-jurídicas do legislador constituinte. Essa conformação constitucional é exigível de todas as normas que compõem o ordenamento, ainda quando vinculem unicamente interesses privados.

Nessa linha é a afirmação de Maria Celina Bodin de Moraes ao advertir que



[...] o ordenamento jurídico, globalmente considerado, compõe-se de normas diversas que têm a sua origem em poderes distintos, no Poder do Parlamento, do Governo, dos sindicatos, das associações, das sociedades, dos particulares, mas estabelece entre essas normas uma rígida hierarquia, representada plasticamente pela forma piramidal. No seu ápice, garantindo a unidade, está a Constituição. (MORAES, 1999, p. 81).

Historicamente, o Direito Privado concedia “[...] tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica” (TEPEDINO, 1993, p. 22). Assim, a função, em especial, do Direito Civil era “[...] a defesa da posição do *indivíduo* frente ao Estado (hoje matéria constitucional)” (TEPEDINO, 1993, p. 22, grifo do autor).

Nesse cenário, o Código Civil de 1916 “[...] visava a regular, com efeito, a totalidade das relações privadas, dirigindo-se ao indivíduo isoladamente considerado” (MORAES, 1999, p. 78). Simbolizou o “Estatuto da Vida Privada”, já que sua existência se justificava pela intenção de apresentar solução à totalidade dos problemas da vida dos particulares.

Preconizava-se, assim, a separação entre o Estado e a sociedade civil a fim de que os particulares atuassem livremente conforme suas próprias regras, sem qualquer espécie de intervenção estatal. A preocupação jurídica privada era eminentemente individualista, garantindo-se plenitude de autonomia do indivíduo e liberdade contratual, cujas raízes desse sistema emanaram do Estado Liberal² “sustentado na convicção da promessa de dominação da natureza como fator de desenvolvimento econômico” (BARROSO, 2004. p. 125). Observe-se:

O Código, para o Direito Privado, tem um papel verdadeiramente constitucional, no sentido de ser a Constituição dos Privados, trazendo o estatuto completo dos cidadãos e incluindo, portanto, os limites à atividade do Estado em relação a eles. O Direito Privado existe, principalmente, para impedir as interferências do Estado.

Como substrato social deste estado de coisas, temos que na França – e, em consequência, também nos países que seguiram o modelo do Código Napoleônico – a burguesia, recém libertada dos privilégios feudais, logo impôs uma legislação garantidora da livre circulação da riqueza. As duas vigas-mestras deste liberalismo jurídico são constituídas pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como instituições em que se manifestam a plena autonomia do indivíduo. (MORAES, 1999, p. 80-81).

2 Entenda-se por Estado Liberal aquele modelo de Estado não intervencionista e guardião das liberdades individuais. Consulte-se, para fins de aprofundamento, a obra de BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.



À Constituição caberia, pois, regular as relações públicas, notadamente as que o Poder Público participasse, almejando a proteção do indivíduo frente ao império do Estado. Isso explica que

[...] as normas constitucionais não se supunham aplicáveis às relações travadas entre os particulares, pois nestas o vínculo jurídico era caracteristicamente estabelecido entre sujeitos de direito dotados de igual capacidade jurídica. (NEGREIROS, 2002. p. 49).

Tinha-se, desse modo, relações de paralelismo entre o Direito Público e o Direito Privado, na medida em que conviviam lado a lado, cada um limitado a sua esfera específica de atuação, sem que houvesse algum ponto de convergência entre eles. É o que Judith Martins-Costa denomina de “modelo da incomunicabilidade”.³

Veja-se que naquele momento histórico

[...] é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem, o indivíduo burguês que queria ver completamente protegido o poder de sua vontade, no tocante às situações de natureza patrimonial –, a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua *dignidade* constitui um dos fundamentos da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais. (MORAES, 1999. p. 76).

Com isso, havia rígida separação entre as matérias relegadas ao Direito Público e assuntos submetidos ao Direito Privado.

Ocorre que, gradativamente, o intervencionismo estatal e, como consequência, a regulação jurídica da economia se tornaram mais salientes. O Estado, sob uma

3 A autora esclarece que o emprego desta expressão quer significar que “Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis e dos cânones que guiam a vigência da lei no tempo e no espaço” (p. 67). Para maiores aprofundamentos, examine-se o artigo de MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-87.



nova roupagem, intitulado de *Welfare State*,⁴ com acentuadas características intervencionistas e regulatórias, afetou profundamente a função promotora dos direitos individualistas do Direito Privado.

Após a Revolução Industrial,⁵ e, com ela, a necessidade da adoção de medidas políticas e econômicas visando a prestações sociais, o foco de proteção legal se deslocou da vida individual para a tutela da integração do homem na sociedade, assumindo relevo, portanto, a figura dos interesses coletivos em detrimento do proveito do indivíduo isoladamente considerado.

Por outro lado, tempos depois, modificou-se o centro das relações jurídicas de Direito Privado. O Código Civil deixou de ser a “panaceia para todos os males” no tocante aos interesses particulares, eis que, progressivamente, viam-se surgir inúmeras leis extravagantes destinadas a regulamentar inteira e exaustivamente determinadas situações, tais como a Lei dos Condomínios e Incorporações (Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991), a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998), entre outras.

Nesse contexto, a abundante expansão de leis específicas registra o nascimento de microssistemas. Esses microssistemas⁶ comprometeram a pretensão de completude⁷ e exclusividade⁸ que o Código Civil de matriz liberal possuía, já que passaram a disciplinar vastas matérias de modo extenuante, em razão de que, em sua técnica legislativa, vinculavam “[...] não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal” (TEPEDINO, 2001. p.4). Com isso, revelou-se a era dos estatutos.

4 Também denominado Estado de Bem-estar Social. Trata-se de modelo de Estado promotor de direitos sociais, comprometido em garantir prestações positivas aos seus cidadãos, tais como padrões mínimos de saúde, educação, habitação, saneamento básico, seguridade social, entre outros. Nesse sentido, oportuno examinar o livro de BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

5 Iniciada na Inglaterra no século XVIII, a Revolução Industrial se propagou pelo mundo a partir do século XIX. Ela envolve um conjunto de profundas alterações tecnológicas que modifica processos produtivos e acarreta importantes consequências econômicas e sociais.

6 Para mais esclarecimentos, vide NATALINO, Irti. **L'età della decodificazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

7 O dogma da completude traduz a ideia de que o Código Civil contemplaria em seu texto todas as situações de interesse dos particulares que demandariam regulamentação, representando, portanto, a concepção de um sistema completo e autossuficiente. O art. 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, cuja ementa foi alterada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, para “Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro”) bem demonstra isto. Tal artigo adverte que “[...] quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

8 Preconizava-se que a codificação disciplinava com exclusividade toda a matéria privada, sem que houvesse necessidade de se recorrer a outro instrumento normativo.



À codificação, portanto, passou-se a recorrer subsidiariamente, isto é, somente diante de lacuna do texto legal específico. Tratava-se do fenômeno da descodificação, onde o Código teve seu papel bastante diminuído, tornando-se referência normativa do Direito comum ao traçar as linhas e disposições gerais de determinados institutos jurídicos.

Constatava-se, assim, uma crescente postura intervencionista do Estado e a proliferação de microssistemas normativos. Esse intervencionismo também se anunciou no âmbito privado, revelando o chamado dirigismo contratual,⁹ no qual a autonomia dos particulares e sua liberdade contratual passaram a experimentar restrições.¹⁰

Nessa linha, a Constituição, que, num primeiro momento, se limitava a apresentar as normas políticas de estruturação do Estado, assegurando, em especial, os direitos fundamentais¹¹ de primeira geração¹² ou dimensão¹³ – os chamados direitos de defesa do cidadão contra o Estado – passou a incidir também sobre as relações privadas.

Dessa forma, o exercício da autonomia privada por parte dos particulares não é - nem nunca foi - irrestrito. Com efeito, o comando contido no art. 422, CC/02 - a tutela da boa-fé objetiva - exige a observância de um comportamento probo e leal nas relações negociais. Trata-se de norma, pois, que condiciona o exercício da autonomia privada por parte dos particulares. Tal regra irradia efeitos para o sistema como

9 Trata-se de fenômeno onde se observa uma crescente intervenção do Estado na seara privada, limitando, em especial, a autonomia dos particulares em ver sua vontade livre manifestada em instrumentos contratuais. O Estado, a fim de tutelar interesses da coletividade, tal como o equilíbrio entre direitos e deveres das partes em um contrato, condiciona o exercício da autonomia e liberdade dos indivíduos ao cumprimento de determinados objetivos e regras por ele impostas. Isso se verifica, por exemplo, nas contratações de planos de saúde, empréstimos consignados para aposentados, contratos de consumo, consórcios para aquisição de bens, etc. Ressalte-se que a expressão “dirigismo” não tem conotação relacionada à polêmica sobre a “Constituição Dirigente”, tema que refoge ao trabalho.

10 Há quem propague que o dirigismo estatal pode se manifestar “em suas espécies legislativa, judicial ou administrativa”. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 73-88, jul./set. 2003. p. 80.

11 Trata-se dos direitos humanos positivados nas Constituições. Sobre a temática dos direitos fundamentais, importante é consulta à obra de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

12 Os chamados direitos fundamentais de primeira geração representam os direitos civis e políticos (liberdades individuais), isto é, direitos que asseguram uma conduta negativa por parte do Estado no sentido de não violá-los por meio de arbitrariedades estatais que possam vir a ser praticadas. Garantem, pois, vida, liberdade e propriedade, entre outros direitos.

13 Não obstante haja controvérsia entre os constitucionalistas acerca da terminologia mais acertada (se geração ou dimensão), privilegia-se, nesta pesquisa, o uso do termo dimensão de direitos fundamentais, em razão de que a expressão geração conduz à equivocada ideia de que uma geração de direitos humanos seria suplantada pela posterior que surgisse como em uma sucessão cronológica. Sabe-se que tal raciocínio não procede, não havendo exclusão de uma geração de direitos pela subsequente. Nesse sentido, vide BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.



um todo, a incluir, por exemplo, direitos e deveres contratuais assumidos no âmbito de pactos que envolvem reprodução humana assistida.

Assim, prosseguindo, na sequência, comentar-se-á brevemente a observância das implicações da boa-fé objetiva nos contratos relacionados à reprodução humana assistida como forma de concretização dos direitos fundamentais nas relações horizontais.

4 OS CONTRATOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NEGOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Dentre os vetores do Código Civil de 2002 cite-se a operabilidade e a sistematicidade. Estruturado por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, propõe-se a ultrapassar o dogma da completude da legislação anterior e se manter contemporâneo, na medida em que almeja ser um sistema aberto. Nessa linha, observe-se que “o Código, enquanto sistema fechado, busca imunizar o sistema jurídico do ambiente, ‘trazendo condições ideais’ para aplicação da lei como concebida no seu texto” (ARONNE, 2006, p. 29), blindagem, essa, que se revela inviável no campo das ciências sociais, tais como o Direito.

Oportuno, nesse ponto, a lição abaixo:

Infere-se que a regra do Direito, em si mesma, se confronta com uma crise de racionalidade, uma incapacidade crescente de dar conta da realidade. O Direito não é mais um redutor do real, e ele não mais o contém. Justifica-se a insistência em centrar e colocar no palco da relação entre Direito e a sociedade o problema de assimetria, a relação de interdependência, exatamente para que fique claro o fato de que é o Direito que está na sociedade e não vice-versa. Já não é o Direito que dá conta das relações sociais. Embora isso pareça uma flagrante obviedade, em um sistema dominado por uma orientação monolítica e concentrada, o reconhecimento dessa realidade se mostra relevante. (FACHIN, 2012, p. 247-248).

Assim, o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se das normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas (TEPEDINO, 2003, p. XIX).



Nesse contexto, pode-se afirmar que “torna-se imprescindível que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública” (TEPEDINO, 2003, p. XX).

Lembre-se que interpretar é uma tarefa que, a partir de múltiplas possibilidades, viabiliza que o intérprete atribua sentido(s) a partir de suas concepções de mundo e de vida. Todavia, em se tratando de interpretação jurídica, em especial após a constitucionalização do Direito Civil, a atividade interpretativa encontra freios contensores nos princípios constitucionais. O Direito privado tradicionalmente sempre tutelou as liberdades, mas nenhuma liberdade é – nem nunca foi – absoluta. Logo, a boa-fé objetiva, como um exemplo cláusula geral prescrita na Lei nº 10.406/2002 permite que, por meio da ponderação de valores, a confiança nas relações negociais se veja valorizada, na medida em que o caso concreto irá revelar a resolução mais adequada a partir dos ditames constitucionais a serem prestigiados pelo intérprete/juiz.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 299).

Observe-se que

[...] o Direito é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade.

Nomeadamente o direito positivado é profundamente histórico e contextualizado. Assim procedendo, ele opera a definição de uma moldura que se assenta em um juízo de inclusão e de exclusão, segundo esses valores dominantes, por meio de categorias jurídicas.

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico – esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com



isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência. (FACHIN, 2012, p. 206-207).

Desse modo, em sendo o Direito um produto da cultura da sociedade na qual ele vige, as cláusulas gerais insculpidas no diploma civil pátrio de 2002, tal como a boa-fé objetiva, apresentam-se de forma que sua “estrutura tem maleabilidade suficiente para se adequar às transformações sociais que estão por ocorrer” (BRANCO, 2009, p. 123).

De modo particular, o art. 422, CC/02 disciplina um padrão de comportamento a ser observado pelos negociantes durante a celebração do pacto, bem como em momentos pré e pós contratação. Tal norma de conduta impõe obrigações implícitas, tais como lealdade, probidade, transparência e retidão, que devem permear a conduta de todos os que contratam. Trata-se da tutela da confiança no âmbito negocial.

Nesse passo, diz-se que

o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, 2013, p. 54).

O conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva determina, pois, condutas honestas e leais entre os que participam de relações negociais, impondo, inclusive, deveres anexos ou laterais às partes contratantes não inicialmente (e expressamente) previstos no instrumento a fim de se concretizar, de modo efetivo, práticas contratuais confiáveis e legítimas. São exemplos de deveres anexos, por exemplo, o dever de segurança, o dever de informação, o dever de sigilo, entre outros. Oportuno registrar, no presente ponto do trabalho, que “[...] pelo prisma do Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422)” (VENOSA, 2013, p. 395).



Nessa esteira, em havendo necessidade de interpretação do pacto por parte do Judiciário ou de um mediador, o intérprete deve pautar sua atividade interpretativa de forma a preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva prestigiando a concretização da principiologia constitucional de 1988, em particular de um dos fundamentos da República, qual seja a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88). Observe-se que a tutela da dignidade humana perpassa pela tutela da confiança no âmbito negocial, já que “a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana.” (NEGREIROS, 2006, p. 117).

Vê-se, nesse horizonte, que as “cláusulas gerais contidas na codificação civil, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, serão preenchidas, no caso concreto, conforme valores, regras e princípios constitucionais” (HIRONAKA, 2007, p. 51-52).

Ademais, interessante registrar também que

[...] no Direito os valores são capturados e desvendados pelas quatro fontes de produção de normatividade jurídica, quais sejam a legislativa, a jurisprudencial, a costumeira e a negocial, sendo operacionalizados pelos modelos jurídicos, [...]. Um modelo dogmático sintetizará, contudo, a totalidade dos valores: será o que tem a pessoa humana como “valor fonte” do ordenamento [...]. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, 2002, p. 176).

Assim, a revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico correspondente a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais (FACHIN, 1998, p. 115).

Nesse ponto, imprescindível observar que os contratos de reprodução humana envolvem grandes expectativas dos contratantes. Eles abarcam a construção de sonhos e inúmeras emoções de algum modo represadas por aqueles que procuram clínicas dessa natureza para constituírem suas famílias.

Os mais conhecidos tratamentos são a inseminação artificial¹⁴ e a fertilização

¹⁴ Compreenda-se que “a inseminação artificial é um procedimento mais simples do que a FIV. A inseminação consiste em diminuir o caminho percorrido pelo espermatozoide até o óvulo. A técnica é eficaz em diversos casos, como quando o homem possui alterações leves no sêmen ou se a mulher apresenta um muco no colo uterino que impede a subida dos espermatozoides, além dos casos em que a mulher não ovula adequadamente. Na inseminação artificial, o sêmen é depositado diretamente na cavidade uterina, quando a mulher tenha ovulado para ser fecundado na tuba uterina. Para realizar o procedimento, o sêmen é coletado através da masturbação e separado em laboratório a fim de selecionar os espermatozoides com maior potencial. Nos casos em que há alteração nas trompas ou que há alterações importantes do sêmen, o tratamento indicado é a fertilização *in vitro*.” Vide <https://materprime.com.br/qual-a-diferenca-entre-fertilizacao-in-vitro-e-inseminacao-artificial/>. Acesso em: 09 jun. 2021.



*in vitro*¹⁵ (FIV). Embora haja quem os confunda, são distintos e com complexidades diferentes.

Por outro lado, a inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga, sendo no primeiro caso usado somente o material biológico dos pais - pacientes que buscaram as técnicas de reprodução assistida, já na fecundação artificial heteróloga tem-se doação por terceiro anônimo de material biológico, tais como espermatozoide, óvulo ou embrião.

Fato é que há diversos tratamentos que podem ser utilizados por casais que não conseguem engravidar naturalmente oferecidos pelas clínicas de reprodução assistida. Cada um tem indicação para casos específicos e apenas um profissional médico especializado pode definir a causa da infertilidade e qual é o melhor tratamento.

Nesse aspecto reside fundamentalmente a importância da observância do dever de informar, corolário do princípio da boa-fé objetiva insculpido no art. 422, CC/02. O médico precisa informar, empregando uma linguagem clara e objetiva, quais as chances de sucesso do tratamento, efeitos colaterais, riscos, etc. Todo o contrato envolve criação de legítimas expectativas das partes contratantes, bem como a tutela da confiança das partes envolvidas, o que se revela consideravelmente acentuado nos contratos que envolvem reprodução humana assistida.

Nesse cenário, tendo em vista que tais pactos são celebrados no bojo de uma relação de consumo, fundamental se investigar o termo de consentimento informado nos contratos de reprodução assistida.

Destarte, é fundamental analisar a importância do termo de consentimento informado e da sua individualização como forma de possibilitar a elevação da autonomia da vontade das partes ao máximo e de mitigar riscos, prevenindo a responsabilização da clínica por falha no dever de informar (BISPO, 2017).

Observe-se que o termo de consentimento informado é um importante instrumento contratual nesse sentido, pois dispendo de informações que correspondam à realidade do paciente e do tratamento sugerido, traduzidas em termos de possível compreensão, de forma a permitir seu perfeito conteúdo e alcance, a clínica garante que todo o conhecimento necessário sobre o procedimento a ser empregado tenha sido transmitido (SCALQUETTE, 2010).

