

PENSANDO EM FAMÍLIA
UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DOS
DIREITOS DAS FAMÍLIAS E DAS
SUCESSÕES
TOMO I

ANA MÔNICA ANSELMO de AMORIM

ORGANIZADORA



PENSANDO EM FAMÍLIA

UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES

TOMO I

ANA MÔNICA ANSELMO DE AMORIM

ORGANIZADORA



CONSELHO EDITORIAL DAS EDIÇÕES UERN



Reitor

Prof. Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Vice-Reitor

Prof. Aldo Gondim Fernandes

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

Prof. João Maria Soares



Comissão Editorial do Programa Edições UERN:

Prof. João Maria Soares

Profa. Anairam de Medeiros e Silva (**Editora Chefe**)

Prof. Eduardo José Guerra Seabra

Prof. Humberto Jefferson de Medeiros

Prof. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior

Profa. Lúcia Helena Medeiros da Cunha Tavares

Prof. Bergson da Cunha Rodrigues

Assessoria Técnica:

Daniel Abrantes Sales

Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Pensando em família: uma visão contemporânea do direito das famílias e das sucessões/ Ana Mônica Anselmo de Amorim (Org.). - Mossoró: Edições UERN, 2017.

341p. ; Tomo 1

ISBN: 978-85-7621-166-2

1. Direito - Família. 2. Relações familiares. 3. Abandono afetivo. 4. Sucessão – Família. I. Amorim, Ana Mônica Anselmo de. III. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. IV. Título.

UERN/BC

CDD 346.015

GLOSSÁRIO

ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADIN	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC/2002	– Código Civil de 2002
CC/1916	– Código Civil de 1916
CF	– Constituição Federal de 1988
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CJF	– Conselho da Justiça Federal
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil (Lei 13.150/2015)
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CNMP	– Conselho Nacional do Ministério Público
EC	– Emenda Constitucional
ECA	– Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)
ITBI	– Imposto de Transmissão <i>Inter Vivos</i>
ITCD	– Imposto de Transmissão <i>Mortis Causa</i>
LINDB	– Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	– Ministério Público
Resp	– Recurso Especial
REx	– Recurso Extraordinário
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJCE	– Tribunal de Justiça do Ceará
TJDFT	– Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	– Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	– Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	– Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRN	– Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJRS	– Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	– Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	– Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	– Tribunal Regional Federal
TRT	– Tribunal Regional do Trabalho
TST	– Tribunal Superior do Trabalho

PREFÁCIO

Honra-me sobremaneira prefaciар o livro PENSANDO EM FAMÍLIA. Quem prefacia tem geralmente a posição de quem pode julgar a obra que está prefaciando e avalizá-la para o público a quem se destina. Um prefaciador se põe na situação de quem tem o privilégio da prioridade da leitura para anunciar a alegria do aprendido, do encontrado, do descoberto.

A sensação é a superação do discurso comum cheio de presunçosas certezas fáceis que dominou nosso conhecimento e ainda predomina em muitas falas. Trata-se de uma busca, de uma construção coletiva de um projeto social de conhecimento. Certos conceitos, antes aprisionados nas cadeias de definições fechadas, passam a ser repensados como categorias abertas e dinâmicas de um pensamento novo e complexo, projetando-se para o futuro e não se prendendo às polêmicas do passado.

A propósito, hoje se emprega muito o termo revisitar. Não tive a impressão que este livro promova uma “nova visita”. Na visita existem um visitante e alguém ou algo que se visita. Não dá para sentir no trabalho aqui publicado esta dualidade clássica que vai buscar raízes na concepção de um sujeito e um objeto. Não é uma volta a algo já visitado, a um “déjà vu”. Há alguma coisa de novo que promete mais do que remete, na visão de uma realidade em mudança, onde o velho só permanece enquanto deixa de ser velho e se supera no estágio dialético atual e também provisório de sua construção.

Temos a sensação que vem do fato de perceber esta produção como profundamente vinculada a uma prática social do processo de construção coletiva do conhecimento.

Há tempos voltava-se muitas vezes às prateleiras e encontravam-se quase os mesmos títulos. Hoje, porém, a cada vez que se torna, o fluxo dos dados, das informações e dos conhecimentos já passou. Isto deixa no homem uma profunda sensação de limite, numa consciência de humildade pela incapacidade de controlar ou dominar o universo do conhecimento que só se constrói pela ação solidária da humanidade, através das sucessivas gerações.

Sinto-me muito honrado em prefaciар este livro, que irá constar das bibliotecas de profissionais do Direito e será, sem dúvidas, um norteador infalível para os futuros profissionais das ciências jurídicas.

Não tenho a pretensão de querer comentar a obra. Mas sinto que ela foi produzida com muita dedicação, amor e carinho pela autora que na gostosa convivência com a família e amigos, obteve a contribuição para o sucesso desta obra, pois tudo que é feito com amor e carinho terá o resultado para o sucesso.

O sucesso do livro **PENSANDO EM FAMÍLIA** irá premiar a idealizadora **ANA MÔNICA ANSELMO DE AMORIM** pelo seu talento declarado em todos os setores da cultura jurídica e, também por se tratar de uma profissional competente e altamente dedicada pelo que faz. Rendo-lhe, portanto, as minhas homenagens.

Prof. Dr. Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Reitor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

Este é o primeiro de muitos. Assim começo a apresentação do fruto de um sonho, o primeiro livro objeto das pesquisas, dos estudos, e das discussões decorrentes do Grupo de Pesquisa Pensando em Família. Passei a lecionar na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte em 2006, e já em 2008 conheci uma das minhas paixões, o Direito das Famílias. A partir de então, passei a estudar, a respirar e a vivenciar este sensível ramo das ciências Jurídicas, posto que envolve sentimentos.

Em 2014 concretizei mais um sonho, materializado no surgimento do Projeto de Pesquisa Pensando em Família, abraçado por 07 (sete) professores e 16 (dezesesseis) alunos. Realizamos encontros lindos, onde o estudo da ciência jurídica era o nosso foco, onde não havia divisão de professores e alunos, e sim, havia pesquisadores, pessoas ansiosas em pensar e refletir o direito, onde todos falavam, expunham suas ideias, ouviam, e se faziam ouvidos.

O que era o sonho de uma, passou a ser o sonho de muitos, e nosso livro está pronto, a partir de ideias livres, pensamentos recheados de harmonia e afeto. A inspiração maior são as famílias, uma quimera de sentimentos, onde somos amados e respeitos, desenvolvemos o nosso caráter. Mas as famílias de há muito não tem mais rosto definido, encontram o seu alicerce na felicidade, onde homens e mulheres são livres para definir com quem e para quem querem viver. As famílias evoluíram sobremaneira, no tempo e no espaço, reúnem-se não mais para procriação ou produção, e sim, para que seus membros sejam felizes.

Mas quem disse que existe a perfeição? Talvez nenhuma família seja perfeita, mas à sua maneira, é essencial ao desenvolvimento da sociedade e dos seres humanos.

Que este seja o primeiro de muitos livros, que possamos cada dia mais nos apaixonar pelo que fazemos, e que o Direito das Famílias e das Sucessões sejam fontes de inspiração a todos os operadores do direito, por refletirem vida, amor, respeito e mormente, felicidade.

Por fim, obrigada aos meus amigos - Karol, Vanessa, Nara, Dani, Júlio, Giovanni, por sonharem comigo, obrigada a todos os meus alunos do projeto – por serem fontes de inspiração, e por fim, obrigada à minha família UERNiana.

Ana Mônica Anselmo de Amorim
Organizadora

SUMÁRIO

1 - A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO	11
Carla Wênia da Rocha Freitas Daniela Cristina Lima Gomes Cabral	
2 - A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	27
Giovanni Weine Paulino Chaves Maria do Socorro Souza	
3 - A VALIDADE DOS CASAMENTOS CELEBRADOS EM CENTROS ESPÍRITAS	69
Geonivaldo Pedro da Silva Júnior Júlio Thalles de Oliveira Andrade	
4 - ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE EM TORNO DO DANO MORAL E DAS POSSÍVEIS REPARAÇÕES DECORRENTES DO ABANDONO	99
Karol Suellen de França Souza Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra	
5 - ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: DESEJO É DIREITO?	115
Daniela Cristina Lima Gomes Cabral Suyane Nayara Santos de Sousa	
6 - ALIENAÇÃO PARENTAL SOB OLHOS DE <i>MAISIE</i>: A NECESSIDADE DE UMA VISÃO SOB A ÓTICA DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE VÍTIMA ALIENADO	133
Ana Mônica Anselmo de Amorim Valeska Ferreira Lima	
7 - ASPECTOS DIVERGENTES ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA SOB A ÓTICA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	153
Ana Patrícia da Silva Vanessa Menezes Duarte	
8 - DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O DIREITO DO FILHO EM CONVIVER COM SUA FAMÍLIA	167
Ana Mônica Anselmo de Amorim Felipe Estefano Pereira Duarte	

- 9 - FAMÍLIA À LUZ DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA: DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS DIREITO AO SIGILO DA IDENTIDADE DO DOADOR** 183
 Adriane Alves de Oliveira
 Karoline Sales Monteiro Cabral
- 10 - LEI DA PALMADA: LIMITES PARA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA** 211
 Francisco Lídio da Cunha Segundo
 Karoline Sales Monteiro Cabral
- 11 - MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES FAMILIARES** 233
 Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra
- 12 - O AMOR EM TEMPOS MODERNOS – EXISTE DIFERENÇA ENTRE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL?** 263
 Ana Mônica Anselmo de Amorim
 Antônia Iháscara Cardoso Alves
- 13 - O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA** 281
 Ana Mônica Anselmo de Amorim
 Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra
 Sara Beatriz Soares Alves
- 14 - O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA** 301
 Francisca Paula Virginia Ferreira de Oliveira
 Júlio Thalles de Oliveira Andrade
- 15 - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O REGISTRO CIVIL DE PESSOA NATURAL E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO** 327
 Rosana Kelly da Silva
 Vanessa Menezes Duarte

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Carla Wênia da Rocha Freitas¹
Daniela Cristina Lima Gomes Cabral²

RESUMO: Versa o presente artigo sobre a possibilidade de indenizar a pessoa que fora abandonada afetivamente pelo genitor. A responsabilidade paterna ou materna perpassa ao simples fato de gerar e ter filhos, não basta apenas também custear as despesas. A responsabilidade paterno-filial envolve sentimentos, o elo de ligação entre pais e filhos deixou de ser apenas sanguíneo, para ser afetivo. E é neste sentido, que é possível defender a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno-filial, calcado, mormente, em princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, a Solidariedade e o Direito de Buscar a Felicidade, consagrada no próprio eudemonismo familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Famílias. Indenização. Dano Moral. Abandono Afetivo. Responsabilidade Paterno-Filial.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - BREVE ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA; 3 - CONCEITO DE AFETO; 3.1 - ABANDONO AFETIVO; 4 - OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA SOLIDARIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA; 5 - RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE AFETO; 6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

A responsabilidade civil nas relações afetivas entre pais e filhos tem sido objeto de muitas discursões, e, diante dessa nova configuração do Direito de Família, que a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 passou a ter como fundamento maior o afeto, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade entre seus

¹ Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Discente-Pesquisadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Mossoró - Estado do Rio Grande do Norte – Brasil.

² Advogada militante vinculada ao Escritório Cabral & Cabral Advogados Associados. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Universidade Anhanguera – Uniderp. Professora Contratada da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e da Pós-graduação da Universidade Potiguar.

membros, esse é um tema que já não pode mais ser deixado de lado pelo Judiciário, por relacionar-se com questões que envolvem direito de crianças e adolescentes, tratados de maneira especial no ordenamento jurídico pátrio.

O conceito de Família passou por inúmeras transformações, buscando-se cada vez mais fundar-se na felicidade, sendo o afeto o principal responsável para tal concretização. O Código Civil de 1916 defendia uma espécie de família institucionalizada, patriarcal, onde a mulher vivia numa condição de submissão ao marido, assim também como os filhos respeitavam os pais muito mais por uma questão puramente coercitiva, de medo, do que pelo simples respeito que surge naturalmente da relação de afeto, de carinho, gerando naturalmente com isso um respeito mútuo. Com a criação do desquite, buscava-se um culpado para o fim do casamento e o cônjuge responsável ou culpado pela separação perderia a guarda dos filhos menores em detrimento do cônjuge inocente, sendo obrigatoriamente afastado do convívio com o filho, ocasionando dessa forma inúmeros transtornos emocionais e psicológicos na criança, que perdia de forma brusca o convívio com um dos genitores, sendo, portanto, o afeto e o carinho esquecidos por parte do legislador das relações familiares.

A Constituição Federal de 1988 calcada nos preceitos Democráticos, nos Direitos Humanos e Fundamentais garantiu proteção integral a crianças e adolescentes, passando estes a configurarem como sujeitos de direito, merecendo especial proteção não só por parte do Estado, mas também da família. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reforçando o texto Constitucional preceitua em seu art. 19³ que as crianças e adolescentes tem o direito de serem criados e educados no seio de sua família⁴, trazendo ainda que de forma indireta a importância do afeto no saudável desenvolvimento destes.

O fato de os pais se separarem tem resultado em muitos casos em um abandono afetivo por parte do genitor não guardião, no qual com

³ ECA. Art. 19. Toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 97.

o fim do relacionamento passa a prestar o auxílio material ao filho, achando que este por si só já supre todas as necessidades da criança ou adolescente, não levando em conta a carência afetiva do filho, que acaba sofrendo com a ausência deste e com isso passando, em muitos casos, a desenvolver sérios problemas psicológicos e emocionais, refletindo na sua forma de agir e de se comportar nas suas atividades cotidianas, como por exemplo, na escola. Diante dessa realidade, os Tribunais Pátrios tem se posicionado cada vez mais a favor da responsabilidade civil do genitor que nega ao filho um direito indispensável a sua salutar formação, que consiste no direito deste de conviver, de receber carinho, atenção, afeto de ambos os genitores, consistindo em um dever por parte destes de prestar todo esse auxílio afetivo ao filho de forma conjunta.

Desta forma, a presente pesquisa tem como objeto central um estudo à cerca da responsabilidade civil em meio às relações de afeto, analisando a atuação do Poder Judiciário diante desse novo paradigma que se faz cada vez mais presente nas ações de Direito de Família e objeto de tantas discursões, que é o abandono afetivo dos pais para com os filhos após a dissolução do casamento ou união estável.

Assim, faz-se imprescindível analisar alguns problemas que persistem sobre a referida temática e que serão abordados no presente artigo: Existe uma obrigação imputada aos pais de amar o filho? É cabível a responsabilização civil dos pais diante da omissão de afeto ao filho? É possível atribuir valor aos sentimentos?

Para tanto, a referida pesquisa se utilizará do método dialético, através da análise de textos e jurisprudências, na busca para resolver tais questionamentos.

2 - BREVE ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA:

O conceito de família passou por inúmeras transformações ao longo do tempo, sendo constituídas nas sociedades pré-históricas simplesmente para a perpetuação da espécie humana. Entre as primeiras “civilizações” ocidentais, Grécia e Roma antiga, a família era patriarcal, sendo a mulher subjugada pelo marido e tendo como papel unicamente a procriação; quanto aos filhos e ao direito sucessório, só teria direito a herdar o patrimônio do pai falecido o filho homem mais velho, ficando os

demais excluídos da partilha. A industrialização e a consequente urbanização proporcionaram mudanças significativas no seio das famílias, a inserção da mulher no mercado de trabalho fez com que esta saísse da extrema dependência material frente ao marido e a difusão dos métodos contraceptivos resultou nas quedas das taxas de natalidade, e consequente redução no número de filhos por mulher. Desta forma, diante do papel do Direito de regulador dos impulsos sociais, surge o Direito de Família como regulador das relações familiares, no intuito de pacificar eventuais conflitos que venham a surgir no seio destas.

No Brasil, o Código Civil de 1916 preceituava uma família formada basicamente através do matrimônio, era o casamento a única forma de se constituir uma família aos olhos do Estado. Diante disso, regulava uma família impregnada pela desigualdade entre seus membros, e os filhos havidos fora do casamento eram duramente discriminados. Segundo Maria Berenice Dias “as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa de preservação do casamento”⁵.

A princípio o casamento era indissolúvel, após a criação do desquite, permitiu-se a separação com a apresentação de um culpado, sendo este, em caso de terem filhos menores, afastado do convívio com o filho, ficando a guarda e o exercício do pátrio poder para o cônjuge inocente, restando claro a despreocupação do legislador com as relações afetivas entre pais e filhos e os danos causados a estes diante de tal omissão.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 proporcionou mudanças significativas no direito de família, estabelecendo a igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo outras formas de formação da família, estendendo a união estável o reconhecimento jurídico há muito tempo negado, e extirpando do Direito de Família qualquer forma de discriminação entre filhos, frutos ou não do casamento.

Seguindo a ótica Constitucional, o Código Civil de 2002 ampliou o conceito de família, reconhecendo a igualdade entre os cônjuges, atribuindo-lhes obrigações conjuntas no tocante à pessoa dos filhos,

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 32.

passando a família a ter como eixo central de sua formação o afeto nas relações entre seus membros. Neste sentido, frisa Gonçalves:

As alterações pertinentes ao direito de família demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes⁶.

Diante disso, constata-se que as profundas transformações históricas refletiram de forma positiva na configuração atual do direito de família brasileiro, que passou a privilegiar nas relações familiares os laços afetivos em detrimento dos vínculos biológicos, atribuindo dessa forma uma visão mais humana e universal ao direito de família.

3 - CONCEITO DE AFETO:

O afeto pode ser entendido como o conjunto de sentimentos, tais como o amor, respeito, solidariedade trocados entre si pelos membros integrantes da família, e que estão intimamente ligados a atual concepção eudemonista da família, ou seja, tornando a família a principal responsável pela felicidade de seus membros e pela consequente realização pessoal destes. Como bem leciona Maria Berenice Dias, “*a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado*”⁷.

O termo ou palavra afeto de fato não é mencionada pela Constituição de 1988, nem pelo Código Civil, o que não significa que o afeto não é tutelado juridicamente pelo ordenamento jurídico pátrio, mas sim uma certa timidez por parte do legislador, sendo a palavra afeto

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Manual de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 06. 11. Ed. São Paulo. Saraiva, 2014. P. 35.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 53.

utilizada pela primeira vez como definição do conceito de família pela lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), na qual preceitua em seu art. 5º, III, que a família consiste em qualquer relação íntima de afeto. Apesar de não vir de maneira expressa no Código Civil, Belmiro Welter, citado por Maria Berenice Dias, aponta para algumas passagens em que há a valoração do afeto no Código Civil:

Ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511); quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC 1.593); na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596); ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e, quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que de seus aspectos patrimoniais⁸.

O afeto se correlaciona diretamente com a emoção, é um sentimento que surge naturalmente como reflexo do convívio frequente, e na relação pai e filho, por resultar justamente desse convívio, o afeto ultrapassa as barreiras biológicas, ou seja, o fator biológico não é imprescindível para que o pai só assim passe a desenvolver afetividade para com seu filho, a biologia é responsável unicamente pelo elo de parentesco natural nas relações familiares, nada tendo a ver com o afeto, sentimento este desenvolvido naturalmente da convivência familiar. Segundo Paulo Lôbo, citado por Maria Berenice Dias, *“os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”*⁹.

Sendo assim, por envolver simultaneamente emoções e sentimentos, o afeto configura-se atualmente como a base do Direito de Família, tornando as relações familiares mais humanas, solidárias, e fazendo do ambiente familiar o local de realização pessoal do indivíduo, sendo, portanto, imprescindível à felicidade de cada membro integrante da família.

3.1 - ABANDONO AFETIVO:

⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 53.

⁹ Idem, 53.

O abandono afetivo pode ser conceituado como a ausência ou omissão por parte de um ou ambos os genitores dos deveres de carinho, cuidados e de convivência para com o filho, negligenciando, portanto, nos deveres básicos de atenção e educação com a criança ou adolescente, causando neste o sentimento de rejeição por parte do genitor, o qual deveria servir como referência na formação do filho quando adulto. “O abandono afetivo diz respeito ao sentimento interior do indivíduo, fere a parte subjetiva do ser, que se sente menosprezado como ser humano”¹⁰.

O fim do casamento ou da união estável, ou mesmo nas famílias monoparentais, em muitos casos resulta no triste afastamento daquele que não detém a guarda da criança ou do adolescente. No caso do fim do casamento ou união estável, quando ocorrem de uma forma não consensual, mas sim preenchidas de ódio, mágoas e rancores do outro cônjuge, o ex-cônjuge abandonado ou traído transfere para a criança todo aquele rancor que restou do fim do casamento, como uma forma de vingar-se da ex-companheira ou companheiro, utilizando-se da criança como se esta fosse um objeto, “saco de pancada” para ferir o ex-cônjuge. Não raramente, se negam inclusive a arcar com as obrigações alimentares para com o filho, tendo o genitor guardião que pleitear a mesma judicialmente.

Diante disso, aumenta-se ainda mais a mágoa do genitor obrigado a arcar com tais responsabilidades, prestando dessa forma somente o auxílio material ao qual foi obrigado, negando ao filho o seu direito de conviver com o pai, de ser educado, cuidado e amado por este, desenvolvendo na criança o sentimento de abandono, desprezo, rejeição, passando esta muitas vezes a desenvolver sérios transtornos comportamentais, tornando-se crianças frustradas, e que diante dessa ausência de afeto enquanto criança acaba se transformando em um adulto problemático ou com fortes tendências depressivas.

Desta forma, leciona Rolf Madaleno¹¹:

¹⁰ DORNELAS, Bruna Giroto. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo dos Pais perante os Filhos (Monografia). São Paulo. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2012. P. 54. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3047/2809>>.

¹¹ BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo (Monografia). Fortaleza-CE. Universidade Estadual do Ceará – UECE, 2011. P. 58. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitando a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado¹².

A Criança tem o direito de conviver com os pais, e é obrigação destes proporcionar-lhes isso, não constitui uma mera faculdade dos pais de querer ou não conviver com o filho, e essa negação por parte do pai em prestar auxílio afetivo ao filho pode inclusive resultar na perda do poder familiar, conforme preceitua o Art. 1638, inciso II, do CC, no qual perderá o poder familiar o pai ou mãe que deixar o filho em abandono. Entretanto, no caso do pai que não presta o mínimo de afeto ao seu filho, deixando o mesmo sofrer com tal abandono, a perda do poder familiar configuraria na verdade muito mais como um benefício ao pai, do que verdadeiramente uma punição, tendo em vista de que se frequentemente negligencia no tocante ao dever de afeto com o filho, é porque simplesmente não tem interesse em exercer tal prerrogativa, porque se o tivesse a exerceria. Segundo Alcionir Ferreira, citado por Berenice Dias, *“a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono”*¹³.

Não se trata necessariamente de uma obrigação imputada aos pais de amar o filho, até mesmo porque ninguém é obrigado a amar, o sentimento é algo eminentemente subjetivo, que surge naturalmente, mas sim tutela-se o direito da criança de conviver com o genitor, e do dever deste de prestar-lhe tal auxílio, de deveres básicos de cuidado, de

¹² BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo (Monografia). Fortaleza-CE. Universidade Estadual do Ceará – UECE, 2011. P. 58. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>

¹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 542.

educar, de proporcionar a criança momentos de lazer, de fazer com que a mesma não se sinta como um estorvo na vida do genitor. O ordenamento jurídico pátrio tutela a paternidade responsável, ou seja, se os pais não tomaram os cuidados básicos de prevenir uma gravidez indesejada, não deve a criança arcar com tal ato impensado, pois a mesma não pediu para nascer, devendo desta forma os genitores ser responsabilizados e cumprirem todas as obrigações que surgem instantaneamente em relação à criança, inclusive antes mesmo do nascimento desta.

Diante disso, a responsabilização por abandono afetivo não decorre da falta de afeto, mas sim dos danos causados ao filho provocados por este abandono. É relevante a lição de Maria Berenice Dias quando afirma:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor¹⁴.

Portanto, o abandono afetivo consiste na omissão de afeto ao filho por parte do genitor, resultando muitas vezes em danos psicológicos irreparáveis, que se perduram ao longo da vivência da criança ou adolescente, acompanhando-os até mesmo a idade adulta, tornando-se um adulto frágil, cheio de mágoas do genitor e até mesmo um ser infeliz.

4 - OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA SOLIDARIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA:

Com as grandes mudanças ocorridas a pouco mais de um século não só no Brasil, mas no mundo como um todo, o Direito, em especial o direito de família, que trata das entidades familiares tomou nova configuração, não sendo mais possível falar em família sem ter como base

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 98.

os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da solidariedade e ainda o direito fundamental à felicidade.

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova era no sistema jurídico brasileiro, tendo por base e como premissa maior a Dignidade da Pessoa Humana, onde todo ser humano deve ser tratado de maneira digna, de maneira realmente humana. Com sabedoria, observa Gustavo Tepedino, citado por Gonçalves, que:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos¹⁵.

Desta forma, a família perdeu aquele velho caráter institucional e patriarcal para fundar-se nos laços de afeto, de solidariedade, de forma a proporcionar aos seus membros a felicidade e a conseqüente realização pessoal. Outro princípio não menos importante ao direito de família é o da solidariedade, na qual os membros da entidade familiar devem ajudar-se uns aos outros, onde o direito imputa a cada integrante da relação familiar responsabilidades recíprocas, alcançando deveres de pais para com os filhos, dos filhos para como pais, não configurando somente responsabilidades decorrentes do casamento de um cônjuge para com o outro. Nesse sentido, é relevante a lição de Paulo Lôbo, quando afirma:

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos [...]¹⁶.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Manual de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 06. 11. Ed. São Paulo. Saraiva, 2014. P. 22.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Solidariedade Familiar. Disponível em: <<http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>>.

No que concerne à pessoa dos filhos, a solidariedade vai muito além do puro auxílio material, mas incide diretamente no dever de cuidado, no ato de educar, de auxiliar no desenvolvimento do filho, garantindo a este um sadio desenvolvimento, de forma a tornar-se um adulto saudável do ponto vista psicológico, assim como realizado pessoalmente. Desta forma, segundo Paulo Lôbo, *“a solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social”*¹⁷.

Já a felicidade pode ser conceituada como algo subjetivo, correspondente ao estado emocional da pessoa, que muda de indivíduo para indivíduo. A família na contemporaneidade é formada como base nos laços de afeto, esta é a mola propulsora das novas entidades familiares, de forma a buscar a plena realização de cada integrante da entidade familiar e a concretização da tão sonhada felicidade. A família deve antes de tudo possibilitar a felicidade de seus membros, fazer como que cada um sinta-se satisfeito em compor o ciclo familiar.

Portanto, o conceito atual de família está intimamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao da solidariedade, de forma a proporcionar aos seus integrantes a plena felicidade e consequente realização pessoal. A família deve ser um ambiente de respeito, onde seus membros ajudem uns aos outros, colaborem na formação um do outro, deve ser um lugar de concretização de projetos de vida e realização interior.

5 - RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE AFETO:

A responsabilidade civil pode ser entendida como uma forma de responsabilizar alguém mediante dano causado a outrem, ou seja, é uma forma de punir aquele que com sua conduta seja ela omissiva ou comissiva, prejudicou interesse alheio. Desta forma, a responsabilidade civil tem por funções, *“compensatória, ou seja, compensar a vítima pelo dano sofrido; punir o ofensor, e ainda pedagógica, como forma de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas”*¹⁸.

¹⁷ Idem.

¹⁸ BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo (Monografia). Fortaleza-CE. Universidade Estadual do Ceará – UECE, 2011. P. 39. Disponível em:

Segundo, Pamplona Filho, citado por Denise Menezes Braga, a responsabilidade civil representa uma imposição “*de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação pessoal e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados*”¹⁹.

Há muito se vem discutindo sobre a possibilidade de responsabilidade civil nas relações familiares, sobre quais as hipóteses de sua incidência, surgindo com isso inúmeros questionamentos acerca de tal instituto e sua presença no direito de família. A nova configuração das entidades familiares, com predomínio do afeto, respeito, solidariedade e da igualdade entre seus membros, suprimiu de uma vez por todas aquele direito que se voltava basicamente a tutelar o interesse do patriarca da família, daquele que detinha o poder de mando. A família no contexto atual deve ser o ambiente responsável pela concretização dos anseios de seus integrantes, proporcionando a estes a felicidade da vida em comunhão.

O abandono afetivo dos pais em relação aos filhos trouxe ao judiciário uma importante temática a ser discutida, uma vez que é cada vez mais comum nas relações familiares um dos genitores afastar-se do convívio do filho após a dissolução da união, causando muitas vezes danos irreversíveis aos filhos. Por muito tempo o Judiciário preocupou-se somente com o sustento e o reconhecimento da paternidade, deixando de lado questões que diziam respeito ao foro íntimo da criança, a sua formação, educação e o direito dessa criança de conviver com os pais; entendendo dessa forma que o aparato material do pai para com o filho já era capaz de suprir todas as necessidades deste, não se discutindo profundamente o que a ausência de um pai poderia acarretar no desenvolvimento de um filho.

O tempo passou, o direito evoluiu, as relações familiares foram tomando novas configurações, a mulher foi ganhando espaço, e as crianças e adolescentes passaram a ser tratados de maneira especial no ordenamento jurídico pátrio, de forma sempre a preservar o melhor interesse da criança. O afeto passou a dominar as relações familiares, pouco importando os laços sanguíneos, biológicos, a família pode ser

<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>

¹⁹ Idem. P. 35.

formada tanto pelo homem e a mulher, como por dois homens ou por duas mulheres, os filhos adotivos desfrutam dos mesmos direitos de um filho biológico, prevalecendo em todas as formas de família o afeto, somente este é capaz de traduzir em si o novo conceito de família.

Diante disso, com tantos avanços no contexto do direito de família, chegou ao judiciário uma temática que já não podia mais ser deixada de lado, que seria a possibilidade da responsabilidade civil nas relações de afeto, ou melhor, a responsabilização de um pai por abandonar afetivamente seu filho, pois com a separação, que é um momento muito delicado, em especial no tocante aos seus efeitos na vida dos filhos, ainda mais quando a união deixa uma das partes magoada, com resquícios de raiva e nutrindo um sentimento de vingança; sendo sempre os mais atingidos os próprios filhos, que pode acabar resultando no afastamento de um dos genitores do convívio com o filho, causando neste a dor do abandono decorrente da ausência do pai, fazendo sentir-se desprezado. Neste sentido, Eduardo Oliveira Leite, citado por Hironaka, identifica que:

Toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático; por isso, o direito positivo desenvolveu, atualmente, instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa²⁰.

A convivência sadia e harmoniosa com ambos os genitores causa no filho a sensação de proteção, fazendo com que este tenha um bom desenvolvimento. Não se discute aqui se os filhos resultaram do casamento, da união estável, ou mesmo de namoro passageiro, se é adotado ou não, filho é filho, não se admitindo qualquer forma de discriminação. A completa ausência de um dos genitores na vida de um filho pode causar danos psicológicos nefastos, que permanecem presentes na vida destes ainda quando atinja a idade adulta, sendo cabível ao filho

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material. São Paulo. 2005. P.21. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>.

pleitear judicialmente uma indenização por danos morais frente ao genitor que o abandonou. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. ILICITUDE POR OMISSÃO. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. 1. Com fulcro na dignidade da pessoa humana, consagrada na CR/88, há que se condenar os pais negligentes ao pagamento de indenização com o escopo de firmar responsabilidades da ação volitiva de se conceber uma criança, mesmo sendo tal ato advindo de uma situação não planejada ou até mesmo daquelas em que não há relação marital entre os genitores. 2. É inconcebível a ideia de deixar os filhos à deriva pelo mundo, abandonados à sua própria sorte, privando-os de cuidados necessários a um desenvolvimento sadio, garantido pelo nosso ordenamento jurídico. Alguns papéis são insubstituíveis e indelegáveis: os de pai e mãe são bons exemplos disso. Pai e mãe são apenas rótulos, quando não se dedicam ao papel imposto a eles por meio legal. 3. É imperioso ressaltar que várias decisões já foram proferidas pelos tribunais com base no argumento de que não se pode impor a obrigação de amar. Seria impossível realmente tal imposição. No entanto, tais julgadores se esquecem de que amor é um sentimento aprendido. Ninguém nasce amando os pais, os irmãos ou a natureza, daí a importância do convívio. Por isso o absenteísmo de um pai é tão perverso na vida do filho, uma vez que este foi privado de aprender a amar. Por outro lado, há de se imputar uma pena a essa conduta moralmente reprovável. 4. Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, no voto da Ministra Nancy Andrighi, é possível pleitear indenização por danos morais quando há comprovação de que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida, ocorrendo ilicitude civil sob a forma de omissão. (DESEMBARGADORA MARIZA DE MELO PORTO. VOGAL VENCIDA) (TJMG; APCV 1.0628.13.001301-2/001; Rel. Des. Wanderley Paiva; Julg. 22/04/2015; DJEMG 29/04/2015)²¹.

Desta forma, sabendo que a responsabilidade civil consiste na obrigação de alguém em reparar dano causado a outrem, e a indenização

²¹ Disponível em: <http://lexmagister.com.br/>. Acesso em: 16/07/2015.

por dano moral decorre efetivamente do dano causado ao filho diante do abandono afetivo, pode sim o filho buscar essa reparação judicial. Não é questão de se atribuir valor aos sentimentos, pois este está relacionado ao foro íntimo de cada indivíduo, é de caráter subjetivo, não patrimonial, mas trata-se de uma forma de responsabilizar àquele que com sua conduta feriu direito alheio, e ainda funciona como uma resposta, uma reparação para aquele que sofreu o dano. Nesse sentido, Vanessa Viafore realça:

A qualidade preventiva e educadora que tal espécie de sanção apresenta no comportamento individual e, por via de consequência, no de toda a sociedade, sem que se tema acerca da patrimonialização que possa decorrer deste instituto, impossibilitando a penalidade da violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho abandonado²².

A responsabilidade civil por abandono afetivo não visa punir a falta de amor do pai para com o filho, pois ninguém é obrigado amar, mas necessariamente de punir o genitor pelo dano causado ao filho com sua conduta omissiva, tendo a mesma um caráter também pedagógico.

Assim, o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, se comprovada a geração de danos psicológicos à criança, pode ensejar na responsabilidade civil do genitor, gerando o direito de indenização por dano moral ao filho, como uma forma de buscar amenizar tais efeitos do abandono, mas acima de tudo de demonstrar ao genitor e a sociedade que tal conduta é passível de responsabilização, de que sua conduta pode gerar danos irreparáveis ao sadio desenvolvimento da criança e que o judiciário não tolera mais tais condutas.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O início do século XXI proporcionou mudanças significativas na ordem jurídica mundial, influenciando diretamente o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, inspirada nos ideais

²² VIAFORE, Vanessa. O Abandono Afetivo e a Responsabilidade Civil Frente ao Afeto (Artigo). Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/...2/Vanessa_Viafore.pdf>.

democráticos, trouxe como princípio norteador a Dignidade da Pessoa Humana, de forma a proporcionar aos seus cidadãos respeito e uma vida digna.

Na esfera infraconstitucional, dentre as áreas do direito a que mais sofreu transformações foi sem dúvida o Direito de Família, rompendo com o passado tradicional e instituindo um direito de família mais humano, mais preocupado com realização pessoal dos membros da instituição familiar. Desta forma, o parentesco biológico abriu espaço para o afeto, sendo este o princípio basilar nas relações familiares. O Código Civil de 2002 reconheceu às uniões estáveis as mesmas prerrogativas do casamento, estabeleceu a igualdade entre cônjuges, assim como a igualdade entre filhos.

Nessa esteira de crescente evolução nas relações familiares, o direito de família passou por inúmeras transformações como forma de acompanhar as crescentes mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Novas discussões no Direito de Família tomaram conta do cenário jurídico nacional, casos que nunca se imaginaram bateram as portas dos tribunais pátrios, tais como a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos por abandono afetivo, não tendo estes mais como se esquivarem de tais discussões. Com cada vez mais frequência, filhos que sofreram danos decorrentes do abandono afetivo por parte de um dos genitores, buscaram o Poder Judiciário na tentativa desenfreada de ao menos minimizar tais danos, e como uma forma de tentar impedir a incidência de novos casos.

Diante disso, o Judiciário não pode mais esquivar-se de solucionar tais questões, posicionando-se a favor da responsabilidade civil dos pais que abandonarem afetivamente seus filhos, e o consequente direito destes à indenização por dano moral uma vez constatado o dano.

O direito do filho à indenização por dano moral frente ao genitor não traduz necessariamente uma quantificação, uma valoração aos sentimentos, porque estes são inerentes ao foro íntimo de cada pessoa, busca punir o genitor ausente, pela sua negligencia no dever de cuidado para com o filho, e ainda tem caráter pedagógico, de ensinar que tal prática enseja responsabilidade civil, e com isso tentar diminuir ou mesmo acabar com tais condutas.

No entanto, convém ressaltar a importância de analisar cuidadosamente o caso concreto, de forma a comprovar o dano sofrido

pelo filho e a culpa do genitor, para só então ensinar a responsabilidade civil, na tentativa de impedir eventuais abusos e a consequente banalização da indenização por dano moral nas relações de afeto.

Assim, os tribunais pátrios tem reconhecido a importância da responsabilidade civil dos genitores que abandonarem afetivamente seus filhos, não cumprindo com as obrigações inerentes a paternidade ou maternidade, buscando com isso minimizar o dano suportado pelo filho e ainda ensinar aos pais o que o abandono pode acarretar a uma criança ou adolescente, como o comprometimento do seu desenvolvimento salutar e assim tentar impedir que novos casos venham a ocorrer.

REFERÊNCIAS:

BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.

Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>. Acesso em: 04/06/2015.

DORNELAS, Bruna Giroto. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo dos Pais perante os Filhos (Monografia). São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3047/2809>>. Acesso em: 03/06/2015.

DIAS, Maria Berenice de. Manual de Direito das Famílias. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição do Direito de Família

Contemporâneo sob o Novo Código Civil brasileiro. Disponível em:

<<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 15/06/2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Manual de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 06. 11. Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material. São Paulo. 2005. Disponível em:

<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03/06/2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Solidariedade Familiar. 2011. Disponível em: <<http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>>. Acesso em: 06/06/2015.

MATIELLO, Carla. Breves anotações sobre o princípio da busca da felicidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24959/breves-annotacoes-sobre-o-principio-da-busca-da-felicidade>>. Acesso em: 04/06/2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Direito e Afetividade: estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação [Mestrado]. FADUSP, São Paulo, 2009.

VIAFORE, Vanessa. O Abandono Afetivo e a Responsabilidade Civil Frente ao Afeto. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/...2/Vanessa_Viafore.pdf>. Acesso em: 03/06/2015.

A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Maria do Socorro Souza²³
Giovanni Weine Paulino Chaves²⁴

RESUMO: Este estudo tem como fim apresentar um panorama da discussão acerca do direito sucessório do(a) companheiro(a) no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição de 1988, possibilitando, assim, a abertura de novas perspectivas no debate e na legislação a ele referentes. Para isso, contextualiza o tema a partir da revolução jurídica ocorrida no Brasil, causada pela constitucionalização do direito, e seus reflexos na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, apresenta a evolução legislativa da família, de feição patrimonialista àquela calcada no afeto, enfocando o tratamento deferido à sucessão no Código Civil de 2002, refletido na disposição topológica da união estável e da sucessão do convivente em relação à família formal e à sucessão do cônjuge. Devido à natureza controvertida do assunto, o artigo realiza, ao longo de todo o trabalho, um debate teórico, com base na doutrina e na jurisprudência, alguns apresentando argumentos civilistas, mais conservadores, e outros, argumentos constitucionalistas. Por último, é analisado o artigo 1.790 do Código Civil, considerando as mudanças trazidas pela atual Constituição, observando-se que este contrapõe-se nocivamente ao direito à dignidade da pessoa humana, à igualdade substancial e ao reconhecimento da união estável como entidade familiar. A pesquisa, de cunho bibliográfico, buscou enveredar pela dimensão constitucionalista dos direitos sucessórios do(a) companheiro(a), posicionando-se pela defesa da igualdade, da dignidade humana, do afeto e da solidariedade como baluartes da família constitucionalmente tutelada.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Companheiro. Família. Código Civil. Constituição Federal.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - REFLEXOS NO CÓDIGO DE 2002 E NO DIREITO DE FAMÍLIA; 2.1 - A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002; 3 - CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO; 3.1 - ARTIGO 1.790 DO CC/2002:

²³ Especialista em Pesquisa Educacional (UERN) e em Tecnologias na Educação (PUC-Rio). Licenciada em Letras (UERN). Bacharelada em Direito (UERN). Professora de Informática do NTE e no NTM. Mossoró – RN – Brasil.

²⁴ Mestre em Direito Constitucional - UFRN. Especialista em Direito Processual Civil – UnP. Graduado em Direito – UnP. Professor efetivo da Faculdade de Direito - UERN. Mossoró – RN – Brasil.

1 – INTRODUÇÃO:

No momento em que alguém nasce, já está inserido em uma família, denominada de natural. É ela que lhe dá forma, que lhe ajuda a formar valores e a se desenvolver como cidadão, capaz de conviver em sociedade, advindo daí sua importância e o interesse jurídico direcionado a esta instituição.

Constituindo a mais antiga e menor organização social humana que existe, a família possui um valor indescritível para a sociedade, sendo inconcebível imaginá-la sem essa instituição, talvez por forjar, com esteio no cuidado, respeito e amor recíprocos, cada ser humano que dela se origina, contribuindo, assim, para a formação da pessoa adulta, moldando suas potencialidades, objetivando prepará-la para a vida em sociedade. A ideia de família relaciona-se intrinsecamente a sentimentos que, seja por consanguinidade, seja por afetividade, ligam pessoas, surgindo daí a família consanguínea e a família afetiva, respectivamente.

Nos últimos anos, a família vem passando por profundas e significativas transformações, tanto em seu conceito, como em sua função, natureza e constituição, assumindo modelos variados, engendrando novos valores e tendências, despertando o interesse do legislador e a gradual proteção do Estado, inclusive com tutela constitucional. A velha família patriarcal, hierárquica, que perdurou por todo o século XX, já não mais existe; foi destituída pelos valores estabelecidos na Carta Cidadã de 1988. Pode-se afirmar que a família atual existe em decorrência das pessoas que a constituem.

A família contemporânea, em constante mutação e fundamentada na afetividade, igualdade, responsabilidade, liberdade e solidariedade, já não cabe mais em um protótipo, haja vista desafiar a constância que a lei pretende lhe conferir, mudando conforme muda a história, a cultura, a sociedade e, às vezes, até mesmo a elas se antecipando.

Em nível constitucional, em uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, essa reconfiguração da

entidade familiar trouxe reflexos para o direito sucessório dos partícipes da entidade familiar, em especial para o do(a) companheiro(a). Reflexos, pode-se admitir com lamento, nem sempre abraçados pela legislação infraconstitucional.

A sucessão do(a) companheiro(a) à luz da Constituição Federal de 1988, em cotejo com sua aplicação no caso concreto, a partir das leis infraconstitucionais pós-Constituição, constituirá o foco desse estudo. O primeiro capítulo abordará as mudanças no ordenamento brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988, a passagem do estado liberal para o estado democrático de direito, com a consequente constitucionalização do direito daí decorrente e seus reflexos no novo Código Civil e no Direito de Família.

Nessa esteira, o estudo tratará da nova concepção de família, enquanto aquela fundada no afeto, efetivada por meio do reconhecimento e da tutela constitucionais da união estável como entidade familiar, equiparando-a à família constituída pelo casamento formal. Apresentará, ainda, a distinção no tratamento normativo e topológico dado pelo diploma civilista à família formalmente constituída e àquela formada pela afetividade, a união estável. Dando seguimento à discussão, será abordada a evolução legislativa do Direito de Família, suas transformações, decorrentes da supremacia dos valores e princípios constitucionais, fazendo-se, nesse sentido, um breve confronto entre os Códigos de 1916 e 2002.

No último capítulo, serão vistos os reflexos da Constituição Cidadã, no que tange ao direito sucessório do(a) companheiro(a), na jurisprudência, por meio do cotejo entre súmulas anteriores à CF/1988 e decisões recentes, e nas leis infraconstitucionais, editadas após 1988. Esse item será concluído com a análise do artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão do(a) companheiro(a), comparando-o, entre outros, com os artigos 1.829, 1.832, 1.837, 1.838 e 1.845, que regulam a sucessão do cônjuge e estabelece o rol dos herdeiros necessários, à luz da Constituição Federal, seus princípios e valores, em especial o da igualdade familiar e da dignidade da pessoa humana.

Essa atividade reflexiva resulta de uma ampla análise bibliográfica sobre o tema e será feita por meio da descrição das atuais tendências interpretativas sobre o direito sucessório do(a) companheiro(a), com destaque para a constitucionalista e a civilista. Com

isso, esse trabalho almeja contribuir, em termos de embasamento teórico, para a abertura de novas perspectivas que venham potencializar a discussão acerca da efetivação da igualdade de direitos no ordenamento brasileiro, em especial os sucessórios, para o(a) companheiro(a) em relação ao cônjuge, com vista a uma harmonização que leve em consideração, além do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, os princípios da igualdade familiar, do respeito à diversidade, do afeto e da dignidade da pessoa humana.

2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - REFLEXOS NO CÓDIGO DE 2002 E NO DIREITO DE FAMÍLIA:

A Constituição de 1988 modificou todos os paradigmas até então vigentes na realidade jurídica brasileira, constituindo-se o estopim da passagem do Brasil de um regime ditatorial, impositivo e despótico, para uma nação fundamentada em leis elaboradas e respeitadas pelo povo, onde vigora um estado democrático de direito. Forjada em um contexto sócio-político de ânsia por direitos humanos e recuperação da democracia, pressionada, nacional e internacionalmente, por movimentos e organizações sociais, a Constituição Cidadã introduziu, desse modo, o que os doutrinadores chamam de constitucionalização do direito, algo que, embora recente no Brasil, em cotejo com outros países, vem ocorrendo de forma bastante intensa.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 5) define constitucionalização como o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Elucidando o tema, o ministro explica que, com a constitucionalização do direito, o conteúdo constitucional - seus valores, princípios, condutas e regras - torna-se o centro do ordenamento jurídico, servindo de norte para a validade e interpretação de toda a legislação infraconstitucional, repercutindo nas relações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo, ao limitar, com base na observância aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais, sua liberdade de contratar e de fazer uso da sua propriedade privada.

Para o referido jurista, essa repercussão da constitucionalização do direito dá-se, igualmente, em todas as instâncias de atuação do Estado, em suas três esferas de Poder. No Executivo,

mediante a restrição de sua faculdade discricionária, determinando-lhe o dever de atuar e dando-lhe autonomia válida para praticar atos constitucionais de aplicação direta e imediata; no Legislativo, reduzindo sua discricionariedade para elaborar leis em geral e impondo-lhe deveres na execução de direitos e programas constitucionais; e, por último, no Judiciário, atuando como medida no controle de constitucionalidade que ele efetua, além de servir de filtro para a interpretação de todo o sistema normativo.

Esse processo de constitucionalização do direito, cuja ênfase maior é a centralidade da Constituição no sistema jurídico, originou-se na Alemanha, espalhando-se para a Itália, chegando ao Brasil somente no final do século XX, em especial a partir da Carta Magna de 1988. Com a promulgação do dispositivo constitucional, a Constituição passa a ter supremacia material, força normativa, e não apenas formal, diferentemente do que até então ocorria. Mendes e Gonet Branco explicitam, com precisão, esse paradigma: “O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade” (2013, p. 53). Como se desprende do dizer dos renomados juristas, o conteúdo constitucional, particularmente o princípio da dignidade da pessoa humana, passa a fundamentar todo o ordenamento jurídico, delimitando as decisões dos tribunais e a elaboração das leis.

Como efeito dessa irradiação da Constituição, o Código Civil deixou de ser o elemento conglobante do sistema jurídico²⁵, o centro das relações do direito privado²⁶, ainda que, em vários campos desse direito (divórcio, locação, consumidor, alimentos, criança e adolescente etc.), já houvesse legislações especiais, desvencilhadas de sua influência, fato conhecido no direito civilista como “descodificação”, consistente na formação de microssistemas para auxiliar a Lei Civil na tarefa de

²⁵ Com relação ao tema, Pietro Perlingieri (1997, p. 6) assevera que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

²⁶ Sobre o tema, ver o texto de Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 17, n. 65, jul./set. 1993, pp. 21-32.

responder aos anseios sociais²⁷. A Constituição, assumindo esse posto, torna-se um norte a direcionar todos os ramos do direito, um filtro axiológico na interpretação do ordenamento jurídico.

Nessa vertente, Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 12) assim se expressa:

O Direito Civil seguiu por décadas rumo bem definido. Acompanhando o desenvolvimento de cada instituto, vê-se que, embora estanques, os segmentos constituíram uma unidade orgânica, obediente no seu conjunto a uma sequência evolutiva uniforme. No entanto, as últimas décadas, marcadas pela redemocratização do País e pela entrada em vigor da nova Constituição, deflagraram mudanças profundas em nosso sistema jurídico, atingindo especialmente o Direito Privado.

Uma das características principais da constitucionalização do direito infraconstitucional, portanto, consistiu em reinterpretar seus dispositivos à luz da Constituição. Sob outra vertente, todas as leis do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque aqui nesse estudo para o Código Civil, só têm validade jurídica se estiverem em consonância com a Carta Magna. Aplicar a lei é aplicar a Constituição, conforme ilustra Bonavides (2004, p. 48) ao criar distintos níveis hierárquicos entre as leis e a Constituição:

Tanto os demais ramos do Direito Público como todo o Direito Privado se acham em posição de inferioridade e sujeição – nunca de igualdade e coordenação – em face do Direito Constitucional. É este que, privilegiadamente, encabeça o ordenamento jurídico, traçando as regras básicas do sistema normativo.

Por conseguinte, o Código Civil deve ser interpretado sob o manto dos princípios constitucionais e direitos fundamentais ali tutelados, que preponderam sobre as relações particulares e os interesses privados. Como bem expressa Caio Mário da Silva Pereira, os Códigos, trazendo a ênfase nesse estudo para o Civil, exercem hoje, “diante da nova

²⁷ Em conformidade com o pensamento do procurador federal Fabrício Cardoso de Meneses, em seu artigo: Descodificação do direito civil brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4168, 29 nov. 2014.

realidade, um papel residual” (2013, p. 12). O intérprete não pode mais desagregar a norma infraconstitucional de dispositivos mais gerais, que são os princípios e valores constitucionais. Tem-se, assim, o Direito Civil Constitucional ou Constitucionalizado. Nesse diapasão, Moraes (1993, p. 9) discorre sobre a transformação do direito civil, *in verbis*:

[...] de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

O direito civilista sofre uma profunda transformação. Originalmente protetor dos valores patrimoniais, curva-se ao conteúdo constitucional, que dá à propriedade privada uma função social, responsável pela potencialização de valores existenciais, rejeitando-a como um fim em si mesma. Ilustrando essa reviravolta axiológica, do patrimonial para a pessoa humana e sua dignidade, podem ser destacados, na Constituição Federal, o art. 170, que estabelece para a ordem econômica o fim de “assegurar a todos uma vida digna, conforme os ditames da justiça social”; o art. 182, que, ao dispor da política de desenvolvimento humano nos municípios, determina como sua finalidade “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Por último, na mesma linha dos exemplos anteriores, o art. 184, do texto constitucional, dá poderes ao Estado de “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”.

Em consonância com esses comandos constitucionais, a Lei Civil trouxe o art. 1.228 e seus parágrafos, com destaque para o §1º, cujo teor expressa:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Como se vê, a separação tradicional entre direito público e privado, foi superada, ou, no mínimo, tornou-se obscura. A constituição impactou, de modo intenso, as relações privadas e sua regulação; conseguiu politizar o direito civil, redefinindo sua função em relação à sociedade, à economia e à política. Pode-se dizer que há um Direito Civil socializado, despatrimonializado, cujo fundamento primeiro é a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

No que tange à família e sua regulação jurídica, essa influência também foi fortemente sentida. A Constituição Federal de 1988, quebrando barreiras, inova. O Capítulo VII do Título VIII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso - é dedicado especialmente à família, com destaque para seus membros mais vulneráveis. Do patriarcalismo e autoritarismo da família no Direito Civil para a diversidade de arranjos familiares, pautados na solidariedade, afeto, lealdade, igualdade, respeito mútuo e dignidade da pessoa humana, pilares do Estado Democrático de direito.

O texto constitucional, no art. 226, além de garantir proteção jurídica à família (*caput*), na pessoa de todos os seus membros (§ 8º), reconhece sua pluralidade e papel na formação da personalidade das pessoas que a compõem. Dando curso a essas inovações, o diploma constitucional defere a esta instituição o livre planejamento familiar (art. 226, § 7º), amplia o rol de entidades familiares por ele tutelados, reconhecendo a família monoparental (art. 226, § 4º) e a união estável (§ 3º), estabelecendo, outrossim, a igualdade entre os cônjuges (§ 5º) e entre os filhos.

Com essa e outras alterações, a Constituição Cidadã tentou se adequar às mudanças sociais da época, tornando-se o paradigma jurídico para o reconhecimento do afeto como elemento de formação da família, independentemente de vínculos consanguíneos. O reconhecimento pela Constituição da união estável como entidade familiar, em vez de sociedade de fato, como era denominada, para fins de direitos de partilha, igualou-a, pelo menos juridicamente, ao casamento, originando mudanças no Direito de Família.

2.1 - A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:

A Constituição Cidadã, como supra asseverado, trouxe profícuas mudanças para todo o sistema jurídico brasileiro, impulsionando transformações revolucionárias no Direito de Família brasileiro, especialmente no século XXI. A supremacia dos seus princípios e valores sobre todo o Código Civil refletiu-se, sobremaneira, como não poderia deixar de ser, na instituição familiar.

Em detrimento do patrimônio e tentando adaptar-se às transformações advindas da promulgação da Carta Cidadã, o diploma civilista passou a valorizar a pessoa humana, tornando-a substrato da atuação estatal e institucional. A família, que por tantos séculos teve cunho religioso, sendo voltada para si mesma, converte-se em uma instituição laica, instrumento de formação da pessoa, garantia de suporte recíproco para seus membros; comunidade inclusiva, fundamentada no afeto, respeito e solidariedade entre seus membros.

Parece estranho assim exprimir, quando, por tanto tempo, a ideia de família que se teve foi a convencional, constituída de homem, mulher, unidos através do casamento, e filhos. Hoje, essa realidade está cada vez mais distante. O modelo hierarquizado e patriarcal de séculos deu lugar a outros modelos de família, cujo fundamento é o afeto. (Re) nasce, assim, a família eudemonista, cuja base é a felicidade individual de cada um dos seus membros (DIAS, 2013).

Para Maria Berenice Dias (2013), família pode ser conceituada como um LAR – Lugar de Afeto e Respeito. Todas as pessoas desejam se acasalar, viver juntas. É daí que advém a origem da família natural. Sua constituição é preexistente ao Estado, cabendo a este apenas e tão-somente regulá-la juridicamente. Ainda segundo esta autora, pelo fato de a família natural vir sempre antes da lei, “a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder” (2013, p. 27) a ela. Com o fim de impor limites ao homem, na sua ânsia por prazer, e de ordenar os elos afetivos interpessoais, o Estado instituiu o casamento como uma convenção social.

À medida que evoluía, a família ia assumindo, no decorrer da história, diferentes funções (religiosa, econômica, política e procriacional). Inicialmente, possuía uma estrutura extensa, rural, comunitária, formada por todos os parentes, com o fito de produzir e procriar. Com cunho patriarcal, o ambiente familiar era onde o homem exercia seu poder marital sobre a mulher e o pátrio poder sobre os filhos.

A família matrimonial anterior à Constituição de 1988 vivia sob a tutela do Código Civil de 1916, cuja concepção de família era extremamente machista e preconceituosa. Nele, o casamento era indissolúvel e os filhos havidos fora do matrimônio eram discriminados, bem como as uniões que os geravam. Não havia igualdade entre o homem e a mulher no casamento, nem entre filhos e pais. O homem, marido e pai, mantinha superioridade em relação à esposa e aos filhos, sendo sua vontade a representação da vontade familiar. Era ele quem administrava os bens da família e a vida de seus membros. Os filhos nascidos de uniões extramatrimoniais eram considerados ilegítimos, não participando da família codificada. A única forma de dissolver a vida em comum era o desquite, que não dissolvia o vínculo jurídico.

A evolução legislativa da família foi se dando paulatina e significativamente²⁸. Em 1962, foi promulgada a Lei 4.121 – Estatuto da Mulher Casada, devolvendo a plena capacidade à mulher casada e assegurando-lhe a propriedade exclusiva de bens pessoais, obtidos via trabalho. Em 1977, a Lei 6.515 e a Emenda Constitucional nº 9 instituíram o divórcio, tornando o casamento dissolúvel. Em 2007, a Lei 11.441 trouxe a possibilidade do divórcio consensual extrajudicial, acrescentando o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil – Lei 5.869/1973. Finalmente, em 2010, a Emenda Constitucional 66 alterou o § 6º do art. 226 da CF/1988, estabelecendo o divórcio como o único modo de dissolver o casamento, sem a necessidade de obedecer a prazos ou determinar as causas, tampouco de haver prévia separação do casal, judicial ou de fato.

Como já mencionado, de patrimonial, extensa, patriarcal e rural, a família foi se transformando, tornando-se, gradativamente, afetiva, nuclear, igualitária e urbana. A Constituição Federal de 1988 exerceu um relevante papel nessa mudança, influenciada pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ou Estado Democrático de Direito.

O art. 226 do referido diploma legal proclama a família como base da sociedade, a ela destinando proteção especial por parte do Estado. Este mesmo artigo, revolucionando, já que até então só era reconhecida juridicamente a família matrimonial, amplia os efeitos jurídicos da família legítima, reconhecendo duas entidades familiares, além da

²⁸ Maria Berenice Dias aborda essa evolução com bastante precisão, no Manual de direito das famílias, 2013, pp. 30-31.

matrimonializada: a família convivencial (união estável) e a família monoparental, definida no § 4º como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Lôbo (*online*), interpretando extensivamente esse artigo constitucional, amplia esse rol, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à pluralidade e diversidade, também presentes na CF/1988, incluindo outras, fundadas em vínculos afetivos, como a família socioafetiva e a homoafetiva.

Impende ressaltar que, apesar de até a promulgação da Constituição de 1988, só ser reconhecida a família matrimonial, outras organizações familiares existiam, embora fossem discriminadas e rejeitadas pela sociedade, pelo Estado e pela Igreja. Não obstante as várias transformações sofridas pela família após a Constituição, o seu papel como modelo na formação e bem-estar dos seus membros em desenvolvimento foi conservado. A ênfase da família passou da instituição para o sujeito, para a formação da pessoa, o afeto, a lealdade, o respeito e a solidariedade, reflexos de sua instrumentalidade.

Acerca dessas mudanças por que passou a família, Villela aduz (1980, p. 11):

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da *grande família*, que compreendia a própria linha dos escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade *pai-mãe-filho*, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo, deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.