15 "A fertilização *in vitro* já é um tratamento mais complexo, realizado totalmente em laboratório. Na técnica o óvulo é retirado do ovário através de uma punção por via transvaginal e é fecundado pelo espermatozoide no laboratório, fora do corpo feminino. Após alguns dias de desenvolvimento o embrião no laboratório é transferido para o útero, que foi previamente preparado para aceitar o embrião. A fertilização *in vitro* está indicada para casais em que a mulher apresenta alterações nas trompas ou nos casos do homem ter uma alteração importante no sêmen, como baixa concentração de espermatozoides ou baixa motilidade." Vide <https://materprime.com.br/qual-a-diferenca-entre-fertilizacao-in-vitro-e-inseminacao-artificial/>. Acesso em: 09 jun. 2021.



Isto é, para que prevaleça a autonomia da vontade na decisão do paciente sobre a submissão às técnicas de reprodução assistida, o consentimento informado deve atender a três requisitos, sem os quais os efeitos jurídicos da sua obtenção serão frustrados, a saber capacidade (ou competência), a informação e a voluntariedade (SCALQUETTE, 2010).

Veja-se que

a individualização do termo de consentimento informado pelas clínicas não é um objetivo impraticável. Na realidade, apesar de não existir legislação específica sobre o assunto, os direitos fundamentais envolvidos nos contratos de RA, associados à Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor, à Resolução CFM n.º 2.168/2017, já pressupõem que o dever de informar seja cumprido nos termos aqui defendidos, de forma individualizada e completa. (BISPO, 2017, [http://dspace.insper.edu.br \[...\]](http://dspace.insper.edu.br [...])).

Nesse passo, dentre os deveres dos médicos com relação aos pacientes previstos na Resolução Conselho Federal Medicina n.º 2.168/2017, que regulamenta as práticas de reprodução assistida no Brasil, o dever de informar, nos termos aqui preconizados, coaduna-se com o cumprimento das principais obrigações desses profissionais da seara médica comentados em tal Resolução.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse panorama, pode-se verificar que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral que impõe um padrão de conduta reto, probo durante as fases pré e pós-contratual, possibilitando que o intérprete/juiz, em havendo discussão acerca da relação contratual, tutele a proteção da confiança.

Nesse contexto, fundamental mencionar a importância da atividade interpretativa, no âmbito de um Direito Civil com inspiração constitucional e cuja leitura de seu texto jamais pode olvidar, por parte do intérprete, a concretização dos direitos fundamentais nas relações horizontais. Para fins deste artigo, importa uma interpretação civil-constitucional concretizante dos direitos fundamentais, que, de modo especial, prestigie e enalteça a dignidade humana reconhecendo sua íntima relação com a tutela da confiança na seara das relações negociais.

Assim, conforme comentado no texto, o termo de consentimento informado nos contratos de reprodução assistida é um importante instrumento para concretização adequada do direito de informar - corolário do princípio da boa-fé objetiva insculpido no art. 422, CC/02. Deve ser redigido em linguagem clara e acessível, sinalizando aos pacientes todos os riscos, efeitos colaterais, chances de sucesso, etc. do tratamento ao qual se submetem. Dessa forma, permite-se o exercício pleno da autonomia



privada dos negociantes, mitigando-se, ademais, litigiosidades que possam advertir desses negócios resultando em eventual judicialização.

Nesse sentido, certamente há diversas outras questões atinentes a esta matéria a serem exploradas, evidenciando, portanto, a relevância desta matéria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

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

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

BARROSO, Lucas Abreu. O sentido ambiental da propriedade agrária como substrato do Estado de Direito na contemporaneidade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, a. XI, n. 21/22, p. 123-141, jun./dez. 2004.

BISPO, Tamires Adorno. **O dever de informar nos contratos de reprodução assistida: a importância do termo de consentimento informado**. Disponível em: http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/2410/TAMIRES%20ADORNO%20BISPO_Trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.



FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil - uma visão geral. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, v.9, n.44, p.27-66, jul./ago. 2007.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - R. TCMG**, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

FREITAS, Juarez. O Princípio da Democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, n. esp., p. 11-23, 2002.

GADAMER, Hans-George. **Verdad y Método**. Tradução de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. pp. 41-80.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *supressio* - Comentários ao acórdão no REsp 401.704/PR (rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Desembargador convocado no TJ/AP, *Dje* 02.09.2009). *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2011. p. 513-542.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais**



e Direito Privado. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001a, p.307-324.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 76-89, set. 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *In*: **Revista da Ajuris.** Porto Alegre, n. 24, março 1982, p. 222-231.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.403-450.

TABARELLI, Liane. **Contratos agrários e sustentabilidade ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **Problemas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-16.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV-XXXIII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** v. 2. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.



A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS E O REFLEXO NO DIREITO FAMILIARISTA BRASILEIRO

Bethânia Denardin Ferreira¹

Fernanda Brandt²

RESUMO

A partir da Constituição federal de 1988, consolida-se o ideal da família eudemonista fundamentada, primordialmente, sob os princípios da afetividade e do pluralismo familiar. Contudo, a liberalidade em constituir novos arranjos não é absoluta, visto que encontra óbice no sistema monogâmico, como é o caso das famílias paralelas. Destarte, à luz desse antagonismo, surge o questionamento: o reconhecimento da simultaneidade familiar para fins previdenciários modificaria o que se compreende como arranjos familiares atualmente? Com isso, o presente trabalho tem por objetivo geral verificar como o reconhecimento de uniões simultâneas para fins previdenciários, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, refletiria na concepção de família contemporânea. Por sua vez, tem-se como objetivos específicos compreender o conceito atual de família, analisar o caso paradigma do Tema 529 do Supremo Tribunal Federal, bem como investigar posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Assim, utilizou-se o método de abordagem dialético. Já como métodos de procedimento foram empregados o histórico, o comparativo e o monográfico. Ademais, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Por conseguinte, com a presente pesquisa, conclui-se que, diante da impossibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas para fins previdenciários, a partir do entendimento dos Supremo Tribunal Federal, mantém-se inerte o que se compreende como família. Entretanto, essa temática está longe de ser pacificada, haja vista que emerge posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de dar legitimidade a tais famílias.

Palavras-chaves: afetividade; concubinato; famílias paralelas; monogamia; pensão por morte.

1 Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela UNISC.
Endereço eletrônico: bethaniadenardin@gmail.com.

2 Advogada. Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC, com bolsa CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC.
Endereço eletrônico: advogada.fernandabrandt@gmail.com



1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Factualmente, a entidade familiar tem passado por um processo de ressignificação ao longo dos anos. Isso porque, a família, alicerce da sociedade e da construção humana, tem como característica sua efemeridade, sendo fruto direto do contexto social no qual está inserida. Em breve retomada histórica sobre a formação da família, evidencia-se claro antagonismo entre as concepções clássica e contemporânea.

Com o advento da nova ordem constitucional supera-se o conceito único de família e passa-se a dar maior visibilidade aos novos arranjos familiares que vêm surgindo, como é o caso das famílias paralelas, as quais demandam tutela jurídica, mas encontram baliza no sistema monogâmico. Por isso, não obstante a evolução na concepção acerca da família, a inércia legislativa quanto à regulamentação jurídica específica de tais arranjos tem relegado direitos aos seus membros.

Destarte, tem-se reservado ao judiciário a tarefa de dar legitimidade às famílias paralelas. Recentemente foi julgado o Recurso Extraordinário nº 1.045.273, paradigma do Tema 529, que trata sobre o reconhecimento da simultaneidade das relações conjugais para fins de garantir o direito à pensão por morte. Nesse sentido, surge a problemática de se pensar: o reconhecimento das famílias simultâneas para fins previdenciários ensejaria a modificação do que se compreende como arranjos familiares atualmente?

Assim, o presente trabalho teve por objetivo geral verificar como o reconhecimento de uniões paralelas para fins previdenciários, a partir do julgamento do referido recurso, refletiria no conceito de família na contemporaneidade. Ademais, teve-se como objetivos específicos compreender o que se entende por família hodiernamente, analisar de forma aprofundada o caso paradigma do Tema 529 do Supremo Tribunal Federal, bem como investigar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dialético, visto que a pesquisa teve como alicerce a contraposição entre a valorização da afetividade, calcada no pluralismo e na dignidade da pessoa humana, e a imposição do sistema monogâmico no Brasil. Não obstante a maior liberalidade na constituição da família com o advento da ordem constitucional vigente, tem se relegado a tutela jurídica às famílias paralelas sob pena de total mitigação da monogamia.

Por sua vez, foram empregados como métodos de procedimento: o histórico, o comparativo e o monográfico. O primeiro foi utilizado com a finalidade de entender o fenômeno da ressignificação conceitual da família, na seara do direito familista, a partir das adversidades enfrentadas pela sociedade ao longo dos anos.

Ademais, o segundo foi empregado para realização de um comparativo entre



a concepção de família clássica e contemporânea. Já o método monográfico foi utilizado na análise específica do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273. Por fim, usou-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental.

Com isso, o presente trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro se consubstanciou na compreensão do fenômeno histórico jurídico de ressignificação conceitual de família, fazendo uma análise da concepção contemporânea à luz do antagonismo entre a valorização da afetividade e o sistema monogâmico. O segundo, por sua vez, destinou-se à análise jurisprudencial, mais precisamente ao estudo de caso do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, para fins de compreender como a possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas para fins previdenciários modificaria a concepção de entidades familiares.

Por conseguinte, não raras vezes o judiciário tem se deparado com casos envolvendo o paralelismo conjugal, o que enfatiza a demanda das famílias simultâneas por uma tutela jurídica adequada. Isso porque a ordem constitucional vigente, por meio de uma gama de princípios, tem permitido o reconhecimento de novas entidades familiares, mesmo que a monogamia tenha, ainda, grande influência na estruturação da família brasileira.

2 A CONCEPÇÃO EUDEMONISTA DA NOVA ORDEM FAMILIAR À LUZ DO ANTAGONISMO ENTRE AFETIVIDADE E MONOGAMIA

A árdua tarefa de se determinar o significado de família se dá à medida que tal instituto tem enfrentado diversas ressignificações ao longo dos anos. Pode-se dizer que a ressignificação da família traduz a história da humanidade, uma vez que se está diante de uma entidade histórica efêmera, que se amolda ao contexto histórico e valores sociais vigentes.

Durante a Idade Média surge o modelo clássico de família, cuja legitimidade estava condicionada ao matrimônio. Nesse momento, a família, segundo Madaleno (2021, p. 37), definia-se como “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional, vista como unidade de produção e de reprodução”. É nesse contexto que foi editado o Código Civil de 1916, o qual, embora tenha entrado em vigor no século XX, muitos dos seus dispositivos remontavam, ainda, a ideias ultrapassadas de uma sociedade liberal, paternalista e conservadora.

Anos mais tarde, dois foram os principais fatores, conforme Lôbo (2020, p. 19), que culminaram no desaparecimento da família patriarcal: a urbanização acelerada no século XX e a emancipação feminina, responsável por transformar consideravelmente a função da mulher na sociedade. Assim, com a revolução industrial, houve a migração populacional para os centros urbanos, o que viabilizou o estreitamento dos laços



familiares.

Por sua vez, já na vigência do Estado Social, é promulgada a Constituição Federal de 1988, sob o prisma do princípio da dignidade humana, instaurando-se uma nova perspectiva principiológica, capaz de amparar as demais formas de famílias construídas socialmente. Nesse sentido, em simples leitura do artigo 226 da Constituição Federal, vislumbra-se o princípio do pluralismo familiar quando do reconhecimento da união estável e da família monoparental também como entidades familiares.

Ademais, o que passa a identificar a constituição familiar é o elo afetivo, que permite a união de pessoas com projetos e objetivos em comum, em busca da felicidade. Dessa forma, as funções até então atribuídas ao núcleo familiar, tais como, a econômica, a reprodutiva e a política, convertem-se na função eudemonista, pelo qual a família se destina ao exercício da afetividade e da proteção aos direitos fundamentais (CARVALHO, 2020, p. 60).

Com efeito, o princípio da dignidade humana, consagrado como fundamento da República, resultou no processo de despatrimonialização das relações familiares, de forma que a entidade familiar se desenvolve a partir da assistência mútua entre os indivíduos, valorizando-se o sujeito e suas aspirações pessoais. Assim, o que se tem hoje é um conjunto de princípios que norteiam a estruturação dos arranjos familiares, visto que é impossível a determinação de um conceito único de família.

Conclui-se, portanto, que a família atual não se reduz à tipificação legislativa, sendo construída com base na concepção eudemonista, assentada no afeto e na solidariedade mútua, primando-se pela liberdade de planejamento familiar, fruto da autonomia privada. Sabe-se que:

[...] o afeto e o princípio da afetividade autorizam a legitimação de todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações de família são legítimas. Somente desta forma pode ser alcançada a cidadania, que tem significado de juízo universal, ou seja, faz cumprir também o macrop princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, se a liberdade é a essência dos direitos do homem e de suas manifestações de afeto, a dignidade é a essência da humanidade. (PEREIRA, 2020, p. 98).

Não obstante a diversidade de arranjos familiares e a dificuldade de engessá-los sob um conceito único, os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho, definem a família contemporânea como um “núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 44).

Por outro lado, Lôbo (2019, p. 82), na tentativa de identificar os elementares



comuns às diversas entidades familiares, sem construir um conceito reducionista, aponta três principais características, sendo elas: a afetividade, como substrato e desígnio familiar; a estabilidade, que desconsidera relacionamentos esporádicos; e o intuito de constituir família e a ostentabilidade de convivência pública.

Como se vê, o ordenamento jurídico passou a compreender a complexidade das entidades familiares, viabilizando uma maior flexibilização da proteção estatal, na tentativa de se contemplar e respeitar as diversas formas de se constituir família. Entretanto, salienta-se que tornar mais flexível não pressupõe a admissão de um pluralismo absoluto, que esbarra no sistema monogâmico limitador das relações conjugais.

A monogamia encontra respaldo nos deveres de fidelidade e lealdade impostos, respectivamente ao casamento e à união estável. Dispõe o artigo 1.521, inciso IV, do diploma civilista sobre a vedação de contrair novas núpcias às pessoas já casadas, sob pena de nulidade do segundo matrimônio, incidindo, inclusive, no crime de bigamia, tipificado no artigo 235 do Código Penal.³ Por sua vez, em simples leitura do artigo 1.724 do Código Civil, denota-se o dever de lealdade dos companheiros, pressupondo a união estável de exclusividade conjugal como requisito elementar para sua constituição (MADALENO, 2020, p. 98).

A doutrina diverge quanto à classificação da monogamia como princípio ou valor de ordem moral cuja função é estruturar a organização familiar. Tal discussão se dá ao passo que os valores detêm relevância ao determinar o substrato normativo de uma época. Já os princípios são normas de diretrizes comportamentais, revestidas de caráter deontológico, cuja interpretação deve estar de acordo com os valores sociais que lhe são contemporâneos (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 24).

Segundo Dias (2016), a monogamia constitui uma regra de vedação à multiplicidade das relações matrimoniais, não podendo ser considerada princípio constitucional. Defende que a pretensão de

[...] elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional leva a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um – ou, pior, a ambos os relacionamentos –, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. (DIAS, 2016, p. 70).

3 Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. §1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. §2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. (BRASIL, 1940)



Não obstante tal controvérsia jurídica acerca da natureza da monogamia, conclui-se que mesmo quando considerada como princípio, do qual se depreende relevante força normativa, não detém caráter absoluto e deve ser ponderada à luz dos demais princípios jurídicos, primando-se pela dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2020, p. 84). Nessa lógica, entende Pianovski (2006, p. 20) que, ao se considerar a monogamia como um “dever ser” ao qual se condicionam todos os arranjos familiares, cria-se um conflito com a liberdade inerente às relações familiares.

Mesmo diante de certa mitigação a monogamia, que remonta à base de formação das relações conjugais, e, conseqüentemente, da família, no Brasil, tem obstado a tutela jurídica às famílias paralelas. Nesse sentido, explica Madaleno que

[...] a censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas da família brasileira, como forma de organização, representando um envolvimento afetivo paralelo, de curta ou longa duração, uma indisfarçável infidelidade que continua trazendo perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica. (MADALENO, 2020, p. 1240).

As famílias simultâneas, sob a ótica da conjugalidade, são aquelas em que coexistem mais de um núcleo familiar entre os quais há um membro em comum. Ou seja, tal arranjo constitui-se a partir de um indivíduo que estabelece relações afetivas concomitantes com mais de um sujeito, formando famílias distintas. A exemplo, tem-se a coexistência entre uniões estáveis ou entre união estável e casamento.

Ressalta-se que o artigo 1.723 do Código Civil faz uma ressalva de que não há restrição à constituição de união estável por cônjuge separado de fato ou judicialmente (BRASIL, 2002). Não sendo, assim, necessário o divórcio para que a união estável constituída posteriormente seja considerada válida. Como se vê, o cerne da problemática quanto ao reconhecimento das famílias simultâneas está quando o sujeito, sem cessar ou extinguir o vínculo conjugal em uma primeira relação, constitui nova união estável com outrem. Ou seja, é no âmbito das

[...] relações de conjugalidade que a simultaneidade familiar adquire contornos mais polêmicos, embora se trate de hipótese claramente menos comum do que a da simultaneidade de famílias na perspectiva da filiação. Também é no âmbito da conjugalidade que se mostra sustentável identificar possíveis limites à eficácia das relações entre os componentes de famílias simultâneas – já que, por exemplo, tratando-se de simultaneidade na perspectiva do vínculo parental a atribuição eficaz é plena. (PIANOVSKI, 2006, p. 02).



Por conseguinte, denota-se que a ordem jurídica vigente passa a priorizar a essência das relações familiares, não impondo um conceito engessado de família contemporânea, tendo em vista a dificuldade de subsunção das diversas modalidades de família ao formalismo jurídico. Entretanto, ao passo que são instituídos princípios que dão efetividade à liberdade de constituir família, a partir da supremacia da afetividade, o reconhecimento de muitos arranjos como entidade familiar ainda encontra baliza na monogamia. Assim, tem incumbido à doutrina e à jurisprudência o dever de enfrentar esse antagonismo.

3 A ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.045.273 E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante da maior recorrência de casos envolvendo o paralelismo das relações conjugais, novas demandas têm chegado ao judiciário brasileiro, ao qual tem incumbido um ativismo jurisdicional de forma a suprir as lacunas legislativas que permeiam o reconhecimento das famílias simultâneas. Nesse contexto, umas das temáticas tormentosas a respeito desse formato familiar paira sob a possibilidade ou não de rateio da pensão por morte entre cônjuge e companheiro(a) quando mantida a relação matrimonial, ou seja, sem que haja separação de fato.

Prova disso é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 883.168 e nº 1.045.273, cujas teses fixadas foram, respectivamente, a “possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários” (BRASIL, [s.n.]b) e “a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio da pensão por morte” (BRASIL, [s.n.]a).

O caso paradigma do Tema 529, Recurso Extraordinário nº 1.045.273, envolvia o companheiro do segurado falecido, com o qual manteve relação reconhecida juridicamente durante doze anos. E, de outro lado, a companheira com quem o falecido também manteve união reconhecida, sendo que desta relação tiveram um filho. Aquele interpôs o referido recurso em face do acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que entendeu pela impossibilidade de reconhecimento de união estável diante da existência de união anterior declarada judicialmente com decisão transitada em julgado em virtude do princípio da monogamia (BRASIL, [s.n.]a).