A legislação atual também reconhece o afeto como força matriz do núcleo familiar. É o que demonstra o inc. II do art. 5º da Lei nº 11.340 de 2006 – Lei Maria da Penha, quando define família como “[...] a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

O Código Civil – Lei 10.406/2002 – inseriu várias modificações sobre o direito de família oriundas de leis esparsas e da

CF/1988. Para Dias (2013), entretanto, o Código já nasceu velho, pois não conseguiu acompanhar as mudanças sofridas pela família ao longo do século XX, como reconhecer os diferentes arranjos familiares sempre presentes na sociedade, mas não tutelados juridicamente, a exemplo das uniões homoafetivas. Na opinião da autora, o Código, contudo, trouxe alguns benefícios. Um dos pontos positivos foi a eliminação de termos e conceitos preconceituosos e discriminatórios, tais como: bastardo, adúlterino e concubina. Não obrigar mais a mulher a excluir o sobrenome do marido, ao se divorciar, bem como garantir alimentos ao cônjuge “culpado” pela separação constituem, igualmente, avanços introduzidos pelo Código.

Na seara do direito sucessório, ao comparar o Código Civil de 2002 com o de 1916, Gagliano e Pamplona Filho (2015) reconhecem o avanço significativo do primeiro em face do segundo, no que diz respeito à sucessão pelo cônjuge e pelo(a) companheiro(a), embora ressaltem que o caminho para essas mudanças já havia sido aberto, inicialmente pela Carta de 1988 e, depois, pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. De acordo com esses autores, o Novo Código fez com que o cônjuge supérstite concorresse com os herdeiros legítimos necessários, algo inexistente até então²⁹, e, mesmo restritamente, admitiu a possibilidade de o companheiro sobrevivente suceder o convivente falecido, em concorrência com outros parentes, inclusive os colaterais até o quarto grau. Nesse último caso, há bastante controvérsia quanto à constitucionalidade de regramento diferenciado para o companheiro, tendo em vista que a união estável foi constitucionalmente equiparada ao casamento.

Para alguns doutrinadores (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015; DIAS, 2013), o Código, nesse sentido, tratou o tema de modo infeliz, confuso, preconceituoso e, até mesmo, inconstitucional, pois dispôs atecnicamente o direito sucessório do convivente na parte introdutória, nas “Disposições Gerais” do Livro Sucessório, enquanto deveria ter colocado na parte relativa à sucessão legítima, juntamente com o direito sucessório do cônjuge.

²⁹ No Código de 1916, cônjuge e colaterais eram herdeiros legítimos facultativos, podendo ser afastados da herança pelo testador, caso assim o desejasse, *in verbis*: “Art. 1.725. Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”.

No que tange à entidade familiar constituída por meio da união estável, o legislador, ao regular o Direito de Família no Livro IV do Código Civil – arts. 1.511 a 1783, persistiu em ignorar a igualdade constitucional a ela concedida, separando-a da entidade familiar formada através do casamento, esta sendo abordada no Título I, em um número de artigos bem superior ao da união estável, relegada a 4 artigos – 1.723 a 1.727, dispostos no Título III do referido diploma.

Na concepção de Dias (2013, p. 32-33), essa separação “evidencia ainda postura preconceituosa do legislador, que insiste em não aceitar a união estável no mesmo plano que o casamento”, que teima em negar que a “família legítima” tutelada no Código Civil de 1916, como a oriunda do matrimônio, cedeu lugar a diversos arranjos familiares, a modelos de família originados do desejo de as pessoas compartilharem vidas e sentimentos, criarem laços, amparando-se mutuamente, em uma relação igual, horizontal, dialógica. Infelizmente, o preconceito em relação à união estável encontra eco no direito sucessório do(a) companheiro(a) supérstite, como será visto a seguir.

3 - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO:

Com a nova reconfiguração da família na nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Cidadã de 1988, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e no afeto, a união estável foi alçada à condição de entidade familiar³⁰, passando a ser tutelada como tal pelo Estado.

Antes do reconhecimento expresso da união estável no art. 226, § 3º, do atual diploma constitucional, já havia certa admissão desse instituto na jurisprudência, conforme ilustram as Súmulas 447, 380, 35 e 382 do Supremo Tribunal Federal (STF), da década de 60. A partir de 1980, a Jurisprudência, com fulcro na Lei 6.858/1980, foi aos poucos assegurando ao convivente a natureza de dependente, para recebimento de créditos de caráter previdenciário e pequenos valores. Contudo, foram

³⁰ A Constituição Federal de 1988 determina: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

as Leis 8.971/94 (Lei da Concubina) e 9.278/96 (Lei da União Estável), editadas antes da promulgação do Código de 2002, que regularam essa relação.

Família é igual, seja em que forma se apresente. Essa é exegese da Constituição, ao dedicar-lhe especial proteção. Assim, a união estável não deve mais ser equiparada à sociedade de fato, para ter proteção patrimonial. É uma família. Por conseguinte, não deve haver direito diferenciado para pessoas unidas pelo casamento – cônjuges - e pessoas unidas em união estável – conviventes ou companheiros. A ambos devem ser concedidos os mesmos direitos!

No entanto, essa igualdade e amparo constitucional às entidades familiares não foi estendida, no campo sucessório, aos companheiros. Estes continuam a receber tratamento diferenciado em relação aos cônjuges pelo legislador infraconstitucional, encarregado de regulamentar o reconhecimento e conversão da união estável em casamento, cumprindo, assim, o estabelecido na Constituição Federal.

No entanto, a partir da edição da Lei Maior, especificamente dos anos 90, mudanças legislativas começaram a ocorrer, ainda que de modo lento. Nessa esteira, tendo em vista o cumprimento do mandamento constitucional, foram promulgadas, como supra citado, as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, que, precedendo o Código de 2002, dispuseram sobre o patrimônio e a sucessão dos conviventes. O tema da sucessão (herança e usufruto) e meação mediante morte do companheiro foi tratado nos arts. 2º e 3º da Lei 8.971/1994.

Percebe-se, portanto, que em conformidade com o art. 3º dessa lei, se o(a) companheiro(a) contribuiu para a aquisição do bem, ele terá direito à meação, ainda que este bem esteja na titularidade do *de cuius*. Os incisos I e II garantem o direito ao usufruto de quarta parte ou metade dos bens, dependendo de haver ou não filhos da pessoa falecida. O direito ao usufruto, por não haver sido inserido no Código Civil de 2002, causa polêmica na doutrina e na jurisprudência, mas, na visão de Dias (2013, p. 191), se a Lei 8.971/1994 assegurou-o, não tendo sido ela expressamente revogada, esse direito deve permanecer vigorando. O inc. III do art. 2º desse dispositivo legal insere o convivente supérstite na 3ª ordem de vocação hereditária e foi incluído no CC/2002 como o inc. IV do art. 1.790, embora de modo mais prejudicial ao companheiro, haja vista inferir-se dessa regra que este concorrerá não somente com os

descendentes e ascendentes, mas também com os colaterais (tios, primos, sobrinhos).

A Lei 9.278/1996, por sua vez, regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu o direito real de habitação do convivente supérstite, conforme reza o parágrafo único do seu artigo 7º: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. Cabe ressaltar que a Lei Civil não aborda o direito real de habitação aqui previsto para o(a) companheiro(a), mas por equiparação da garantia desse direito ao cônjuge, é feita, por alguns doutrinadores e juízes, uma exegese analógica com os arts. 1.831 deste diploma e com o 6º da CF/1988, concluindo-se pela não revogação do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/1996.

Desconsiderar os avanços obtidos pelo convivente é retroagir, ignorando a própria evolução da sociedade, *locus* de aplicação do Direito. Nesse diapasão, posiciona-se o Enunciado 117, da I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho de Justiça Federal: “Art. 1831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição de 88”. Essa posição já é pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se verifica em recente julgado:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que

deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1329993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 18/03/2014)

Logo, arguir o direito real de habitação, de caráter possessório, para o(a) companheiro supérstite, alvo de sua criação, é efetivar a proteção constitucional dada à família, em suas mais variadas formas, tendo em vista o princípio da solidariedade familiar, do afeto e do cuidado recíproco, que não se esvaem com a morte. Nesse sentido, vale citar a ponderação de Eduardo de Oliveira Leite (2009, p. 292-293):

Fica a indagação: o legislador não quis reconhecer tal direito aos companheiros? Por óbvio a resposta negativa se impõe. No estágio atual em que nos encontramos, em matéria de reconhecimento da união estável, seria um retrocesso sustentar tal hipótese. Além do mais, se aos cônjuges reconhece-se a incidência desse direito, de igual modo deve ser reconhecido ao companheiro sobrevivente, não em decorrência da união (como poderia argumentar setor mais refratário da doutrina nacional) mas, pura e simplesmente, em razão da proteção aos membros da família.

Apesar de prever o direito real de habitação para o(a) companheiro(a), em caso de morte do parceiro, a Lei 9.278/1996 não estabeleceu, como o fez a Lei 8.971/1994, prazo de convivência para a

configuração da união estável. Definiu união estável, no art. 1º³¹, apresentou os direitos e deveres dos conviventes, tratou da conversão da união estável em casamento via Cartório, bem como do direito a alimentos e meação de bens adquiridos conjunta e onerosamente.

Pelo fato de alguns dispositivos dessa lei colidirem com a Lei 8.971/1994, houve especulação, entre a doutrina e a jurisprudência, acerca da derrogação da Lei 8.971/1994 pela Lei 9.278/1996. Um dos conflitos entre as duas refere-se à exigência temporal de 5 anos para a caracterização da união estável, expressa na lei mais antiga³², requisito inexistente na Lei 9.278/1996, que apenas exige a convivência duradoura, pública e contínua. As referidas leis também divergiram quanto a alimentos e meação, tendo sido os artigos da Lei 8.971/1994, referentes a esses assuntos, revogados, com exceção, como explanado acima, do art. 2º, que continuou vigorando, cujo inc. III tornou-se, alterado, o inc. IV do art. 1.790 do CC/2002.

Ademais, o art. 11 da Lei 9.278/1996, ao determinar a revogação das disposições contrárias, não aludiu a nenhuma lei em específico, ocorrendo, assim, a chamada revogação tácita. Frise-se que tal revogação dá-se quando a lei posterior regula totalmente a matéria da lei mais antiga ou quando esta torna-se incompatível com aquela. No caso em pauta, constata-se que as duas leis buscaram fixar parâmetros para dar forma ao instituto da união estável, sendo que a anterior abordou matérias não abarcadas pela posterior. O direito à sucessão, e o deferimento a(o) companheiro(a) do direito à integralidade da herança, na inexistência de ascendentes e descendentes, por exemplo, não foram abordados pela Lei 9.278/1996, que se restringiu ao direito real de habitação em relação ao imóvel de residência da família.

A controvérsia foi dirimida com a decisão do STJ, no Resp. 747.619-SP, de 2005, cuja proposição da ação foi anterior à vigência do CC/2002, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que assim aprecia a questão em discussão:

³¹ “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

³²: “Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DE HERANÇA. LEI 8.971/94. LEI 9.278/96. - Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes. - Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e a Lei 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas. Recurso especial não conhecido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/06/2005, T3 - TERCEIRA TURMA)

Pendendo em direção ao teor da Lei 9.278/1996, o Código Civil de 2002 introduziu no seu texto a união estável, embora tenha gerado controvérsias no âmbito jurídico quanto ao direito sucessório do(a) companheiro(a). As características do conceito de união estável, apresentado na Lei 9.278/96, são corroboradas na Lei Civil, embora esta não tenha apresentado uma definição precisa, como se pode verificar no art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Impende consignar que a união estável, *conforme configurada pelo legislador*, tem como finalidade a formação da família, com ela não se confundindo a união/família paralela, a relação em que uma das pessoas envolvidas é casada. Afirmar, cabe dizer, polêmica.

Dias (2013, p. 176), discorrendo sobre o tema, apresenta um conceito amplo de família, no qual está inserida a união estável:

Este novo conceito de família acabou consagrado pela lei Maria da Penha (L 11.340/06), que identifica como família qualquer relação íntima de afeto.

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação.

A união estável sempre existiu na sociedade. Entretanto, por um período bastante longo, esse tipo de relacionamento foi ignorado e concebido como imoral, espúrio, desmerecendo, por essa razão, tutela jurídica no ordenamento brasileiro. Gradualmente, a Jurisprudência foi avançando e reconhecendo essas relações, algo de indiscutível relevância

para sanar injustiças resguardadas por leis obsoletas e arcaicas. Destacam-se, no processo de reconhecimento da união estável, então tratada como concubinato, algumas súmulas do STF, que, assim como outros julgados, regulavam apenas os “efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir perversas injustiças” (DIAS, 2013, p. 173).

De acordo com Cunha (2003), inicialmente, quando a mulher não tinha fonte de renda, alimentos eram concedidos judicialmente como se fossem uma “indenização por serviços domésticos”, argumentando-se a proibição do enriquecimento ilícito. Em seguida, a união estável, ou concubinato, passou a ser reconhecida nos tribunais como “sociedade de fato”, da qual os companheiros eram considerados sócios, havendo, como requisito ao direito do(a) companheiro(a) à partilha dos bens obtidos pelo casal na constância da relação, a necessidade da prova de participação mútua na construção do patrimônio. Resultou daí a Súmula 380, editada em 1964: “Comprovada a existência de *sociedade de fato* entre os *concubinos*, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Note-se o uso das expressões “sociedade de fato” e “concubinos”, correspondendo, respectivamente, aos termos “união estável” e “conviventes”/“companheiros”.

A Súmula 35, publicada em 1963, concede direito de indenização ao convivente sobrevivente, em caso de morte do parceiro por acidente trabalhista: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. A Súmula 447, editada, juntamente com a 382, em 1964, enuncia o seguinte: “É válida a disposição testamentária em favor de filho *adulterino* do testador com sua concubina”. O destaque do termo “adulterino” é proposital, visando explicitar o tratamento dispensado, à época, ao filho concebido fora do casamento. Por fim, a Súmula 382 determinou não ser indispensável, para se caracterizar o concubinato (leia-se união estável), a vida em comum no mesmo domicílio.

Esse tipo de relação foi gradualmente sendo aceito pela sociedade, fato comprovado na Constituição de 1988, que, denominando-a de “união estável”, no § 3º do art. 226, conferiu-lhe o *status* de entidade

familiar, dando proteção jurídica ao enlace extra matrimônio, às relações constituídas pela afetividade; em suma, legalizou a união estável.

Ao concubinato, como era tratada a união estável antes da CF/1988, aplicavam-se regras do Direito das Obrigações, visto esta não ser ainda considerada família, passando a receber esse reconhecimento somente com a Carta Magna. Segundo Dias (2013), contudo, o reconhecimento não produziu, de imediato, os reflexos esperados na jurisprudência, que continuou tratando a união estável como se pertencesse ao Direito das Obrigações, recorrendo, nas suas decisões, à Sumula 380 do STF. Ainda consoante a autora, no âmbito sucessório, também não houve avanço: os tribunais, em sua maioria, continuaram a negar ao convivente supérstite o direito real de habitação, bem como o direito ao usufruto e à herança.

Se a união estável, enquanto entidade familiar, é equiparada ao casamento, não deveriam os companheiros usufruírem dos mesmos direitos e obrigações, inclusive patrimoniais, relativos aos cônjuges?

3.1 - ARTIGO 1.790 DO CC/2002: INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988:

O diploma Civil versa sobre a união estável no Livro IV, Título II, arts. 1.723 a 1.727, bem como em outros capítulos, de modo esparsos, a exemplo do dever alimentar, previsto no art. 1.694, e da sucessão do(a) companheiro(a), explicitada no art. 1.790. O conteúdo dos arts. 1.723 a 1.727 aborda as características da união estável (1.723), deveres dos conviventes (1.724), bem como o regime da comunhão parcial de bens a ser adotado por estes (1.725)³³, conferindo-lhes, porém, autonomia para dispor de maneira diferente, se assim o desejarem. Vale ressaltar que somente os bens obtidos durante a união, e resultantes de esforço conjunto de ambos os companheiros, poderão ser partilhados ou herdados, constituindo-se incomunicáveis aqueles adquiridos anteriormente à união³⁴. O art. 1.726, dando seguimento ao tema, trata

³³ “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

³⁴ “Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da

da conversão da união estável em casamento; já o art. 1.727 aborda o conceito de concubinato, para melhor diferenciá-lo da união estável³⁵.

No campo sucessório, o Código vigente inseriu um capítulo tratando da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, inovando, não tanto quanto o necessário, em relação ao Código de 1916, em especial no que se refere ao cônjuge e, em menor intensidade, ao companheiro. Na ordem de vocação hereditária da sucessão legítima, no art. 1.829 do atual Código, o cônjuge supérstite passou a concorrer, como herdeiro, com os descendentes e ascendentes, nas duas primeiras classes preferenciais, precedendo os colaterais até o 4º grau.

Antes de dar continuidade ao tema da sucessão, impende apresentar alguns conceitos, para melhor compreensão das ideias aqui discutidas. Gagliano e Pamplona Filho definem sucessão legítima como “o conjunto de regras que disciplina a transferência patrimonial *post mortem*, sem a incidência de um testamento válido” (2015, p. 189). Em outra vertente, se alguém morre *ab intestato* (sem deixar testamento), ou se, tendo-o feito, for este declarado inválido (nulo ou anulável), ou quando, ainda, mesmo sendo válido, não abranger todos os bens do falecido, a sucessão dar-se-á conforme o estabelecido na lei³⁶. Essas regras estão expressas no Código Civil (art. 1.790, 1.829, 1.832, 1.837 e 1.838) e regulam a ordem de vocação hereditária, isto é, o rol de preferência legal dos sucessores do *de cuius*.

Outros conceitos que precisam ser diferenciados são os de meação e sucessão. O primeiro termo é abordado pelo Direito de Família e tem direta conexão com o regime de bens. Caso seja o regime de bens da entidade familiar o da comunhão parcial ou universal, ou o da participação final nos aquestos, o cônjuge/companheiro(a) supérstite será meeiro nos bens comuns. Ele não herda, visto já ser dono da metade dos bens comuns, ainda que estes estejam na titularidade do *de cuius*. Já a sucessão, tratado pelo Direito das Sucessões, não tem relação com o regime de bens, mas com a posição de consorte (cônjuge ou convivente).

colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

³⁵ “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

³⁶ “Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Os bens não são do consorte, mas do *de cuius*. Em decorrência da morte do(a) parceiro(a), o consorte sucede-lhe na titularidade dos bens, dando-se a transmissão gratuita *causa mortis*. Suceder significa, portanto, substituir, tomar o lugar no patrimônio de alguém que faleceu.

Resgatando a discussão acerca da sucessão legítima, constata-se que a ordem de vocação hereditária do(a) companheiro(a) no novo Código Civil é abordada no art. 1.790.

Por oportuno, é relevante frisar que vários doutrinadores (DINIZ, 2012; GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015; DIAS, 2013, VELOSO, 2011) criticam fervorosamente o conteúdo deste artigo, considerando-o discriminatório, deficiente, injusto, desastroso, confuso e retrógrado, entre outras coisas, por não ter sido colocado no Capítulo I – Da ordem de vocação hereditária - do Título II – Sucessão Legítima, junto ao do cônjuge, no art. 1.829 do CC/2002, tendo sido inserido nas Disposições Gerais - Capítulo I – do Título I - Da Sucessão em Geral. O impacto adveio, ainda, do fato de este comando ter modificado substancialmente a disposição da Lei 8.971/1994, retroagindo no que se refere ao direito sucessório do(a) companheiro(a), fazendo-o concorrer também com os colaterais, além dos sucessores necessários (ascendentes e descendentes). O inc. III do art. 2º da Lei 8.971/1994 dispunha o companheiro à frente dos colaterais, na ordem de vocação hereditária, tornando-o, assim, herdeiro exclusivo da herança, face à inexistência de ascendentes e descendentes do *de cuius*.

Com relação à matéria, Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 80-81) assim se posicionam:

De fato, cuida-se de tratamento demeritório da união estável em face do matrimônio, com uma disciplina que a desprestigia como forma de relação afetiva, o que beira à inconstitucionalidade.

Ademais, o dispositivo é muito mal pensado, uma vez que não prevê a situação cada vez mais corriqueira de haver filhos comuns em concorrência com exclusivos.

E, no final das contas, abstraída – ao menos nesse momento – a discussão sobre a sua constitucionalidade, tem-se, de fato, uma confusa disciplina legal, que chega ao cúmulo de permitir que um colateral do falecido (um primo, por exemplo) tenha mais direitos do que a própria viúva.

Isso remonta ao fato, inclusive, de haver sido estabelecido um regramento materialmente diferenciado ao trato da legítima entre cônjuge e companheiro(a) [...].

Nessa mesma esteira, o renomado jurista Zeno Veloso julga o artigo 1.790 do diploma civilista inconstitucional, porquanto incompatível com o princípio da igualdade familiar previsto na Carta Magna³⁷. Em entrevista concedida à Revista Leis & Letras, quando indagado acerca das principais dúvidas a respeito do direito sucessório na atualidade, Veloso (2011, *online*) responde:

A sucessão dos companheiros hoje gera maiores dúvidas. Esta questão está regulada no artigo 1.790 do Código Civil. Neste ponto o Código deu um pulo para trás. Depois da Constituição de 1988, duas leis regularam a sucessão dos companheiros, uma em 1994 e outra em 1996. Até então, o que valia para os cônjuges, valia para os companheiros. O Código Civil de 2002 destruiu tudo isto. O companheiro sobrevivente somente herdará os bens adquiridos onerosamente durante a convivência e, mesmo assim, numa posição diminuída e ingrata. Inconstitucional em meu entendimento. Somente a título de exemplo, se faleceu um dos companheiros e este não deixou nem descendente nem ascendente, mas deixou um primo, que é um colateral do quarto grau, um mero conterrâneo que ele mal conhecia, este primo vai herdar 2/3 dos bens adquiridos onerosamente e o companheiro sobrevivente vai herdar apenas 1/3. E mais, se este companheiro já tinha outros bens antes da união estável, este tal primo vai ficar com tudo. É apenas um retrato doloroso de como está regulada a sucessão do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro. Temos de mudar isto, logo.

Os exemplos supra apenas ilustram o impacto que o citado artigo teve sobre os doutrinadores, por ferir o texto constitucional, ignorando os princípios da isonomia familiar e da dignidade da pessoa humana ali tutelados, pois desnivelou duas entidades familiares – união estável e casamento – e desrespeitou a dignidade do(a) companheiro(a)

³⁷ Em palestra proferida em 2012, em Belém, Pará, sobre o direito sucessório dos companheiros. Informação retirada do site: <http://oab-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2840150/zeno-veloso-defende-a-inconstitucionalidade-do-artigo-1790-do-codigo-civil>. Acesso em 18 jun. 2015.

sobrevivente, que, ao perder seu convivente, além da dor emocional, também tem que lidar com o desamparo material causado por leis ultrapassadas e injustas. Ademais, o aludido dispositivo fere o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, cujo fundamento é a segurança jurídica e o respeito aos direitos sociais do indivíduo; no caso do direito sucessório do(a) companheiro(a), a observância desse princípio dar-se-ia na irreversibilidade das conquistas legislativas alcançadas antes do novo Código Civil, o que, infelizmente, não ocorreu.

Em cotejo com o dispositivo que regula a sucessão do cônjuge, essa injustiça e desigualdade evidenciam-se mais, visto concorrer este, como herdeiro, com os descendentes - dependendo do regime de bens - e, independentemente do regime, com os ascendentes, sendo que, na inexistência dessas duas figuras, herdará a totalidade dos bens³⁸, enquanto o convivente terá que concorrer, ainda, com os colaterais até o 4º grau.

Vale recordar, outrossim, que o cônjuge, diferentemente do(a) companheiro(a), só pode ser excluído da herança por deserção ou indignidade, pois constitui herdeiro reservatório, necessário, conforme reza o art. 1.845 do atual Código Civil³⁹. Por não fazer parte da lista dos herdeiros necessários, o(a) companheiro(a), ao contrário, poderá ser excluído da herança e só terá direito a sua possível meação, se houver bens comuns adquiridos onerosamente. A situação torna-se mais tenebrosa quando o *de cujus* só deixa bens particulares, caso em que o convivente sobrevivente não herdará bem algum, *ex vi* do art. 1.846 do CC/2002⁴⁰, ficando desamparado, à mercê de sua própria sorte.

Em uma leitura mais detalhada do art. 1.790 e seus incisos, observa-se que seu *caput* restringe o direito sucessório do companheiro,

³⁸ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais”.

³⁹ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

⁴⁰ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

fazendo-o incidir somente sobre os bens em cuja aquisição tomou parte na vigência de sua relação. Há, aqui, uma retroação em relação à Lei nº 8.971/1994, que conferia ao companheiro a totalidade dos bens, sem concorrer com outros parentes sucessíveis, não havendo ascendentes nem descendentes. Nesse diapasão, pela previsão codificada, só há direito à sucessão dos bens onerosamente adquiridos na vigência da união, sendo excluídos todos aqueles adquiridos, onerosa ou gratuitamente, antes de a união ser constituída, indo para os ascendentes, descendentes ou colaterais até o 4º grau, ou, ainda mais injusto, para o Poder Público, conforme determina o art. 1.844 do Código vigente.

O *caput* do art. 1.790 cita quatro condições para o exercício do direito de sucessão do(a) companheiro(a) ali previsto, especificadas nos seus incisos. As duas primeiras condições referem-se à concorrência com filhos ou outros descendentes. O inc. I prevê que, caso o(a) companheiro(a) sobrevivente concorra com filhos comuns, herdará uma quota igual ao que cada filho receber; fará jus, contudo, à metade do que cada descendente – filho, neto, bisneto - exclusivo do *de cujus* receber, se com ele concorrer, expressa o inc. II. O que não foi previsto na norma é a filiação ou sucessão híbrida, caso em que há filhos do casal (comuns) e filhos exclusivos do autor da herança, cabendo à jurisprudência preencher essa lacuna. Consoante Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 240-241), a doutrina, tentando solucionar esse problema, dividiu-se em três correntes.

A primeira corrente, majoritária, defende a equiparação de todos os filhos, como se fossem comuns, aplicando-se, por conseguinte, o inc. I do art. 1.790; dela são adeptos juristas ilustres, como Caio Mário da Silva Pereira, Francisco José Cahali, Maria Berenice Dias, Mário Luiz Delgado, Rolf Madaleno, Sílvio de Salvo Venosa, entre outros. A segunda corrente, contrapondo-se à primeira, sugere, na hipótese da sucessão híbrida, a subsunção do inc. II do referido artigo, considerando-se, assim, todos os filhos como se fossem exclusivos do *de cujus*. Desse entendimento compartilham vários doutrinadores, a exemplo de Zeno Veloso, Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. A terceira corrente aconselha o uso de fórmula matemática para a solução do conflito.

O inc. III do art. 1790 do CC/2002, explicitando a terceira condição para a efetivação do direito expresso no seu *caput*, determina

que, na concorrência do(a) convivente viúvo(a) com outros parentes, o(a) companheiro(a) supérstite fará jus a um terço dos bens onerosamente adquiridos durante a união estável, norma extremamente injusta, haja vista um colateral do *de cujus*, por exemplo, ter direito aos dois terços restantes dos bens, para cuja aquisição em nada contribuiu. Ou, até mesmo, aos bens particulares adquiridos anteriormente à união estável. Por fim, o inc. IV, fechando o ciclo discriminatório explicitado no art. 1.790, prevê que, somente se não houver parente sucessível - descendentes (filho, neto, bisneto etc.), ascendentes (pais, avos, bisavós, tataravós etc.) ou colaterais até o 4º grau (tio, irmão, primo, sobrinho etc.) - o(a) companheiro(a) sobrevivente herdará a totalidade da herança.

Zeno Veloso (2010, p. 181), jurista de notável saber e membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, critica veementemente o teor deste dispositivo:

Haverá alguma pessoa – em nosso país ou fora dele – jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar, a este extremo, vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos laços do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

O legislador, lamentavelmente, destituiu o convivente de vários direitos adquiridos. Além de, para suceder, ter que percorrer toda a ordem de chamamento, em concorrência com ascendentes, descendentes e colaterais, a ele são imputadas as condições do limite aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, só herda os bens de cuja aquisição participou, os bens comuns, excluindo-se, desse modo, os bens particulares da pessoa falecida; além disso, há uma disposição no estabelecimento das cotas da herança que prioriza o vínculo sanguíneo, em detrimento do afetivo. Para o cônjuge sobrevivente, no entanto, a regra não se aplica. Em regra, ele/ela será herdeiro(a), dependendo do regime de bens, até mesmo dos bens que não ajudou a adquirir. Nesse sentido, prelecionam Rosenthal e Farias (2015, p. 290):

A enorme desproporcionalidade de tratamento em relação ao casamento conduz a uma clara percepção de inconstitucionalidade do texto legal, por impor ao companheiro supérstite uma absurda concorrência com colaterais até o 4º grau, em detrimento de seu direito hereditário.

A despeito do amargor provocado por tal desigualdade e injustiça, há uma explicação para tal atitude por parte do legislador. O projeto do vigente diploma civilista surgiu em um tempo (ano de 1975) cujos valores diferiam profundamente dos atuais, instituídos pela Constituição de 1988, como assevera Giselda Hironaka (2003), diretora nacional do IBDFAM⁴¹. Uma época em que a união estável enquanto entidade familiar não existia. O tema família, tutelado pelo Código de 1916, protegia somente a família matrimonial. Por conseguinte, no projeto original do Código de 2002, não havia referência à sucessão dos conviventes, resgate feito pela Emenda nº 358 (de onde se originou o atual art. 1.790), do senador Nelson Carneiro. Daí o fato de o “novo” Código Civil, como afirmam vários juristas, já ter nascido obsoleto. Veio com inovações, mas trouxe em seu bojo várias imperfeições. Continuou colocando o casamento civil em um patamar superior a outras formas de instituições familiares, como um paradigma. Entretanto, houve avanço da Lei Civil ao incluir em seu texto a união estável, ainda que em desigualdade em relação ao casamento formal.