Em setembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do recurso, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cujo voto foi pelo não provimento do recurso, de forma a não atribuir efeitos jurídicos às relações paralelas. O relator, ao proferir o voto, salientou que o caso não se tratava de conhecer união



estável homoafetiva como entidade familiar, mas sim, de não dar efeito retroativo da bigamia para fins de rateio da pensão por morte (STF, 2019).

Isso porque a declaração judicial definitiva da união heteroafetiva impede o reconhecimento da outra. A união estável foi equiparada ao casamento, por meio do artigo 226, da Constituição Federal, e, portanto, pressupõe a monogamia e a fidelidade entre os companheiros. Pontuou não ser o caso de afastar a afetividade, mas seguir o ordenamento jurídico que não admite tal situação. Desse modo, ao reconhecer duas uniões estáveis concomitantes, o Supremo Tribunal Federal estaria aceitando a bigamia (STF, 2019).

No mesmo sentido foi o posicionamento dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, José Antônio Dias Toffoli, Luiz Fux e Kassio Nunes Marques. Segundo Ricardo Lewandowski, a união estável e casamento, entidades base da sociedade, têm no âmago a lealdade, e, portanto, não se poderia conferir efeitos jurídicos às uniões plúrimas e clandestinas. Ademais, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, enfatizou a regra do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil (STF, 2019).

Em sessão virtual de julgamento no dia 11 de dezembro de 2020, o Ministro José Antônio Dias Toffoli votou pelo não provimento ao recurso, em virtude da inviabilidade de reconhecimento de uniões concomitantes, categorizando o “casamento e união estável como institutos familiares distintos e não cumuláveis; e concubinato como qualquer situação na qual, salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02, se descumpra a unicidade requerida pelo direito pátrio” (BRASIL, [s.n.]b, p. 09).

O ministro defendeu, ainda, que havendo o reconhecimento de uma união, há a possibilidade de outra ser reconhecida diante de ação anulatória para desconstituição da primeira relação, na qual haveria o devido confronto entre as provas produzidas e fatos alegados, para que assim possa verdadeiramente conferir a condição de companheiro(a) a quem a alega. O que não ocorreu no caso concreto, haja vista que foram reconhecidas as uniões estáveis, e, em sede de apelação, o Tribunal não reconheceu a união homoafetiva, pois já havia o reconhecimento judicial da outra relação (BRASIL, [s.n.]b, p. 14).

Diferentemente, foi o posicionamento adotado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Marco Aurélio. Segundo Fachin, a presença da boa-fé dos companheiros acarretaria a proteção estatal dessas relações, uma vez que não sendo o caso de má-fé, no qual os sujeitos ignoravam a simultaneidade, devem ser reconhecidos os efeitos previdenciários dessas uniões, sendo possível a divisão do benefício. Nesse ponto, cumpre lembrar a hipótese do denominado casamento putativo que ocorre quando,

[...] desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o



estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado, e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda herança se concorrer com outros parentes e ao direito previdenciário. (MADADELO, 2020, p. 1251).

Na acepção de Luís Roberto Barroso, a vedação do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, não se aplica à união estável em discussão por não haver casamento prévio constituído. Outrossim, afirma que houve expansão na vontade constitucional de abrigar a entidade familiar como situação de fato independente da trajetória jurídica, sendo a monogamia princípio estruturante do casamento e não da união estável.

Ademais, afirmou que a alocação da pensão por morte se refere à relação que já existiu e carece de uma consequência jurídica, não se tratando de matéria atinente ao Direito de Família, mas ao direito previdenciário (STF, 2019). Ao final da votação foi fixada a tese proposta pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes no sentido de que:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (BRASIL, [s.n.]a).

Evidente que a questão central do litígio está na possibilidade de partilha igualitária da pensão previdenciária entre companheiro(a) e viúvo(a) que mantinham relações conjugais com o segurado falecido, atribuindo efeitos a simultaneidade familiar. Ou seja, antes de adentrar propriamente na concessão de benefício previdenciário, a discussão paira sobre questão atinente ao Direito de Família, ao pressupor o reconhecimento de um novo arranjo familiar.

Em simples análise dos argumentos que compõe a divergência de opiniões, conclui-se que a discussão está centralizada na equiparação da união estável ao casamento, e, portanto, aplicável ao companheirismo os impedimentos do artigo 1.723, § 1º do Código Civil. Consequentemente, o Código Civil, ao atribuir o conceito de união estável, faz evidente distinção daquelas relações concubinárias, não compreendidas pela proteção estatal.



O Supremo Tribunal Federal distingue a união estável e o concubinato de forma que, à luz do artigo 226, § 3º da Constituição Federal e do artigo 1.727 do Código Civil, as relações estabelecidas entre pessoas impedidas de casar configura concubinato, não reconhecido até então como entidade familiar. Isso porque, embora a união estável se constitua a partir de uma relação de fato, presentes os impedimentos do artigo 1.723, há óbice ao reconhecimento.

Por consequência, o sistema monogâmico imposto ao casamento também seria estendido às uniões estáveis, mesmo sem prévia cominação legal. Nesse sentido, conclui Bragança que

[...] ainda que se entenda que companheiros sejam aqueles integrantes de uma união estável, não há óbice a que companheiros(as) de pessoas casadas façam jus a benefícios previdenciários na condição de dependentes, tendo em vista a evolução da matéria no campo jurisprudencial, doutrinário e legislativo, desde que haja separação de fato ou judicial e convivência *more uxorio*. Por outro lado, caso se trate de relação entre pessoas casadas e não separadas, de fato ou judicialmente, ter-se-á, então, concubinato adulterino, inconfundível com o regime da união estável, retirando-se do concubino a pretensa qualidade de dependente. (BRAGANÇA, 2012, p. 85).

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal vinha adotando posicionamento no sentido de não conferir direito à divisão igualitária da pensão por morte entre a qualificada como concubina e a viúva havendo relações concomitantes, tendo em vista que a Constituição Federal visa à proteção somente das relações passíveis de serem convertidas em casamento, ou seja, a união estável (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 168).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem assentado sua jurisprudência em importante precedente, Recurso Extraordinário nº 397.762, no qual se fixou o entendimento de que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não compreende relações entre pessoas impedidas de casar e, portanto, não teria a concubina direito ao benefício previdenciário de servidor público.

Nesse caso, Valdemar do Amor Divino Santos foi casado com Railda Conceição Santos, com quem teve onze filhos. Ainda que, sem se separar de fato ou judicialmente, durante trinta e sete anos, ele manteve, também, relacionamento amoroso paralelamente com Joana da Paixão Luz, com quem teve nove filhos. Com o óbito de Valdemar, o juízo de primeiro grau negou a pretensão de Joana ao recebimento da pensão por morte, o que foi reformado pelo Tribunal de Justiça da Bahia. O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, cujo voto prevaleceu, decidiu que



[...] está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa – nove filhos – mas que não surte efeitos jurídicos, ante o fato de haver sido mantido o casamento, com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do Código Civil [...]. (BRASIL, 2008, p. 617-618).

Assim, tem prevalecido o entendimento que embora não haja vedação expressa da bigamia para as uniões estáveis, tal como há no caso de casamentos plúrimos, a Suprema Corte tem entendido que havendo impedimento para configurar união estável, estar-se-ia diante de concubinato. Destarte, “com relação a uniões adúlteras, em que não se verifica relação de companheirismo, mas de concubinato, o STF já se pronunciou mais de uma vez pela exclusão da(o) concubina(o) do rateio do benefício previdenciário” (BRAGANÇA, 2012, p. 85).

Por outro lado, o Ministro Carlos Ayres Britto defendeu, no Recurso Extraordinário nº 397.762, que a concubina tem direito à proteção previdenciária, haja vista que a família, mesmo constituída de forma concomitante à outra, carece de proteção constitucional, não se podendo negar o direito da companheira com quem o falecido manteve relação por trinta e sete anos (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 174-175). No mesmo sentido, afirmam Hironaka e Tartuce (2019, s.p.) que,

[...] com o devido respeito aos demais julgadores, entendemos que o Ministro Ayres Brito, na situação descrita, tinha total razão. Certamente, a esposa sabia do relacionamento paralelo mantido pelo seu marido, aceitando-o por anos a fio, sendo viável concluir que, do mesmo modo, terá que aceitar a partilha de direitos com a concubina, o que inclui verbas previdenciárias, direitos hereditários e até divisão de outros bens. Em suma, no caso analisado, pensamos que a concubina deveria ter sido tratada como companheira. Pensamos que até pode ser invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).



A partir do entendimento exposto durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, tem-se a impossibilidade de reconhecimento jurídico de concomitância de relações conjugais para fins previdenciários. A jurisprudência tem decidido pelo indeferimento do rateio da pensão por morte do companheiro ou da companheira com o(a) viúvo(a), independente do gênero. Haja vista constatação de concomitância nas relações conjugais, uma vez que existindo impedimento à união estável, tal qual como se casamento fosse, por parte de um dos componentes do casal, exclui-se tal relação jurídica da proteção estatal e, conseqüentemente, os direitos delas decorrentes, como é o caso da pensão previdenciária.

Contudo, o que se depreende do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273 é o início do reconhecimento das famílias paralelas para fins previdenciários a partir do voto favorável dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Marco Aurélio. Inegável que a decisão prolatada nos referidos recursos, em sede de repercussão geral, influenciará na compreensão jurídica acerca do que se entende como arranjos familiares na contemporaneidade e o que se compreende como conjugalidade (SILVA, 2019). Todavia, não esgota a temática dos efeitos jurídicos atribuídos a tais famílias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade de se conceituar a família paira sobre a efemeridade que lhe é característica, haja vista que a entidade familiar é reflexo direto das estruturas organizacionais e valores vigentes a uma sociedade, traduzindo a própria história da humanidade. Por isso, os laços familiares estão em constante processo de resignificação.

O modelo familiar clássico foi constituído no contexto de uma sociedade liberalista, paternalista e conservadora, no qual se reduzia à família matrimonializada. Contudo, com o surgimento do Estado Social e com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a reestruturação das relações familiares, originando o modelo contemporâneo eudemonista.

Destarte, houve uma extensão do que se compreende como entidade familiar, hodiernamente, abandonando-se a concepção de modelo único instituído. Isso porque a nova ordem constitucional pressupõe um conjunto principiológico que permite certa liberalidade em constituir família com base nas relações de afeto.

Entretanto, tal liberalidade não é absoluta, uma vez que esbarra no sistema monogâmico vigente. A monogamia se traduz nos deveres de fidelidade e lealdade exigidos, respectivamente, dos cônjuges e companheiros, o que pressupõe a



necessidade de exclusividade conjugal. Inobstante a discussão sobre a natureza jurídica da monogamia, denota-se que mesmo quando considerada como princípio não tem força absoluta, uma vez que deve ser sopesada com os demais princípios jurídicos.

Nesse contexto, encontra-se a controvérsia acerca do reconhecimento das famílias simultâneas, visto que a admissão de relações plúrimas implicaria na mitigação desse sistema. Recentemente, o paralelismo conjugal tem saído do campo da invisibilidade, incitando o posicionamento de doutrinadores e juristas acerca da sua admissão no ordenamento jurídico. Isso porque o reconhecimento dessa estrutura como família estaria alicerçado em princípios como: o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade e do pluralismo familiar.

Mesmo diante da inexistência de um conceito único de família, obstacularização paira sob o sistema monogâmico. Não raros são os casos que demandam a tutela jurídica de famílias simultâneas no judiciário brasileiro, o que, conseqüentemente, tem exigido um ativismo jurisdicional frente à inexistência de legislação nesse sentido. Assim, uma das demandas a respeito da simultaneidade familiar está na possibilidade ou não de rateio da pensão por morte entre cônjuge e companheiro(a), o que foi objeto de análise do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, com repercussão geral reconhecida.

Embora se trate de questão atinente ao Direito Previdenciário, o cerne da problemática implica no reconhecimento acerca da ilicitude ou não da simultaneidade familiar. Através da presente pesquisa, denota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de indeferimento do rateio igualitário da pensão por morte entre companheiro(a) sobrevivente e viúvo(a), haja vista que a existência de união estável ou casamento previamente à outra união estável seria óbice para o reconhecimento da segunda relação, em virtude do que preceitua o artigo 1.723, §1º, do Código Civil.

A partir da análise dos votos proferidos pelos ministros no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, com repercussão geral, verifica-se a reprodução do entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ratificando a resistência que ainda se tem na atribuição de efeitos às famílias paralelas. Diante da maioria dos votos contra o provimento do referido recurso, tem-se que, em princípio, tais famílias continuarão às margens da tutela jurídica estatal por resistências de forte cunho moralista, mantendo-se incólume, o que se compreende como arranjos familiares hoje.

Denota-se que, por vezes, a união simultânea tem sido atribuída à condição de relação concubinária, de caráter adúltero, e, portanto, excluída da proteção estatal devido a primazia do sistema monogâmico. Em consequência, infelizmente, perpetua-se um quadro de injustiças ao se relegar eventuais direitos concernentes



aos companheiros e companheiras paralelos, sem haver qualquer responsabilização ao sujeito concomitante.

Contudo, a presente discussão encontra-se longe de ser pacificada, tendo em vista que a negativa de efeitos previdenciários às famílias simultâneas não esgota a possibilidade de que seja suscitado o reconhecimento de outros efeitos. Isso porque há forte corrente doutrinária e jurisprudencial que assevera a licitude do paralelismo familiar.

É o que se denota, inclusive, do próprio quadro de votação do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, no qual cinco Ministros votaram pelo provimento de tal. Por fim, como se vê, ao longo dos anos a doutrina e a jurisprudência têm atribuído, aos poucos, efeitos às famílias simultâneas quando presentes os requisitos caracterizadores de união estável, principalmente, a boa-fé, não obstante o preconceito que impera sobre tal discussão.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Kerly Huback. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Companheira e Concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à União Estável Alcança apenas as situações legítimas e nesta não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público – Mulher – Concubina – Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina**. Recurso Especial nº 397.762. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>. Acesso em: 20 out. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 526**: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. Recurso Extraordinário nº 883.168. Recorrente: União. Recorrido: Rosemary do Rocio de Souza. Relator: Min. Dias Toffoli. [s.n.]a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4757390&numeroProcesso=883168&classeProcesso=RE&numeroTema=526#>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 529**: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. Recurso Extraordinário 1.045.273. Recorrente: C.L. Recorrido: M.J.O.S. e E.S.S. Relator: Min. Alexandre de Moraes. [s.n.]b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoRelacionado.asp?incidente=4137234>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno** - Reconhecimento de duas uniões estáveis para rateio de pensão. 2019. Audiodescrição (2h58min33s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OuF9rCHCpMM>. Acesso em: 20 out. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [recurso eletrônico]

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Famílias Paralelas**.



Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.13_n.2.11.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. 2006. **Anais [...]**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/59793/D%20-%20CARLOS%20EDUARDO%20PIANOVSKI%20RUZYK.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Relações Paralelas em pauta no STF**. 2019. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/post/rela%C3%A7%C3%B5es-paralelas-em-pauta-no-stf>. Acesso em: 20 out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



UNIÃO ESTÁVEL APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: PASSOU O COMPANHEIRO A SER HERDEIRO NECESSÁRIO?

Roberta Pozzebon Battisti¹

RESUMO

A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, julgada em 2017, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) equiparou, para fins sucessórios, companheiro e cônjuge. Assentando que ambas as sucessões devem ser realizadas com base no artigo 1.945 daquele mesmo diploma, decisão que se estendeu a todas as partilhas em curso, todavia, a decisão trouxe consigo o seguinte questionamento: Seria, a partir deste momento, o companheiro reconhecido como herdeiro necessário? Passados três anos daquele julgamento o STF ainda não se posicionou sobre a condição do companheiro, mesmo quando diretamente questionado através de embargos de declaração. Não houve manifestação direta sobre a questão, que segue sem conclusão, gerando insegurança jurídica dadas as posições divergentes.

Palavras-chave: companheiro; herdeiro necessário; taxatividade; STF; união estável.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de casamento é relativamente recente, tendo ganho mais força com o advento do Cristianismo, apesar disso, mesmo em sociedades primitivas havia a noção de que uma união ritualizada, naturalmente mais formal, deveria ter um tratamento diferenciado daquele dispensado aos relacionamentos naturais. Essas últimas, por não passarem por um crivo estatal ou religioso tinham sobre si impostos diversos preconceitos e limitações. Apesar disso, as chamadas uniões livres, concubinatos e, finalmente, uniões estáveis são inerentes à própria sociedade que se criam, muitas vezes, à margem do ordenamento jurídico.

Apesar de serem fatos costumeiros não foi curto ou mesmo fácil o caminho que os casais tiveram de percorrer a fim de ter sua união reconhecida como entidade familiar e, por consequência, objeto de especial proteção do Estado. Ilustrativamente, na década de 50 ainda havia, por parte da Doutrina, que defendia a impossibilidade

¹ Especialista em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, em 2020. Contato: betabattisti@gmail.com



de ser reconhecida a união estável sob o argumento de que tal fato somente serviria como forma de tirar o prestígio da família dita legítima, aquela oriunda do enlace matrimonial.

Somente em 1988, com a entrada em vigor da Constituição Federal é que a união estável passou a ser, formalmente, reconhecida como entidade familiar equiparando-se sob diversos aspectos ao casamento, tanto que deixou de ser associada ao termo pejorativo “concubinato”, ressignificado puramente como a união extraconjugal, o adultério. O fato de ter havido equiparação não significa dizer, de modo algum, que houve imposição de identificação entre eles, até mesmo porque há determinação de que seja facilitada a conversão da união em casamento, o que não seria possível se não guardassem peculiaridades entre si. O que não era aceitável, como de fato não foi, é que houvesse privilégios do cônjuge em detrimento do companheiro.

Parte da doutrina, há muito, chamava a atenção para o fato de existirem direitos muito mais amplos ao cônjuge do que aqueles destinados ao companheiro. Não se nega com isso que, de fato, o formalismo inerente ao casamento lhe conceda maior segurança jurídica, todavia, não havia, como de fato não há, justificativa para o tratamento distinto dado à viúva casada e à viúva companheira, que era o que efetivamente ocorria quando em vigor o artigo 1.790, do Código Civil.

Em 2017 a discussão acerca da (in)constitucionalidade do referido artigo chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 878.694-MG, tendo sido fixada, por maioria, a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (BRASIL, 2017).

A declaração de inconstitucionalidade ao invés de finalizar as discussões a respeito da sucessão do companheiro, somente criou nova discussão isso porque uma de suas possíveis consequências seria a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários. É esta a questão que, com base na doutrina e na discussão judicial existente, se pretende tratar.

Situação que justifica a escolha do presente tema, motivado por sua atualidade e relevância. Isso por que sendo o companheiro considerado, efetivamente, como herdeiro necessário haverá significativa modificação na dinâmica sucessória inerente à união estável. Trata-se, portanto, de discussão necessária e pertinente e, em que pese não se pretenda esgotar o tema, busca-se contribuir para que, em futuro próximo, seja fixado de forma cabal se é o companheiro herdeiro necessário ou não, de modo a ser dada a necessária segurança jurídica às relações sucessórias originadas da união estável.



2 UNIÃO ESTÁVEL: UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O estudo da evolução da união estável tem de iniciar, obrigatoriamente, por Roma, berço do próprio sistema romano-canônico que é pilar do Direito como hoje conhecido. Para os romanos, a união podia se realizar com ou sem a atribuição do *manus maritalis*, em resumo, com ou sem a submissão da mulher à autoridade do marido (ESPINOSA,2014). A *manus maritalis* podia surgir de três formas distintas: pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*, as duas primeiras possuem semelhança com o casamento, sendo modos formais de união, já a terceira, trata-se da forma mais rudimentar de união estável, em que o homem passava a ter a posse da mulher após um período de convivência e desde que cumpridos alguns requisitos (RIBEIRO,2002).

Ainda, no direito romano existia a figura do concubinato, que de forma diversa do que ocorre com o *usus*, não era alcançado a um status de “casamento”, isso porque não gerava os mesmos direitos e deveres inerentes a uma relação formalmente tutelada, em que pese garantisse o reconhecimento da prole em comum. A figura do *concubinatus* consistia em verdadeira burla à legislação em vigor que proibia o casamento entre plebeus e nobres (patrícios) (RIBEIRO, 2002).

Há de se mencionar que a principal diferença entre o casamento e o concubinato era de *status* e reconhecimento perante a sociedade (VOLTERRA, 2007). Essa falta de prestígio dada aos relacionamentos constituídos de formas mais livres e menos estatizadas somente teve início no momento em que unidos, Estado e Religião, notadamente através da assimilação do catolicismo na cultura romana, o que se deu através dos Códigos Justinianos (RIBEIRO, 2002). Não por outra razão que durante a Idade Média, período marcado pela estrita ligação entre Estado e Religião, houve preocupação de combater e coibir tudo que, supostamente, pudesse atingir a família que era tida como aquela constituída perante “Deus” e seguindo ditames formais (AZEVEDO, 2011).

É a partir do Concílio de Trento, em 1563, que a situação se altera de forma mais definitiva, momento em que somente seriam reconhecidas as uniões resultantes de casamento, celebrado na presença de pároco, testemunhas e mediante cerimônia pública, e o concubinato e as uniões informais oriundas do Direito Natural passaram a ser ostracizadas pela sociedade (AZEVEDO, 2011).

No Brasil não foi diferente, até o início do século XX as uniões fora do modelo tradicional de casamento eram vistas pela maior parte da sociedade como motivo de ojeriza, mas nem sempre foi assim. Tendo em vista que a união desmatrimonializada surgiu antes do casamento, sendo verdadeira expressão do Direito Natural, é preciso considerar que bastava a convivência de um homem com uma mulher, independentemente de celebrações para que se reconhecesse o chamado casamento de fato (AZEVEDO, 2018).



Tal panorama foi alterado, de forma significativa, quando editado o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. A partir de então “ [...] deixou o Estado brasileiro não só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso, que, atualmente, por si só, sem o posterior registro civil, é união estável [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015, p. 412). A ausência de aceitação por parte da sociedade brasileira tinha efeitos práticos bastante perversos sobre as famílias criadas às margens do casamento. Para a então denominada concubina, a completa ausência de direitos e para os filhos oriundos dessa relação a pecha de ilegítimos. O próprio termo até então empregado, “concubinato”, dava à relação ares de ilegalidade, tendo viés pejorativo, situação que contribuía para o afastamento da noção de família (VENOSA, 2019).

Sobre a ideia de concubinato eram postas duas situações distintas (o concubinato puro e o impuro) situação que contribuía para a não aceitação do instituto enquanto unidade familiar (RODRIGUES apud GONÇALVES, 2019). Com a evolução da sociedade passaram a surgir as primeiras garantias que vieram de um local improvável, nem do direito cível e tampouco do constitucional, mas do direito previdenciário. Com a promulgação da Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, em específico o artigo 3º, passou a ser positivada a existência de efeitos decorrentes do concubinato, que se davam muito mais em uma esfera identitária (BRASIL, 1963). É de ser feita a ressalva, contudo, que não se tratava de aceitação das uniões, mas de tolerância, o que é evidentemente diverso.

Os primeiros passos no caminho da aceitação da união estável vieram na forma da “ação indenizatória por serviços domésticos”. Não havendo o efetivo reconhecimento como entidade familiar, coube ao campo das obrigações enfrentar o problema e impedir o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Não sendo família, não caberiam alimentos de modo que em uma sociedade patriarcal e eminentemente machista ficaria a mulher, no caso de rompimento da relação, totalmente desassistida (PAMPLONA; GAGLIANO, 2015).

Ultrapassada a fase da união estável enquanto obrigação a ser indenizada, passou a prevalecer o entendimento de que se tratava de uma sociedade de fato (AZEVEDO, 2018), tanto que em 12 de maio de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a primeira súmula estabelecendo efeitos patrimoniais para sua dissolução, tratava-se da súmula 380 (STF, 1964).

Em razão disso, a companheira “[...] deixaria de ser mera prestadora de serviços com direito a simples indenização, para assumir a posição de sócia na relação concubinária, com direito à parcela do patrimônio comum, na proporção do que houvesse contribuído” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015, p. 417). É preciso mencionar, contudo, que a expressão “esforço comum” empregada pelo Tribunal gerou enorme debate no âmbito jurídico, em síntese a celeuma girava em torno da necessidade ou não de contribuição material/financeira. Ao final, o entendimento que



prevaleceu foi o de que a contribuição moral é suficiente à construção do patrimônio comum (GONÇALVES, 2019).

Foi somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição em vigor, que o concubinato se transmutou em união estável, conceito menos preconceituoso e, finalmente, foi alçado ao status de entidade familiar (PAMPLONA; GAGLIANO, 2015). Tais modificações, não apenas garantiram direitos às companheiras, como também retiraram boa parte do estigma posto sobre esse tipo de relação, tanto que se passou, neste momento, a diferenciar o concubinato enquanto relação extraconjugal ou concubinato impuro, daquele puro, que é a relação pública, contínua e duradoura com a finalidade de constituição de família (GONÇALVES, 2019), situação que se verifica com maior aprofundamento a partir de 2002, com o artigo 1.727, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Dado o primeiro passo, com o artigo 226, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) restou a necessidade de regulamentação, posto que se tratava de norma constitucional de conceito aberto. Nesse viés, surge a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, tratando-se, efetivamente, da primeira lei a disciplinar os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão (BRASIL, 1994). A critério da Lei 8.971/94, há objetividade: será considerado união estável apenas a relação mantida por cinco anos e/ou que tenha resultado em prole. Em 1996, com a entrada em vigor da Lei nº 9.278, os critérios mecânicos foram substituídos por outros mais subjetivos que, inclusive, se assemelham com aqueles em vigor no Código Civil (PAMPLONA; GAGLIANO, 2015).

3 A UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E CAUSAS IMPEDITIVAS

Como a união estável é de livre formação e dissolução, não estando vinculada a nenhuma formalidade, é necessário a presença de elementos caracterizadores para o seu reconhecimento (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015). Atualmente, o conceito de união estável encontra previsão expressa no artigo Art. 1.723 do Código Civil, artigo que lhe faz às vezes, também, de conceito e cuja redação é a seguinte: “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” (BRASIL, 2002).

A formação da união estável é puramente fática, não dependendo de contrato, celebração ou qualquer outro documento para ser constituída e válida, “enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum” (GONÇALVES, 2019,



p. 620).

A ausência de formalidade confere maior liberdade a esse tipo de união que pode surgir e se extinguir sem que o Estado tome dela conhecimento, todavia, nos casos em que há necessidade de comprovação, notadamente nos casos de divórcio ou sucessão, a aparente facilidade converte-se, muitas vezes, em enorme dificuldade em decorrência da necessidade de comprovação (GONÇALVES, 2019). O que passa, obrigatoriamente, pela demonstração de uma série de requisitos que podem ser divididos em elementos caracterizadores essenciais, sendo estes os que estão previstos, de forma expressa, no artigo 1.723 do Código Civil, e elementos acidentais que nada mais são do que o tempo, a prole e a coabitação (TARTUCE, 2018). Em suma, há ausência de exigência de requisitos formais, condizentes com a existência de documento ou decisão que reconheça sua existência, somado ao fato de que os requisitos de configuração legalmente previstos são todos de natureza subjetiva, o que significa serão interpretados à luz de cada caso em concreto.

Por exemplo, já não há tempo mínimo de convivência para caracterização da união estável, o que, por um lado, impede a ocorrência de injustiças; como a do casal que malgrado a presença dos demais requisitos, tendo inclusive prole, não terá reconhecida a existência da união estável e as consequências sucessórias daí decorrentes por não terem implementado o tempo mínimo para reconhecimento (AZEVEDO, 2018). Por outro, gera insegurança jurídica, porque sendo subjetivo, dependerá, quase que exclusivamente, da interpretação dada ao caso por aquele que julgá-lo. É justamente tal situação que retira do elemento “tempo” seu caráter de essencialidade, de modo que atualmente sua relevância possui caráter acidental servindo apenas para demonstrar continuidade e estabilidade (PAMPLONA; GAGLIANO, 2015).

Tampouco é obrigatória a existência de prole comum – pode haver união estável com e sem filhos, assim como pode haver prole comum sem que haja união estável –, ou mesmo de coabitação (GONÇALVES, 2019). Sobre a coabitação, especificamente, cabe citar a existência da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, que retira sua obrigatoriedade desde 1964 (STF, 1964). Não se pode negar, contudo, que a existência de coabitação serve como importante indicativo da existência de outros requisitos da união estável, estes sim obrigatórios: a publicidade, a continuidade e a estabilidade, até mesmo porque serve para dar a aparência de casamento perante a comunidade em que o casal está inserido (VELOSO apud GONÇALVES, 2019).

A publicidade significa, em linhas gerais, que a união estável deve ser pública e revestida de notoriedade, isso porque não se trata de relacionamento clandestino e escondido da comunidade (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015). Também são elementos essenciais à caracterização da união estável a continuidade e a estabilidade. Para que seja considerado união estável o relacionamento deve ter ânimo de permanência, traduzindo-se em relacionamento que perdure no tempo, sendo justamente o



caráter não eventual de que se reveste a união que a torna meio de constituição de família equiparado ao casamento (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015). O requisito de continuidade, em linhas gerais, veio substituir a imposição de um tempo mínimo, sendo ele que, efetivamente, atesta a solidez do relacionamento e permite, juntamente com a intenção de constituir família, que seja reconhecida a união estável (GONÇALVES, 2019).

4 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

Para a atual configuração sucessória, o instituto da união estável passou pela necessária constitucionalização do Direito Civil, que gerou perspectivas mais humanas de reconhecimento da pluralidade de forma de família, e pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, situação que gerou, e ainda gera, o questionamento posto no título deste artigo: o companheiro passou a ser herdeiro necessário?

4.1 A constitucionalização do Direito Civil

Atualmente, a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, estendendo-se por todos os ramos do direito, sejam eles públicos ou privados, tendo supremacia tanto formal quanto material, sendo parâmetro de validade para todas as demais normas que devem, obrigatoriamente, ser interpretadas conforme seus preceitos de modo a manter a coerência do sistema (BARROSO, 2016). A situação nem sempre foi essa. Tal assertiva encontra respaldo no fato de que por muito tempo o Código Civil, e aqui se faz menção em específico ao de 1916, era tido como a “Constituição do Direito Privado”, servindo como regulador de todas as áreas da vida do indivíduo, possuindo apreço especial pela proteção patrimonial (TEPEDINO, 2003). Não é por nada que o antigo Código Civil, no que foi por vezes reproduzido naquele de 2002, possui como finalidade precípua a regulação e proteção patrimonial, sendo mesmo a mais humanas das áreas, o direito de família, que possui caráter eminentemente patrimonialista (LÔBO, 1999).

Ao longo do tempo houve a descodificação da legislação com a promulgação de diversas legislações esparsas e, posteriormente, a supressão de áreas inteiras do Código Civil que passaram a ser tratadas em legislação própria. Diante da dispersão da legislação surge, também, a preocupação de dar unidade ao ordenamento, já que o processo de descodificação não raro gera na legislação posicionamentos conflitantes, situação que apenas não é desejada como deve ser combatida (TEPEDINO, 2003).

Como solução, exige-se aproximação dos ramos público e privado, o que determina uma necessária interdisciplinaridade de modo a responder as cada vez mais complexas questões que surgem das relações humanas, de modo que a Constituição passe a reger também aspectos da vida privada (RIBEIRO, 1998). A



constitucionalização do direito privado, prevê que a validade de uma norma passa tanto pelo processo legislativo que a origina quanto por sua compatibilidade com os imperativos constitucionalmente previstos (BARROSO, 2016), assim, ao ser dado maior força aos ditames constitucionais, devolvendo a ela o posto de farol norteador dos demais ramos do direito, se acaba com distorções comuns como por exemplo a interpretação da Constituição Federal à luz do Código Civil, dando-se um caráter muito mais unitário e homogêneo às relações (LÔBO, 1999).

A constitucionalização do direito, por óbvio, passou a criar método distinto de interpretação que obriga o intérprete não apenas a verificar a norma quanto a seu alcance e papel, como torna o juiz participante direto do processo legislativo, já que a ele incumbe a análise da regularidade no sentido constitucional e valoração da própria norma a fim de dar ao caso concreto a solução que mais se aproxima aos princípios que a Constituição Federal entende como imprescindíveis. Trata-se, ao fim e ao cabo de supremacia do interesse constitucional que se manifesta através: a) do reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição no que forem incompatíveis; b) da declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais mesmo posteriores à Constituição Federal e, c) da interpretação de todas as normas de acordo com a Constituição Federal, o que significa, em linhas gerais, a leitura da norma de modo a realizar os desejos e o alcance do texto constitucional (BARROSO, 2016).

Especificamente sobre o Direito de Família, com o movimento de constitucionalização se sai de uma família, com viés patrimonial, para a família cuja principal característica é a afetividade. Não é por outra razão, inclusive, que a Constituição Federal atribui à família especial proteção, o que se extrai do artigo 226(LÔBO, 1999). O que é inédito, em termos de Constituição, e somente veio a ocorrer em 1988, é que as anteriores somente tutelavam o casamento e seus efeitos patrimoniais e não a família propriamente dita (SILVEIRA, 2008).

Portanto, é a partir da constitucionalização do direito de família, movimento que se aprofunda com a Constituição Federal em vigor, que se passa a não apenas proteger as famílias como também interpretar as normas civis com o olhar sempre voltado aos princípios maiores da dignidade da pessoa humana, da igualdade, etc... situação que significa que não pode haver hierarquia entre as diversas modalidades de família (LÔBO, 1999).

4.2 A Sucessão na união estável e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

A ordem sucessória, tecnicamente conhecida como “vocação hereditária”, encontra expressa previsão legal, no artigo 1.829 do Código Civil, e lastreia-se exclusivamente na presunção do legislador de que é a que melhor expressaria o grau de afetividade entre os chamados a suceder e o autor da heranç a, sendo



exclusivamente por esta razão que os parentes mais próximos são chamados em detrimento dos mais distantes (DIAS, 2011).

Uma vez estabelecida a ordem de vocação hereditária, há necessidade de lhe dar efetividade, em razão disso a legislação disciplina a sucessão legítima e a testamentária, (RANGEL; FRAGA, 2017), do que somente nos interessa tratar da vocação legítima, até porque é dentro dela que se extrai o conceito de herdeiro necessário (artigo 1.845, do Código Civil).

No campo sucessório, a partir da década de 1990 é que os companheiros passam a gozar de proteção legal, o que se deu, em um primeiro momento, pela Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que estabeleceu o direito de meação sobre os bens que tenham contribuído na obtenção, ainda que estivessem registrados exclusivamente em nome do falecido, e incluiu o companheiro sobrevivente na terceira ordem de proteção hereditária (PAMPLONA; GAGLIANO, 2017).

Do Código Civil, havia a expectativa de que regulasse em definitivo a matéria, igualando cônjuges e companheiros, o que na prática não ocorreu (PAMPLONA; GAGLIANO, 2017). Inclusive, a sucessão na união estável se deu mediante a inclusão, de última hora, do artigo 1.790, do Código Civil e foi inspirada no Projeto de Código Civil de Orlando Gomes elaborado, ainda, na década de 60, e na pré-Constituição de 1988, que não garantia a igualdade entre as famílias oriundas do casamento e aquelas formadas pela união estável, situação que justifica o conservadorismo da redação dada ao artigo (HIRONAKA apud PAMPLONA; GAGLIANO, 2017).

A disciplina da sucessão do companheiro no Código Civil sempre foi alvo de intensas discussões, posto que incerta no capítulo destinado às regras gerais e princípios do direito sucessório, ao invés de figurar naquele destinado às sucessões legítimas. Dantas Jr (DANTAS Jr apud PAMPLONA; GAGLIANO, 2017), por exemplo, defendia que o artigo 1.790 do Código Civil deveria ter sua inconstitucionalidade declarada e dali em diante passar a ser sumariamente ignorado salvo para fins de estudo.

A crítica ao dispositivo legal em questão inicia a partir de sua localização, todavia, sequer é este o principal problema apontado. Há de ser chamada atenção, também, para a disparidade de tratamento conferido entre o cônjuge e o companheiro casados pelo regime da comunhão parcial de bens, sendo esse inclusive o regime supletivo autoaplicável às uniões estáveis. Nesse caso, enquanto o cônjuge concorre diretamente com os demais herdeiros sobre os bens particulares deixados pelo *de cujus*, o companheiro, por sua vez, nada herdaria (RANGEL; FRAGA, 2017).

O legislador, também, estabeleceu regras distintas, daquelas aplicadas ao cônjuge, para a concorrência hereditária entre o companheiro sobrevivente e os filhos comuns, disciplinando, também, os casos envolvendo filhos unilaterais, todavia nenhuma previsão é feita para os casos em que existem tanto filhos unilaterais



quanto comuns (PAMPLONA; GAGLIANO, 2017). Não bastasse o quanto apontado, a situação era ainda mais dramática quando analisada a sucessão do companheiro em concorrência com os colaterais, já que haveria efetiva partilha, não sendo este o caso aplicável para o casamento, cuja pretensão sucessória do cônjuge afastaria totalmente a dos colaterais (RANGEL; FRAGA, 2017).

Por fim, há de ser mencionado, ainda, que a redação dada ao artigo 1.790, que dispõe caber ao companheiro apenas os bens adquiridos onerosamente durante a constância da união, permitiria a absurda situação de haver vacância e destinação pública aos bens particulares no caso de ausência de descendentes, ascendentes e colaterais (RANGEL; FRAGA, 2017).

4.2.3 A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

O ordenamento jurídico brasileiro permite a realização, a qualquer tempo, do controle de constitucionalidade de lei ou de dispositivo legal, tratando-se, em resumo, de mecanismo que busca analisar a adequação/conformidade de determinado ato sob o prisma constitucional, até mesmo como forma de manter a integridade e coerência de todo o sistema. Isso porque não se pode permitir que um ato, hierarquicamente inferior como é o caso de uma lei, tenha conteúdo conflitante com a visão constitucional do tema (RANGEL; FRAGA, 2017).