Quanto à sucessão, vale a pena repetir, a título de reparo topológico: o direito sucessório dos companheiros deveria estar inserido, no Capítulo I, que regulamenta a ordem de vocação hereditária, mais especificamente, no art. 1.829 do CC/2002, junto ao do cônjuge, para haver a verdadeira efetivação da igualdade reconhecida às duas entidades familiares pela Constituição de 1988. Ante o exposto, uma coisa é perceptível: muito já se avançou na busca pela igualdade entre cônjuge e

⁴¹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka pontua que o anteprojeto do atual CC foi elaborado em 1972, sendo seu Projeto apresentado para discussão somente em 1975 e aprovado na Câmara dos Deputados em 1984. Sobre o tema, ver, da autora, *Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima*, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, maio/2003. Ver também seu livro: *Comentários ao código civil – parte especial: do direito das sucessões* (arts. 1.784 a 1.856).

companheiro(a). Não se pode afirmar, contudo, que juridicamente isso já tenha sido totalmente concretizado.

Nos últimos anos, pendendo para uma visão mais constitucionalista do Direito Civil, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que deve predominar, no que se refere às entidades familiares, não o art. 1.790 do CC atual, mas o princípio da igualdade, expresso no art. 226, § 3º, da Lei Maior, devendo ser aplicado ao convivente as mesmas regras prescritas para o cônjuge nos arts. 1.829, III, e 1.838 do mencionado dispositivo legal, interpretando-o coerentemente, sob o método lógico-sistemático, não havendo sentido em se distinguir, para fins sucessórios, as figuras do cônjuge e do convivente.

Nessa direção, juízes das Varas da Família e das Sucessões do estado de São Paulo, no I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo, ocorrido em Piracicaba, em 2006, buscando uniformizar suas decisões futuras, elaboraram 54 enunciados referentes ao Direito da Família e das Sucessões, sobressaindo-se 6 relativos à sucessão do(a) companheiro(a) (*online*)⁴².

⁴² 47. Na concorrência entre descendentes e cônjuge na sucessão legítima (art. 1.829, I, do Código Civil), exceto em relação ao regime de separação obrigatória de bens, o cônjuge concorre nos bens particulares, não nos comuns, pois, em relação a estes, já é protegido pela meação.

48. O cônjuge concorre com os descendentes nos bens particulares (art. 1.829, I, do Código Civil), especialmente nos que resultam do regime de comunhão universal nas hipóteses do art. 1.668 do Código Civil, nos da comunhão parcial de bens, da separação total de bens e do regime de participação final nos aquestos.

49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.

Nessa mesma linha, muito juízes e tribunais vêm, já há um tempo, decidindo pela inaplicabilidade do art. 1.790 do CC, com arrimo na sua inconstitucionalidade, decorrente da afronta aos princípios da igualdade substancial e da dignidade humana, adotados pela Constituição Cidadã, como ilustram os julgados abaixo colacionados:

SUCESÃO DO COMPANHEIRO (A) - Decisão agravada que declarou "incidenter tantum" a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 e determinou a retificação do plano de partilha apresentado pela companheira sobrevivente do autor da herança - Correção - Inaplicabilidade do artigo 1790 do CC/2002 - Tratamento desigual dado pelo legislador aos viúvos (casados ou não) que afronta os postulados constitucionais da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana - Sucessão que deverá obedecer as regras da sucessão legítima dos cônjuges (art. 1829 do CC/2002)- Decisão mantida - Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo. (TJ-SP, Relator: De Santi Ribeiro, Data de Julgamento: 23/03/2010, 1ª Câmara de Direito Privado)

Inventário. Arrolamento. Sucessão do companheiro. União estável iniciada quando o "de cujus" era maior de 60 anos. Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil. Precedentes. Ausência de herdeiros necessários. Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso. Companheira que tem direito à integralidade da herança. Recurso provido. (TJ-SP, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado)

Agravo de instrumento. Inventário. Sucessão da companheira. Bens integrantes da herança que foram adquiridos na vigência da união estável. Inaplicabilidade do art. 1.790, III, CC. Disposição legal que vai de encontro ao princípio da igualdade das entidades familiares previsto no art. 226, § 3º, da CF. Interpretação lógico-sistemática do Código Civil que implica a aplicabilidade, ao caso, dos arts. 1.829, III, e 1.838, ambos do referido diploma legal. Ausência de incompatibilidade com a decisão do C. Órgão Especial que reconhecimento da constitucionalidade do art. 1.790 do CC. Recurso improvido. (TJ-SP, Relator: Hamid Bdine, Data de Julgamento: 14/05/2015, 4ª Câmara de Direito Privado)

Entretanto, esse posicionamento não é unânime no âmbito jurídico, sendo considerado por muitos civilistas como *contra legem*. A despeito de todas as mudanças operadas nos últimos anos, no sentido de efetivar a igualdade entre os diferentes tipos de família, ainda persiste um ranço de teimosia preconceituosa, cujo reflexo é sentido na jurisprudência, conforme se nota nas decisões prolatadas pelos TJ-RS e TJ-PR:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. FALECIDO QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO EM CONCORRÊNCIA COM DEMAIS PARENTES DO FALECIDO. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. O fato da agravante e o falecido terem escolhido o regime da comunhão universal de bens, por ocasião da escritura pública de reconhecimento de união estável, não acarreta reflexo na incidência do artigo 1.790 III do Código Civil, que expressamente prevê a concorrência da companheira sobrevivente com demais parentes sucessíveis, independente de regime de bens. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70063141782, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 19/03/2015). (TJ-RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 19/03/2015, Oitava Câmara Cível)

DECISÃO: Acordam os Integrandos da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELOS IRMÃOS DO DE CUJUS, CONTRA DECISÃO QUE DECLAROU A COMPANHEIRA A ÚNICA HERDEIRA DOS BENS POR ELE DEIXADOS - APLICABILIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL - DECISÃO REFORMADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 11ª C. Cível - AI - 1236041-9 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Renato Lopes de Paiva - Unânime - - J. 04.02.2015). (TJ-PR - AI: 12360419 PR 1236041-9 (Acórdão), Relator: Renato Lopes de Paiva, Data de Julgamento: 04/02/2015, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1515 27/02/2015)

Em resumo, caso o magistrado seja civilista, o convivente sucederá somente quanto aos bens onerosamente adquiridos, como prega

o art. 1.790; caso seja constitucionalista, o convivente será equiparado ao cônjuge, herdando tal qual ele herdaria, consoante arts. 1.829 e 1.838. Não há ainda, como se vê, consenso no ordenamento jurídico brasileiro quanto à matéria. É preciso que o intérprete da lei adote a principiologia da Constituição, visando à pacificação e segurança da ordem jurídica e do jurisdicionado.

Na tentativa, porém, de harmonizar os julgados e reduzir as controvérsias sobre a sucessão do(a) companheiro(a), o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo unanimemente o tema como de repercussão geral, irá determinar se é, ou não, constitucional a regra (art. 1.790) do Código Civil que distingue os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro(a). Isso será feito por meio da análise do Recurso Extraordinário 878694, ainda sem data específica, cujo relator será o ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso, para quem a matéria em debate supera interesses subjetivos individuais e alcança importância social e jurídica, devendo, por essa razão, ser pacificado⁴³.

No caso em comento, uma decisão do tribunal de primeira instância, igualando a união estável ao casamento, declarou a companheira herdeira universal do falecido, sentença reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com esteio na constitucionalidade do inc. III do art. 1.790 do CC/2002, que prega, na ausência de descendentes e ascendentes, a concorrência do convivente com os colaterais até o 4º grau, fazendo jus apenas a 1/3 dos bens adquiridos a título oneroso na vigência do relacionamento e devendo ser excluída, como sucessora, dos bens particulares do *de cujus*.

Como argumentos de defesa no recurso ao STF, a convivente alega violação à Constituição Federal - especificamente ao inc. I do art. 5º, albergue do princípio constitucional da isonomia, e ao § 3º do art. 226 - decorrente do teor discriminatório do art. 1.790 do atual CC, quanto à figura do(a) companheiro(a) em cotejo com a do cônjuge. Cita, igualmente, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, consubstanciado no acórdão do TJ-MG, ao admitir que parentes remotos do *de cujus* concorram com a companheira na herança. Pleiteia, por fim, a aplicação do art. 1.829 do aludido diploma, referente à ordem de

⁴³ Notícia divulgada no site do STF, em 20/04/2015: “Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF”.

vocação hereditária, para que seja efetivada a igualdade substancial entre cônjuge e convivente.

Apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, equiparando, desse modo, à família matrimonial, é notável a diferença de tratamento, no campo sucessório, deferida ao cônjuge e ao companheiro no Código Civil. Enquanto a situação do cônjuge sobrevivente avançou, a do(a) companheiro(a), em alguns aspectos, regrediu. Como foi demonstrado ao longo desse estudo, a sociedade está mudando e, com isso, o direito que rege a vida das pessoas também está sendo influenciado. A discussão do STF sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do atual Código comprova isso.

Agora, é aguardar que a Suprema Corte reconheça como iguais os direitos das pessoas que se unem pelo afeto, seja esse vínculo instituído, ou não, por meio de um papel, haja vista ser essa a razão de ser de toda e qualquer relação, fazendo valer os princípios constitucionais da igualdade familiar e da dignidade da pessoa humana. Uma coisa é certa: já se está caminhando em uma direção promissora. É nisso que se tem que acreditar. É para isso que se deve lutar!

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A discussão de um tema tão polêmico como a sucessão do(a) companheiro(a) é um desafio enorme, conquanto prazeroso. Foi este o fim primeiro deste trabalho: discutir e refletir, para que, a partir das conclusões inconclusas, haja possibilidades de se propor mudanças mais de acordo com o perfil da sociedade hodierna, para aqueles que, por força do afeto, decidiram viver juntos de modo informal.

Inicialmente, foram feitas algumas reflexões acerca da constitucionalização do direito brasileiro, fenômeno introduzido no Brasil a partir da Constituição de 1988 e que revolucionou o panorama jurídico do país, dando força normativa à Constituição, transformando suas normas, valores e princípios em norte, um farol a irradiar sua luz sobre toda a legislação infraconstitucional e a jurisprudência. Passou-se de um estado liberal e antidemocrático para um estado democrático de direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, enquanto ferramenta para a concretização da justiça social.

O Código Civil perdeu, assim, seu posto como centro do sistema jurídico, cedendo lugar, por força das transformações sociais, à Constituição. Com isso, seus dispositivos, para serem juridicamente válidos, devem ser interpretados em consonância com a Constituição. O direito civilista sofre uma reviravolta, pois deixa a tutela do patrimônio para defender a pessoa e sua dignidade, como determina a Carta Magna.

A família também foi atingida por essas mudanças, não obstante já vir evoluindo, embora não tão rápido como a sociedade. Da hierarquia patriarcal da família para a diversidade de arranjos familiares, lastreados no afeto, solidariedade mútua e dignidade de seus membros. Da concepção de família como exclusivamente a instituída pelo casamento, tutelada pelo Código de 1916, de cariz desigual, machista, hierárquico e preconceituoso, para a família tutelada constitucionalmente, não necessariamente matrimonial, porém afetiva, nuclear e igual. Infelizmente, o avanço sofreu um retrocesso com a edição do CC de 2002, quando o codificador, regulando o Direito de Família, separou a união estável da família instituída pelo casamento, concedendo a esta última privilégios não ofertados àquela.

Esse constituiu o foco do presente estudo: o direito sucessório do(a) companheiro(a), conforme previsão do art. 1.790 do vigente Código - que embora tenha avançado em relação ao Código de 1916, não conseguiu seguir o passo das transformações sociais de sua época, tendo em vista o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, e sua consequente equiparação ao casamento.

A união estável foi expressamente reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 3º, merecendo, com isso, a proteção jurídica do Estado. Apesar de ter sido por muitos anos considerada ilegítima, espúria, adúltera, aos poucos esse tipo de relação, como foi visto nessa pesquisa, já vinha evoluindo na seara jurídica, a despeito da concepção discriminatória do Código de 1916, então vigente.

Essa evolução deu-se em todos os segmentos do direito. Na jurisprudência que, com decisões, algumas sumuladas (Súmulas 35, 447, 380 e 382, da década de 60), baseadas em subterfúgios trabalhistas, obrigacionais ou empresariais, concedia direitos ao companheiro, evitando desfechos injustos e prejudiciais à parte mais vulnerável; em parte da doutrina que, com sua crítica ao sistema jurídico desigual da

época, pressionava o magistrado para prolatar sentenças mais justas; em leis esparsas (Lei 6.858/1980, Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96), que passaram a regular a união estável (ou concubinato, como era então chamada) e seus membros, em temas como partilha, meação, sucessão, alimentos, entre outros; na Constituição de 1988 que, ampliando o rol das entidades familiares, reconheceu a união estável como uma delas; e, finalmente, no Código Civil de 2002, que avançou em cotejo com o anterior, mas trouxe também retrocesso legislativo, especialmente no que se refere ao direito sucessório do companheiro.

A sucessão do(a) companheiro(a) - ou convivente, caso assim se prefira - não é um tema pacífico e tem provocado calorosos debates, visto que perpassa valores que vêm sendo socialmente defendidos por séculos, de ordem ética, moral e, por que não dizer, religiosa. Valores que envolvem instituições secularizadas e juridicamente protegidas, como o casamento civil.

A polêmica sobre o tema dá-se entre dois grupos, o civilista e o constitucionalista. Para os civilistas, o Código deve ser aplicado tal qual. Para os constitucionalistas, é preciso interpretá-lo à luz da Constituição e dos princípios por ela tutelados. A razão da controvérsia é a distinção no tratamento legal codificado, entre a sucessão do cônjuge e a do convivente, em contraposição à igualdade familiar defendida no texto constitucional, polêmica refletida na aplicação ao caso concreto, que varia, consoante a linha adotada. Um exemplo claro dessa diferenciação é disposição topológica do tema no Código Civil de 2002, que apresenta uma discriminação fora do normal, ao excluir a única norma referente ao direito sucessório do companheiro da parte que trata da Sucessão Legítima, dispondo-a nas Disposições Gerais.

O estudo constatou que, em decorrência dos artigos 1.790 e 1.845 do novo dispositivo codificado, o convivente não está no rol dos herdeiros necessários, diferentemente do cônjuge, podendo ser, por conseguinte, excluído da herança, em testamento. Ademais, o *caput* do art. 1.790 traz outra restrição sucessória não existente na Lei 8.971/1994, que regulava o assunto, ao prever que o convivente só fará jus ao direito de herdar no tocante aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, bens, cabe consignar, dos quais já é meeiro. Na Lei 8.971/1994, que regulava a sucessão do(a) companheiro(a), a sucessão incidia sobre a totalidade da herança, na inexistência de descendente e

ascendente. Além disso, na ordem de vocação hereditária, o legislador ainda fez retornar o colateral para concorrer com o companheiro em 3º lugar, como parente sucessível, retroagindo em relação à Lei nº 8.971/1994.

O artigo 1.790 foi analisado, de modo mais detalhado, no último capítulo desse estudo, sob a luz da Constituição Federal, seus princípios e valores. Houve fervorosas críticas a esse dispositivo por parte da doutrina, sob o argumento de que contém em seu bojo ranços preconceituosos e retrógrados, desrespeitando os preceitos constitucionais e sua supremacia, ao dispor tratamento diferenciado à sucessão do(a) companheiro(a) em relação à do cônjuge, destituindo o convivente de vários direitos adquiridos antes da promulgação do referido Código. Assim, ao longo do texto, percebe-se que o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar não produziu, em princípio, os efeitos esperados. No âmbito sucessório, o preconceito, a discriminação e a desigualdade continuaram a existir no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na jurisprudência, como na Lei codificada.

Entretanto, esse exame do artigo 1.790, que trata da sucessão do(a) companheiro(a), trouxe também notícias positivas. A mudança de interpretação, nos últimos anos, por parte da doutrina e da jurisprudência, tendendo cada vez mais à não aplicação do referido dispositivo, por considera-lo inconstitucional, já que contraposto à dignidade da pessoa humana e à igualdade familiar, preceituadas na Lei Maior. Vários julgados no texto comprovam esse redirecionamento exegético. Impende ressaltar, no entanto, que essa matéria não está, ainda, pacificada no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo para essa harmonização, porém, está sendo iniciado pelo STF, ao reconhecer o tema como de repercussão geral e se prontificar a decidir, por intermédio do Recurso Extraordinário 878694 e em data ainda incerta, se o art. 1.790 da Lei Civil é constitucional, ou não.

Só resta esperar que resulte daí uma norma mais justa para a pessoa que, por optar em manter uma relação informal, tem seus direitos sucessórios limitados ou subtraídos. Que o STF interprete o aludido artigo em consonância com o conteúdo constitucional, excluindo, de uma vez por todas, com a distinção legal, no campo sucessório, entre

cônjuge e companheiro(a), aplicando a este as mesmas regras aplicadas àquele. Só assim, será superada a herança positivista que ainda entranha a legislação codificada. Só assim será efetivada a igualdade familiar prevista na Carta Cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de (Coord. científico). Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/>

[jornada/article/viewFile/2644/2836](http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836). Acesso em: 08 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 05 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição federal (1988). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao

[compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada

separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm.
Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980. Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6858.htm. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. 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: 05 jun. 2015.

_____. 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. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. DJ de 13/12/1963. Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 45. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/>

[SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasSTFEnunciados_1_a_736.pdf](#). Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 447. DJ de 08/10/1964, p. 3646; DJ de 09/10/1964, p. 3666; DJ de 12/10/1964, p. 3698. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>

[Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasSTFEnunciados_1_a_736.pdf](#). Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 382. DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>

[Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasSTFEnunciados_1_a_736.pdf](#). Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>

[Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasSTFEnunciados_1_a_736.pdf](#). Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 747619-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma.

Julgamento: 07/06/2005. Publicado no DJ 01-07-2005, p. 534 - RBDF vol. 32 p. 85. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/>

jurisprudencia/81703/recurso-especial-resp-747619-sp-2005-0074381-8. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1329993-RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 17/12/2013. Publicação: DJe de 18/03/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/67697357/stj-18-03-2014-pg-510>. Acesso em: 13 jun. 2015.

Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. Notícia divulgada no site do STF, em 20 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289807>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo Pereira da (Coords.). Direito de família e o novo código civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 257-275.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: vol. 5 - Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: vol. 7: direito das sucessões. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, maio/2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4093>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Comentários ao código civil. Vol. 20. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões - vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 2007. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. A repersonalização das relações de família. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5201>. Acesso em: 04 jun. 2015.

MENDES, Gilmar, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENESES, Fabrício Cardoso de. Descodificação do direito civil brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4168, 29 nov. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32779>. Acesso em: 7 jun. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, v. 17, n. 65, jul./set. 1993, pp. 21-32.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1236041-9 (Acórdão). Relator: Renato Lopes de Paiva. Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível. Julgamento: 04/02/2015. Publicação: DJ: 1515 27/02/2015. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

170290244/agravo-de-instrumento-ai-12360419-pr-1236041-9-acordao/inteiro-teor-1702902

46. Acesso em: 16 jun. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil: direito das sucessões. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70063141782. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Julgamento: 19/03/2015. Publicação: DJ de 23/03/2015. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/>

jurisprudencia/176014836/agravo-de-instrumento-ai-70063141782-rs/inteiro-teor-176014848. Acesso em: 16 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 994.09.283225-0. Relator: De Santi Ribeiro. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado.

Julgamento: 23/03/2010. Publicação: 31/03/2010. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8536001/agravo-de-instrumento-ag-994092832250-sp/inteiro-teor-102672542>. Acesso em: 13 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0399286-78.2009.8.26.0577. Relator: Fábio Quadros. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 19/09/2013. Publicação: 26/09/2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117700066/>

[apelacao-apl-3992867820098260577-sp-0399286-7820098260577/inteiro-teor-117700076](http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117700066/)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2079244-22.2015.8.26.0000. Relator: Hamid Bdine. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 14/05/2015. Publicação: 18/05/2015. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/>

[jurisprudencia/189597163/agravo-de-instrumento-ai-20792442220158260000-sp-2079244-2220158260000/inteiro-teor-189597180](http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189597163/agravo-de-instrumento-ai-20792442220158260000-sp-2079244-2220158260000/inteiro-teor-189597180). Acesso em: 15 jun. 2015.

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

Veja os 54 enunciados formulados por juízes das varas da família. 26/11/2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-nov-26/veja_enunciados_formulados_varas_familia. Acesso em: 10 jun. 2015.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Vol. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

Zeno Veloso defende a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Palestra proferida em 2012, em Belém/Pará, sobre o direito sucessório dos companheiros. Disponível em: <http://oab-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2840150/zeno-veloso-defende-a-inconstitucionalidade-do-artigo-1790-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 jun. 2015.

Zeno Veloso: o artigo 1.790 do Código Civil é um desastre. Entrevista realizada pela revista Leis & Letras, em 07/05/2011. Disponível em: <http://blog.opovo.com.br/direitoe>

[informacao/zeno-veloso-o-artigo-1-790-do-codigo-civil-e-um-desastre](http://blog.opovo.com.br/direitoe/informacao/zeno-veloso-o-artigo-1-790-do-codigo-civil-e-um-desastre). Acesso em: 13 jun. 2015.

A VALIDADE DOS CASAMENTOS CELEBRADOS EM CENTROS ESPÍRITAS

Júlio Thalles de Oliveira Andrade⁴⁴
Geonivaldo Pedro da Silva Júnior⁴⁵

RESUMO: O Estado Brasileiro é laico ou não confessional, ou seja, não há no Brasil religião oficial, permitindo-se a liberdade de crença. O presente artigo versa sobre a possibilidade de realização e validade no direito brasileiro do casamento celebrado por autoridades espíritas, trazendo a lume discussões como a liberdade de crença, e a aceitação do espiritismo enquanto uma religião, conferindo efeitos jurídicos a esta união.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento religioso com efeitos civis. Casamento Espírita. Existência. Validade. Liberdade Religiosa. Estado Laico.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE DE CRENÇA; 2.1 - ESPIRITISMO; 3 - FAMÍLIA E CASAMENTO; 4 - VALIDADE DO CASAMENTO CELEBRADO EM CENTRO ESPÍRITA; 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

As primeiras sociedades surgiram com uma forte união entre Estado e religião, de modo que essas duas instituições muitas vezes se confundiam, na qual o líder religioso se tornava o chefe de Estado ou o chefe de Estado se tornava também o líder religioso.

Durante muitos séculos, as religiões, principalmente a Católica, dominaram as celebrações matrimoniais, realizando os casamentos de acordo com seus ritos e liturgias, de maneira que nem sequer havia leis estatais para este assunto, ficando totalmente a cargo das seitas religiosas. A partir do Estado Moderno começou a haver um distanciamento entre religião e Estado. Os reis absolutistas não queriam ter sua esfera de poder diminuída para que os costumes religiosos continuassem em forte vigor.

⁴⁴ Mestre em Direito Constitucional – UFRN. Especialista em Direitos Humanos – UERN. Especialista em Direito Público – UNIDERP. Bacharel em Direito – UERN. Servidor Público – Tribunal de Justiça. Professor Universitário.

⁴⁵ Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Com o Estado Contemporâneo, a distância entre essas duas instituições cresce ainda mais, principalmente nos países ocidentais, passando as religiões a não interferirem diretamente no sistema político estatal. Não só pela supremacia estatal, a religião Católica foi perdendo força, mas também pela insurgência de outras religiões, tais como: a umbanda, o espiritismo, os neopentecostais e testemunhas de Jeová.

No Brasil não foi diferente, com a proclamação da República houve a total separação entre Igreja e Estado. Com o advento da Constituição em 1988, foi consagrado o princípio da liberdade de crença, asseverando, este princípio, que o Estado não pode atrapalhar ou beneficiar qualquer confissão religiosa.

Os direitos que são conferidos a certa religião devem ser estendidos às demais. Contudo, o Brasil tem encontrado certa dificuldade em concretizar a liberdade de crença, por não dar as outras religiões às mesmas regalias que são dadas à Católica. Dentre essas injustiças, cita-se a dificuldade encontrada por algumas religiões em validar as cerimônias matrimoniais realizadas em seus templos.

O presente estudo tem como enfoque analisar a validade dos casamentos celebrados em centros espíritas, explicitando a definição de religião, tecendo alguns pontos sobre o espiritismo, comentando sobre o casamento e suas formas atualmente aceitas e também tratando de alguns direitos fundamentais. Visa comprovar o enquadramento do espiritismo como uma religião, aceita e reconhecida na comunidade brasileira, e que por isso se faz merecedora das garantias da liberdade de crença. Mais adiante, busca concluir pela total existência, validade e eficácia das cerimônias de casamento realizadas em seus templos; já que na legislação não existe nenhum fato impeditivo para tanto.

O tema se faz relevante por tratar de um dos mais íntimos e importantes direitos fundamentais, o direito de pautar-se de acordo com sua própria crença. Verifica-se que muitos espíritas não se beneficiam de seu direito de casar-se de acordo com sua confissão pelo medo da rejeição, de não terem seu casamento, um momento tão importante para os praticantes deste culto, reconhecido pelo Estado.

Essa rejeição acontece por ser a sociedade brasileira, tradicionalmente cristã. E o Espiritismo por ser minoria e ter práticas não muito conhecidas, tende a encontrar esses preconceitos, assim como tudo aquilo que é novo para o homem. Na prática, por receio da desaprovação,

os espíritas celebram o casamento civil em edifício particular e não, o casamento religioso com efeitos civis.

2 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE DE CRENÇA:

O homem sempre buscou acreditar em algo sobrenatural à sua realidade, adorando a deuses, a ídolos, a animais, a qualquer coisa que sua imaginação permitisse. Religião é uma fé, uma devoção a tudo que é considerado sagrado, é o que aproxima o homem das entidades a quem são atribuídos poderes sobrenaturais, na qual as pessoas buscam a satisfação para superar o sofrimento e alcançar a felicidade.

A expressão “religião” nasceu como produto histórico da cultura ocidental, não possuindo um significado original, pelo contrário, com finalidades científicas, os ocidentais conferiram sentido ao conceito. A definição mais aceita pelos estudiosos é de que se trata de um “sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre-humanos dentro de universos históricos e culturais específicos⁴⁶”. Vale ressaltar que nas culturas distintas do Ocidente, não existe um termo para designar “religião”.

O desenvolvimento da religião assumiu diferentes formas em diferentes culturas, isto significa que pode existir uma religião sem essa definição, ou que esse conceito de religião vale para alguns sistemas nas culturas onde aparece. Podem ser encontradas muitas crenças e filosofias diferentes, sendo as diversas religiões muito heterogêneas entre si, entretanto, nenhuma confissão religiosa pode ser dada como a verdadeira ou a correta. Devido a essa diversidade, deve existir compreensão e respeito entre todas as crenças.

A maioria das religiões têm comportamentos organizados, incluindo hierarquias clericais, reuniões regulares ou serviços para fins de adoração de uma divindade e escrituras sagradas para seus praticantes; costumam também possuir contos sobre a origem do

⁴⁶ SILVA, Eliane Moura & KARNAL, Leandro. O Ensino Religioso na Escola Pública do Estado de São Paulo – volume 1, Secretaria de Estado da Educação-UNICAMP, São Paulo, 2002. p. 13 e 14.

Universo, do homem e sobre a vida pós-morte. É neste sentido que Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁷ conceituam religião:

O conceito de religião, ademais, liga-se à pré-compreensão que o termo propicia. Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.

A religião é uma forma de identificar a maneira através da qual, em diferentes tempos e lugares, determinada cultura é construída. Representações são expressas por aqueles que as elaboram, às vezes impondo e justificando algumas regras e costumes. Cada religião evoca para si todas as certezas e todos os acertos, independentemente de qualquer prova ou confirmação científica.

Laicismo expressa o sistema jurídico-político no qual o Estado e as organizações religiosas não sofrem interferências recíprocas no tocante ao respeito ao atendimento de seus fins institucionais. O Estado Laico surgiu por uma necessidade, para que várias sociedades e crenças se desenvolvam em uma liberdade pacífica, conferindo ao Estado a autonomia exclusiva para sua administração política, o que o qualifica como essencial para o exercício dos direitos humanos.

Essa mudança foi se modelando, principalmente, a partir do pensamento Iluminista, no final da Idade Média, como afirma Ana Paula de Barcellos⁴⁸: “O movimento iluminista, com sua crença fervorosa na razão humana, foi o responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem”.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu uma separação entre as religiões e o Estado, consolidando o conceito de Estado laico. Dessa forma, o governo instituído não pode favorecer, nem atrapalhar as atividades das religiões. Além disso, não pode impor uma religião específica aos seus cidadãos, nem os discriminar em razão de não seguirem a religião majoritária.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 461.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 127.

Isto significa, concretamente, que as atividades econômicas, políticas, culturais, educacionais, profissionais, recreativas, as leis civis e as deliberações oficiais se desligaram de qualquer crença religiosa.