Apenas em 2017 é que o Supremo Tribunal Federal, cumprindo seu papel de guardião da Constituição, pôs fim ao controverso artigo 1.790 do Código Civil, declarando-o como inconstitucional. Isso em que pese a doutrina, há muito tempo, já chamasse a atenção para a inconformidade com as regras e princípios insculpidos na Constituição Federal (TORRES, 2012).

Necessário citar, ainda, a existência de doutrinadores que defendiam a inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo, 1.790 do Código Civil, a exemplo de Flávio Tartuce, cuja posição era no sentido de que havia “[...] inconstitucionalidade apenas no inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por colocar o convivente em posição de desprestígio ante os ascendentes e colaterais até o quarto grau, recebendo um terço do que esses recebessem” (TARTUCE, 2017).

A despeito das divergências doutrinárias, a posição majoritária, no sentido de ser efetivamente inconstitucional o tratamento sucessório diferenciado entre companheiro e cônjuge é que obteve êxito, ainda que por maioria – com o voto divergente dos Ministros Marco Aurélio de Melo, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski (STF, 2017). A controvérsia tramitou pelo rito das repercussões gerais, sendo tombada sob o nº 809, com a designação do Ministro Luís Roberto Barroso como relator, ficando assentado que: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado,



tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (STF, 2017).

Afirma o Ministro Relator que o Código Civil, a despeito de ser datado de 2002, foi discutido com base em noções de direito de família anteriores à Constituição de 1988, e que as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 já conferiam ao companheiro direitos análogos ao do cônjuge, inclusive através da equiparação dos institutos. Assim, a redação dada ao artigo 1.790 representa retrocesso ao desfavorecer a união estável em detrimento do casamento. Em suma, houve a necessidade de declaração de inconstitucionalidade pela violação aos princípios constitucionais da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade, proibição da proteção deficiente e o da vedação ao retrocesso (STF, 2017)

A decisão foi aplaudida por boa parte da doutrina, citamos Silvio Rodrigues, Aldemiro Rezende, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano a título exemplificativo. Houve, contudo, em menor medida, quem entendesse que equiparar as duas modalidades de relacionamento seria o mesmo que interferir irremediavelmente na autonomia da vontade das partes. “Ainda bem que o companheiro/convivente não é herdeiro necessário e nem herdeiro concorrente, pelo menos resta uma forma de constituir família em que o sujeito tem a liberdade de destinar seus bens após a morte para quem bem entender” (PEREIRA, 2015, [https://www.conjur.com.br\[...\]](https://www.conjur.com.br[...])).

A decisão em si não busca equiparar em todos os aspectos o casamento e a união estável, tendo ficado disposto, de forma expressa, que formas de diferenciação entre elas são absolutamente legais desde que não sejam discricionárias (STF, 2017). Concordando ou não com a decisão, o certo é que o artigo 1.790 do Código Civil foi extirpado do ordenamento jurídico, passando a sucessão do companheiro a ser regida pelas mesmas regras sucessórias aplicadas ao cônjuge (1.829, do CC). Todavia, a declaração de inconstitucionalidade fez com que surgisse nova celeuma: passou o companheiro a figurar no rol de herdeiros necessários?

4.2.4 A condição do companheiro pós inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Não é desconhecida a existência de autores que defendam que a legítima e os herdeiros necessários devem ser completamente extintos (SOUZA, 2019), enquanto tal cenário não ocorre, é preciso se debruçar sobre as consequências advindas do Tema 809 do STF, isso porque o julgamento patrocinado pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de ter resolvido divergência histórica, acabou por criar nova discussão: se o companheiro passou a ser equiparado ao cônjuge enquanto herdeiro necessário (RANGEL; FRAGA, 2017).

Em que pese tenham sido opostos embargos de declaração visando aclarar a



questão, estes foram rejeitados sem que houvesse manifestação, assim, tem-se que a discussão se dá tão somente em âmbito acadêmico e doutrinário. Aliás, não se pode dizer que se trata de discussão nova, mas certamente o debate foi reavivado pelo julgamento da inconstitucionalidade do artigo 1.790. Flávio Tartuce (2017) afirma que antes mesmo da questão chegar ao STF já havia quem entendesse que o companheiro deveria ser equiparado ao cônjuge na condição de herdeiro necessário, tratava-se, contudo, de posição minoritária.

Efetivamente, o julgamento patrocinado pelo Supremo Tribunal Federal não se debruça sobre a questão, porém para aqueles que entendem que, a despeito de não haver expressa declaração por parte da Corte, o companheiro passou a ser herdeiro necessário, já que passa a ter sua sucessão disciplinada pelo disposto no artigo 1.845 do Código Civil, algumas consequências surgirão como, por exemplo, a necessidade de restrições ao direito de testar, o dever de colação dos bens recebidos por antecipação, etc...(TARTUCE, 2017).

Por outro lado se terá posições como a de Delgado (2018), que defende a necessidade de se analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no caso da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, dentro de seus limites expressos o que não comportaria a interpretação extensiva no sentido de que cônjuge e companheiro foram equiparados em todos os seus direitos hereditários, inclusive mediante a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários. A fim de defender sua posição contrária, são invocados quatro argumentos. O primeiro diz respeito à formalidade inerente ao casamento, situação que o diferencia e distancia da natural e informal união estável. Para Delgado, (2018), o *status* de herdeiro necessário exigiria o preenchimento de requisitos e formalidades, até mesmo porque sua condição representa um limite na liberdade de disposição patrimonial. Sob esse viés a não inclusão do companheiro como herdeiro necessário seria admissível com base nas distinções geradas pela ausência de formalidade.

O segundo argumento trazido diz respeito ao fato de que o artigo 1.845 do Código Civil é norma de caráter restritivo, impondo limitações aos direitos do autor da herança, em suma o entendimento é de que o rol do citado dispositivo seria taxativo. O terceiro argumento parece ser uma junção dos dois primeiros, já que tem por norte a segurança jurídica, isto porque como as uniões estáveis surgem e se extinguem muitas vezes sem qualquer documentação, não haveria como restringir a liberdade de disposição do autor da herança. Esse último, argumento, inclusive, encontra amparo no voto do Ministro Edson Facchin por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 646.721, sendo este um dos recursos representativos de controvérsia que integraram o tema 809 do Supremo Tribunal Federal (DELGADO, 2018).

Cabe mencionar que quando julgados os Embargos de Declaração apresentados junto ao Tema 809, estes foram rejeitados sob o argumento de que o tema visava discutir tão somente a aplicabilidade do artigo 1.829, do CC às uniões estáveis



(STF, 2017). Portanto, não houve manifestação clara e precisa sobre a condição do companheiro. O relator, Ministro Barroso, demonstra que a tendência é de que não poderia haver distinção entre o cônjuge e o companheiro no âmbito sucessório, por outro lado o voto do Ministro Falcão é no sentido inverso (CASTELLANO, 2020).

Em suma, passados mais de três anos desde a declaração de inconstitucionalidade, não houve qualquer posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A própria jurisprudência, pegando como exemplo o Superior Tribunal de Justiça, até o momento não traz uma resposta clara sobre a condição do companheiro. A fim de ilustrar cita-se o REsp 1.357.117/MG, de relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, onde restou expressamente assentado que “a companheira, ora recorrida, é de fato a herdeira necessária do seu ex-companheiro, devendo receber unilateralmente a herança do falecido, incluindo-se os bens particulares, ainda que adquiridos anteriormente ao início da união estável” (STJ, 2018).

Nada há pacificado sobre o assunto, tanto doutrina quanto jurisprudência se dividem, o que se percebe é uma predominância daqueles que defendem que o companheiro se tornou, efetivamente, herdeiro necessário. Em que pese a doutrina que defende o exato oposto seja numerosa, há de ser aguardado os próximos capítulos com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, (CASTELLANO, 2020), razão pela qual não se pode responder à indagação de se o companheiro passou ou não a ser herdeiro necessário

5 CONCLUSÃO

O conceito de família sofreu extensas e extrema evolução durante o passar dos anos, visando acompanhar o próprio desenvolvimento da sociedade que se modernizou e exigiu o reconhecimento de figuras antes hostilizadas.

A evolução culminou com o reconhecimento, em nível constitucional, da união estável como entidade familiar especialmente protegida. Apenas a Constituição Federal de 1988 é que reconhece a família como base da sociedade, conferindo-lhe direitos e deveres, e estipulando ser responsabilidade do Estado sua proteção. Ocorre que, apesar de haver expressa equiparação no âmbito da lei maior, a legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil, manteve diferenciações entre casamento e união estável.

A união estável efetivamente se diferencia do casamento, tendo maior carga da informalidade e liberdade, quando comparada ao instituto centenário e estatizado que é o casamento civil. Apesar disso, restaram fixados elementos claros para sua configuração, sendo, entre eles, o principal justamente a intenção de constituir família. Inclusive, quando analisados dados sociopopulacionais, a constatação a que se chega é que a união estável é muito mais recorrente na sociedade brasileira, justamente em decorrência de sua dinamicidade.



O Código Civil de 2002 trouxe profunda diferenciação entre os dois institutos, especialmente no que tange à matéria sucessória. Isso porque o artigo 1.790, do referido diploma, estabelecia, por exemplo, que haveria necessidade do companheiro competir com parentes colaterais do autor da herança, situação não espelhada no casamento, cujo direito hereditário era regido pelo artigo 1.829 do Código Civil.

A doutrina há muito apontava a existência de inconstitucionalidade do artigo 1.790, porém, apenas em 2017 é que a questão chegou ao STF, que o declarou inconstitucional. A justificativa dada pelo relator, foi, em suma, que não poderia haver diferenciação entre as duas modalidades de família. A decisão foi aplaudida pela doutrina majoritária, isso em que pese ainda houvessem vozes divergentes.

A sucessão do companheiro passou, a partir daí, a ser regida pela mesma regra que atinge o cônjuge: o artigo 1.829 do Código Civil. Ocorre que não se trata de artigo isolado, o que fez com que o julgamento do Tema 809 trouxesse tantas certezas quanto dúvidas, já que faz surgir a questão do companheiro enquanto herdeiro necessário. Passados três anos daquele julgamento emblemático a dúvida remanesce.

O que faz com que a pergunta expressa no título do presente trabalho não tenha uma resposta. Até que o Supremo Tribunal Federal se debruce sobre a questão se entende que não poderá o companheiro ser alcançado à condição de herdeiro necessário. O que se faz com base em dois fatores: 1) O Voto do Ministro Facchin, que afirma de forma categórica que o companheiro não é herdeiro necessário; 2) A necessidade de cautela ao realizar interpretação extensiva do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, já que o artigo 1.845 do Código Civil é limitador de direitos, possuindo rol taxativo até modificação legislativa e 3) Também do voto se retira que diante das diferenças existentes entre as uniões estáveis e o casamento não há óbice para que haja tratamento diverso, desde que o tratamento diverso não se funde em razões discricionárias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/?>. Acesso em: 06 set. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481729/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério



Público da União, nº 22 e 23, jan. a jun./2007. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf). Acesso em: 06 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis**: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp. n. 1.357.117/MG**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de março de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202570435&dt_publicacao=26/03/2018. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Publicada em 05 de maio de 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. Publicada em 03 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 809**: Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.297**, de 23 de dezembro de 1963. Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4297.htm#:~:text=LEI%20No%204.297%2C%20DE%2023%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201963.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20aposentadoria%20e,Art. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o Direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm#:~:text=Regula%20o%20direito%20dos%20companheiros,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20lei%3A&text=III%20%2D%20na%20falta%20de%20descendentes,direito%20%20C3%A0%20totalidade%20da%20heran%C3%A7a. Acesso



em: 21 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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: 22. ago. 2020.

CASTELLANO, João Marcelo Duarte. **A inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários, após a repercussão geral 809**. 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14247>. Acesso em: 21 nov. 2020.

DELGADO, Mario Luiz. **Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário**. Conjur, 29 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-raoes-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPINOSA, Marcello. **Evolução histórica da união estável**. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em: 14 ago. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 5. ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

GONÇALVES, Bárbara Beatriz Fonseca Gonçalves; HACKBARDT, Carlos Alberto. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: a desigualdade dos direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros. **Jures**, v. 10, n. 19, 2019. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista054/A_IGUALDADE_ENTRE_O_CASAMENTO.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615995/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível: <https://bityli.com/a7Pwm>. Acesso em: 10 out. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>. Acesso em: 28 ago. 2020.



RANGEL, Maria Ioni Souto; FRAGA, Letícia Feitosa de Paula. A inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil equiparando o companheiro ao cônjuge no direito sucessório. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 4, 2017. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/249/pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>. Acesso em: 14 ago. 2020.

SILVA, André Silva da. **Caracterização de união estável**. 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/91071>. Acesso em: 25 set. 2020.

SILVEIRA, Gomercindo Tadeu. **Da constitucionalização do direito de família**. 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/14248>. Acesso: 11 out. 2020.

SOUZA, Darly Monteiro de. **Companheiros e o direito sucessório: uma análise sobre a reserva da legítima**. 2019. Disponível em: <http://189.3.77.149/handle/123456789/255>. Acesso em: 14 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. Grupo GEN, 2018. v. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983970/>. Acesso em: 19 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/604480778/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso: 14 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/465526986/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-e-agora>. Acesso em: 8 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **A constitucionalização do Direito Civil**. 2003. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.

TORRES, Pedro Martins. **Sucessão na união estável: as controvérsias e problemáticas do art. 1790 do Código Civil**. 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/612>. Acesso: 18 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. v. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019681/>. Acesso em: 15 ago. 2020.



A PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DAS PARTES NA BUSCA DA VERDADE JUDICIAL CARACTERIZADORA DO PROCESSO JUSTO

Cláudio Tessari¹

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar que a prova é um direito fundamental das partes e que no âmbito do processo civil brasileiro foi adotada a espécie/modelo de processo cooperativo - *que robustece a prova com tal fundamentalidade* - na busca da verdade judicial caracterizadora do processo justo, para tanto analisa e interpreta dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, da Constituição Federal de 1988 e dos Pactos de San José da Costa Rica e de Direitos Cívicos e Políticos da ONU, além do conteúdo de decisões judiciais dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: prova; direito fundamental; verdade judicial; processo justo.

1 INTRODUÇÃO

Uma das características principais do novo Código de Processo Civil, introduzido no ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.105, de 16.03.2015, é a efetividade do processo, entendendo-se como a capacidade do processo atingir os seus objetivos como instrumento à aplicação do direito, orientando as condutas das pessoas, em suas relações uma com as outras, dentro da sociedade.

Visando, então, aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais que servissem de ferramenta ao magistrado, sendo uma delas a que corresponde aos poderes conferidos ao Juiz na condução do processo com a sua iniciativa no campo probatório, também nominado como “poderes de gerenciamento do processo pelo Juiz”, na medida em que as provas produzidas no processo passaram a ser destinadas a todos os sujeitos processuais além do Juiz.

Pois bem, o objetivo deste artigo é demonstrar que a prova é um direito fundamental das partes na busca da verdade judicial - mescla da verdade formal

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter Laureate International Universities. Especialista em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela PUCRS. Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC. Professor visitante de vários cursos de Pós-graduação lato sensu, MBA e LLM. Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS. Sócio do Instituto de Estudos Tributários - IET. Advogado Tributarista. tessari.tpadv@gmail.com



e material -, e que o modelo/espécie de processo cooperativo adotado pelo sistema processual civil brasileiro no âmbito do CPC/15, robustece a prova com tal fundamentalidade caracterizadora do processo justo.

2 A PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DAS PARTES NA BUSCA DA VERDADE JUDICIAL

Direitos fundamentais são aqueles que foram eleitos como verdadeiros fundamentos de determinado ordenamento jurídico, e podem ter sua fundamentalidade fulcrada em dois aspectos: material e formal.

O formal diz respeito aos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal, ou seja, que se beneficiam da positivação no texto da Magna Lex, como aqueles previstos nos diversos incisos do artigo 5º da CF/88.

O material, por sua vez, de acordo com Ramos (2013, p. 43), diz respeito àqueles direitos cujo conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, já que sem o respeito a eles não seria possível falar em um espaço de liberdade da decisão e da autorrealização, muito menos em garantia e defesa da subjetividade pessoal.

Para Guedes e Leal (2015, p. 16) a fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica. Contudo, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos. O processo civil deve ser analisado como uma produção cultural, que acompanha as transformações de uma dada sociedade, e não como uma moldura técnica e uniforme de conformação da realidade jurídica.

Nesse contexto, a garantia do contraditório, antes considerada como uma mera contraposição de teses entre as partes passa a constituir garantia de influência e não surpresa na atividade processual. Todavia essa concepção clássica de restrição do princípio do contraditório ao debate de teses se coloca como limitação para o desenvolvimento de um processo colaborativo.

Nesse sentido, fez-se necessária, por meio do novo Código de Processo Civil de 2015, a reestruturação do estudo da atividade probatória, fundamental para alcance das principais finalidades do processo (GUEDES; LEAL, 2015, p. 16).

É quem nos fornece o estudo mais completo sobre a função da prova e sua aptidão para atingir a verdade, e, quanto a essa possibilidade no plano teórico, adverte que “a teoria da verdade material, que nos países socialistas derivou do materialismo dialético (em particular da doutrina epistemológica de Lênin), contém um conceito cardinal da teoria da prova e da disciplina do processo civil e penal” (TARUFFO, 1992, p. 3).



Taruffo (1992, p. 58-59) sustenta que não é o caso de indicar uma orientação filosófica específica como premissa exclusiva para a análise da verdade judicial, concluindo, então, que “ao contrário, é suficiente mostrar que existem orientações idôneas a fornecer o fundamento teórico da possibilidade de construir noções sensatas de verdade judicial”.

Com relação à possibilidade ideológica, o escopo do processo é produzir decisões justas que jamais terão essa característica “se estiverem fundadas em um acerto dos fatos equivocado ou pouco confiável já que não é qualquer solução do conflito que se aceita como válida, mas sim aquela que resultar da aplicação de critérios de justiça” (TARUFFO, 1992, p. 9).

A verdade dos fatos no processo é teoricamente possível e ideologicamente necessária, e Taruffo (1992) decidiu demonstrar a sua possibilidade prática, ou seja, a prova e sua capacidade como fator para o alcance da verdade.

De acordo com Guimarães (2013, p. 1.141) não há que se falar em verdade formal ou verdade material, pelo simples fato de que a verdade não aceita adjetivações, uma vez que a primeira poderia ser conceituada com a pertinência absoluta entre uma afirmação e o que se passou na realidade fenomênica, enquanto a segunda seria a verdade meramente refletida no processo e que se encontra juridicamente apta a fundamentar uma decisão, e a fusão dessas duas verdades pode ser qualificada com a verdade judicial.