Um Estado temporal trata todos seus cidadãos igualmente, independentemente de sua escolha religiosa, e não dá preferência a indivíduos de certa religião, tendo o dever de garantir e proteger a liberdade religiosa e filosófica de cada cidadão, evitando que alguma religião exerça controle ou interfira em questões políticas. Assegurar a liberdade de crença é um modo de garantir a própria dignidade do ser humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana inspira todos os demais direitos fundamentais e justifica o princípio da isonomia, que atua prevenindo o arbítrio e a injustiça. Ele é o fundamento⁴⁹ do estado democrático de direito, é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos, por meio do qual, é imposto um dever geral de respeito e proteção. Acrescenta-se que é um dos objetivos fundamentais⁵⁰ da República brasileira construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

Os princípios dizem aquilo que deve ser, estabelecem uma direção, exigindo que a lei respeite seus limites e esteja em consonância com seu conteúdo, o que os torna a chave de interpretação do ordenamento, pois é de onde o legislador tirou o conteúdo para elaborar as regras. Em verdade, tratam-se das exigências da natureza humana, sendo este o raciocínio de Flávia Piovesan⁵¹, ao afirmar que:

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

⁴⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

É justamente pelo influxo deste princípio, o vetor estruturante de todo o sistema jurídico, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se faz presente nas relações familiares, pois ele traz um valor de respeito à existência humana, assegurando o direito de se viver plenamente, sem qualquer intervenção, estatal ou da sociedade, que o prejudique.

Immanuel Kant⁵² afirmava que o homem deve ser um fim em si mesmo e, não pode ser tratado como objeto, nem usado como meio de obtenção de qualquer objetivo. Como decorrência disto, o Direito e o Estado deverão estar organizados em benefício dos seus cidadãos. A dignidade do indivíduo é respeitada quando ele é posto acima de todas as coisas criadas e está em igual patamar com os seus semelhantes. É nele que a ordem jurídica encontra seu ponto de partida e de chegada, ele unifica e centraliza todo o sistema normativo.

A noção de dignidade humana repousa inicialmente na capacidade do homem de formatar sua própria existência, ou seja, desenvolver livremente sua personalidade. Esse princípio impõe limites a atuação estatal, com o escopo de impedir que o poder público o viole, implicando também que o Estado tenha como uma meta permanente a proteção, promoção e realização de uma vida com dignidade para todos, eliminando todos os obstáculos que impeçam essa realização. Além de proteger, o Estado deve minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.

Os direitos fundamentais são direitos de todos, não podendo ser concedidos apenas a determinados cidadãos, tendo valor supremo e atuando como alicerces da ordem jurídica democrática. Em sua maioria, estão localizados na Constituição Federal no artigo 5º, sendo por essência, elementos que o legislador recolheu da realidade social e que seriam possíveis fontes de desequilíbrios. Em cada direito fundamental se faz presente alguma projeção da dignidade humana.

Os direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente classifica como tal, ou seja, são direitos que o cidadão possui em face do seu Estado. Esses direitos ajudam o homem a auferir valores cuja identidade nasceu na sociedade e não do poder estatal. Terá respeitado

⁵² KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004.

sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem auferidos. Os direitos fundamentais são as concretizações das exigências do princípio da dignidade humana, podendo-se dizer que eles são pretensões, de cada momento histórico, que são descobertos a partir da perspectiva do substrato da dignidade humana.

No qualificativo ‘fundamentais’, estão àqueles direitos sem os quais o homem não se realiza e às vezes nem mesmo sobrevive. Fundamentais no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente efetivados. Devendo existir uma aproximação entre o ‘dever ser’ e o ‘ser’ para que esses princípios consagrados sejam colocados em prática. A dignidade assume, ao mesmo tempo, função de elemento e medida dos direitos fundamentais, sendo que uma violação de um direito fundamental ofende a dignidade humana.

Para demonstrar o grande valor desses direitos, cita-se o inciso IV⁵³ do § 4º do art. 60 da Carta Fundamental, no qual o legislador constituinte definiu os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, assim, não poderão ser suprimidos e a modificação se daria apenas para aperfeiçoá-los. Ressalta-se que todos os direitos fundamentais são inter-relacionados, indivisíveis e interdependentes.

Flávia Piovesan⁵⁴ leciona que: “Cabe aos poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”. E é justamente essa a dicção do §1º do art. 5º da Carta Maior, quando aduz que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, mostrando, mais uma vez, a importância que se tem de ter na concretização das normas jusfundamentais. Esta citada norma constitucional autoriza também que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa.

A opção religiosa está tão incorporada ao substrato do ser humano que o seu desrespeito gera violação à dignidade da pessoa humana, cabe salientar que a dimensão espiritual é imprescindível para

⁵³ Art 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

assegurar a autodeterminação pessoal, pois é constitutiva da dignidade humana. Igualmente, este é o pensamento de Dejáir dos Anjos Santana Júnior ao afirmar: “Não é razoável pensar em dignidade da pessoa humana se a pessoa não puder escolher a religião que mais se aproxime do seu ‘eu’ e que, nesta sua escolha, ela não possa contrair matrimônio⁵⁵”. A exclusão do rol de religiões aceitas foi uma revolução para a garantia da liberdade religiosa.

A liberdade sem a igualdade é valor vulnerável, sem liberdade não haverá dignidade, ou pelo menos, ela não estará sendo reconhecida e assegurada. O direito à liberdade é fortalecido mediante a afetiva adoção do direito de igualdade, tornando-se esvaziado se este último não for respeitado.

Em concordância com este entendimento, estão Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵⁶, quando afirmam: “Essa liberdade tem que vir com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda”. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo e, através do princípio da igualdade, a ordem jurídica pretende firmar a impossibilidade de desequiparações injustificadas. A igualdade busca propiciar garantias individuais contra perseguições e afastar favoritismos, sendo a isonomia o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. A igualdade é o direito guardião do Estado-social, não bastando à igualdade perante a lei, mas sim, através da lei.

Garantias são instrumentos de defesa do indivíduo para ver satisfeita sua liberdade, contra abusos do Estado. Dessa forma, enquanto as liberdades são formas das pessoas agirem, as garantias são modos de atuação do Estado.

As garantias de direito subjetivo estabelecem uma proteção direta aos direitos fundamentais, sendo instrumentos de efetivação desses direitos, pois além de os protegerem, legitimam ações estatais em sua defesa.

O direito à liberdade de crença representa uma garantia da integridade intelectual. Esse direito significa pautar-se de acordo com sua

⁵⁵ SANTANA JÚNIOR, Dejáir dos Anjos. Conclusão. In: JÚNIOR, D. A possibilidade do casamento espírita com efeito civil. Bahia: 2007. Conclusão, p. 455-469.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 456.

própria religiosidade exprimindo livremente por qualquer meio o seu pensamento em questão religiosa, incluindo também, o direito a inviolabilidade dos templos e celebrar casamento com os ritos da própria religião.

Esse direito caracteriza-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo, apresentando, ainda, um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que os direitos fundamentais cobram a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos.

O direito subjetivo das igrejas de ter sua autodeterminação desdobra-se nas características de poder dispor livremente sobre sua formação, composição, representação, competência e funcionamento de seus órgãos, para dessa forma exercer suas funções religiosas e de culto sem interferência de qualquer tipo, o que acarreta um dever de tolerância por parte do Estado, não podendo, este, discriminar os titulares dos direitos subjetivos, quando do respectivo exercício.

Esse direito de autonomia das Igrejas é chamado por Jayme Weingartner⁵⁷ de “princípio de imunidade espiritual das igrejas”. A lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada.

O Estado deve cooperar com as confissões religiosas para promoção dos princípios, direitos e garantias fundamentais, criando condições para as religiões desempenharem suas funções. O Estado tem a missão de garantir a efetiva possibilidade de presença das confissões minoritárias, estendendo às minorias a tutela obtida pela confissão dominante.

A carta constitucional, além de estabelecer a separação entre Estado e Igreja, adota por princípio fundamental a neutralidade do Estado com questões religiosas, não as discriminando, não as subvencionando, tampouco as embaraçando em seu funcionamento, como se infere do artigo 19 da Constituição Federal:

⁵⁷ WEINGARTNER, Jayme. A dogmática da liberdade religiosa. In: WEINGARTNER, J. A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Porto Alegre: 2006. Cap. 3, p. 218-379.

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I- estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Conforme se pode perceber da transcrição deste artigo, a Constituição veda inteiramente que a máquina estatal interfira na organização dos cultos religiosos, seja beneficiando ou prejudicando. É importante que o Estado não subvencione nenhuma religião, pois caso estenda o benefício a uma, conseqüentemente, por lógica, terá que estender a todas as outras, sob pena de burlar o mandamento constitucional.

Nesse diapasão, falha maior ainda, seria discriminar ou prejudicar algum culto, pois assim o Estado estaria atingindo o praticante da seita religiosa em um de seus mais íntimos direitos fundamentais, a liberdade de crença. Dessa maneira, ensina José Afonso da Silva⁵⁸:

O corolário disso, sem necessidade de explicitação, é que todos têm de ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta.

Pelo texto do inciso VI, do artigo 5º⁵⁹, é constatado que a Carta Maior trouxe a proteção no âmbito externo e interno da liberdade de religião, ao garantir o livre exercício dos cultos e a liberdade de crença. Cita-se o Tratado Internacional dos direitos civis e políticos, que assevera também, em seu artigo 18, a dimensão do direito à liberdade e igualdade religiosa:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião [...]. 2. Ninguém poderá ser

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

⁵⁹ 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: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas litúrgias;

submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Ainda tratando sobre direito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 18, também confere respaldo ao direito à liberdade de crença, o que o torna, portanto, direito fundamental da humanidade:

Art.18. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular.

Pelo exposto, afere-se que o direito à liberdade de culto deve ser respeitado em toda parte do mundo, já que se trata não apenas de mais um direito fundamental, mas de um direito humano, cujo homem muito sangue teve que derramar para poder exercer. O mesmo documento trata ainda, em seu artigo 7^o⁶⁰ que todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação. A Declaração, é um princípio geral do Direito Internacional, impondo-se como um código de atuação e de conduta para os Estados.

Assim, a liberdade religiosa deve incluir a liberdade de não ser o indivíduo prejudicado de qualquer forma nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença. Há dimensão positiva da liberdade de religião, pois o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas.

Entretanto, ainda existem situações que desrespeitam o princípio da igualdade, da liberdade de pensamento, da liberdade de religião e do modelo de estado laico adotado no Brasil, resultado de uma

⁶⁰ Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação

longa conexão entre o Estado e a Igreja, que mesmo rompida, ainda emanam fragmentos dessa relação impregnados no Estado.

Dentre essas situações que desrespeitam o laicismo, pode-se citar a frase “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição; a inscrição “Deus seja louvado” nas cédulas de real; as cruces, crucifixos, bíblias em órgãos públicos; feriados nacionais em homenagens a santos católicos; além de tantas outras.

Merece destaque a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 99/2011⁶¹ que, inclusive, já foi aprovada e aguarda parecer da Comissão Especial criada para este fim. A PEC se destina a acrescentar o inciso X ao artigo 103⁶² da Constituição, que trata dos legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Com o acréscimo, as associações religiosas com abrangência nacional poderão questionar leis no Supremo Tribunal Federal (STF).

É totalmente incoerente o questionamento de leis com dogmas religiosos que soam válidos apenas para determinados tipos de pessoas, sendo tal projeto, em verdade, um retrocesso à laicidade, por ser baseado em um ideal de uma única religião, não buscando promover o bem de todos, mas sim, fazer refletir na sociedade os interesses de certo grupo ou religião.

2.1 – ESPIRITISMO:

De acordo com a Federação Espírita Brasileira⁶³, o Espiritismo surgiu na França, no século XIX, quando o pedagogo Denizard Rivail, que depois adotou o pseudônimo de Allan Kardec, pretendia investigar o fenômeno das ‘mesas girantes’, em que mesas e objetos em geral pareciam animar-se com uma estranha vitalidade.

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 99, de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931483&file name=PEC+99/2011>. Acesso em: 21 de out. 2016.

⁶² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

⁶³ Federação Espírita Brasileira. História do Espiritismo. Disponível em: <<http://www.febnet.org.br/blog/geral/o-espiritismo/historia-do-espiritismo/>>. Acesso em: 21 de jul. 2016.

O Espiritismo é uma ciência que trata da natureza, origem e destino dos Espíritos, bem como de suas relações com o mundo corporal, aliando ciência, filosofia e religião.

A doutrina espírita, de modo geral, fundamenta-se nos seguintes princípios:

- a) Existência e unicidade de Deus, rejeitando o dogma da Santíssima Trindade;
- b) A perfeição que a humanidade é suscetível de atingir é relativa, pois apenas Deus possui a perfeição absoluta;
- c) Fora da caridade não há salvação;
- d) Ausência de hierarquia sacerdotal e rituais institucionalizados.

Para o Espiritismo, Deus é a inteligência suprema e origem de todas as coisas, sendo Jesus o guia e modelo para a humanidade; o homem é um Espírito encarnado em um corpo material; os espíritos são criados simples e ignorantes, evoluem intelectual e moralmente, passando de uma ordem inferior para outra mais elevada, até atingir a perfeição e reencarnam tantas vezes quantas forem necessárias.

O Espiritismo não tem sacerdotes e não adota e nem usa altares, imagens, rituais ou formas de culto exterior, seguindo o princípio de que Deus deve ser adorado em espírito e verdade. A principal diferença entre o Espiritismo e a maioria das religiões é sua crença na possibilidade de comunicação entre o mundo corporal e o mundo espiritual.

De acordo com o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶⁴, em 2010, o Brasil possuía 3,8 milhões de espíritas, sendo esse o terceiro maior grupo religioso do país, representando cerca de 2% da população brasileira, contando ainda com cerca de 15 milhões de adeptos espalhados pelo mundo. Cabe destacar, que o Brasil tem a maior quantidade de adeptos do espiritismo no mundo.

Os espíritas são, também, o segmento social que têm maior renda e escolaridade no Brasil, tendo sua imagem fortemente associada à prática da caridade. Eles mantêm em todos os estados brasileiros asilos,

⁶⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Censo Demográfico 2010; Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/de-fault.Shtm>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

orfanatos, escolas para pessoas carentes, creches e outras instituições de assistência.

Vale salientar que no Brasil houve uma forte ressignificação das ideias espíritas, que foram carregadas de um viés muito mais religioso do que o existente na Europa, sendo Allan Kardec, o codificador do Espiritismo, uma personalidade bastante conhecida e respeitada no país.

A Federação Espírita Brasileira (FEB), fundada em 2 de janeiro de 1884, tem por objeto e fins: o estudo, a prática e a difusão do Espiritismo em todos os seus aspectos. O Conselho Espírita Internacional (CEI), fundado em 28 de novembro de 1992, é o organismo resultante da união, em âmbito mundial, das Associações Representativas dos Movimentos Espíritas Nacionais.

O Centro Espírita, unidade essencial do movimento espírita, é uma escola de formação espiritual e moral, sendo um núcleo de estudo, de fraternidade, de oração e de trabalho, com base no Evangelho de Jesus, à luz da Doutrina Espírita, existindo atualmente 14 mil Centros Espíritas cadastrados na Federação Espírita Brasileira.

O espiritismo guarda princípios fundamentais que o aproximam de outros credos, quais sejam: Deus; evolução; reencarnação; sobrevivência da alma; comunicação entre os mundos físico e espiritual; lei de causa e efeito; pluralidade dos mundos habitados. Sem qualquer hesitação, esses requisitos e sua força no Brasil, os torna merecedor da tutela dos valores fundamentais da liberdade de crença.

3 - FAMÍLIA E CASAMENTO:

O conceito de família mereceu consagração em todas as Constituições Federais. Pode-se afirmar que até a Constituição de 1988, o único modo de se constituir era pelo casamento, no entanto, a referida Carta Magna engrandeceu o conceito de família, passando a incluir a família monoparental e a união estável.

O artigo 226⁶⁵ da Carta Maior conceitua a família como a base da sociedade e afirma ainda que esse instituto é merecedor de

⁶⁵ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se,

especial proteção do Estado. Em seus parágrafos 3º e 4º, tem-se um dos aspectos mais inovadores no que diz respeito ao ramo do Direito de Família, tratando justamente do reconhecimento como entidade familiar da união estável entre homem e mulher e das unidades familiares formadas por um dos pais e seus descendentes.

Os Tribunais, em decisões recentes, reconheceram também como entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que se coaduna com os princípios estabelecidos na Constituição. Ainda falando sobre o parágrafo 3º, este versa que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento e, por analogia, a facilitação da conversão em casamento, deve ser estendida também às uniões homoafetivas.

Como lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁶⁶: “[...] o Estado e a Igreja deixaram de ser necessárias instâncias legitimadoras da família, para que se pudesse, então, valorizar a liberdade afetiva do casal na formação do seu núcleo familiar [...]”. Ainda em lição dos mesmos autores⁶⁷: “É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo [...]”. Em síntese, houve um processo de ‘funcionalização’ da família, pois ela passou a ter uma função social.

O seio familiar é o local de realização pessoal de seus membros e de espaço preferencial na afirmação de sua dignidade, sendo a afetividade seu elemento nuclear. A família é a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida, ela é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de seus componentes, não podendo haver qualquer restrição a este lugar de realização do homem.

A estrutura familiar é o primeiro espaço que deveria defender e promover a dignidade da vida humana em todas as etapas da existência. Na família, ninguém deve sofrer preconceito, nem discriminação, mas todos devem ter o direito de ser acolhidos, amados e perdoados. A capacidade de se apoiar, acompanhar, decifrar olhares e silêncios, rir e chorar juntos, entre pessoas que não se escolheram e são

também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁶⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 6, 2014, p. 42.

⁶⁷ Ibidem, p.45.

tão importantes umas para as outras acontece no ambiente familiar, célula originária da vida social.

Hoje em dia um casal se firma perante a sociedade como legitimamente constituído pelo ambiente de respeito e seriedade em que ambos vivenciam a união, e não mais por ter sido o seu compromisso matrimonial assumido num templo.

Como a família é um organismo que está em constante mutação, o casamento que a legitima deve se afeiçoar em consonância com as condições contemporâneas, pois o casamento é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituí-la.

O Estado se encarrega de amparar e aprimorar a família como forma de fortalecer a sua própria instituição política. Desde a Constituição Federal de 1988 verificou-se uma troca de conceitos, criou-se uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades de seus componentes, limitando sua identificação com a ordem pública para a regulação jurídica de suas instituições, e ampliando o campo da intimidade e da privacidade no Direito de Família.

Pela ordem do artigo 1513⁶⁸ do Código Civil é defeso a qualquer pessoa, interferir na comunhão de vida instituída pela família, esse é o fenômeno chamado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶⁹ de ‘desinstitucionalização da família’: “[...] o Estado somente deve interferir nas entidades familiares para efetivar a promoção dos direitos e garantias (especialmente, os fundamentais) dos seus componentes, assegurando a dignidade”.

Por conseguinte, o Estado só deve atuar nas relações privadas familiares para assegurar garantias mínimas, qualquer intervenção estatal será ilegítima, se a relação familiar for travada entre pessoas livres e iguais.

Na atualidade, o equilíbrio entre o público e o privado é controlado pela garantia do pleno desenvolvimento da dignidade humana que integra a comunidade familiar, não podendo ela ser desrespeitada

⁶⁸ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁶⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 125.

pelo Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado.

A lei não se preocupou em definir o casamento, pois é um instituto conhecido pela maior parte das pessoas, que corresponde a uma necessidade biológica e moral da espécie humana. O casamento é o ato da vida civil que a ordem jurídica atribui maior importância, porque é o ponto de partida para constituição da família, é a forma mais antiga de associação humana. O Estado limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina os regimes de bens.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁷⁰ conceituam casamento como: “[...] uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos [...]”.

Casamento é a sociedade natural, na qual, o homem e a mulher são chamados ao dom de si no amor. Este amor nasce de uma profunda admiração pela pessoa do outro, na certeza de que só se é feliz quando se faz o outro feliz.

As pessoas são livres para casar, mas com relação aos direitos e deveres, sujeitam-se aos efeitos do casamento, que ocorrem independente da vontade dos cônjuges. Com o casamento, os nubentes aderem a uma série de normas jurídicas cogentes, quase se podendo dizer que o casamento é um contrato de adesão, pois seus efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei. Conquanto, o casamento tem natureza mista, pois é institucionalista em seu conteúdo e é um contrato especial em sua formação.

De um lado está o desejo dos nubentes de viverem em comunhão plena de vida, do outro lado, há o interesse do Estado na constituição da família, que é a célula mater da sociedade e elemento estruturante da própria organização estatal. Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido somente por uma lei, a que regula os requisitos de validade, que são: consentimento dos nubentes e a celebração do matrimônio com a presença de autoridade competente.

⁷⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 146.

Até a elaboração da Constituição de 1988, mais interessava o atendimento as formalidades legais do que a proteção e a felicidade das pessoas envolvidas. O casamento tem de servir as pessoas, pois ele é um instrumento para a realização plena, sendo a sua finalidade precípua a comunhão de afetos, a identificação de duas existências, que se confundem uma na outra, correm os mesmos destinos, compartilham as mesmas dores e felicidades.

Desde a antiguidade as religiões consideram o casamento um fato de sua competência, estabelecendo normas para reger a sua celebração. O cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual homem e mulher selam sua união sobre as bênçãos do céu. A Igreja Católica começa a tomar o lugar de destaque em relação ao casamento nos meados da Idade Média, passando a ter um papel soberano no que antes era reservado a esfera particular.

Na Idade Média, o casamento não tinha qualquer conotação afetiva, sendo apenas um instrumento para a reunião de patrimônios e para propagação e continuidade do culto católico nas famílias, ou seja, era uma negociação financeira e um dogma da religião doméstica.

O código francês⁷¹ de 1804 foi o primeiro a estabelecer um sistema de coexistência entre a cerimônia civil e a cerimônia religiosa. A figura importante do matrimônio deixou de ser o padre e passou a ser o notário. Por conseguinte, reduziu-se o casamento a um ato regulamentado pelo Estado, sendo legalizado o divórcio.

Durante mais de trezentos anos, o Brasil ficou dependente das determinações do Concílio de Trento, onde somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento. Até a proclamação da República em 1889, praticamente, a única forma de casamento era o religioso, não apenas com relação à celebração, mas no que concernia a seus efeitos, pois o casamento civil⁷² só surgiu em 1861, com o decreto nº 1.144.

⁷¹ Art. 63 Antes da celebração de um casamento, um oficial de estado civil devem dar aviso público de que por meio de um projeto de lei preso na porta do prédio da prefeitura. Desse aviso constam os primeiros nomes, nomes, ocupações, domicílios e residências dos futuros cônjuges, bem como o lugar onde o casamento deve ser celebrado.

⁷² Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Imperio serão extensivos: 1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos.

O decreto nº 181 de 1890 chegou ao extremo de proibir o casamento religioso, o que foi consagrado no art. 72, parágrafo 4º⁷³, da Constituição Federal de 1891. Contudo, isso foi atenuado com a Constituição de 1934, que passou a permitir o casamento religioso perante ministro de qualquer confissão religiosa, desde que tivesse havido habilitação e fosse inscrito no registro público.

Atualmente, o Estado admite duas formas de casamento, de acordo com o artigo 226⁷⁴, em seus parágrafos 1º e 2º, da atual carta constitucional: o civil e o religioso com efeitos civis. Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro somente admite o casamento civil, mas é permitida a sua celebração por cerimônia religiosa ou civil.

A histórica disputa entre Igreja e Estado, em matéria matrimonial, é que empresta tanto prestígio à solenidade religiosa do casamento, bastando que sejam atendidos os requisitos legais e que seja celebrado por uma confissão religiosa reconhecida. Desde que se tenha organização mínima dos locais de culto de determinada crença religiosa, não poderá haver restrição para ser celebrado o casamento.

O artigo 1.515⁷⁵ do Código Civil preceitua que o casamento religioso que atender as exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este. Dessa forma ensina Dalmo de Abreu Dallari⁷⁶:

Note-se que a expressão da lei é ‘casamento religioso’, sem especificar religiões e sem estabelecer requisitos quanto a estas. A expressão é genérica, o que significa que, verificando o atendimento dos requisitos que seriam necessários para a validade do casamento realizado perante a autoridade pública, o casamento celebrado perante autoridade religiosa produzirá os mesmos efeitos.

⁷³ Art. 72 [...] § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

⁷⁴ Art 226 [...] § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

⁷⁵ Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Casamento Celebrado em Centro Espirita: possibilidade legal de atribuição de efeitos civis. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=659>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Vale salientar que pode ser realizado com habilitação prévia, quando é feito o registro no cartório competente até noventa dias depois da celebração, mediante comunicação do celebrante ou de qualquer interessado; devendo ser apresentada a ata da celebração devidamente assinada pela autoridade-presidente, pelas testemunhas e pelos nubentes. Assim, os efeitos do casamento operam desde a celebração, mas ficam condicionados ao devido registro público. Ou ainda com habilitação posterior, com fulcro no parágrafo 2º do artigo 1.516⁷⁷ do Código Civil, quando a qualquer tempo, for registrado no ofício competente. Para isso, os interessados deverão requerer o pedido de habilitação para o casamento ao oficial, comprovando que já são casados eclesialmente.

Pela dicção do artigo 1.534 e seus dois parágrafos⁷⁸, do citado Código, depreende-se que quando for celebrado em qualquer lugar de confissão religiosa, ou seja, em edifícios particulares, devem estar presentes quatro testemunhas.

Como reza o artigo 1.533⁷⁹ do mencionado Código, a data, hora e lugar da celebração devem ser designados pela autoridade celebrante, mediante petição dos nubentes. O consentimento de ambos os nubentes é elemento nuclear para a validade do casamento, tendo sua importância ressaltada no artigo 16.2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁰. O consentimento é dado apenas através da palavra “sim”, devendo o Presidente do ato após a afirmação, declarar efetuado o

⁷⁷ Art. 1516 [...] §2o O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil.

⁷⁸ Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edifício público ou particular. § 1o Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato. § 2o Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever.

⁷⁹ Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes [...].

⁸⁰ Art. 16.2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

casamento, nos termos do artigo 1.535⁸¹, não podendo ser esta declaração omitida ou simplificada, já que seus termos são fixados na lei.

Além dessas características, o casamento religioso é semelhante ao casamento civil, exigindo que não haja impedimentos e que os nubentes sejam agentes capazes. Em suma, o que existe são efeitos civis da celebração religiosa do casamento, conferindo-se ao ministro religioso a autoridade para realizá-la.

Não se enumerou as religiões ou cultos com a prerrogativa de celebrar casamento religioso com efeito civil. No sistema jurídico brasileiro não há determinação legal do que seja autoridade ou ministro religioso, por consequência, o celebrante competente será aquele que estiver legitimado pela própria organização religiosa. Para tanto, será considerado como autoridade religiosa, aquele praticante que goze de prestígio e tenha influência diante de sua comunidade, que tenha competência irrefutável sobre as práticas de sua confissão e se dedique ao ofício da religião, independente de habilitação concedida por ente religioso. Ademais, o conceito de autoridade não precisa do pressuposto da hierarquia.

A declaração do celebrante corresponde à representação da divindade ou da organização religiosa, sendo reconhecida pelo direito, que lhe empresta os efeitos jurídicos necessários. Essa foi a forma encontrada pelo Estado para validar sua própria ausência.

Segundo Luiz Guilherme Loureiro⁸² “não cabe ao registrador contestar a atribuição da autoridade religiosa, ainda que desconheça o culto ou a religião de que se trate”. Assim, observada as regras acima descritas, o casamento religioso, de qualquer que seja a religião, dever ser validado pelo oficial de registros.

A Lei Fundamental não indicou que espécies de cultos religiosos são suscetíveis de gozar da prerrogativa de celebrar casamentos. Logo, o casamento religioso com efeitos civis será aquele

⁸¹ Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

⁸² LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 126.

celebrado por qualquer culto, sem distinções, desde que não vá de encontro à ordem pública ou aos bons costumes.

Os nubentes não são casados pela autoridade celebrante, eles mesmos se casam, pois as manifestações livres de vontade são a causa geradora do casamento. Essa é uma condição essencial de sua validade, por isso mesmo, os nubentes devem contrair o matrimônio na religião em que professe sua fé e seus princípios.

4 - VALIDADE DO CASAMENTO CELEBRADO EM CENTRO ESPÍRITA:

De início, este estudo trata da definição do termo “religião” e de sua importância para a humanidade. Dentre os atributos comuns das religiões, foram destacados: adoração de uma divindade sobrenatural, escrituras sagradas, contos sobre a criação do Universo e da vida pós-morte. Em momento posterior, é transcrito às características da religião espírita, em que se percebe que tal confissão, encaixa-se perfeitamente no vocábulo “religião” nos moldes em que é usado no Ocidente.

Em que pese entendimento contrário, não há que se cogitar que o espiritismo não seja uma religião, pois como comprova o censo do IBGE, trata-se do terceiro maior segmento religioso no território brasileiro. Somado a isso, no Brasil, o espiritismo assumiu um valor muito mais religioso do que em outras partes do mundo.

Uma vez que não há nenhuma regulamentação sobre quais seriam as religiões aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, compreende-se que o Espiritismo é digno de auferir toda proteção e benefícios confiados pelo direito à liberdade de crença.

Diferentemente de outras crenças, na religião em destaque não existe nenhuma espécie de hierarquia sacerdotal. Não obstante, diante do conceito de autoridade supracitado no texto, a hierarquia não é pressuposto para que um indivíduo se torne uma autoridade religiosa para sua comunidade, e sim, que tenha exímia competência no ofício da religião e assim seja reconhecido perante seus iguais.

Dessa maneira, existe autoridade sacerdotal espírita competente para celebrar casamentos, conquanto, quem há de reconhecê-lo é a própria comunidade que se faz seguidora da autoridade.

Não cabe ao oficial de registros opor-se a reconhecer os casamentos espíritas, pois o Estado não deve emperrar o funcionamento das práticas religiosas.