Tal assertiva está bem demonstrada no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente na norma que trata “das regras de experiência”. Tal disposição também existia no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, contudo, anteriormente, o juiz só estava autorizado a utilizá-las na “falta de normas jurídicas particulares”, agora, não, justamente porque deve conduzir o processo na busca da verdade judicial como um direito fundamental, *verbis*:

| Código de processo Civil de 1973 | Código de Processo Civil de 2015 |
|---|--|
| Art. 335. <i>Em falta de normas jurídicas particulares</i> , o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. | Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. |

Com razão, então, que “o processo não possui a verdade, embora a persiga continuamente, e aspirando obtê-la se utilizará das provas” (TARUFFO, 1992, p. 12).

A prova tem relação com os fatos, e não com o direito, conforme determina a legislação processual vigente.² (DINAMARCO, 2001, p. 46-47) conceitua o direito à

² CPC/2015: Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.



prova como “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que se possa demonstrar no processo a veracidade do que se afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.

Canotilho (2008, p. 170) atribui a seguinte definição para prova: “trata-se do poder de uma parte apresentar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável e de exhibir os meios representativos dessa realidade [...]” o direito à prova “em sentido lato tem o poder de demonstrar em juízo os fundamentos da própria pretensão e, em sentido estrito, alegando matéria de fato”.

Contudo, mesmo “estando inserido em outros direitos ou garantias fundamentais, o direito à prova deve ser estudado à parte, e ter reconhecido o seu fundamento constitucional” (CANOTILHO, 2008, p. 170).

A tese de que a prova é um direito com *status* constitucional é bem difundida, principalmente por força da constitucionalização do processo civil,³ que poderia ser extraído do princípio do devido processo legal e nos seus desdobramentos, como o acesso à justiça, garantido sua efetividade, por ser condição *sine qua non* para realização do direito.

O conteúdo do direito fundamental à prova compreende duas dimensões fundamentais, a saber: a) o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz. (REICHELTL, 2018, p. 172).

O direito fundamental à prova, então, encontra-se assentado em bases constitucionais principiológicas do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (CF/88, artigo 5º, LIV,⁴ LV), responsáveis por proporcionarem o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a juízo e por possibilitarem resultados eficazes para todos aqueles que buscam a prestação da tutela jurisdicional.

Assim, o direito à prova, possui previsão constitucional no art. 5º, inciso LV, que

3 CPC/2015: Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código.

4 CF/88. 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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;



aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125), princípios indissociáveis à noção de devido processo legal.

O contraditório e a ampla defesa possibilitam que o processo se desenvolva de maneira democrática, pois garantem a atuação igualitária das partes. Nesse tocante, percebe-se que o art. 5º, inciso LV, da CF/1988, representa três importantes direitos das partes, quais sejam: (i) direito de informação; (ii) direito de manifestação; e (iii) direito de ver seus argumentos considerados (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125).

Dessa forma, só existe direito de defesa quando possibilitada a produção de provas. Dentro desse contexto, a prova assume com a finalidade precípua de convencer o juízo acerca da veracidade dos fatos que estão sendo apresentados, a fim de que haja um julgamento justo. Todavia, mais do que isso, a prova tem o condão de determinar o comportamento das partes diante do processo, isso porque, antes de convencer o juiz, a prova deve convencer as próprias partes sobre a plausibilidade dos fatos que serão alegados em juízo (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125).

Assim, o direito fundamental à prova deve ser reconhecido e implementado, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, como um instituto jurídico que, numa concepção sistemática, deve demonstrar a compreensão de que, resultante da lei escrita, são constituídos juízos lógicos compatíveis dentre dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 111).

Se, conforme restou demonstrado anteriormente, a busca da verdade judicial é um elemento necessário para que a decisão possa ser considerada justa, e se a verdade é necessariamente um elemento para que o direito tenha sua função básica de orientar condutas, a própria ideia de Estado Constitucional (que, antes de qualquer coisa, é Estado de Direito) não pode prescindir do direito à prova para os litigantes que, então, além de formalmente fundamental, como demonstrado, também o é materialmente.

Para tanto demonstrar, cabe asseverar que está presente no ordenamento jurídico pátrio um núcleo essencial que tem como premissa que existem nos direitos fundamentais conteúdos invioláveis, indisponíveis, que não podem ser relativizados, ou que acabam por prevalecer em caso de colisão.

E, em tal núcleo essencial está incluído o direito fundamental à admissibilidade da prova albergado nas disposições constantes do artigo 5º, LVI, da CF/88, ao asseverar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” pois que, se estão vedadas as provas obtidas por meios ilícitos as demais, então, devem ser admitidas.

Integram o núcleo essencial do direito fundamental da prova: a) admissão de



quaisquer provas lícitas, desde que relevantes ou pertinentes; e, *b*) que o exame de admissão da prova seja feito antes da valoração, não podendo ser indeferida prova por prévio convencimento subjetivo do juízo (RAMOS, 2013, p. 59).

Defende, então, Ramos (2013, p. 59) que no momento da produção da prova entrecruzam-se os direitos fundamentais à ampla defesa, à prova e ao contraditório, de modo que o perfil mínimo (núcleo essencial) do direito à prova exige que:

a) seja possibilitada a assistência técnica e a manifestação em todos os momentos da produção da prova, em homenagem, respectivamente, à ampla defesa a ao contraditório, e deferida a asseguarção ou produção imediata da prova, quando diante do critério de urgência ou, como se sustenta na doutrina, mesmo sem ele;

b) submeta-se a valoração da confiabilidade das provas em si às regras de racionalidade e lógica, respeitados os critérios de completude, coerência, congruência, contendo ainda:

b.1) análise sobre o conteúdo de cada prova em relação à veracidade ou falsidade do enunciado de fato;

b.2) análise de cada uma das hipóteses levantadas com os fatos;

b.3) utilização de supostos adicionais que contenham generalização universal ou quase universal;

c) sejam consideradas provadas somente as hipóteses que foram corroboradas por elementos de prova suficientes;

d) sejam considerados suficientes os graus de corroboração determinados pelo modelo de constatação aplicável no caso em análise;

e) seja fornecida adequada motivação, em homenagem ao direito fundamental à motivação da decisão judicial;

f) tenham as partes o dever de levar a juízo todos os elementos de prova pertinentes e relevantes de que dispõem;

g) aloque ao legislador os riscos da não corroboração objetiva das hipóteses fáticas de maneira justa, com correlato dever do juiz, caso isso ocorra, julgar a demanda em favor do autor ou do réu (dependendo da regra).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça se pode identificar a inequívoca caracterização da prova como um direito fundamental na busca da verdade judicial no bojo da decisão colegiada - proferida em 26.03.2019 - nos autos do Recurso Especial 1.770.213-SP, ao reconhecer que a “prova nova” - inclusive testemunhal - (artigo 966, VII, do CPC/2015) e não “o documento novo” (artigo 485, VII, do CPC/1973) é que é passível de causar a desconstituição de julgado por meio de ação rescisória (REsp n. 1.770.123-SP, 2018/0219451-6, STJ, 3ª T., Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva,



j. 26.03.2019, v.u., DJe 02.04.2019).⁵

Cabe asseverar, por fim, que por força das disposições constantes do artigo 5º, § 2º, da CF/88, os “direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse sentido, o direito à prova é assegurado pelos: a) artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica - internalizado no Brasil pelo meio do Decreto n. 678/1992 -, especificamente em suas alíneas “c” (concessão ao acusado do tempo e dos meios de prova adequados para a preparação de sua defesa); e “f” (direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, e de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos); e, b) artigo 14.3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU - internalizado no Brasil pelo Decreto n. 592/1992 -, na alínea “e” (de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO UM ELEMENTO CARACTERIZADOR DO PROCESSO JUSTO, DIANTE DA ADOÇÃO PELO CPC/2015 DE UM *TERTIUM GENUS* DE ESPÉCIE/MODELO DE PROCESSO: O COOPERATIVO

De acordo com Oliveira e Mitidiero (2015, p. 27-28) os direitos fundamentais processuais possuem, ainda, a peculiaridade de ter como princípio (ou sobreprincípio) norteador o direito ao justo processo, visto pela doutrina como o modelo de atuação (interferência) mínima processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais, ou seja, sem alguns elementos mínimos, não há que se falar em processo justo.

O respeito ao direito fundamental constitucional à prova deve pautar-se no sentido de “evitar que o processo seja utilizado para obtenção de resultados desejados pelas partes, mas não albergados pelo ordenamento jurídico” (REICHELTL, 2018, p. 175).

Mesmo sendo o direito fundamental à prova um dos elementos do processo justo mais cotidiano da vida jurídica, identifica-se, ainda, no âmbito dos Tribunais pátrios e em parte, na doutrina um enfrentamento tímido⁶ do tema sob o prisma de

5 Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1770123&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 20 mai. 2019.

6 Com exceções de CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001; e, REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre:



sua fundamentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, talvez, segundo Ramos (2013, p. 42), por conta do, possivelmente equivocado, entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que violações a direitos fundamentais processuais seriam somente ofensas reflexas à Constituição Federal, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 2. Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Prazo prescricional. Matéria infraconstitucional. Precedentes. 3. Direito administrativo. Alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Controvérsia que depende do exame prévio de normas infraconstitucionais. Ofensa reflexa à Constituição Federal. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 645.279-RJ, STF, 2ª T., Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 11.12.2012, v.u., Ata n. 196/2012, DJe n. 247, p. 17.12.2012).⁷

Inconformada com essa absurda decisão, a parte recorrente opôs os cabíveis embargos declaratórios e, surpreendentemente, além de ter seu recurso rejeitado, por unanimidade, foi condenada ao pagamento de multa de 1% sobre o valor corrigido da causa:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Embargos protelatórios. Imposição de multa. Embargos de declaração rejeitados. (Emb. Decl. no Ag. Reg. no RExt com Agravo n. 645.279-RJ, STF, 2ª T., Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 19.02.2013, v.u., Ata n. 2, DJe n. 39, 27.02.2013).⁸

Contudo, os processos judiciais não se formam visando a proclamação de teses acadêmicas de direito, já que eles só existem para a tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nelas criadas e desenvolvidas. É que os direitos subjetivos, como defende Júnior (2009, p. 71), são a matéria prima com que laboram os Tribunais e esses direitos, por sua vez, nascem de fatos sendo que daí cumpre aos Magistrados conhecerem sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio sendo, então, as provas, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático de pretensões litigiosas.

Livraria do Advogado Editora, 2009, que enfrentam tal temática com a profundidade que o tema exige.

7 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=4092860>. Acesso em: 20 mai. 2019.

8 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=127368710&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.



Como bem identificou Júnior (2009, p. 72) na década de 50 as preocupações com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei sendo que o natural e desejável era o juiz neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objetivo do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu.

A nova tônica da ciência processual centrou-se na ideia de acesso à justiça, na medida em que o direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça, assumindo a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.

Assim sendo, o processo assumiu o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo, comprometido com desígnios sociais e políticos que obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome ele atua, ou seja, todos agem em direção ao escopo de atingir a pacificação social com eliminação dos litígios, de maneira legal e justa.

Como bem observaram Kim e Benassi (2018, p. 141) essa nova perspectiva possibilita evoluir na compreensão do devido processo legal, do sentido estritamente formal para o devido processo legal substantivo de forma ampliada em que se exija, para respeitar todos direitos fundamentais das partes, um processo legal justo e materialmente (in)formado por todos os princípios da justiça constitucionalmente conformados.

Atente que a Constituição Federal Brasileira garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV). E, o direito ao processo justo (*fair trial*) constitui a maior colaboração da *Common Law* para a *Civil Law*, constituindo-se em princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional, proporcionando um modelo mínimo quanto a essa situação (KIM; BENASSI, 2018, p. 145).

A mais abalizada doutrina processual, frequentemente, identifica duas grandes espécies/modelos de processo: o dispositivo e o inquisitivo.

A espécie/modelo dispositivo (ou adversarial) de processo - muito comum em grande parte dos países de *common law* - está caracterizada num conflito entre dois adversários, diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, ou seja, “o juiz assume figura secundária, quase que de expectador ao longo do procedimento, tomando contato com as provas, salvo raríssimas exceções, somente na audiência, momento em que deverá ser proferida a sentença de mérito” (REDONDO, 2014, p. 9).



A função principal do Magistrado é a de decidir somente no fim do curso processual, sendo a maior parte da atividade processual, inclusive a produção probatória, que é desenvolvida pelas partes por meio de seus advogados.

Já a espécie/modelo inquisitivo (inquisitorial ou não adversarial) de processo, muito comum nos países de tradição romano-germânica de *civil law*, o órgão jurisdicional assume a função de protagonista principal da relação processual, ou seja, rompida a inércia da jurisdição “pela provocação da parte, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial [...] o magistrado é quem realiza a maior parte da atividade processual, especialmente no que tange à condução, ao desenvolvimento e à instrução do processo” (REDONDO, 2014, p. 11). Ao Magistrado é permitida a produção de prova de ofício, bem como o indeferimento de provas que considerar desnecessárias ou irrelevantes para solução da causa.

Então “em qualquer dos modelos referidos anteriormente há sempre a preponderância exagerada de um dos sujeitos na condução do processo (seja o magistrado, sejam as partes)” (DIDIER, 2014, p. 74-75).

No âmbito do direito processual civil brasileiro dependendo do aspecto ou do instituto há características de ambos as espécies/modelos referidas anteriormente, confira-se: *a*) o dispositivo: instauração do processo (art. 2º, do CPC/15); a fixação do objeto litigioso (arts. 141, 492, do CPC/15); e, *b*) o inquisitivo: os poderes instrutórios do Juiz (art. 130, do CPC/15).

Contudo, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), exige que o processo civil brasileiro seja - nem exclusivamente - inquisitivo e - tampouco somente - dispositivo.

Conclui, então, Redondo (2014, p. 10) que se de um lado é verdade que o processo é um instrumento de Direito Público e destinado à pacificação social, à afirmação do poder estatal (modelo inquisitivo) e à justa aplicação do direito, de outro é igualmente correto que o processo não é um fim em si mesmo, servindo, essencialmente, para a tutela efetiva de um direito material violado ou ameaçado, observando, sempre, os limites do pedido (modelo dispositivo).

Dessa forma, o direito processual civil brasileiro adota um modelo processual cooperativo, que consiste em um meio termo entre os sistemas inquisitorial a adversarial (dispositivo), como resultado da cooperação, nenhum dos sujeitos processuais (partes e juiz) ganha destaque especial ao longo do procedimento, não obstante o magistrado estar dotado de supremacia no momento da decisão.

A condução do processo, então, deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes, mas não chega a haver uma condução inquisitorial por parte do órgão jurisdicional. Adota-se, em suma, um discurso democrático que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica (DIDIER, 2014, p.



74-75).

A cooperação está estabelecida “no dever, de todos os sujeitos processuais, de adotar condutas, sempre de acordo com boa-fé e a lealdade, que cooperem com a maior eficiência e transparência no procedimento” (REDONDO, 2014, p. 10).

A espécie/modelo de processo cooperativo está positivada, de forma expressa, no Código de Processo Civil português (art. 7º) e alemão (§ 139, 1 a 5), e no brasileiro nas disposições constantes dos arts. 5º, LIV, da CF/88 (devido processo legal); 5º, LV, da CF/88 (contraditório e mais ampla defesa) e, por fim, 6º e 357, § 3º, do CPC/15 (cooperação nacional), *verbis*:

CPC/2015:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
[...]

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Assim sendo, após a vigência da Lei n. 13.015/2015, tornou-se evidente e indiscutível a eficácia normativa da espécie/modelo de processo cooperativo no âmbito do direito processual civil brasileiro. Essa espécie/modelo de processo cooperativo impõe às partes três deveres: a) esclarecimento - praticar os atos processuais com clareza, coerência e transparência (art. 330, I, do CPC/15); b) lealdade - agir com boa fé processual (art. 80, do CPC/15); e, c) proteção - uma parte não pode causar danos à outra (art. 776, do CPC/15).

Já em relação ao Magistrado, a espécie/modelo de processo cooperativo lhe exige o exercício de uma posição de agente-colaborador da relação processual, isto é, “de participante ativo do contraditório e do procedimento, e não de mero fiscal passivo de regras, mero espectador” (REDONDO, 2014, p. 12), gerando, assim, quatro deveres para o mesmo: a) consulta; b) esclarecimento; c) prevenção; e, d) auxílio - se a causa apresentar complexidade quanto à matéria de fato ou de direito, marcar audiência e pleitear que as partes esclareçam suas alegações resolvendo as dúvidas do julgador (art. 357, parágrafo único, do CPC/15).

Assim sendo, a atuação jurisdicional deve estar comprometida com a realização de escopos de ordem pública, em especial no que tange ao respeito aos ideais de justiça procedimental e de legitimação da decisão judicial construída sob signo do esforço de encontrar correspondência entre o que foi narrado nos autos e o que



efetivamente aconteceu (REICHELDT, 2018, p. 175).

Embora aparentemente tenhamos um processo judicial essencialmente liberal, está previsto na Constituição Federal de 1988, que tem como objetivo primário assegurar a igualdade de tratamento entre as partes e garantir a imparcialidade do Magistrado, que o processo justo exige mais que isso, ou seja, o Estado Democrático de Direito não pode admitir que o processo decorra apenas da aplicação das normas processuais de forma automatizada (KIM; BENASSI, 2018, p. 141).

Para Comoglio (1998, p. 63) processo justo é o resultado de uma transfusão entre as “garantias processuais, resultando em algo diverso e superior, que não só é gerado por aquelas garantias, mas as informa e as revê, acaso não tenham por objetivo assegurar a dignidade humana processual”.

Em uma Constituição, como a brasileira, com diversos direitos fundamentais processuais - inclusive da prova -, não se pode mais defender um devido processo legal formal, mas há que se evoluir para o reconhecimento de que há um direito fundamental a um processo justo, que deve respeitar os aspectos processuais formais, mas também substanciais e que esteja materialmente informado pelos valores da justiça e dignidade da pessoa humana.

E a prova compõe além de um direito fundamental um direito ao processo justo. Nesse sentido, cabe asseverar que o novo Código de Processo Civil prevê os seguintes meios de prova: I - produção antecipada da prova (arts. 381 a 383); II - ata notarial (art. 384); depoimento pessoal (arts. 385 a 388); III - confissão (arts. 389 a 395); IV - exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404); V - prova documental (arts. 405 a 441); VI - prova testemunhal (arts. 442 a 463); VII - prova pericial (arts. 464 a 480); VIII - inspeção judicial (arts. 481 a 484); IX - prova emprestada (art. 372).

E, a busca pelo processo justo, no que concerne ao direito fundamental à prova, está materializada no âmbito do CPC/2015, dentre outras, na norma que estabelece que o juiz não poderá apreciar livremente a prova:

| <i>Código de Processo Civil de 1973</i> | <i>Código de Processo Civil de 2015</i> |
|--|--|
| Art. 131. O juiz <i>apreciará livremente</i> a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. | Art. 371. O juiz <i>apreciará</i> a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento. |

Como bem observou (BORGES, 2017, p. 173), a supressão do advérbio “livremente” pelo novo regime processual não é obra do acaso. Embora o critério de valoração da prova mais recorrente, na praxe processual brasileira, seja a do livre convencimento, existem várias diretrizes abstratas que limitam a liberdade do juiz na apreciação da prova, prefixando seu peso probatório, como se pode comprovar nos artigos que tratam dos documentos eletrônicos:



| Código de Processo Civil de 1973 | Código de Processo Civil de 2015 |
|----------------------------------|---|
| Sem correspondência | Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. |
| Sem correspondência | Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor. |
| Sem correspondência | Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. |

Assim sendo, à luz dos artigos 439 a 441, o CPC/2015 passou-se a admitir documentos eletrônicos como prova processual, em consonância com Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965, de 23.04.2014).

Por tais razões, é que o direito fundamental à prova pode ser entendido como um elemento caracterizador do processo justo, diante da adoção pelo CPC/2015 do modelo de processo cooperativo.

4 CONCLUSÕES

Não há que se falar em *verdade formal* ou *verdade material*, já que a verdade não aceita adjetivações, e a fusão dessas duas verdades pode ser identificada como a *verdade judicial*, sendo o direito fundamental à prova fulcrado nos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação e do contraditório (arts. 5º, LIV e LV, da CF/88), materializa três importantes direitos das partes, quais sejam: (i) direito de informação; (ii) direito de manifestação; e (iii) direito de ver seus argumentos considerados.

Só existe direito de defesa quando possibilitada a produção de provas que, então, está incluída num núcleo essencial que tem como premissa a circunstância fática e jurídica de que existem nos direitos fundamentais conteúdos invioláveis, indisponíveis, que não podem ser relativizados, ou que acabem por prevalecer em caso de colisão, conforme disposição constante do art. 5º, LVI, da CF/88, *mutatis mutandis*.

Cabe ressaltar, ainda, que o direito fundamental constitucional à prova deve pautar-se no sentido de evitar que o processo seja utilizado para obtenção de resultados desejados pelas partes, mas não albergados pelo ordenamento jurídico, razão pela qual o processo assumiu o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo, comprometido com os ideais de justiça procedimental e de legitimação da decisão judicial que deve ser construída sob o signo do esforço de encontrar correspondência entre o que foi narrado nos autos e o que efetivamente aconteceu.



Daí a adoção, pelo novo Código de Processo Civil, de uma espécie/modelo de processo cooperativo (arts. 6º e 357, § 3º, do CPC/2015), tornando a prova além de um direito fundamental um direito ao processo justo (arts. 371, 372, 373, § 1º, 439, 440 e 441, do CPC/2015).

Assim sendo, ao adotar o modelo/espécie de processo cooperativo, o legislador brasileiro, por meio do Código de Processo Civil de 2015, deu sustentação à prova como um direito fundamental pelo qual se faz a busca da verdade judicial - mescla da verdade formal e material - caracterizadora do processo justo.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *In*: SEMINÁRIO - DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, Santa Catarina. **Anais** [...]. Santa Catarina: Unoesc, 2011. p. 133. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 264, a. 42, fev. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O ônus da prova na jurisdição das liberdades**. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2008.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) exegese do art. 373, §§ 1º e 2º no NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 246, a. 40, agosto 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Os modelos de garantias constitucionais de processo. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 90, a. 23, abr.-jun. 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração colaborativa do material probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 240, a. 40, fevereiro 2015.



GUIMARÃES, Filipe, Processo, prova e verdade. *In*: FUX, Luiz (coord.). **Processo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1141.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Ed. Dialética, vol. 80, novembro 2009.

KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunse dos Santos. O direito fundamental ao processo justo e seu conteúdo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. TR, v. 279, a. 43, maio 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração do processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Calos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015. v. I.

PEDRONI, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 285, a. 43, novembro 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 224, a. 38, outubro 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da Cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Ed. Dialética, v. 133, abril 2014.

REICHELDT, Luis Alberto. Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justa em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 282, a. 43, agosto 2018.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 281, a. 43, julho 2018.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozione generale. Milano: Giuffrè, 1992.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 195, a. 36, maio 2011.



O ABANDONO AFETIVO DE PAIS PARA COM OS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COMO UMA DE SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cristiane Lückmann Alves¹

Fernanda Brandt²

RESUMO

O presente artigo tem como objeto o abandono afetivo de pais para com os filhos e a possibilidade de indenização por danos morais como uma de suas consequências no direito brasileiro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a indenização por danos morais em casos de abandono afetivo de pais para com os filhos no Brasil? O método de abordagem utilizado na elaboração deste artigo foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. No estudo se conclui que a indenização por danos morais em razão do abandono afetivo de pais para com filhos no Brasil é entendimento recente e ainda não pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: abandono; afeto; família; filiação; indenização.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é o abandono afetivo de pais para com os filhos e a possibilidade de indenização por danos morais como uma de suas consequências no direito brasileiro. Diante disso, tem-se como problema a ser estudado: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a indenização por danos morais em casos de abandono afetivo de pais para com os filhos no Brasil?

Assim, o objetivo geral deste artigo é investigar, através de estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos últimos vinte anos, como são analisados os casos de abandono afetivo de pais com filhos no Brasil, e a possibilidade de indenização por danos morais nessas situações, bem como se referida questão é

1 Advogada. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Universidade de Santa Cruz do Sul EAD UNISC. Contato: cristiane_l.a@hotmail.com

2 Advogada. Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul PPGD UNISC. Contato: fernandabrandt.adv@globomail.com



recente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O Método de abordagem a ser utilizado será o indutivo; o Método de procedimento será o monográfico; e o levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Principia-se, então, no Capítulo 1, com uma explanação sobre a evolução das famílias e da filiação na legislação brasileira, observando as mudanças do direito da família nas Constituições brasileiras e nos Códigos Civis, até a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002, bem como contemplando o direito de filiação e a criança e o adolescente como seres de direitos.

O Capítulo 2 se dedica a analisar o afeto como direito e dever no direito brasileiro, uma vez que, atualmente, o afeto é entendido como base para qualquer relacionamento, principalmente familiar, averiguando também o abandono afetivo de pais com filhos, questão, infelizmente, bastante recorrente.

No Capítulo 3, explana-se sobre a indenização por dano moral nos casos de abandono afetivo de pais para com os filhos no Brasil, observando-se os Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça dos últimos vinte anos, através da pesquisa pelos termos “abandono afetivo” e “dano moral”.

O artigo encerrar-se-á então com as Considerações Finais, onde serão apresentadas pontos essenciais dos estudos e das reflexões realizados sobre o abandono afetivo de pais com os filhos no Brasil e a indenização por danos morais como uma de suas consequências.

2 A EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NAS FAMÍLIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Dentro do direito de família se encontram variadas estruturas que possuem essencial importância para a formação e proteção da família que, atualmente, é considerada base da sociedade (BRASIL, 1988). A filiação e o direito das crianças e dos adolescentes fazem parte dessas estruturas e, como mencionado retro, também evoluíram e se modificaram.

O instituto familiar dos séculos XIX e XX era extremamente patriarcal, hierarquizado, patrimonial e matrimonializado, uma vez que somente o casamento é que formava a família. Nesse período, o chefe era chamado de “pater” e possuía todo o poder da família, sendo, conforme Caio Mário da Silva Pereira (1997), o pater, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, e exercia o direito de vida e de morte sobre os filhos, podendo impor a eles pena corporal, vendê-los e tirar-lhes a vida.

Além da filiação trazer, na referida época, mais deveres aos filhos do que direitos, era ainda, muitas vezes, motivo de discriminação. Exemplo disso é a classificação



dos filhos de acordo com o estado civil de seus pais; existindo, assim, os filhos legítimos, que eram os filhos biológicos, nascidos de pais unidos pelo matrimônio, e os ilegítimos, que eram os demais.

Com o decorrer dos anos e com a atualização da legislação, como já explanado supra, os filhos passaram a ter mais direitos e reconhecimento, mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que houve as maiores mudanças referentes ao direito de família, à filiação e à proteção à criança e ao adolescente, uma vez que se passou a priorizar a organização familiar baseada no afeto e a busca da felicidade dos cidadãos. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), além de trazer como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, igualando os filhos (artigo 227, §6º), bem como dispôs sobre a proteção da criança e do adolescente (artigo 227 e 229).

Nessa senda, como bem pontuado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “a Constituição provoca assim uma revolução não apenas normativa, mas uma revolução da mentalidade humana” (HIRONAKA, 2000, p.1), uma vez que entende as relações familiares como um verdadeiro LAR (lugar de afeto e respeito).

Assim, para afirmar os direitos e a proteção às crianças e aos adolescentes conferidos na Constituição Federal, em 13 de julho de 1990 foi publicada a Lei n. 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990), que foi de fundamental importância na priorização e proteção das crianças e dos adolescentes. E, em 10 de janeiro de 2002, sobreveio o novo Código Civil (Lei n. 10.406) (BRASIL, 2202), que seguiu as diretrizes da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, atualizando a legislação civil.

Vislumbra-se, assim, que a filiação evoluiu de uma conotação discriminatória e totalmente voltada ao sangue e ao casamento dos pais, para um conceito envolvendo as várias formas de combinações familiares, com relevante observância aos laços afetivos. Da mesma forma, a criança e o adolescente passaram de seres insignificantes, adultos em corpos infantis (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017), a seres de direitos, com proteção integral e prioridade absoluta.

As evoluções da filiação no instituto familiar e dos direitos inerentes à criança e ao adolescente acabaram trazendo ao arcabouço jurídico uma mudança significativa quanto aos laços que norteiam as relações familiares e suas estruturas. Principalmente após a Constituição de 1988, passou-se a reconhecer outras formas de constituição familiar, uma vez que o direito de família deixou de ser conservador, autoritário e discriminador, voltando-se aos sentimentos dos seres, à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à felicidade dos indivíduos e à afetividade.

E, dentre seus vários direitos e garantias, a legislação, a doutrina e a jurisprudência têm dado importante valor ao afeto que, além de fortalecer os vínculos familiares,



contribui para famílias mais saudáveis e felizes e, conseqüentemente, para um melhor desenvolvimento das crianças e adolescentes, conforme será vislumbrado a seguir.

3 O AFETO COMO DIREITO E DEVER NO DIREITO BRASILEIRO

As relações familiares passaram por importantes evoluções, e atualmente são, em sua maioria, baseadas no afeto, que, inclusive, passou a ser entendido como um princípio jurídico. Nesse contexto, o que antes era o grande responsável por ligar uma pessoa à outra, que geralmente era o patrimônio, o ter, deu lugar ao amor, ao afeto, ao ser.

Nessa seara, observa-se que o direito tem tentado, ao ter como uma de suas primazias a felicidade das pessoas, tutelar a afetividade, principalmente na relação entre pais e filhos. Porém, não são raros os casos em que o desafeto prevalece. E, como já mencionado, não se trata tão somente da questão sentimental, trata-se de assistência (física, material, psicológica, moral), de prover o mínimo e indispensável à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, sair de uma união é tão e até mais fácil e barato do que ingressar nela (DIAS, 2017). Entretanto, referida facilidade pode trazer sérios problemas, principalmente aos indivíduos mais frágeis de uma união, aos filhos. Ademais, “quando existem filhos, ninguém pode simplesmente virar as costas, sumir” (DIAS, 2017, p. 130), ao menos não deveria; até porque o fim do casamento não enseja o fim da parentalidade, uma vez que a família constituída entre pais e filhos não se dissolve, não sendo alteradas as relações entre eles (artigo 1.632 do CC). Ou seja, o elo e o dever inerente aos pais em relação aos filhos permanecem intactos, embora a ruptura da união dos genitores ou a constituição de novas uniões por eles (LÔBO, 2014). Entretanto, infelizmente não é o que se observa em inúmeros casos, sendo a separação dos pais, muitas vezes, a causadora do abandono afetivo dos filhos; em razão de uma nova ligação afetiva, da falta de preocupação do genitor que não está com a guarda do filho, do estabelecimento de residência em outro local, (ALMEIDA, 2012) ou ainda, em razão da alienação parental (DIAS, 2017).

Ocorre que os filhos não se divorciam dos pais, e “o sentido da continuidade das relações familiares encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, elementos que não podem ser considerados apenas na constância do relacionamento” (LÔBO apud PEREIRA, 2004, p. 171). Porém, em não raros casos, os filhos além de passarem por uma mudança na estruturação de sua família, no seu cotidiano, na sua convivência, ficam no meio de brigas, disputas e do abandono. Como se não bastassem as perdas afetivas que a separação dos pais gera aos filhos, uma vez que, de um dia para o outro, um dos genitores não está mais presente, muitas vezes o genitor que não ficou com a guarda da criança simplesmente desa-



parece, aparentando que deixou de amar os filhos. Estes, por sua vez, geralmente não entendem o que de fato está acontecendo, e não têm como saber que eles não são os responsáveis por tudo isso, sentindo-se culpados. “Alguém duvida que este sentimento de abandono dói?” (DIAS, 2017, p. 130).

É clarividente que o desafeto causa sérios danos aos filhos, e que esses danos ultrapassam a ordem material e física e perpassam a ordem psicológica do abandonado. Fabíola Albuquerque Lôbo (LÔBO apud LEAL, 2014) afirma que as maiores sequelas são de ordem psíquica, e que estudos psicanalíticos comprovam que os distúrbios emocionais da vida adulta, em grande medida, estão relacionados com eventos desastrosos da primeira infância, como perdas e separações. Afinal, “os pais representam a ancoragem indispensável para o sadio e pleno desenvolvimento do filho, em particular, durante seu processo de formação, de identificação, propiciando, assim, a materialização do princípio do melhor interesse” (LÔBO apud LEAL, 2014, p. 623). Trata-se da necessidade das crianças e dos adolescentes de terem verdadeiros pais e não somente genitores, e que esses exerçam o seu papel, alimentando não somente o corpo de seus filhos, mas também a alma, a moral e o psíquico (PEREIRA; SILVA, 2006).

Ser pai/mãe vai muito além de colocar um filho no mundo, ou de pagar um valor “x” no mês; é entender que o filho é sua responsabilidade e será parte de ti para sempre, é cuidar, assistir, amar, conversar, ouvir, ensinar e tantos outros verbos diretamente ligados à afetividade. “Afinal, se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda” (TEIXEIRA, 2005, p. 156).

Ora, a legislação não traria com tanto afinco os direitos inerentes às crianças e aos adolescentes e os deveres pertinentes aos pais, caso não fosse de suma importância. Ademais, “o afeto está relacionado com a dignidade, porque promove a formação do indivíduo, seja moral, seja social, seja psicologicamente, e impulsiona a autoestima” (PIAGET apud CARDIN; FROSI, 2010, p. 6861).

Diante disso, e em razão da legislação apresentar lacunas em relação aos deveres de afetividade entre pais e filhos e do abandono afetivo ser realidade nas relações familiares, o Judiciário tem sido procurado para resolver questões relativas ao desafeto. Assim, observar-se-á a seguir as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça dos últimos vinte anos, que dizem respeito ao abandono afetivo de pais para com os filhos e a possibilidade ou não de condenação, do praticante do abandono, em indenização por danos morais, ao filho abandonado.

Ademais, conforme explanado supra, além do afeto ser indispensável no âmbito familiar, a sua falta pode trazer sérias e amargas consequências, uma vez que “o amor está para o Direito de Família assim como o acordo de vontade está para o Direito dos Contratos” (DIAS apud CARDIN; FROSI, 2010, p. 6860).



4 ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABANDONO AFETIVO DE PAIS PARA COM OS FILHOS NO BRASIL

A afetividade no âmbito jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado (PEREIRA, 2012), sendo a sua ausência capaz de gerar danos desastrosos. Mas quais as consequências aos responsáveis pelo abandono? Arrependimento, se um dia houver?

A legislação até traz penalizações aos pais que deixarem o filho em abandono. O artigo 1.638, II, do Código Civil (BRASIL, 2002), por exemplo, impõe a perda, por ato judicial, do poder familiar. E, o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), da mesma forma, prevê a perda e a suspensão do poder familiar nos casos previstos na legislação civil e na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações do artigo 22 do Estatuto.

Entretanto, “o genitor que simplesmente se afasta, omitindo-se de exercer os deveres parentais, parece ser premiado” (MORAES apud PEREIRA T.; PEREIRA R., 2006, p. 185). Não há como aceitar que a sanção para o genitor que abandona o seu filho seja a destituição do poder familiar, de modo que o Direito não pode se valer de sanções inócuas (ANGELINI NETA, 2016).

Há que se ressaltar, ainda, que já foram apresentados Projetos de Leis para incluir sanções, especialmente indenização por danos morais, em virtude do abandono afetivo, como, por exemplo, o Projeto de Lei n. 700, de 2007 (BRASIL, 2007), apresentado pelo Senado, que foi aprovado e remetido à Câmara dos Deputados, passando a tramitar como Projeto de Lei n. 3.212, de 2015 (BRASIL, 2015); e o Projeto de Lei n. 4294/2008 (BRASIL, 2008), da Câmara de Deputados. Entretanto, até o presente momento não se obteve êxito, sendo, inclusive, que os projetos ainda tramitam.

Nessa senda, vislumbra-se que o abandono afetivo, propriamente dito, não foi regulamentado de forma coercitiva e com penas definidas, gerando incertezas, tanto que as primeiras ações na justiça buscaram a reparação indenizatória, fundamentando-se no ato ilícito disposto no artigo 186 do Código Civil (SILVA, 2017). Afinal, “ninguém duvida que esta dor existe. E dói! Tanto que, de modo recorrente, quem se sente abandonado, traído, busca ser indenizado, sob a alegação de ter sofrido dano moral” (DIAS, 2017, p. 129). Dessa forma, há entendimentos que o abandono afetivo é um ato eivado de ilicitude.

Nesse diapasão, apesar de não haver como obrigar alguém a amar, há quem entenda que é possível penalizar quem pratica o abandono afetivo, podendo gerar a imposição de multa e até pagamento de indenização pelos danos morais que decorrem da ausência de convívio (DIAS, 2017). Vislumbra-se que se está diante de um ato que vai contra, inclusive, a preceitos constitucionais e prejudica consideravelmente o abandonado, não só econômica, física ou psicologicamente, fere a sua moral, os



seus sentimentos, seus direitos fundamentais. Ou seja, a ausência do cuidado, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos e, esse tipo de violação configura dano moral (MORAES, 2005). Sobre o assunto, Arnaldo Rizzardo (2005) faz interessante reflexão ao mencionar que se se tornou um consenso universal que a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, gera direito de reparação por dano moral, não é diferente no caso do afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.

Entretanto, como na grande maioria dos casos que envolvem as relações familiares, há diversas discussões sobre a questão. Afinal, além de direitos, está-se diante de sentimentos, sendo complicado chegar num denominador comum. Assim, importante se faz a análise dos avanços jurisprudenciais acerca da possibilidade de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo, haja vista que, como já mencionado, a legislação brasileira até o momento não estabeleceu qualquer sanção aos autores do desafeto, apesar da crescente busca, pelos indivíduos, da efetivação dos direitos relacionados ao afeto.