Ao se falar do laicismo, restou exibido o grande valor que essa maneira de atuação estatal traz, por ser uma maneira de concretizar a liberdade de crença e, conseqüentemente, a dignidade humana. A dignidade, sendo o vetor estruturante do sistema jurídico, deve sempre ser respeitada, ou seja, os direitos fundamentais, sendo ramificações da dignidade humana, devem sempre ser assegurados e protegidos.

Ademais, explanou-se o tema “família” e suas características na sociedade contemporânea, atestando sua função social e que esta é regida pelo amor que une seus membros, certificando ainda que o ambiente familiar é consolidado, principalmente pelo casamento. Por conseguinte, o Estado não deve interferir nem no mais íntimo espaço humano, tampouco deve prejudicar a felicidade do seio familiar.

Destarte, seria incorreto o Poder Público dar mais importância às burocracias legais do que ao bem-estar dos envolvidos. Ao negar validade aos casamentos espíritas, o Estado erraria duplamente, pois além de prejudicar a composição da família, estaria desconsiderando os direitos e garantias fundamentais.

À luz do Espiritismo, o casamento monogâmico, união permanente de um homem e uma mulher, é um progresso na marcha da humanidade, como se pode perceber pelo trecho de Allan Kardec⁸³ em “O livro dos Espíritos”, no item 695, “Será contrário à lei da Natureza o casamento, isto é, a união permanente de dois seres? É um progresso na marcha da Humanidade”.

Depreende-se que Kardec entendia que o casamento é um compromisso livremente assumido por dois espíritos perante o altar de suas consciências, e não um ato formal a ser validado diante das leis da sociedade ou uma benção sacerdotal dada numa solenidade religiosa. Isto é, está muito acima de qualquer benção religiosa ou da assinatura de qualquer documento diante de uma autoridade civil.

O casamento não depende de nada exterior, de nenhuma ação alheia aos dois. O casal espírita apresenta-se diante da autoridade

⁸³ KARDEC, Allan. O Livro dos Espíritos. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2004, p. 412.

civil apenas para declarar o seu casamento, solicitando que seja ele registrado, e não para receber qualquer tipo de legitimação. A legitimidade do casamento é dada pelo grau de responsabilidade e de amor que presidiu a formação do casal.

Sem rituais, as uniões espíritas priorizam o amor e as afinidades existentes entre o casal. No entanto, os praticantes do espiritismo no Brasil, que desejam ter seus direitos constitucionalmente consagrados, efetivados, acabam encontrando dificuldades para validar seus casamentos.

Como exemplo do direito negado aos espíritas, pode-se citar o Mandando de Segurança nº 34739-8/2005⁸⁴, que foi impetrado contra ato da Corregedora-geral do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Na ocasião, foi proferida decisão negando registro civil ao casamento realizado pelo Centro Espírita Cavaleiros da Luz. Ainda sobre o referido Mandado de segurança, expõe-se o acórdão vanguardista da Relatora, a Desembargadora Ruth Pondé Luz, que reconheceu os efeitos civis de matrimônio celebrado em centro espírita, aduzindo que o casamento “realizado num centro espírita, perante a autoridade reconhecida pela comunidade, tem validade jurídica e se equipara ao casamento celebrado perante autoridade pública, devendo ser registrado no registro próprio, observado os requisitos legais para o casamento [...]”.

Dentre tudo que já foi exposto, percebe-se que na sociedade brasileira o espiritismo se encaixa no conceito ocidental de religião, sendo também reconhecido como uma. Por isso, não pode haver qualquer limitação por parte do Estado ou dos particulares às suas atividades.

Não se pode deixar de frisar que o Brasil é um país laico, não se podendo priorizar uma religião em detrimento de outras, nada justificando que não se admita efeitos civis a casamentos celebrados por

⁸⁴ EMENTA: MANDANDO DE SEGURANÇA. CASAMENTO RELIGIOSO ESPÍRITA. AUTORIDADE OU MINISTRO RELIGIOSO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE RELIGIOSA. INADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE. 1. A figura jurídica do Amicus Curiae é instituto típico da modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, portanto inapropriada em sede de mandamus; 2. A celebração de casamento religioso realizado por líder espírita encontra perfeita consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; 3. A fé, algo maior que a religião, é o bem protegido pelos valores constitucionais da liberdade de culto e crença; 4. Ordem que merece ser concedida.

qualquer religião, desde que essas condutas não se afastem dos princípios estruturantes da sociedade.

Diante do conceito de religião e de liberdade religiosa assentado na Constituição, o caminho que se apresenta é de que o casamento religioso, independentemente da religião que se trate, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipare-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Em todas essas cerimônias matrimoniais, o mais importante é a fé que cada um dos parceiros tem numa força sobrenatural. Mais do que um burocrático casamento civil, a relevância do casamento religioso centra-se em valores transcendentais que o direito deve aprender a reconhecer seus efeitos.

Outro motivo relevante é o que diz respeito à constituição da família, que é consolidada principalmente através do casamento. A família que é o elemento estruturante da sociedade, não pode encontrar dificuldades em sua consolidação por aquele que tem o dever de protegê-la, pois o maior enfoque da máquina estatal deve estar na felicidade das pessoas envolvidas.

Vale ressaltar as palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁸⁵ quando afirmam que “Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”. Ainda em lições supracitadas dos referidos autores, o que deve ser valorizado hoje para legitimação da família é a liberdade afetiva existente na formação do casal.

Para os espíritas, a legitimidade do casamento é dada pelo amor que existiu na formação do casal, comparecendo diante da autoridade apenas para declará-lo. Dessa forma, o que realmente importa é a intenção dos noivos de estabelecerem a comunhão de afetos, o amor que eles sentem um pelo outro. As formalidades da lei não devem ser barreiras para aqueles que pretendem se unir pelo amor e desejam a benção divina para selar sua união.

⁸⁵ STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 6, 2014, p. 89.

É oportuno lembrar que o inciso VIII⁸⁶ do art. 5º da Carta Fundamental aduz que ninguém será privado de direitos por motivo de crença. Dessa forma, impedir que os seguidores do espiritismo contraíam casamento de acordo com sua doutrina vai inteiramente de encontro a este princípio.

Tendo por base que é um objetivo fundamental da federação brasileira promover o bem de todos, que o Estado tem o encargo de amparar e aprimorar a família, que os direitos fundamentais devem ser concedidos a todos os cidadãos e por todos os outros motivos já expostos, só resta chegar à conclusão de que os casamentos celebrados em centros espíritas são totalmente válidos.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O Brasil é um país de grande população, derivada de todas as regiões da Terra, multicultural e aberto à crença no sobrenatural, sendo detentor de um grande número de religiões. Por consequência, existe uma miscigenação em seu território, que deve ser respeitada pelo Estado através de prestações negativas, sendo este, proibido por lei de prejudicar qualquer que seja a religião ou discriminar seus praticantes por agirem de acordo com seus dogmas.

Com rateio no direito à liberdade de crença, que protege a fé, algo muito maior que a religião, os dogmas de todas as confissões religiosas devem ser respeitados, tendo elas, o direito de manifestar sua crença de acordo com sua doutrina. Os fragmentos de um Estado que era totalmente ligado à religiosidade, ainda são encontrados em todas as esferas do poder, porém, a neutralidade do Estado é fundamental para que os direitos a liberdade de crença se concretizem.

A religião ocupa um lugar central na vida de muitas pessoas, devendo o Estado, portanto, ter consideração e respeito por todas as formas de religiosidade. Além de abster-se de perturbar o culto, o Poder Público deve prevenir, reprimir e sancionar a sua perturbação por terceiros. Como o Estado tem a dignidade humana como fundamento, cabe a este, assegurar a inclusividade, de modo que as diferenças culturais

⁸⁶ Art 5º [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

subsistam num sistema pluralista, para que seja compatibilizada a mais ampla convivência religiosa com os valores constitucionais.

Os casamentos celebrados por outras religiões, além da católica, devem ser validados e efetivamente registrados nos cartórios competentes, porque isso é uma das maneiras do direito fundamental à liberdade religiosa ser usado pelos cidadãos, devendo a máquina estatal apenas confirmá-los e não os contestar ou dificultar.

É necessário construir uma liberdade religiosa que proteja além das confissões religiosas mais tradicionais, também aquelas menos conhecidas, tendo como valor supremo o pleno respeito pelo princípio da igualdade.

Dessa maneira, os casais que desejem se unir e estabelecer a comunhão de afetos, que celebrarem seus casamentos em consonância com a religião que são praticantes, devem ser legalmente reconhecidos como casados. Como o próprio artigo 1.511 do Código Civil preceitua “o casamento estabelece a comunhão plena de vida” e por ser defeso a quem quer que seja interferir na esfera íntima da família, sendo contrário a isso, o Estado estaria se auto prejudicando e burlando seus próprios mandamentos.

Não há razão jurídica para se negar o matrimônio celebrado perante aquele que, segundo os nubentes, é a autoridade religiosa competente de sua crença. É válido acrescentar novamente que a burocracia do ato não deve estar acima da união afetiva.

No Estado Democrático de Direito tem de haver um respeito irrestrito às normas constitucionais, principalmente quando se tratam de direitos humanos, positivados na carta constitucional, se não, instaura-se a insegurança e abre-se caminho para os ditames da irresponsabilidade.

Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estar-se-á negando sua própria dignidade. O Governo que não respeita os direitos fundamentais, não respeita também a própria população que habita em seu território. Frisa-se que os direitos fundamentais, onde quer que sejam desrespeitados, toda a sociedade acaba sendo prejudicada.

Não deve haver nenhum empecilho para que seja formada a célula mater da sociedade, a família, que é estabelecida na maioria das vezes através do casamento, pois como assevera o artigo 226 da carta maior “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. É

preciso defendê-la, porque ela é o esteio da sociedade e é nela que se pode cultivar as virtudes que farão deste mundo um lugar melhor.

Para tanto, os Tribunais, de forma preventiva, através dos seus Códigos de Normas, devem regulamentar a questão na via administrativa, orientando, também, as instituições celebrantes e os Cartórios de Registros Cíveis. Desse modo, a regulamentação administrativa já seria o bastante, dispensando a criação legislativa, por se tratar de direitos já assegurados pela Constituição.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n° 99, de 2011. Disponível

em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Censo Demográfico 2010; Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/de-fault.Shtm>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jun. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Casamento religioso com efeitos civis e a liberdade religiosa. Disponível em:

<<http://www.toscanodebrito.com.br/2012/03/30/casamento-religioso-com-efeitos-civis-e-a-liberdade-religiosa/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHAVES, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

DE ÂNGELIS, Joanna. Casamento e Família. Disponível em: <<http://www.oespiritismo.com.br/mensagens/ver.php?id1=228>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2005.

Federação Espírita Brasileira. História do Espiritismo. Disponível em: <<http://www.febnet.org.br/blog/geral/o-espiritismo/historia-do-espiritismo/>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KARDEC, Allan. O Livro dos Espíritos. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2004.

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

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Victor Mauricio Fiorito. O Estado Laico e a Democracia. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=99>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROTONDANO, José Edivaldo Rocha. Ministério Público entende que casamento em centro espírita pode ter efeitos civis. Disponível em: <<http://jus.com.br/pareceres/16666/ministerio-publico-entende-que-casamento-em-centro-espirita-pode-ter-efeitos-civis>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SANTANA JÚNIOR, Dejair dos Anjos. Conclusão. In: JÚNIOR, D. A possibilidade do casamento espírita com efeito civil. Bahia: 2007. Conclusão, p. 455-469.

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

SILVA, Eliane Moura & KARNAL, Leandro. O Ensino Religioso na Escola Pública do Estado de São Paulo – volume 1, Secretaria de Estado da Educação-UNICAMP, São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 6, 2014.

WEINGARTNER, Jayme. A dogmática da liberdade religiosa. In: WEINGARTNER, J. A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Porto Alegre: 2006. Cap. 3, p. 218-379.

ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE EM TORNO DO DANO MORAL E DAS POSSÍVEIS REPARAÇÕES DECORRENTES DO ABANDONO

Karol Suellen de França Souza⁸⁷
Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra⁸⁸

RESUMO: No presente artigo buscamos fazer análise em torno do tratamento do abandono afetivo no Direito Brasileiro. O tema em questão torna-se bastante conflituoso a partir do momento que afirma-se notória discordância entre a doutrina, quanto a possibilidade de haver ou não uma indenização para reparar os danos causados pela ausência afetiva dos pais. Em nosso trabalho analisamos diversas vertentes doutrinárias e algumas jurisprudências a fim de chegarmos a uma conclusão sobre a possibilidade e necessidade de aplicar-se uma indenização que busque minimizar os danos morais causados pelo abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Afetividade. Relação Paterno-Filial.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – DO PODER FAMILIAR; 3 - A FAMÍLIA COMO FORMADORA DA PERSONALIDADE E DO CARÁTER DO INDIVÍDUO; 4 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 5 - AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO; 6 - RESPONSABILIDADE CIVIL; 7 - DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO; 8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 – INTRODUÇÃO:

Os institutos da família, dentre eles o abandono afetivo, um de vários institutos passaram por muitas mudanças desde a sua primeira concepção. Desde a Roma Antiga, o Direito toma a família como um ramo seu, tendo-lhe disposto conceitos e normas que regulamentam, até hoje, a vivência familiar. Naquela época, a família apresentava características patriarcais de modo hierarquizado. Não havia de se falar em afeto, tudo o

⁸⁷ Discente da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte.

⁸⁸ Professora Orientadora. Docente da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – Faculdade de Direito, Mestra pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Promotora de Justiça do Estado do Ceará.

que importava era a figura absoluta do pai que deveria, de modo autoritário, comandar os membros da família da qual fosse “chefe”.

A família é, portanto, o primeiro contato social e, por isso, o mais importante, que um indivíduo detém. Desta forma é imprescindível que haja nesse âmbito de primeiras relações sócio afetivas sentimentos como amor, carinho e afeto, que serão, sobretudo, responsáveis pela construção da personalidade e da autoestima da criança que ali estará desenvolvendo-se. O Abandono Afetivo ainda não encontra-se disciplinado no ordenamento jurídico, no entanto, tanto a doutrina civilista, quanto alguns tribunais de justiça demonstram entendimento favorável acerca do assunto, tendo em vista que o instituto familiar e todos os seus elementos devem ter a devida adequação por se tratar de direito de cada cidadão crescer em um lar onde seja possível desenvolver suas qualidades e todos os aspectos característicos que lhe serão inerentes durante toda a vida.

2 - DO PODER FAMILIAR:

Anteriormente, no Código Civil de 1916, a expressão “Pátrio Poder” era amplamente utilizada para deixar claro que a autoridade, no seio familiar, estava somente de direito do homem, o chefe de família. Isto se dava devido ao conservadorismo e ao machismo que tornavam a mulher submissa em uma sociedade que valorizava, de forma demasiada, a figura do homem, em detrimento da figura da mulher. Esta expressão veio a perder força com a criação do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, que atribuía o pátrio poder tanto ao pai, quanto a mãe, no entanto, esse “poder” atribuído à figura materna, tinha suas restrições, pois deveria ser exercido pelo homem, e a mãe, tinha apenas o dever de “colaborar” com o que fosse necessário. E, havendo ainda casos de divergência, poderia a mãe optar pelo divórcio, o que, até então, era inviável.⁸⁹

Com as palavras de Pontes de Miranda, poder familiar: *é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou a mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação deste, e de deveres em relação ao filho.* Ou seja, existe nessa relação um vínculo objetivo, que seria o

⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento. Ed. Juruá, 1991.

jurídico, por meio do qual há a predominância de direitos e deveres entre pais e filhos e, ainda o vínculo subjetivo, que será, como já citamos anteriormente, todo o sentimento e afetivo existente (presume-se) na relação.

Embora existisse em outros tempos a possibilidade de se falar em poder familiar sem a participação de ambos os pais na educação dos filhos, não há mais essa possibilidade de não participação de um ou de outrem. O poder familiar deve ser construído não isoladamente, deve ser, sobretudo, o ato de compartilhar direitos, responsabilidades, emoções e deveres com todos os membros que constituírem a entidade familiar comum. Tendo, principalmente, nessas relações a disseminação do afeto, amor e carinho que irá ser base fundamental para o desenvolvimento de todos os integrantes da família, mas principalmente, das crianças, que estarão entrando, pela primeira vez, em contato com relações sócio afetivas, que poderão ser fundamentais, futuramente, no tocante ao seu posicionamento quanto sujeito social.⁹⁰

Sobre o assunto, afirma Cristiano Chaves que:

A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessando o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

Podemos afirmar, portanto, que o afeto é base, vínculo necessário para que se possa perceber a existência da família, que em seus mais claros conceitos retoma palavras como companheirismo, carinho, amor e, portanto, sentimentos que são indispensáveis tanto para a existência como para a continuação da entidade familiar.

3 - A FAMÍLIA COMO FORMADORA DA PERSONALIDADE E DO CARÁTER DO INDIVÍDUO:

Compreendemos que o primeiro instituto familiar teve sua base em preceitos culturais, morais, hierárquicos, religiosos e, sobretudo,

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5: Direito de Família. Ed. Saraiva, 26ª Ed. São Paulo, 2011.

patriarcais. E partes dessas características são incorporadas até hoje quando retomamos o termo “família”. A primeira forma de entidade familiar envolvia aspectos autoritários, de forma que, mesmo sendo composta por mãe, pai, filhos ou filhas, somente o pai tinha autoridade sobre ela, assim sendo, a última palavra sempre seria dele, isto se deve, é claro, ao machismo que fora, desde aquela época, impregnado no seio social.⁹¹

Nos primeiros modelos familiares, é um tanto evidente que fatores econômicos e morais tinham relevância bem maior que amor, afeto e outros aspectos subjetivos. Os tempos foram mudando e a família passou a ser compartilhada, verdadeiramente, com os indivíduos que a formavam. O pai não detinha mais autoridade total sobre a instituição familiar, mas a compartilhava com a mulher e, juntos, tinham, então, o dever de tornar aquele um lar propício ao desenvolvimento de qualquer indivíduo que ali habitasse.⁹² Não é possível, contudo, que um instituto tão importante e valioso como esse que aqui tratamos, não encontre respaldo na lei, sobre seus mais diversos temas. Enfatizamos aqui, que a vida e as relações sociais passam diariamente por evoluções e constantes mudanças, e isto, impossibilita que o direito, a justiça e a lei, consigam acompanhar, na mesma velocidade, todas essas oscilações. No entanto, é indispensável que haja uma análise minuciosa sobre os adventos do abandono afetivo que, por não ter sido um elemento relevante nas primeiras relações familiares, encontra-se, até hoje, sem matéria suficiente que verse ao seu respeito.

Ponderamos, para a elaboração do presente artigo, que o afeto é bem de inestimável valor e é direito de todo e qualquer indivíduo recebê-lo daquele que tem consigo, obrigação de fazê-lo. O afeto, o carinho e a demonstração de amor e cuidado, são aspectos que contribuem diretamente na personalidade e na autoestima de um indivíduo em desenvolvimento, assim sendo, a relevância desses bens subjetivos na vida de qualquer pessoa, tem papéis fundamentais no que envolve o caráter e a forma de lidar com a sociedade.

O Afeto reconhecido nos primeiros modelos de família na sociedade patriarcal estava indissociavelmente ligado ao casamento, era

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8º edição. Ed. Forense, 2011.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

presumido, de modo que um não poderia existir sem o outro, mas o conceito de afeto era, naquela época, um tanto diverso do que entendemos hoje como modo de mostrar sentimento por outrem. O afeto daquela época era baseado em todo o aspecto moral, autoritário e patriarcal que punha aspectos econômicos e religiosos acima de qualquer sentimento que pudesse envolver laços afetivos mais fortes.

Segundo Carbonera:

A *affectio*, no modelo da família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuação da relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele trazia parte da estrutura do matrimônio. [...] O compromisso de manter a vida em comum, não revela necessariamente, a existência de afeto. A continuidade podia ser motivada por outros elementos como, por exemplo, a impossibilidade de dissolução de vínculo: neste caso a *affectio*, presumida, se fazia presente.⁹³

Esse entendimento não é mais aceito nos dias de hoje, tendo em vista que o casamento pode ser desfeito. No entanto, os laços afetivos devem perdurar apesar de qualquer advento, pois é um direito que os filhos detém, o vínculo matrimonial pode ser desfeito pelo divórcio, já um pai ou uma mãe não podem, simplesmente, decidir não mais ter vínculo com seu filho. Sendo responsável pelo seu bem estar até que o filho ou a filha alcance a maioridade ou a emancipação.⁹⁴

4 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

A Constituição Brasileira em seu Título I, Dos Princípios Fundamentais, faz uma menção à dignidade da pessoa, em seu artigo 1º, inciso III.

É, no mínimo, indiscutível que o conceito de “dignidade da pessoa” é um tanto subjetivo. É o tipo de concepção que poderá ser mudada

⁹³ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família.

⁹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento. Ed. Juruá, 1991.

dependendo da moral e dos princípios que venham a orientar a vida de cada pessoa. Embora subjetivo, é indispensável à vida de cada indivíduo, sendo notória a relevância que este princípio acarreta em todas as áreas do Direito, em principal, no Direito de Família. Sendo este o mais humano de todos os princípios, torna-se fácil perceber o porquê deste ser considerado o valor supremo de nosso ordenamento jurídico, indispensável à comunidade familiar, tem como um de seus objetivos garantir a afetividade e o desenvolvimento dos membros da entidade familiar da melhor forma possível.⁹⁵ Tal princípio rege, também, a vida como um todo para que as relações sociais possam fluir naturalmente, de forma harmônica e respeitosa sem maiores desentendimentos ou complicações.

Dispõe a jurista Maria Berenice Dias⁹⁶, sobre o princípio que *“A sua aplicação no plano afetivo é indiscutível, uma vez que pode ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções”*.

Se adotarmos como princípio um dos valores que orienta a vida e o andamento da sociedade, seria inaceitável que esse não fosse seguido e respeitado por todos os indivíduos que convivem em sociedade, ou melhor, entre os membros que compartilham de uma mesma família e, de forma ainda mais relevante, devem cultivar entre si valores, ações e cuidados que irão perdurar e refletir durante toda a vida dos membros daquela entidade familiar. Embora um tanto subjetivo, a dignidade engloba características como respeito, sobriedade e afeto, e portanto, é cabível pontuar que todo e qualquer indivíduo tem o direito de viver em um meio que lhe proporcione o desenvolvimento dessa dignidade que não pode ser ferida ou negada por qualquer outro indivíduo, tendo em vista que a falta desse princípio na vida homem pode acarretar, de forma destrutiva, um mau desenvolvimento do caráter, autoestima e outros elementos fundamentais na personalidade e no modo de agir de um indivíduo.⁹⁷

⁹⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Fabris, 1999.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.

⁹⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Ainda versando sobre o pensamento de Kant a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana podemos aqui enfatizar o entendimento do jurista Cleber Francisco Alves que dispõe:

Diríamos, de seu caráter enigmático, a pessoa humana – na dignidade que lhe é própria – vem sendo colocada como pedra angular, vértice e ponto de referência do ordenamento jurídico, quer seja no âmbito dos diversos Estados nacionais contemporâneos, quer no âmbito supranacional.⁹⁸

A dignidade da pessoa humana, portanto, é baseada em um conjunto de arguições que regem o ordenamento jurídico brasileiro. É inerente à todo e qualquer indivíduo e não pode ser ignorada por elementos subjetivos e pessoais. Há de se fazer valer todo o texto trazido na Carta Magna, e sendo o princípio aqui exposto, um dos mais importantes para o regimento de todos os outros princípios, acreditamos que este é o mais relevante e, por isso, deve ser respeitado e compreendido como tal.

5 - AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO:

A família é vista como uma forma de amparo, um refúgio contra quaisquer males sociais que possa assombrar a existência do indivíduo. É na família que o ser encontrará os primeiros caminhos para a construção de sua personalidade, será este o primeiro contato de relação afetiva que o guiará perante suas próximas relações no meio social.

Analisando a relevância que o afeto representa na vida de qualquer indivíduo, notamos ser indispensável a existência deste na vida de qualquer um. O afeto é direito e dever, reciprocamente, de todo ser. É dever daquele que coloca um indivíduo no mundo, não podendo deixá-lo a mercê de cuidados e carinho e é direito, defendido na Constituição Federal de 1988, de todo e qualquer indivíduo crescer em uma família que lhe viabilize educação, moradia, comida e todos os cuidados necessários que possibilitem o melhor desenvolvimento e crescimento do indivíduo.

⁹⁸ ALVES, Cleber Francisco. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-9.

Há de se pontuar aqui também, a existência, atualmente, dos mais diversos modelos de família e não somente aquele constituído por pai, mãe e filhos/as. A diversidade, bem como as constantes mudanças que vem ocorrendo no âmbito da sociedade, permitem o entendimento de um conceito de família bem mais amplo do que o modelo “tradicional”. Assim, podemos notar que os parâmetros para a construção e a percepção de uma instituição como a “família” já não são mais os mesmos. A família, hodiernamente, é composta pela junção, pelo companheirismo de duas pessoas, independente de gênero, que compartilham diversos sentimentos e, se propõem, a conviver e compartilhar com o outro, a sua vida. Podemos, portanto, aqui afirmar que a base da família moderna é o sentimento, elemento abstrato, condicionado aos vínculos afetivos entre as pessoas envolvidas. Desta forma, fica claro que a noção de família, baseia-se no afeto que se fortalece dia após dia, cultivando sentimentos como amizade, respeito, companheirismo, carinho e amor tanto na relação entre casais quanto entre pais e filhos.⁹⁹

Deixar sem amparo aquele que, legalmente, está sob nossa tutela, é mais que irresponsabilidade com a vida do outro, é ignorar a Responsabilidade Civil que se tem para com determinado indivíduo. Versa sobre a matéria o Código Civil, na Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, em seu Artigo 927, que dispõe: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos do outrem*¹⁰⁰.

Portanto, se há uma responsabilidade civil em torno de alguém que causa dano a outrem, como não haveria essa mesma responsabilidade, talvez até de forma mais incisiva, em relação àquele que deveria ter recebido determinado cuidado que lhe é seu, por direito, e não o recebeu? Tal indagação se auto responde quando dizemos que existe o direito àquela determinada coisa e, portanto, se existe o direito, é necessário agir conforme o que a lei dispõe.

⁹⁹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo. Ed. Juruá, 2012.

¹⁰⁰ VADE MECUM. Editora Saraiva – 17º ed. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

6 - RESPONSABILIDADE CIVIL:

O Ordenamento Jurídico Brasileiro traz em seu Código Civil, artigo 186, que é cabível de indenização todo o ato ilícito praticado contra outrem. Dispõe o artigo mencionado que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, compete ao ilícito”. Temos, ainda, no caput do art. 927 do Código Civil que: “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a reparar”. Encontrando respaldo na lei temos, então, que há, claramente a obrigação de zelar pelo direito para que não exista obrigação de reparar nenhum dano causado.

Assimilando o que traz o CC, podemos afirmar que para que exista, de fato, a responsabilidade civil subjetiva por abandono afetivo, é necessário evidenciar a culpa dos pais, haja visto que uma conduta sem culpa, não pode gerar o dever de indenizar.

Para que haja, portanto, o dever de indenização por abandono afetivo, é imprescindível que tenha havido na conduta dos pais, segundo a jurista Maria Helena Diniz, a constatação da presença de três elementos fundamentais, sendo estes: a existência de uma ação comissiva ou omissiva, dano moral ou patrimonial e, por fim, é necessário, também que haja nexo de causalidade entre o dano e a ação.

- I - Existência de uma ação comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; ou seja, deve ter havido uma conduta do agente, sendo esta praticada diretamente por meio de uma ação, ou indiretamente, por uma omissão que tenha dado causa ao fato, tendo em vista que a culpa, como fundamento da responsabilidade, é diretamente ligada ao fator risco.
- II - Dano Moral ou patrimonial; Não há como se falar em indenização sem ter havido dano, aqui nos limitados no enfoque ao dano moral, já que fazemos menção à responsabilidade civil por abandono afetivo, visualizamos, deste modo que o dano moral causado pelo abandono afetivo é relevante a ponto de não haver, ainda, no ordenamento jurídico uma maneira de suprir o afeto e o cuidado que tenha sido negado pelos pais aos seus filhos,

pois amor somente pode ser suprido com amor e não é possível obrigar ninguém a amar, no entanto, é, ainda, buscada uma forma pedagógica e/ou pecuniária para punir aquele que faltou com a sua responsabilidade e de outro lado, para reparar o dano causado ao filho.

III - Nexo de Causalidade - Por fim, para caracterizar a necessidade de indenização de responsabilidade civil por abandono afetivo é imprescindível a existência de um Nexo ou uma ligação entre o dano e a ação, fato gerador da responsabilidade

Portanto, verifica-se a necessidade de uma ação comissiva ou omissiva, um dano moral e um nexo de causalidade para que haja a responsabilidade civil de indenização por abandono afetivo. Mas, de forma alguma, há de se deixar impune o indivíduo que, de forma imprudente, deixar de zelar a vida daquele que está sobre sua responsabilidade, tendo o direito à uma vida digna com uma família e um lar que possa lhe proporcionar um desenvolvimento saudável, tanto físico como psicologicamente, bem como um lugar que lhe possibilite um bom relacionamento afetivo com as pessoas que o integrem.¹⁰¹

7 - DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO:

Há na doutrina brasileira grande controvérsia a respeito da possibilidade de reparação do dano moral causado pelo abandono afetivo, se coloca em questão o fato de sentimentos subjetivos como amor e afeto não poderem ser substituídos por indenizações pecuniárias. No entanto, o que há de se pontuar é que o objetivo da reparação não é meramente econômico. Trata-se de uma forma de compensar uma ausência, que, caso não seja reparada, mesmo em forma de pecúnia, terá sido duplamente ausente, deixando a mercê um filho que deveria ter recebido certos cuidados e não recebeu¹⁰².