4.1 Entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre indenização por danos morais em casos de abandono afetivo de pais para com os filhos nos últimos vinte anos

As questões que envolvem o abandono afetivo, embora existam há tempo, são bastante recentes na jurisprudência e ainda controversas. Observa-se que houve uma grande resistência do Judiciário em reconhecer o abandono afetivo como gerador da obrigação de indenizar, uma vez que o âmbito jurídico se opunha à indenização por dano moral sob o fundamento de que a dor e a honra seriam sentimentos de valor inestimável e de difícil aferição monetária (GIORGIS, 2007).

Nesse diapasão, faz-se importante analisar o entendimento jurisprudencial sobre o tema. Ademais, como já mencionado, a legislação não dispõe claramente sobre o abandono afetivo e nem impõe penalidades ao ato. Dessa maneira, passa-se a observar os Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, sendo utilizadas como palavras de pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça, no item jurisprudência, os termos “abandono afetivo” e “dano moral”.

No primeiro caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça (REsp 757411/MG) (STJ, 2005) o Relator do caso, Ministro Fernando Gonçalves, mencionou, inicialmente, que a questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Explanou que a legislação pátria já prevê, no caso injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, como punição a perda do poder familiar, sendo essa a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, mostrando-se eficiente. E, por fim,



o Relator, ao conhecer o recurso e dar-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, concluiu que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada” (STJ, 2005, p. 10).

O segundo caso sobre o abandono afetivo a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o REsp 5143350/SP (2003/00200955-3) (STJ, 2009). O Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior, não conheceu do recurso, fundamentando seu voto na harmonização com o entendimento no julgamento do REsp n. 757.411/MG, que fora julgado pela mesma Turma (Quarta Turma), e, em 28 de abril de 2009, a Turma recursal não conheceu o recurso especial por unanimidade.

Já no REsp 1159242/SP (2009/0193701-9) (STJ, 2012a), do contrário do que aconteceu nos outros dois anteriores, e, “com a célebre frase: amar é faculdade, cuidar é dever, a Ministra Fátima Nancy deslocou a origem da obrigação indenizatória do campo do afeto para a responsabilidade de cuidado, inerente ao poder familiar” (DIAS, 2017, p. 131). O repercutido voto da Relatora, iniciou-se com a explanação sobre a existência do dano moral nas relações familiares, uma vez que os textos legais que regulam a matéria (artigo 5º, V e X da CF e artigos 186 e 927 do CC) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, sendo possível sua aplicação no âmbito familiar. Ainda preliminarmente a Ministra sustentou que a perda do poder familiar não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, uma vez que tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação então negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos da falta de cuidado (STJ, 2012a).

Assim, ao discorrer sobre a ilicitude e a culpa, a Ministra mencionou o cuidado como valor jurídico apreciável, constituindo-se fator curial à formação da personalidade do infante, devendo ser lançado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. A Ministra Relatora ressaltou, ainda, que não se está discutindo o amor e sim a imposição legal do dever de cuidado:

Aqui 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.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais



filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (STJ, 2012a, p.11).

Quanto ao dano e o nexa causal, Nancy Andrichi relatou que uma forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista. Porém, destacou que inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, e que, embora a pessoa possa ter superado as tribulações, o sentimento em razão do abandono afetivo é perpétuo e caracteriza dano *in re ipsa*. E, sobre o valor da compensação, no referido caso, a Ministra entendeu ter sido fixado de forma elevada, reduzindo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Todavia, não houve unanimidade na decisão, mas a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Ministra Relatora, votando com a Relatora os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva e votando vencido o Ministro Massami Uyeda.

Por fim, o pai condenado a reparar a filha em razão do abandono afetivo apresentou ainda Embargos de Divergência (REsp 1159242/SP) (STJ, 2014), alegando que a decisão contrariava a decisão proferida pela Quarta Turma nos REsp n. 514.350-SP e n. 757.411-MG. Porém, os embargos não foram conhecidos em razão da inexistência de similitude fático-jurídica entre os casos confrontados.

Observa-se, assim, que a decisão do Recurso Especial mencionado deu uma importante reviravolta no entendimento do Superior Tribunal de Justiça e, consequentemente, nos demais juristas, uma vez que não só assumiu a possibilidade de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo, mas deu ao dever de cuidado um valor jurídico até então não observado por aquele órgão colegiado. Como bem pontuado por Ricardo Lucas Calderón: “Ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça ilumina um tema que há muito restava à sombra do direito brasileiro: os casos concretos de abandono afetivo. O simples fato de colocar a temática na ordem do dia dos civilistas já é merecedor de aplausos” (CALDERÓN, 2013, p. 392).

Ainda no ano de 2012, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça mais um Recurso Especial envolvendo o abandono afetivo, (REsp 1298576/RJ) (STJ, 2012b). No entanto, foi negado provimento ao referido recurso, por unanimidade, uma vez que reconhecida a prescrição.

O próximo Recurso Especial sobre o desafeto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça foi julgado somente em 2015, pela Terceira Turma (REsp n. 1557978/DF) (STJ, 2015). Nesse caso, a Turma julgadora, por unanimidade, não deu provimento ao recurso, fundamentando-se na excepcionalidade do reconhecimento de dano moral em matéria de família, em razão da natureza delicada dos relacionamentos familiares, bem como que se faz necessária a comprovação da conduta omissiva ou



comissiva do pai (ato ilícito), o trauma psicológico do filho (dano à sua personalidade), e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Da mesma forma que o Recurso Especial supracitado, o próximo caso de abandono afetivo analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, igualmente pela Terceira Turma, que foi julgado em 2016, também teve seu provimento negado, por unanimidade, em razão da não ocorrência de abandono afetivo, não configuração, assim, de ato ilícito e da ausência de demonstração do nexo causal (REsp n. 1493125/SP) (STJ, 2016a). Destaca-se, nesse caso, que a pretensão da requerente foi julgada improcedente em todos os graus de jurisdição.

Ainda em 2016, foi julgado Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp n. 811059/RS) (STJ, 2016b). Entretanto, não houve análise sobre o tema abandono afetivo, uma vez que o Agravo Regimental foi interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial, e foi desprovido pela ausência de prequestionamento dos preceitos legais ditos violados pelo Acórdão.

Passados cinco anos da data do julgamento do Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp 1159242/SP), em 13 de junho de 2017, foi julgado, pela Quarta Turma, o REsp 1087561/RS (STJ, 2017a), que teve como relator o Ministro Raul Araújo e também teve posicionamento favorável à indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo. O Ministro Relator, Raul Araújo, ao analisar os autos, entendeu pelo não provimento do recurso, em razão do nítido abandono material do infante pelo pai, discorrendo que “a falta de afeto não constitui ato ilícito, mas este fica configurado diante do descumprimento do dever jurídico de adequado amparo material” (STJ, 2017a, p.9-10). O Relator, deixou claro, ainda, que não se estaria adotando a linha de julgamento da Terceira Turma, no julgamento do REsp n. 1.159.242/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, uma vez que, no presente caso, foi levado em consideração, sobretudo, o dano moral causado pelo pai ao filho, em razão de abandono material. Por fim, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial.

Observa-se que, embora mencionado julgado tenha sido favorável à condenação do genitor em indenização por danos morais, o argumento utilizado foi o evidente abandono material do genitor, diferenciando-se do entendimento e considerações trazidas pela Ministra Nancy Andrighi.

No mesmo ano, o REsp 1579021/RS (STJ, 2017b), julgado pela Quarta Turma, em 19 de outubro de 2017, dessa vez de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, foi contrário ao reconhecimento de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo. No mencionado caso, a Ministra Relatora foi bem firme ao mencionar que não é cabível indenização por danos morais por falta de afeto, discorrendo que não há qualquer regra no nosso ordenamento da qual se extrai o dever de cuidado no sentido de convivência e amparo afetivo e psicológico, uma vez que o dever de



cuidado estabelecido em lei diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos (STJ, 2017b). O Ministro Marco Buzzi, proferiu voto-vista igualmente negando provimento ao recurso, mas com fundamento na ocorrência de prescrição dos atos e omissões durante a maioria, uma vez que a requerente deixou transcorrer o prazo de três anos após completada a maioria. Entretanto, deixou claro que reconhece, em tese, a possibilidade de compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes do abandono afetivo, ainda que estritamente afetivo.

Por derradeiro, os dois últimos casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo os temas “abandono afetivo” e “dano moral”, tratam-se de Agravos Internos no Agravo em Recurso Especial.

O primeiro a ser julgado, em 05 de junho de 2018, foi de relatoria do Ministro Marco Buzzi, da Quarta Turma (AgInt no AREsp 492243/SP) (STJ, 2018), e teve seu provimento negado. Apesar do agravo ter sido desprovido ao fundamento de que o Juízo Monocrático foi correto ao negar provimento ao reclamo em virtude das alegações genéricas quanto a violação do artigo 535 do CPC/73 e da incidência da Súmula 7 do STJ à alegação de existência de dano moral indenizável, o Relator destacou que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema do abandono afetivo, firmando a diretriz de que a falta de afetividade no âmbito familiar, via de regra, não traduz ato ilícito reparável pecuniariamente.

Por fim, o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1286242/MG (STJ, 2019), teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma, e foi julgado em 08 de outubro de 2019, sendo o último Acórdão julgado que correspondeu à pesquisa realizada. Referido Agravo é proveniente de uma Ação Civil Pública ingressada pelo Ministério Público Federal em razão de abandono de menor. Entretanto, o Agravo Interno foi desprovido, por unanimidade, em razão da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório, mencionando ainda o Relator que o Acórdão recorrido não destoava do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, e que não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que, o abandono afetivo, se cumpridos os mencionados deveres quanto à prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.

Observa-se, assim, que o entendimento quanto à possibilidade de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo não é pacífico. No entanto, o simples fato de ter sido aberto o caminho para uma discussão sobre o tema já é de suma importância. Apesar de, como vislumbrado, haver ainda apenas um julgado do Superior Tribunal de Justiça dando provimento ao recurso para condenar o genitor à indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo praticado à filha, uma vez que o outro se baseou no abandono material, acendeu-se a luz para um pensamento mais humano e um estudo mais aprofundado do tema, apesar da maioria dos



entendimentos serem ainda mais conservadores.

A família é um instituto em constante mudança e evolução, e a legislação nem sempre consegue acompanhar suas variações. Entretanto, são temas e casos exatamente como esses analisados que fazem com que o Direito de Família prospere e não fique na retaguarda.

CONCLUSÃO

A família é um dos mais antigos institutos existentes, e passou e tem passado por inúmeras transformações e evoluções ao longo do tempo, não somente estruturalmente e na prática, mas também na legislação que a regulamenta. Foram vários anos e diversos fatores que contribuíram para o surgimento das famílias atuais e dos seus princípios norteadores. A legislação passou por tempos obscuros até chegar na busca pela igualdade dos indivíduos, pela proteção integral das crianças e dos adolescentes, pelos direitos provenientes da filiação, pela felicidade das pessoas, e a família, que hoje é pautada no afeto, passou a ser a base da sociedade.

A família e suas estruturas não são estáticas, o direito é ativo e, quando a legislação não consegue alcançá-los, cabe aos juristas, baseados nos princípios norteadores do direito e na legislação existente, dar uma resposta à sociedade.

Dessa forma, observa-se que a afetividade é uma dessas questões em que os indivíduos procuram uma solução. Apesar de a legislação nada dizer expressamente sobre o afeto e não haver como obrigar ninguém a amar o próximo, quando se trata de pais e filhos, a lei é clara ao determinar que ao menos o mínimo de direitos e deveres devem ser respeitados, sendo essas obrigações entendidas, por muitos doutrinadores e profissionais do direito, como traduções de afeto.

A falta de afeto dói, o abandono afetivo é cruel. Nada substitui a convivência, a atenção, o cuidado, de um pai ou de uma mãe. Além disso, a negligência, o desinteresse, a omissão, podem gerar sérios danos no desenvolvimento do filho, principalmente psicológicos. Nesse diapasão, há entendimentos de que a falta de afeto é considerada prática de ato ilícito, uma vez que vai contra os deveres dos pais, estabelecidos na lei, para com os filhos, e que traduzem o afeto, como por exemplo, o dever/direito de sustento, educação, lazer, etc. Assim, o Judiciário tem enfrentado diversos pedidos de indenização por danos morais provenientes do abandono afetivo sofrido pelos filhos e praticados pelos pais.

Ao se analisar as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, no período dos últimos vinte anos por meio da pesquisa pelas palavras “abandono afetivo” e “dano moral”, se verificou onze casos. Desses, apenas dois reconheceram o dever de o pai indenizar o(a) filho(a) por danos morais em razão do abandono afetivo.



Observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a indenização por danos morais em razão do abandono afetivo de pais para com os filhos no Brasil, no entanto, o entendimento não é pacificado, havendo divergências entre os Ministros da Corte. Também sobre a possibilidade de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo de pais para com os filhos é entendimento jurisprudencial recente no Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o primeiro Acórdão que entendeu pelo dever de indenizar moralmente em virtude do abandono afetivo de um pai para com uma filha foi julgado em 24 de abril de 2012.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Public. 30 jul. 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/829/Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 05 out. 2020.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016.

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: 10 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3212/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Dispõe sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art352. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos,



e dá outras providências. Brasília, DF, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Seção). **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção. Brasília, 09 abr. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 811059/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Brasília, 11 mai. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial nº 1493125/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 fev. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial nº 1557978/DF**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 03 nov. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1286242/MG**. Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, 08 out. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso**



Especial nº 492243/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Brasília, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Recurso Especial nº 1087561/RS.** Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Recurso Especial nº 1298576/RJ.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Recurso Especial nº 1579021/RS.** Relatora: Ministra Maia Isabel Gallotti. Brasília, 19 out. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Recurso Especial nº 514.350/SP.** Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 abr. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Recurso Especial nº 757.411/MG.** Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 out. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010. p. 6860. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pd>. Acesso em: 05 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 3. ed. em e-book e 12. ed. Impressa.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento.** 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>. Acesso em: 26 set. 2020.

LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A



evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista brasileira de políticas públicas**. 2016/2017. Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br. Acesso em: 28 set. 2020.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. 23 mar. 2004. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiacao+e+direito+a+origem+genetica%3A+uma+distincao+necessaria>. Acesso em: 26 set. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 23 mar. 2004. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/130/Principio+juridico+da+afetividade+na+filiacao#>. Acesso em: 30 set. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago.-set. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. v. V - Direito de Família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 25, dez./jan. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade socioafetiva: o ato que se torna relação jurídica. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, p. 11-23, maio-jun. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

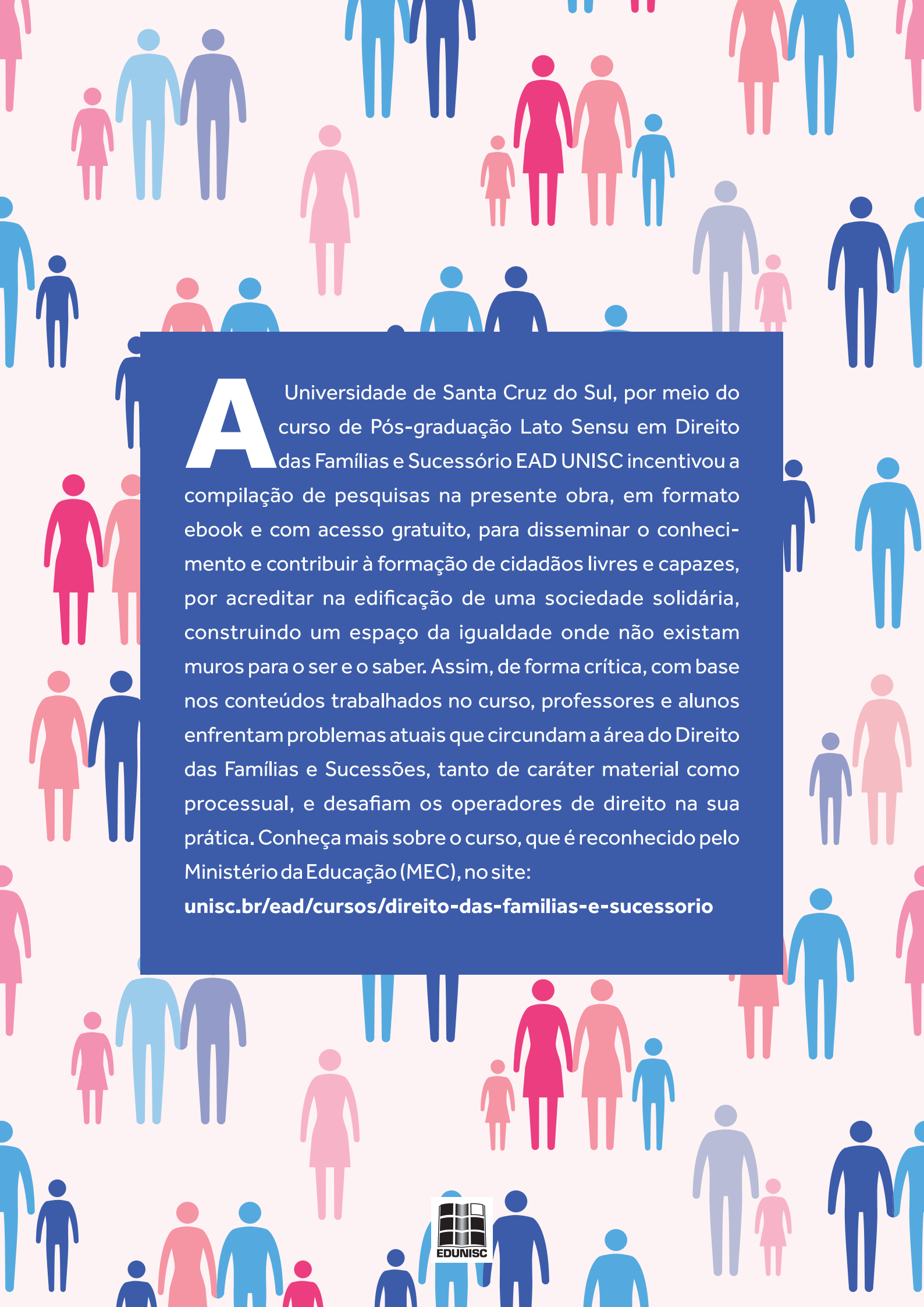
RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.



SILVA, Rozani Uchoa. **Direito ao afeto, na relação paterno-filial**. 01 nov. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/direito-ao-afeto-na-relacao-paterno-filial/>. Acesso em: 07 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 32. out./nov. 2005.





A Universidade de Santa Cruz do Sul, por meio do curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito das Famílias e Sucessório EAD UNISC incentivou a compilação de pesquisas na presente obra, em formato ebook e com acesso gratuito, para disseminar o conhecimento e contribuir à formação de cidadãos livres e capazes, por acreditar na edificação de uma sociedade solidária, construindo um espaço da igualdade onde não existam muros para o ser e o saber. Assim, de forma crítica, com base nos conteúdos trabalhados no curso, professores e alunos enfrentam problemas atuais que circundam a área do Direito das Famílias e Sucessões, tanto de caráter material como processual, e desafiam os operadores de direito na sua prática. Conheça mais sobre o curso, que é reconhecido pelo Ministério da Educação (MEC), no site:

unisc.br/ead/cursos/direito-das-familias-e-sucessorio