Os danos morais causados pelo abandono afetivo são incontestáveis. Ao negar a uma criança direitos fundamentais como a vivência em um lar harmônico que possa lhe possibilitar as ferramentas

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Sálvio, Direito de Família. Vol. VI. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰² BRANCO, Bernardo Castelo. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo. Ed. Método. 2006.

necessárias para o melhor desenvolvimento possível de sua personalidade, lhe é negada, também, o direito a sua dignidade, que fundamenta todos os demais princípios existentes em nossa Carta Magna. Um indivíduo que cresce, em seu próprio âmbito familiar, sem afeto, sem amor e sem carinho e que avança sem ter identificado a singeleza das relações afetivas sociais, possivelmente irá se tornar um ser introvertido e com baixa autoestima, já que lhe foi negado o meio em que lhe deveria ter servido como desenvolvimento de sua pessoa.¹⁰³

Destacamos aqui que um dano moral causado pela negligência de um pai que deixou de cumprir seu papel, irá interferir diretamente na vida de um filho que não encontrou amparo, não teve uma figura materna ou paterna que lhe servisse, positivamente, como reflexo. Quando pais deixam sua prole sem amparo estão interferindo, diretamente e de forma negativa, num futuro que tem tudo para ser danoso, pela junção de sentimentos e mágoas que poderá perdurar ao longo da vida daquele que tenha sido, durante toda uma existência, ignorado, desrespeitado e abandonado, afetivamente.

Tendo em vista a ausência de legislação específica que verse sobre o assunto quanto a indenização cabível ou não decorrente do abandono afetivo, a doutrina brasileira diverge em suas opiniões quanto o assunto.

A jurista Berenice Dias posiciona-se a favor da reparação do dano causado como podemos notar na seguinte afirmação: “A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter um filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação”.¹⁰⁴ No mesmo sentido temos o ensinamento de Rui Stoco: “O que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.”

Ainda com posicionamento favorável acerca da indenização, temos o entendimento do de Bernardo Castelo Branco que afirma:

¹⁰³ ROSA, CARVALHO, FREITAS. Conrado Paulino. Dimas Messias. Douglas Phillips. Dano Moral e Direito das Famílias. 2ª Ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2012.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A conduta omissiva dos pais no tocante à formação moral dos filhos, permitindo-lhes o livre acesso a ambientes nocivos ao seu desenvolvimento, ao contato com jogos, álcool e drogas, entre outros fatores deturpadores da personalidade, constitui, portanto, a adoção de comportamento ilícito, uma vez que viola um dever juridicamente imposto aos titulares do poder familiar”.¹⁰⁵

Esses são alguns dos autores que demonstram opiniões favoráveis quanto a aplicação de indenização em caso de abandono afetivo, no entanto, como dissemos anteriormente, parte da doutrina não concorda com essa hipótese, discordando da obrigação de reparação do dano causado.

Acreditando na impossibilidade de reparação, a corrente contrária a indenização usa, como argumento principal, que a existência de uma indenização pecuniária do abandono poderia provocar uma “monetização do amor”. Concordando com esse argumento temos a afirmativa de Lizete Schuh que dispõe que “[...] *a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares.*”

Importante afirmar que a corrente que vai contra a possibilidade de reparação do dano, não considera e não crê que esta possa se dar de forma pedagógica, mas enxerga como forma de “comprar ou pagar” um amor que não existiu.

Ainda defendendo a impossibilidade da aplicação de reparação pecuniária, temos o pensamento de Renan Kfuri “*A violação aos deveres familiares gera apenas as sanções no âmbito do Direito de Família, refletindo, evidentemente, no íntimo afetivo e psicológico da relação.*”

A corrente contrária se nega a acreditar que a reparação pecuniária tem, também, caráter pedagógico. E defende, ainda que a sanção prevista para esses casos já encontra respaldo no âmbito do Direito de família. É, no entanto, necessário afirmar que o caráter pedagógico da reparação pode ser identificado à medida que visa inibir futuras omissões dos pais em relação aos seus filhos. Não se trata aqui de uma monetização do amor, mas de uma forma encontrada para minimizar os danos causados

¹⁰⁵ BRANCO, Bernardo Castelo. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo. Ed. Método. 2006.

pela negligência daquele que deveria ter amparado e dado todos os cuidados necessários para aquele com o qual era responsável.

De forma a acompanhar as mudanças que ocorrem no Direito como um todo, os tribunais pátrios são levados a julgar analisando todos os fatos da atualidade que possam ser de importante relevância socialmente. Embora o tema seja bastante conflituoso já podemos citar casos de aplicação de indenização por abandono afetivo, como o ocorrido em 2003. O Juiz Mario Romano Maggioni, titular da 2º Vara da Comarca de Capão da Canoa no Rio Grande do Sul, na ação indenizatória nº 141/1030012032-0, condenou um pai ao pagamento de uma indenização que equivalia a 200 salários mínimos, o que, na época, era equivalente à R\$ 44.000,00.

Temos ainda um outro caso que aconteceu em 2004 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o Desembargador Unias Silva, que deu provimento ao recurso interposto pelo filho:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO – FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

Ao analisarmos as decisões dos magistrados para aplicação da indenização, podemos afirmar que ambos se utilizam de fundamentos subjetivos como o amor e afeto que devem ser contemplados aos filhos em complemento à assistência educacional e econômica, pois são exatamente esses fatores subjetivos que pode fazer tamanha diferença na vida de um indivíduo em crescimento e desenvolvimento e, são, ainda, de direito de todo e qualquer cidadão, tendo em vista os princípios fundamentais que regem a Constituição Federal Brasileira.

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Finalmente, analisando tudo que foi disposto anteriormente, podemos afirmar que o abandono afetivo pode possibilitar um dano

¹⁰⁶ TJMG, Apelação Civil 408.550.54, Rel. Des. Unias Silva).

moral grave que irá interferir diretamente, na personalidade, no caráter e, portanto, no futuro daquele a quem o amor e afeto tenham sido negados. Apesar de não ser possível substituir o amor com uma indenização pecuniária, e aqui, não é o que buscamos defender. Existe, sim, a hipótese de uma indenização que busque minimizar os efeitos da displicência e irresponsabilidade dos pais que deixaram à mercê, aquele que, legalmente, deveria ser, por eles amparado.

É indiscutível que o abandono afetivo interfere diretamente em direitos que são inerentes a todos os indivíduos, bem como o direito a dignidade humana e o direito a personalidade. O princípio da dignidade não estará sendo respeitado em caso de desamparo de um pai para com a sua prole, muito menos o direito a personalidade. Não é possível crer na possibilidade de um bom desenvolvimento de caráter, bem como na construção de características construtivas que perdurarão ao longo de toda uma vida, de um indivíduo que não encontra em seu próprio lar os meios necessários para o que seria um dos seus primeiros contatos afetivos em relação à sociedade.

Portanto, acreditamos ser eficaz para o filho que tenha sido lesado, bem como pedagógico para o pai ou os pais que tenham praticado o abandono, que seja definida uma indenização para reparar os danos causados. A reparação visa, primeiramente, mostrar alguma forma de amparo legal para o filho, já que ainda não há, em lei, matéria que verse diretamente sobre o assunto. E pode, ainda, compreender-se como pedagógico para os pais, tendo em vista que, havendo uma indenização estipulada em lei, dificilmente haverá reincidência de abandono. Não podemos classificar como uma forma de “obrigar” aos pais amarem seus filhos, mas sim, incentivá-los a cumprir um dever que deveria ser, naturalmente, exercido.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Cleber Francisco. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-9.

BRANCO, Bernardo Castelo. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo. Ed. Método. 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Manual de Direito das Famílias. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5: Direito de Família. Ed. Saraiva, 26ª Ed. São Paulo, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo. Ed. Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento. Ed. Juruá, 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8º edição. Ed. Forense, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da, CARVALHO, Dimas Messias de, FREITAS, Douglas Phillips. Dano Moral e Direito das Famílias. 2ª Ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Fabris, 1999.

VADE MECUM. Editora Saraiva – 17º ed. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

VENOSA, Sílvio de Sálvio, Direito de Família. Vol. VI. São Paulo: Atlas, 2008.

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: DESEJO É DIREITO?

Daniela Cristina Lima Gomes Cabral¹⁰⁷

Suyane Nayara Santos de Sousa¹⁰⁸

RESUMO: A Lei nº 12.010/2009 trouxe para o direito brasileiro a condição de que para adotar, precisa estar o adotante no cadastro nacional de pessoas aptas a adotar, assim como, o adotado no cadastro de aptos a serem adotados. À época justificou-se a necessidade e possível obrigatoriedade do cadastro, para moralizar os procedimentos de adoção, evitando-se com isto a “compra e venda” de crianças. Neste sentido, vem sendo rechaçada a possibilidade de adoção intuitu personae, ou seja, da genitora escolher a pessoa ou a família a quem ela queira doar o seu filho. Neste sentido, é direito da genitora em saber e destinar seu filho à pessoas ou famílias de sua confiança, não sendo a necessidade de cadastro um limitador deste direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Famílias. Adoção Intuitu Personae. Cadastro Nacional. Direito de Escolha da Genitora. Lei nº 12.010/2009.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL: PROCEDIMENTO QUE PROTEGE; 2.1 - ETAPAS DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL CONFORME A LEI 8.069 DE 1990 2.1.1 - CADASTROS: POSSIBILIDADES DE BURLAR A FILA?; 3 - ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

A família como bem trata Maria Berenice Dias é “*um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social*”¹⁰⁹ e que tem extrema importância para o desenvolvimento de um ser humano

¹⁰⁷ Advogada militante vinculada ao Escritório Cabral & Cabral Advogados Associados. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Universidade Anhanguera – Uniderp. Professora Contratada da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e da Pós-graduação da Universidade Potiguar.

¹⁰⁸ Bacharelada do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Discente-Pesquisadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Mossoró - Estado do Rio Grande do Norte – Brasil.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pag. 29.

saudável, haja vista a máxima certeza que este é um ser social e fruto do meio que vive e que necessita de referencial. Proporciona, também, ao homem a possibilidade de aprender normas, valores e princípios, bem como possibilita torná-lo sujeito de direitos e deveres plenamente capaz, com desenvolvimento psicológico e emocional completo.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 no caput do artigo 226¹¹⁰ tem a família como base da sociedade e garante a ela especial proteção. Já no caput do artigo 227¹¹¹ é garantida a criança e ao adolescente, dentre outras coisas, ter uma família. A família primeira de um ser, sempre deve ser preferida para a permanência do convívio da criança e do adolescente, entretanto, quando não é possível concretizar este ideal constitucional proceder-se-á com a busca de um lar substituto que proporcione o desenvolvimento da criança e do adolescente sem causar-lhes quaisquer prejuízos.

A adoção é essa tentativa última de garantir a criança o convívio familiar, na busca do seu melhor interesse. Entretanto é nesta tentativa de buscar o melhor para a criança que surgem diversas questões grandemente discutidas sobre a adoção, e uma delas atualmente envolve a adoção *intuitu personae* popularmente conhecida como “adoção dirigida” ou “adoção à brasileira” que ocorre quando os pais biológicos indicam as pessoas que desejam com que seus filhos permaneçam e sejam criados.

Apesar do procedimento de adoção no Brasil ser formado por uma metodologia que objetiva o melhor atendimento dos interesses e necessidades de crianças e adolescentes cujos pais não podem ou não possuem interesse em criá-los, não se pode concluir que apenas obedecendo este procedimento o interesse da criança será atendido.

Posto isto, faz-se imprescindível analisar alguns problemas que persistem sobre a referida temática e que serão abordados no presente artigo: será analisado se a indicação pelo genitor da família que irá guardar a criança é a melhor decisão e se esta vontade se torna um direito.

¹¹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹¹¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Apenas o procedimento de adoção pode proteger a criança de uma nova situação de abandono e traumas emocionais? A adoção *Intuitu Personae* deve ser aceita por nosso ordenamento jurídico?

Para tanto, a referida pesquisa se utilizará do método dialético, através da análise de textos, na busca para resolver tais questionamentos.

2 - PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL: PROCEDIMENTO QUE PROTEGE:

A adoção é um procedimento que tem como objetivo principal reinsserir a criança ou adolescente no convívio familiar possibilitando a elas o desenvolvimento saudável e completo. Deve ser medida última utilizada pelo Estado conforme disposição contida no art. 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹¹², pois sempre é priorizada a permanência da criança em sua família natural ou extensa.

No Brasil a adoção é realizada por um procedimento que necessita de intervenção judicial de competência da Vara da Infância e Juventude conforme prevê o Estatuto da criança e do adolescente (ECA) em seu artigo 28¹¹³.

O procedimento consiste objetivamente em três etapas principais que é a Inscrição, Habilitação (requisitos técnicos) e a Adoção propriamente dita, quando se atinge o objetivo desejado.

Apesar de se formar simplificada em três atos, muito se diz que o procedimento de adoção no Brasil é bastante burocrático, entretanto se deve entender que não se está lidando com um produto comerciável, mas com vidas que já possuem marcas de abandono e traumas emocionais muito grandes para serem repetidos. Por causa disto diversas etapas do procedimento de adoção não podem ser apressadas, por exemplo, a avaliação e o acompanhamento das famílias que irão adotar estas crianças, como é atualmente buscado.

112 Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

113 Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

É importante enfatizar que apesar do procedimento de adoção possuir sucessivas etapas conforme já descritas e necessitar de intervenção judicial o fator que realmente impacta no tempo de espera à adoção é a preferência dos candidatos por crianças com características determinadas como cor, idade e sexo, pois o perfil de criança buscado pelo postulante a adoção geralmente não é compatível com as crianças aptas a serem adotadas, conforme pesquisa disponibilizada pelo Senado¹¹⁴.

O perfil de crianças aptas à adoção, conforme os dados de pesquisa disponibilizada pelo site do Senado¹¹⁵ tem em sua grande maioria 10 anos de idade, afrodescendente e do sexo masculino, entretanto este não é o perfil procurado. Contudo as famílias apenas adotam a criança com as características idealizadas, por isto os postulantes permanecem na fila de espera pelo adotando “ideal” em sua concepção, aumentando o tempo e causando frustração.

Daí é preciso entender que o principal motivo da morosidade do procedimento não se dá apenas devido as etapas, mas também as características de filho ideal desejado pela maioria dos candidatos. Com isto, a necessidade de existir um procedimento que tente verificar toda a condição que uma família candidata a adoção tem e não apenas a vontade das mesmas é medida que se impõem, pois é necessário atender o melhor interesse do adotando que já enfrentou uma situação muito complicada que é o abandono e isso não é desejado repetir.

É notório que o tempo que uma criança passa sem famílias não é em nada salutar para seu desenvolvimento, porém não é diminuindo etapas que, em regra, se beneficiará uma criança, pois a família que irá lhe acolher deve também está apta a ter um filho. Deve-se, entretanto, aumentar o investimento nos profissionais ligados a esta área e conscientizar cada vez mais a população interessada sobre a importância da adoção, que não existem diferenças entre filhos biológicos e filhos adotados e que independentemente da faixa etária das crianças e/ou adolescentes que adotarem existirá problemas quanto à adaptação a nova estrutura familiar, que poderão ser contornados mediante um acompanhamento profissional e claro o amor e carinho desprendido para aquele novo membro.

¹¹⁴ Perfil das crianças disponíveis para adoção: Em discussão: Disponível em; www.senado.gov.br

¹¹⁵ Realidade Brasileira sobre adoção: Em discussão: Disponível em: www.senado.gov.br

O investimento em mais profissionais capacitados para atuarem nos casos de adoção é uma alternativa que possibilitará a diminuição do tempo do procedimento, beneficiando tanto as famílias candidatas, como as crianças e adolescentes aptos à adoção, pois serão mais rapidamente acompanhados.

Outro ponto que deve ser discutido perante a sociedade é a dissipação do perfil ideal de filho para adotar, pois conforme estatística do CNJ¹¹⁶ a maioria de postulantes a adoção buscam crianças entre 0 à 3 anos de idade, por entenderem ser mais fácil a adaptação a nova família. Todavia, a sociedade deve ser conscientizada, através de políticas públicas, que acima de tudo a afetividade será a responsável pela formação de laços fortes nesta nova família.

2.1 - ETAPAS DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL CONFORME A LEI 8.069 DE 1990:

O Código Civil de 1916 foi o primeiro código a dispor sobre a adoção no Brasil e buscava atender as formas de adoção que existiam na época, entretanto a forma de adoção permitida era muito limitada. Após este momento outras alterações legislativas tentaram atender à necessidade das crianças e adolescentes como, por exemplo, em 1979 com a criação do Código de Menores através da Lei 6.697 que instituiu a adoção plena, permitindo grande avanço na proteção das crianças e adolescentes e possibilitando se chegar ao momento atual de proteção aos menores.

Documentos, entrevistas e acompanhamento de profissionais capacitados fazem parte do processo de adoção no Brasil que atualmente é regido pela lei 8.069/90(ECA) com vigência em todo território nacional e busca o melhor interesse da criança e do adolescente conforme os preceitos da Constituição Federal de 1988.

O ECA prevê em seu artigo 197-A até 197-E o procedimento de adoção a ser seguido por parte dos candidatos interessados. Com sua livre decisão, o interessado(s) deve buscar a habilitação à adoção, procedimento iniciado nas Varas da Infância e Juventude onde se

116 CNA- Cadastro Nacional de Adoção: Relatórios estatísticos; Disponível em www.cnj.jus.br

apresentam documentos como Identidade e CPF – Cadastro de Pessoa física, comprovante de residência, cópia autenticada da certidão de casamento (se casado), certidão de nascimento, atestado de sanidade física e mental, atestado de antecedentes criminais entre outros, conjuntamente com uma petição informando o desejo de adotar que pode ser feita por Defensor Público ou Advogado particular, mas não é obrigatório constituir representante, conforme informa o site GAASP (Grupo de Apoio a Adoção de São Paulo)¹¹⁷. Neste momento os candidatos devem também apresentar o perfil da criança desejado.

Os interessados devem atender os requisitos de idade, pois se deve ser maior de dezoito anos de acordo com a disposição contida no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente de estado civil e, a diferença de idade entre ele e o adotado deve ser superior a 16 (dezesseis) anos. O parágrafo primeiro do referido artigo também dispõe que não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

O Ministério Público tem legitimidade para participar do processo, podendo inclusive solicitar mais informações sobre os interessados conforme estabelece o artigo 197-B do ECA.

A inscrição dos candidatos também está condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica realizada pela equipe de profissionais especializados da Vara da Infância e Juventude (artigo 50 § 3º). Depois de findas estas etapas burocráticas o Juiz competente analisará o laudo dos profissionais responsáveis e deferirá ou não a inscrição dos postulantes procedendo com a sua inscrição no cadastro regional e nacional, deferida a inscrição, onde os dados de todos os interessados estão cadastrados e também das crianças aptas.

No momento que há alguma criança apta e que atenda aos desejos dos postulantes, os mesmos serão comunicados, conforme ordem na lista de cadastro. Ocorrerá então o período de convivência, que é realizada após o juiz expedir o termo de guarda, entretanto a adoção ainda não é deferida (artigo 46, ECA). O período de convivência é provisório e será acompanhado por equipe profissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude que apresentará relatório minucioso sobre o tempo de convívio entre a criança e o interessado.

¹¹⁷ Sobre o início do processo: Perguntas e respostas: Disponível em: www.gaasp.org.br

Esse tempo de convivência é muito importante e salutar, principalmente para se verificar se realmente as partes se adaptam à nova realidade. Porém conforme prevê o § 1º do artigo 46 do ECA este “estágio de convivência” pode ser dispensado no caso do postulante já ter a guarda ou tenha convívio por tempo suficiente com o adotando, da qual se possa aferir a constituição do vínculo afetivo.

Após o prazo de convivência o processo é repassado ao Ministério Público que manifestará sua opinião sobre o caso. O juiz proferirá então a sentença e contará para isto com o subsídio do estudo social ou laudo pericial da equipe técnica a serviço do mesmo. A sentença judicial constituirá o vínculo da adoção que será inscrita no registro civil mediante mandado. É um ato irrevogável conforme dispõe a Convenção Interamericana sobre Conflitos de lei em Matéria de Adoção de Menores no seu artigo 12 “Artigo 12 - As adoções a que se refere o Artigo 1º serão irrevogáveis.”

A inscrição registrará o nome dos adotantes como pais, assim como o nome de seus ascendentes. Não haverá distinção entre filhos biológicos e adotivos (artigo 226, § 6º da CF/88) e será uma família em todos os sentidos.

2.1.1 CADASTROS: POSSIBILIDADES DE BURLAR A FILA?

Como já dito, após o deferimento pelo juiz competente da inscrição dos postulantes, a adoção se procederá com a inscrição destes no cadastro regional e nacional, conforme estabelece o art. 50, §5º do ECA. Este cadastro possui todos os dados das crianças e adolescentes aptos à adoção e dos interessados e ficam à disposição do Juiz da Vara da Infância e Juventude para facilitar a sua realização.

Em 2008 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), ferramenta digital que fica a disposição de todas as Varas e tem como objetivo facilitar a busca dos interessados por crianças e adolescentes compatíveis para a efetivação da adoção, principalmente porque a busca é em todo o território nacional.

Os critérios para a escolha dos candidatos que estão cadastrados são bem variados, mas segundo o site Adoção Brasil,¹¹⁸ são os seguintes;

- 1- Pretendentes do foro regional (nos casos de mais de uma vara na mesma comarca), por ordem cronológica de habilitação;
- 2- Pretendentes da comarca, por ordem cronológica de habilitação;
- 3- Pretendentes da unidade da Federação, por ordem cronológica de habilitação;
- 4- Pretendentes da região geográfica, por ordem cronológica de habilitação;
- 5- Pretendentes das demais regiões geográficas, por ordem cronológica de habilitação.

O tempo de espera para a adoção como já foi dito é longo, em parte causado pelas várias etapas que o postulante deve passar até findar todo o procedimento, mas principalmente causado pelo perfil de criança que é buscado (0 a 3 anos) que, entretanto é o mais escasso.

A espera não é um momento fácil, principalmente quando se lida com algo que se busca tanto, por isto a ordem de cadastro dos interessados à adoção é muito respeitada, pois o que poderia ser mais frustrante que esperar muitos anos para conhecer um filho e ver sua oportunidade ser roubada?

Entretanto, apesar de se compreender a situação dessas famílias que estão inseridas no Cadastro há tanto tempo, também não se pode tornar absoluto tal procedimento, uma vez que o interesse do legislador é proteger os vulneráveis, ou seja, as vezes é necessário furar a fila como forma de proporcionar àquela criança ou adolescente o início ou continuidade de uma unidade de referência e amor onde ambas as partes se completam.

Nos casos onde a criança ou adolescente já estão inseridos em um núcleo familiar, mesmo que informalmente, é inconcebível a possibilidade de os mesmos serem retirados desta unidade familiar para serem colocados em casas de acolhimento à espera de outra família. Agir desta maneira, sob a justificativa de que se está cumprido o determinado

¹¹⁸Cadastro nacional de adoção: Perguntas frequentes: Disponível em <http://www.adocaobrasil.com.br/p/cadastro-nacional-de-adocao-cna.html>

na legislação, não é garantir o melhor interesse da criança e adolescente, mas sim privilegiar de forma absoluta a letra da lei, sem levar em consideração o *mens legis*, ou seja, o espírito da mesma.

Portanto é importante entender que o procedimento de adoção é muito importante para resguardar a criança e adolescente, porém existem casos que a melhor forma de garantir o interesse do menor é relativizar o procedimento padrão, adequando-o ao caso concreto.

3 - ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:

Existe uma prática de adoção muito difundida no Brasil que é feita informalmente e que a doutrina intitulou de adoção *Intuitu Personae*.

O sentido que a expressão *Intuitu Personae* deseja apresentar é que a vontade parte de alguém, ou seja, é a adoção motivada e direcionada por uma pessoa, que neste caso são o(s) pai(s). Veja-se uma posição a respeito:

A adoção *Intuitu personae* que sustentamos é a procedida sem necessidade de prévio cadastro como adotante e, conseqüentemente, não seguida a ordem cronológica de inscrição, admitida como válida unicamente nos casos em que a mãe ou os pais biológicos detém o poder familiar, consentem na adoção e previamente elege(m) o adotante como seu substituto.¹¹⁹

Como bem explicou a citada autora, a adoção quando é dirigida pelos pais deve permitir a possibilidade de “furar” a fila do cadastro de adoção, pois irá proporcionar a criança e/ou adolescente o benefício de crescer e se desenvolver em um lar indicado pelos seus pais biológicos nos quais, geralmente, preexiste familiaridade/afetividade entre as mesmas, situação que, sem dúvida, reduz os traumas, pois apesar de estarem em famílias diferentes ainda estarão numa estrutura social familiar.

¹¹⁹ KUSANO, Suely Mitie. Adoção *intuitu personae*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf>

O ponto central da discussão da adoção *intuitu personae* é saber se os genitores realmente tem o direito de decidir quem serão os pais substitutos do seu filho e isto a doutrina é bem discordante. É importante ressaltar que a lei não permite expressamente esta prática, mas não a veta. Por analogia o que não é proibido é permitido!

Entendem Carvalho e Franco pela aceitação da adoção *Intuitu Personae* e, assim disciplinam¹²⁰:

É de suma importância a aceitação da adoção *intuitu personae* para impedir a incidência de guardas irregulares e, sobretudo, evitar o temor de comparecer à justiça, que não adota procedimentos uniformes no que se refere ao tratamento daqueles que têm o desejo de adotar ou de entregar seu filho à família substituta.

Parte da doutrina que discorda da adoção *Intuitu Persona* toma como referência, principalmente a lei nº 12.010/2009 e fez muitas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando bastante limitada a adoção informal/dirigida, pois nos casos onde não há prévio cadastramento os interessados devem estar contidos nas exceções previstas e estas não são amplas, conforme pode se verificar no art. 50, § 13 do ECA¹²¹.

Buscou o legislador, proteger a criança e ao adolescente da adoção realizada com interesses escusos, entretanto prejudicou àquelas famílias que possuem apenas o desejo sincero de criá-los da forma mais pura e singela. Contudo as modificações trazidas pela lei não foi à solução mais acertada, pois dificultou o convívio da criança e do adolescente com

¹²⁰ CARVALHO, Márcia Lopes de; FRANCO, Natália Soares. O cuidado na adoção: algumas experiências. In Apud: MALVEIRA, Jamille: A adoção *Intuitu Personae*- Uma alternativa. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-adocao-intuitu-personae-uma-alternativa/46>

¹²¹ § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo do pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

uma família que já a acolhia e tinha afeto por ela e apenas pelo fato de não estar cadastrado no Sistema Nacional de Adoção não pode permanecer com a mesma.

Como já falado o legislador busca o melhor interesse das crianças e adolescentes, entretanto seguir apenas a letra rígida da lei nos casos de adoção *Intuitu Personae* não proporciona sempre o seu melhor para elas. Felizmente o judiciário tem buscado privilegiar o melhor interesse do menor em detrimento do respeito ao Cadastro Nacional de adoção. É importante lembrar, novamente, que a lei não proíbe expressamente a *Adoção Intuitu Personae*.

Dá várias foram e são as decisões pelo Brasil onde o julgador diante da adoção *Intuitu Personae* analisa caso a caso para privilegiar a proteção do adotando¹²².

¹²² 59034566 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO À BRASILEIRA (INTUITU PERSONA). PROIBIÇÃO LEGAL. CRIANÇA ENTREGUEPELAMÃEBIOLÓGICA AOS AUTORES DESDE TENRA IDADE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONSENTIMENTO DA GENITORA. INTEGRAÇÃO NA FAMÍLIA DOS REQUERENTES NA CONDIÇÃO DE FILHA. RELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. CADASTRO CUJA RIGIDEZ PRESSUPÕE A INSERÇÃO DO MENOR. HIPÓTESE DOS AUTOS DIVERSA. MENOR COM FORTE LAÇO DE AFETO COM OS GUARDADORES DE FATO. REAL VANTAGEM PARA O INFANTE DIVERSA DO CADASTRO. SENTENÇA CASSADA. 1. Do art. 43 do ECA, como também da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, resta pacífico o entendimento de que a adoção tem por missão maior buscar uma família para o menor adotando e autorizar a adoção quando a colocação da criança em família substituta apresentar real vantagem para o infante. 2. No caso dos autos, constata-se que a menor, desde os primeiros meses de vida, está sob os cuidados e proteção dos adotantes, estando, atualmente, regularmente matriculada na escola e recebendo amor e carinho necessários para o seu bom desenvolvimento. 3. Outrossim, seria um contrassenso retirar a criança de um lar constituído, onde, ao que tudo indica, está recebendo todos os cuidados que merece, devolvendo-a à mãe biológica, como determinou o juiz sentenciante, com quem hoje não tem mais nenhum vínculo afetivo. 4. Inegável os sérios desgastes emocionais e danos psíquicos e de toda ordem que a menor pode experimentar no caso de ficar passando de família em família até que a adoção se consume. 5. A situação apresentada no presente processo não é nova e vem sendo apreciada pelos Tribunais, observando na solução da lide o melhor interesse da criança em receber apoio moral e material para seu desenvolvimento sadio. 6. No presente caso, entendo que o vínculo afetivo prevalecerá sobre a letra fria da Lei, com intuito de se minorar as consequências da medida (art. 28, §2º, do ECA). A adoção é o grande exemplo da filiação socioafetiva, seu único elo é o afeto, que deve prevalecer sobre tudo. 7. Portanto, não se desconhece que o caso em julgamento é de evidente adoção *intuitu personae* e adoção à brasileira, situações que não se coadunam com os princípios gerais do processo de adoção estabelecidos pelo ECA, entretanto, no caso presente há uma situação fática que não pode ser ignorada: a criança já

conta com mais de dez anos de idade e convivência desde os primeiros meses do nascimento com vida com os adotantes, tendo sido estabelecido forte laço de afeto com os cuidadores diretos com os quais está seguramente apegada, sendo que uma ruptura neste momento poderá ensejar em danos psíquicos significativos, que certamente terão desdobramentos na sua vida adulta e na composição da sua personalidade. 8. Por outro lado, a mãe biológica, ao entregar a menor para ser criada pelos apelantes, abriu mão do poder familiar em favor deles, que já apontaram o desejo de regularizar a adoção, inclusive sustentando e reafirmando esse desejo em suas razões recursais, motivos pelos quais entendo justo e prudente a total reforma da sentença com deferimento de todos os pedidos formulados na inicial. (TJPI; AC 2015.0001.011073-8; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas; DJPI 26/04/2016; Pág. 33)

94618470 - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO. GUARDA DEFINITIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ. NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO. VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS. MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRIORIDADE ABSOLUTA. SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO. RECURSO PROVIDO. O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou *intuitu personae*. Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituída, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG; APCV 1.0194.12.006162-8/002; Relª Desª Hilda Teixeira da Costa; Julg. 27/01/2015; DJEMG 04/02/2015)

94618470 - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO. GUARDA DEFINITIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ. NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO. VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS. MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRIORIDADE ABSOLUTA. SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO. RECURSO PROVIDO. O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas.

Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou *intuitu personae*. Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG; APCV 1.0194.12.006162-8/002; Rel.^a Des.^a Hilda Teixeira da Costa; Julg. 27/01/2015; DJEMG 04/02/2015)

58161257 - RECURSO DE AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. VÍNCULO AFETIVO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO NÃO PROVIDO À UNANIMIDADE. 1. No caso concreto, por tratar-se de criança com cerca de 30 dias de vida, restou saber se poderia se caracterizar o vínculo afetivo dela com os adotantes, a fim de se dispensar o cadastramento previsto em Lei. 2. Os poucos dias de convivência podem demonstrar o interesse em adotar a criança, não o vínculo afetivo. 3. O vínculo decorre também de lapso temporal a ser considerado como tal pelos estudos psicossociais pertinentes. 4. Considerando não poder haver convivência entre os pais da criança e aqueles que pretendem adotá-la, antes de seu nascimento, não há como se caracterizar o vínculo afetivo. 5. O ECA procurou exatamente com isso, evitar a adoção como tal está se pretendendo. 6. Negou-se provimento ao agravo, por unanimidade. (TJPE; Rec. 0009632-17.2014.8.17.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Sertório; Julg. 29/01/2015; DJEPE 05/02/2015)

64646178 - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA GENITORA E DO PAI REGISTRAL. 1. Entrega do recém-nascido pela mãe a terceiro estranho à criança, sem vínculo afetivo ou consanguíneo. Alegação de que se acreditava ser o pai. Provas reveladoras da tentativa de adoção *intuitu personae*, com burla ao cadastro e sem cumprir rigoroso procedimento legal, cujo escopo é assegurar direitos mínimos da criança e do adolescente. Colocação da infante em situação de abandono e desamparo pela genitora. Infração ao dever de cuidado. Art. 1.634, I e II do Código Civil e art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Extinção do poder familiar hígida. 2. Anulação do registro civil. 2.1. Legitimidade do ministério público configurada em razão do interesse social e prevalência do direito da menor. 2.2. Adoção *intuitu personae* caracterizada. Ausência de vínculos de afinidade e afetividade entre o pai registral e a criança retirada de seu convívio em tenra idade. Sentença mantida. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC; AC 2014.022512-4; Imituba; Primeira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Raulino Jacó Brüning; Julg. 03/07/2014; DJSC 11/07/2014; Pág. 124)

60050509 - PROCESSUAL CIVIL. Criança e adolescente. Cautelar de busca e apreensão. Criança prometida à adoção desde o período gestacional. Aquiescência da mãe biológica em entregar seu filho ao casal adotante. Infante que se mantém sob os cuidados da família substituta desde o momento do nascimento. Ausência de prévia habilitação no cadastro de

O que se busca resguardar é o melhor interesse da criança e isto sempre será privilegiado se o afeto for priorizado. Por isto mesmo nas situações onde os pais biológicos entregam seus filhos a determinada pessoa de modo informal, o desejo dos pais deve ser respeitado, principalmente quando decorrido certo lapso de tempo e se possa aferir a afetividade existente entre o adotando e os adotantes.

Maria Berenice Dias defende a Adoção *Intuitu Personae*, pois em seu entendimento deve ser cancelado a mãe e ao pai o direito de escolher os futuros guardiões de seus filhos. Neste sentido discorre em sua obra *Manual de Direito das Famílias*:

E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar

adoção. Formalismo que não pode prevalecer em detrimento dos interesses do menor. Existência de vínculo afetivo entre a criança e os pais adotivos. Adoção *intuitu personae* que deve ser garantida. Descabimento de se retirar a criança dos cuidados dos pais adotivos para encaminhá-la à abrigo público. Presumidos prejuízos emocionais e físicos que a medida pretendida causaria no menor. Ausência dos requisitos constantes no art. 273 do CPC. Manutenção da decisão. Conhecimento e improvemento do recurso. Precedentes. (TJRN; AI 2012.013462-1; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. João Rebouças; DJRN 22/11/2013) 93474343 - APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. CRIANÇA COM VÍNCULOS AFETIVOS ESTABELECIDOS COM SEUS CUIDADORES, PRETENDENTES À ADOÇÃO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. Não merece reparos a sentença que destituiu do poder familiar a mãe que entregou sua filha recém nascida para adoção por pessoas conhecidas suas, verificando-se no caso a intenção de promover uma adoção *intuitu personae*. 2. Embora a rigor deva ser observado o procedimento próprio para adoção, com habilitação prévia e observância à lista de casais interessados e habilitados, a subversão destas regras se impõe no caso dos autos para resguardar o próprio interesse da criança, que possui sólido vínculo de apego com os adotantes. Negaram provimento ao recurso de rosecleia e deram provimento ao recurso de anderson e luis. Unânime. (TJRS; AC 374504-74.2012.8.21.7000; Caxias do Sul; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; Julg. 29/11/2012; DJERS 13/12/2012)

com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.¹²³

É necessária a evolução da lei brasileira neste sentido, pois permitir e legalizar esta forma de adoção, após análise dos critérios de afetividade e melhor interesse do menor é adequar o direito a realidade que o cerca. É permitir, também, que estas famílias que adotaram sem obedecer os ditames legais, possam ser acompanhadas por equipe especializada (assistentes sociais, psicólogos), possibilitando aferir se realmente os interesses das crianças são atendidos, se afastando, portanto da ilegalidade total e se aproximando do controle pelos mecanismos protetivos do Estado.

A adoção *Intuitu Personae* não é apenas o respeito ao desejo da mãe, como mérito absoluto é, na verdade, a busca pelo melhor interesse da criança, que ao invés de passar por um longo processo (desconstituição do poder familiar, adoção, etc.) terá imediatamente uma família garantida e seus interesses resguardados.

Excepcionalmente nestes casos a ordem do cadastro deve ser burlada, apesar de existir futuro procedimento que deve ser o acompanhamento destas famílias. Entretanto, nos demais casos o procedimento deve ser respeitado, pois, é inegável que seu objetivo é proteger e a proteção nunca é excessiva.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

É imprescindível ao desenvolvimento completo e saudável de uma criança e adolescente o convívio familiar, seja ele o biológico ou o substituto, quando são impossibilitados de permanecer com seu núcleo de origem. A adoção é, pois esta solução e no Brasil é realizada mediante procedimento que busca o melhor interesse da criança e do adolescente impedindo famílias “despreparadas” de adotar.

Entretanto em alguns casos o procedimento de adoção é burlado pelos genitores quando indicam e entregam seus filhos a determinadas pessoas que geralmente não são cadastradas no sistema de adoção, mas garantem as crianças uma família, afeto e cuidados. Nestes casos,

123 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias-10º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P.499.

mediante acompanhamento e verificação se os interesses da criança são obedecidos o desejo dos genitores deve passar a ser um direito.

O genitor deve ter garantido a possibilidade de indicar a pessoa com a qual deseja que seu filho permaneça e o Estado deve intervir, concedendo ao procedimento informal, apoio técnico profissional.

A adoção *Intuitu Personae* é, pois a possibilidade de minimizar os traumas causados a criança pelo abandono, devendo ser expressamente facilitada e legalizada a fim de garantir que os interesses dos menores sejam verdadeiramente respeitados.

REFERÊNCIAS:

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias-10º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Adoção Brasil: Cadastro Nacional de Adoção: Disponível em: <http://www.adocao brasil.com.br/p/cadastro-nacional-de-adocao-cna.html>. Acesso em 05 de Junho de 2015).

CARVALHO, Márcia Lopes de; FRANCO, Natália Soares. O cuidado na adoção: algumas experiências. Apud: MALVEIRA, A adoção Intuitu Personae- Uma alternativa, Jamille. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-adocao-intuitu-personae-uma-alternativa/46> . Acesso em 24 de Ago. de 2015.

Conselho Nacional de Justiça: Cadastro Nacional de Adoção CNA: Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acessado em 10 de Jun. de 2015.

Conselho Nacional de Justiça: Relatórios Estatísticos: Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em 16 de Jul. de 2015

Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores: DECRETO Nº2.429: Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em 16 de Jul. de 2015

GAASP (Grupo de Apoio a Adoção de São Paulo). Perguntas e respostas: Disponível em: <http://www.gaasp.org.br>. Acessado em 15 de Jul. de 2015.

KUSANO, Suely Mitie. Adoção *intuitu personae*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. f. 70. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf> >. Acesso em 24 de Ago. de 2015.

Planalto: Lei 12.010/09: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm > Acesso em: 24 de Ago. de 2015

Senado Federal: Em Discussão: Perfil das crianças disponíveis para adoção: Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/perfil-das-criancas-disponiveis-para-adocao.aspx> >- Acessado em 10.06.2015)

Senado Federal: Em Discussão: Realidade Brasileira sobre adoção: Disponível em: www.senado.gov.br > Acessado em 10.06.2015

ALIENAÇÃO PARENTAL SOB OLHOS DE *MAISIE*: A NECESSIDADE DE UMA VISÃO SOB A ÓTICA DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE VÍTIMA ALIENADO

Ana Mônica Anselmo de Amorim¹²⁴

Valeska Ferreira Lima¹²⁵

“Queriam-na não pelo bem que pudessem fazer a ela, mas pelo mal que, com a ajuda inconsciente dela, cada um poderia fazer ao outro. Ela serviria a seus ódios e selaria suas vinganças (...)” (Henry James, Pelos Olhos de Alice, p. 35, Ed. Companhia das Letras, 2010).

RESUMO: O romance *“Pelos Olhos de Maisie”*, publicado em 1897, de Henry James conta a história da menina Maisie a partir do momento da separação de seus pais, Beale e Ida Farange, quando aquela contava apenas com 06 (seis) anos de idade. Após o divórcio dos pais, fica determinado que a guarda de Maisie não caberá a um nem ao outro, e sim aos dois alternadamente. A infante deverá passar 06 (seis) meses na casa da mãe (onde ouve os maiores insultos a respeito do pai) e depois 06 (seis) meses na casa do pai (onde ouve sobre a mãe tantos insultos quanto a mesma profere sobre o ex-marido), até que volte para a casa da mãe novamente. Mas o ex-casal está muito mais preocupado em ferir um ao outro do que em cuidar da filha. A criança acaba descobrindo na babá seu único seio de segurança. Assim, o artigo busca mostrar a Alienação Parental sob a ótica da criança bem como seus efeitos devastadores tanto na infância, como no decorrer de sua vida e relacionamentos. E por isso a necessidade de tratar o tema de forma

¹²⁴ Mestre em Direito Constitucional (linha de concentração em Direitos Fundamentais) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar, Professora Adjunto III da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora do Curso da Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe, Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará. Coordenadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

¹²⁵ Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

cada vez mais abrangente, no lugar de uma abordagem apenas jurídica e diante de uma perspectiva punitiva do genitor alienador, para sim, tratar de forma mais humana e construtiva, vislumbrando o tratamento da alienação parental enquanto forma de reconstrução de laços familiares dilacerados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Famílias. Alienação Parental. Consequências Psicológicas. Reconstrução. Laços Familiares.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSIDERAÇÕES GERAIS; 3 - CONSEQUÊNCIAS PATOLÓGICAS E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL – DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE ALIENADO; 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 – INTRODUÇÃO:

O presente artigo pretende trazer para a alienação parental um olhar diferente, de forma não punitiva e sim educativa. A alienação parental é justamente a prática de atos perniciosos de um genitor, ou outro parente, que pretende afastar a criança do convívio com o outro genitor, criando naquela sentimentos negativos de modo a que passe a repudiar/odiar e via de consequência, afastando a convivência.

A Lei nº 12.318/2010 trata a alienação parental sob uma perspectiva sancionatória, elenca algumas sanções em seu Art. 6º, contudo, deve-se ter uma perspectiva não puramente punitiva, e sim, educativa e reconciliatória, fazendo com o qual o foco seja a reconstrução de uma família que se encontra desfacelada por mágoas.

O livro “Pelos Olhos de Maisie” de Henry James, foi escrito em 1897, e mesmo sendo secular, traz discussão atual e sensível, onde os pais, nas palavras do autor “*Queriam-na não pelo bem que pudessem fazer a ela, mas pelo mal que, com a ajuda inconsciente dela, cada um poderia fazer ao outro. Ela serviria a seus ódios e selaria suas vinganças (...)*” (Henry James, *Pelos Olhos de Alice*, p. 35, Ed. Penguin Companhia, 2010). A menina *Maisie* após o divórcio de seus genitores, passou a ser usada como instrumento de vingança de seus pais, que detinham a guarda de forma alternada, e que ao revés de aproveitarem o valioso tempo de convivência com a criança, utilizavam-na, realizando verdadeira campanha desqualificatória, desconstruindo qualquer visão de família.

Neste esteio, deve a alienação parental ser vista, primeiramente, sob o prisma da criança, vislumbrando-a enquanto ser humano em desenvolvimento, preservando a sua dignidade e bem estar, ciente de que a maior vítima dos atos alienatórios não é o genitor ou guardião alienado, e sim, a própria criança.

2 – ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSIDERAÇÕES GERAIS:

O termo alienação parental foi criado pelo psiquiatra Dr. Richard Gardner ainda na década de 80 e embora bastante frequente, ainda não havia uma Lei que a regulamentasse tal situação. Somente em 2010 é que foi publicada a Lei nº 12.318, que trata da Alienação Parental, com o objetivo de conferir maior poder ao Magistrado em assegurar a prole uma proteção mediante o abuso físico-mental e psicológico exercido por parte dos genitores, ou de outros parentes.

Assevera a mencionada lei já em seu artigo 2º:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Antes de adentrar ao tema, cabem algumas considerações iniciais. O Direito das Famílias como parte do Direito Civil, por muito tempo mudou forma de tratar as lides, trazendo cada vez mais um olhar humanístico e social. No entanto, sabe-se que diferente dos demais ramos do direito, o Direito de Família, ou das Famílias, como inova Maria Berenice Dias, atua em momentos delicados de nossas vidas. Atua quando chega ao fim vínculos afetivos, oxalá fossem eternos, contudo, a dissolução de tais vínculos não afeta apenas ao casal, mas sobremaneira a prole advinda desta união, agora desfeita. Lida o ramo Familiarista assim, com frustrações e restos de amor, com sentimentos que outrora refletiam afeto, e agora transbordam raiva, desgosto e mágoa.

Mais do que de imediato, compreende-se que os operadores do Direito (Juizes, Defensores, Advogados, Promotores,

Servidores) devem buscar maior sensibilidade e flexibilidade ao lidar com partes em estado tão peculiar, pessoas que transferem ao processo judicial as mágoas decorrentes de um relacionamento desfeito, que vislumbram no Judiciário a solução dos problemas advindos, do que outrora era o sonho de uma família feliz. De modo que, assim como nas demais áreas do direito, mais do que nunca, o Direito das Famílias exige um maior auxílio ao Poder Judiciário, calcando seus julgados em perícias e laudos, mormente de profissionais de outras ciências que não a Jurídica (Psicólogos, Assistentes Sociais, Terapeutas, Pedagogos, Psicopedagogos, dentre outros). De certo que o Direito não é uma ciência isolada, uma ciência pura, e o Direito das Famílias é prova disto, quando a alienação parental demanda o acompanhamento de profissionais de outras áreas, em que os conhecimentos de psicólogos, pedagogos, psicopedagogos, assistentes sociais, são essenciais para condução a um desfecho processual adequado.

Neste ponto, mister destacar que o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)¹²⁶ enalteceu a participação de profissionais de outros campos de estudo.

De certo que toda família inicia-se com o amor, casais comungam o desejo de viver uma vida comum, sonhos de uma felicidade eterna, lastreados no amor que os une. Contudo, este amor, que outrora fora eterno, hoje é efêmero, galgando o seu fim, implicando na dissolução daquela entidade família. De há muito verificava-se o fim dos relacionamentos amorosos, sem a necessidade de perquirição de culpa, ademais, a própria Emenda Constitucional nº 66/2010 trouxe o fim dos prazos ao Divórcio e à Separação, não se exigindo mais lapso temporal, ou motivações. Divorcia-se pelo simples fato do desamor. Interessante ainda mencionar a Lei nº 11.441/2007, que permite o Divórcio ou a

¹²⁶ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Separação pela via extrajudicial, sem maiores ilações, dispensando inclusive a chancela do Estado-Juiz.

Desta feita, os fins dos relacionamentos conjugais, quando litigiosos, trazem a lume discussões de cunho patrimonial - partilha de bens, mas principalmente, discussões no campo pessoal - a guarda e o direito de convivência com os filhos.

O direito de família passa a ser das famílias. As famílias se compõem muito mais com base no afeto, do que a uma formação preestabelecida. Assim, no seu desfazimento também lhes são dados os direitos de recompor as estruturas familiares. Destarte, adentra-se à temática proposta, a Alienação Parental trata sobre os efeitos emocionais causados em crianças e adolescentes decorrentes do término das relações conjugais.

A criança ou o adolescente geralmente fica sozinho no meio do duelo. Trata-se de disputa egoísta, na qual o filho passa a ser esquecido, ou mesmo posto em segundo plano. A guarda, o convívio, tudo se torna uma forma de macular o outro cônjuge, e a prole é de fato esquecida. Sendo assim, no momento em que a criança ou o adolescente está mais fragilizado, o alienador impede ou distorce o amor que um dos genitores tem por ele, utilizando-se de subterfúgios para transformar o laço afetivo paterno-filial, em raiva, rancor e ódio. A Alienação Parental não é apenas teórica. É cruel. E traz consequências patológicas.

Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno¹²⁷ analisam a alienação parental, descrevendo a sua origem:

A síndrome geralmente tem seu início a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação tendem a despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia – quando surge o medo de não ter mais valor para o outro. Também é comum que, em pessoas que sofrem de certos distúrbios psíquicos, não sejam bem administrados os conflitos pessoais e o pânico interno gerado pela separação, fazendo com que excedam o âmbito pessoal e transformem-se em conflitos interpessoais, em que a responsabilidade pelo que não é suportável em si próprio e projetado, de qual forma, no outro. Ainda, fruto do luto não elaborado acerca do fim dessa relação e as mudanças dela decorrentes somadas a

¹²⁷ A Síndrome da Alienação Parental, p. 42.

um período de instabilidades emocionais, pode fazer com que os pais se utilizem de seus filhos como instrumentos de agressividade e desejo de vingança direcionados ao outro. Pode surgir também no momento em que o menor alcança uma idade que o capacita a ampliar o horário de visitas ou a pernoitar com o pai não guardião.

A Lei nº 12.318/2010 trouxe o conceito de Alienação Parental (Art. 2º), alertando para os comportamentos típicos do alienador (rol exemplificativo – Art. 2º, parágrafo único¹²⁸), para os meios de provas utilizados e a importância de uma perícia técnica criteriosa

¹²⁸ Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obter ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

psicológica ou biopsicossocial (Art. 5º)¹²⁹ e, principalmente dispôs sobre medidas coercitivas aplicáveis ao caso concreto (Art. 6º)¹³⁰.

Ainda sobre o conceito de Alienação Parental, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno¹³¹ descrevem-na:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor

¹²⁹ Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

¹³⁰ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

¹³¹ A Síndrome da Alienação Parental, p. 42.

alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.

Essa campanha contra o genitor que não possui a guarda do menor, chamado alienado, pode ser intentada de várias formas, em que o genitor que não possui a guarda do menor, chamado alienado, pode ser intentada de várias formas, em que o genitor dito alienante pode passar a destruir a imagem do outro perante comentários sutis, desagradáveis, explícitos e hostis, fazer com que a criança se sinta insegura em sua presença, como no caso da visitação, ao ressaltar que o infante se cuida ou que telefone se não se sentir bem, obstaculizar as visitas ou mesmo ameaçar o filho – ou ameaçar atentar contra sua própria vida – caso a criança se encontre com o pai.

Deve-se compreender, portanto, que a Alienação Parental começa comumente numa animosidade entre os cônjuges durante o processo de dissolução do relacionamento conjugal, podendo decorrer de uma ação ou de omissão por parte de um dos genitores ou ainda de quem tenha convívio com a criança ou o adolescente. Daí a abrangência dos ditames legais a outros parentes, avós, tios, irmãos, primos, dentre outros. Trata, portanto, da interferência parental que instiga o filho a romper os laços de afetividade com seu genitor.

Richard Gardner ao pensar a alienação parental, afirmava que esta síndrome era um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor.

Vingança, egoísmo, maldade, ódio, sofrimento, mágoas, são algumas palavras chaves que podem ser relacionadas à Síndrome, em que se ressalte à exaustão, ter o infante ou adolescente como sua maior vítima, aquele que mais sofre, e aquele que pode ter severas consequências para a vida toda.

3 - CONSEQUÊNCIAS PATOLÓGICAS E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL – DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE ALIENADO:

Não há dúvidas dos malefícios causados a todos os que fazem parte de uma ruptura, que é um final contencioso de vida conjugal. O papel do direito é, dentre outros, proteger o interesse da prole nos casos em que a dissolução do vínculo conjugal faça com que um dos genitores ou qualquer um com quem tenha convivência, tente afastar o convívio, ou instigar sentimentos de aversão ao outro genitor.

Para isso, a Lei da Alienação Parental (Art. 6º da Lei nº 12.318/2010) elenca uma série de punições que perpassam desde a simples declaração de ocorrência de Alienação Parental e advertência, multa, acompanhamento psicológico, até a mais severa das punições, a suspensão da autoridade parental.

A Alienação Parental afronta um dos princípios basilares da Ordem Jurídica Pátria, o do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo estes, serem vistos enquanto prioridade absoluta e seres humanos em desenvolvimento (Art. 227 da Constituição Federal¹³² e Lei nº 8.069/90¹³³).

¹³² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

¹³³ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Não basta colocar um ser biológico no mundo, é premissa básica complementar a sua criação com o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano. A família é onde o ser humano em desenvolvimento sente-se protegido, e de onde ele é lançado para a sociedade. Neste contexto, a família é o lugar onde o indivíduo começa a modelar sua personalidade, sua célula protetora, aprendendo a enfrentar os desafios que o mundo lhe oferece. Por isso, a família está em lugar de destaque na Constituição Federal com a devida proteção, sendo a base da sociedade (Art. 226¹³⁴).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 – Arts. 3º a 6º), ressaltando os paradigmas constitucionais, bem destaca a proteção do melhor interesse da criança, reconhecendo sua situação de vulnerabilidade, respeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Apresenta ainda a doutrina da proteção integral, assegurando por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar a crianças e adolescentes, o pleno desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O *melhor interesse* é a tônica, reconhecido inclusive na Convenção Internacional de Haia como vetor decisivo, que influencia as decisões judiciais. Deve-se acima de tudo resguardar o melhor interesse, buscando a garantia de um desenvolvimento salutar para crianças e adolescentes, legando a segundo plano a vontade impositiva ou o simples querer dos genitores.

Olegário Gurgel Ferreira Gomes¹³⁵ analisando a condição de criança enquanto sujeito de direitos, afirma que *“o dever de amar é, nesse modelo, anterior ao próprio ato de amar. Os cuidados são dispensados porque a criança tem direito ao amor paterno, e não propriamente porque os pais amam seus filhos”*.

Assim, quando ocorre uma ruptura entre os pais, e um deles decide pelo afastamento do outro, articulando o desamor deste filho e o

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹³⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹³⁵ Justiça Juvenil – Socioeducação como Prática da Liberdade, p. 25.

seu genitor, estarão sendo afetados diretamente todos os direitos fundamentais desta criança ou adolescente.

Os transtornos causados a partir do processo de alienação podem perdurar por anos com gravíssimas consequências de ordem comportamental e psíquica, geralmente só superada quando o filho alcança certa independência do genitor guardião.

Tais transtornos podem levar a criança ou o adolescente a desenvolver baixa autoestima, transtornos de identidade, dificuldades de adaptação biopsicossocial, transtornos de condutas, sentimento de rejeição. Podendo levá-lo, posteriormente, ao afastamento total do genitor vitimizado.

Diante disso, tem-se caracterizada a Síndrome da Alienação Parental – SAP, diagnosticada como uma desordem psicológica, um transtorno de comportamento infantil causado pela ação abusiva de um ou ambos os genitores. A criança vítima da Síndrome da Alienação Parental – SAP (distúrbio patológico) tem seus vínculos com seus genitores frequentemente enfraquecidos e, em casos mais severos, pode inclusive recusar o contato com o genitor alienador.

Contudo, as consequências desta nefasta conduta variam e estendem-se de formas diversas nas fases do desenvolvimento, manifestando prejuízos desde o baixo rendimento escolar até ao uso abusivo de álcool e outras drogas.

O comportamento mais observado por parte do alienador é a implantação das falsas memórias, fenômeno no qual o filho se recorda de fatos distorcidos pelo alienador, de modo a reproduzir como verdadeiras situações que na verdade nunca existiram.

Ameaças de abandono e chantagens, alimentam na criança ou no adolescente um sentimento de lealdade para com o alienador, que fazem com que essa alienação chegue a tal requinte, que aborde a falsas alegações de abuso sexual.

Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno elencam 03 (três) estágios que identificam a ocorrência, progressão e gravidade da Síndrome da Alienação Parental:

- a) Tipo Ligeiro - Estágio I – Leve: a visitação ocorre quase sem problemas, com alguma dificuldade apenas quando se há a troca entre os genitores. O menor mostra-se afetivo com o genitor alienado. A campanha difamatória

já existe, mas com pouca frequência, fazendo com que a criança demonstre um certo sentimento de culpa e um mal-estar em relação ao alienante por ser afetuoso com o alienado. A intervenção jurídica ainda não é necessária, sendo assuntos como visitação, guarda e alimentos tratados ainda de forma pacífica. Trata-se do início do processo alienatório, propiciando ao apaziguamento, e não trazendo ainda marcas ao menor vitimizado;

- b) Tipo Moderado – Estágio II – Médio: o motivo ou tema das agressões torna-se consistente e reúne os sentimentos e desejos do menor alienante, criando uma relação particular entre eles, que os torna cúmplices. A campanha difamatória é mais acirrada. Aparecem os primeiros sinais de que para a criança, o genitor alienante é bom, e o alienado é mau. A intervenção jurídica passa a ser mais frequente, necessitando de regulamentação de visitas, guarda e alimentos. O vínculo afetivo passa a se deteriorar, verificando-se distanciamento qualitativo em relação ao alienado, e a família deste. A criança vitimizada passa a associar a não convivência com o alienado, como possível solução do problema, não trazendo mais sofrimento para o alienador;
- c) Tipo Grave – Estágio III – Grave: os menores encontram-se extremamente perturbados, sendo difíceis ou inexistentes as visitas. Passam a ser habituais as crises de choro e de pânico, as explosões de violência e gritos do menor. O ódio em relação ao alienado é extremo, sem culpa, não havendo grande possibilidade de entendimento, posto que o diálogo é quase inexistente. O vínculo paterno-filial entre o infante e o alienado é cortado. As encenações são recorrentes, e o alienante passa a ter uma visão obsessiva, de proteção excessiva dos filhos, que devem ser resguardados de todo o mal causado pelo genitor alienado e o menor encontra-se programado a odiá-lo. A intervenção

judicial aqui já é extrema, bem como, denota-se a necessidade urgente de interferência de profissionais das áreas afins.

Esses conflitos aparecem na criança ou no adolescente sob forma de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza, depressão, hostilidade, falta de organização, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, transtorno de identidade, sentimento de culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e outras drogas e até mesmo ideias suicidas.

Em suma, a prole acaba se punindo pela síndrome da deslealdade com um dos genitores, gerando em alguns dificuldades nas suas futuras relações. Além disso, a própria figura alienadora também necessita de um aparato, muito mais que jurídico ou punitivo, mas de ajuda de um profissional da psicologia ou assistente social.

Todo casal deveria procurar atendimento psicológico para investigar não apenas ao que levou esse processo, mas procurar maneiras de encerrar isto e não prejudicar o filho. Daí a importância, do inciso IV do art. 6º da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), quando prevê como uma das formas de punição o acompanhamento psicológico ou biopsicossocial. Essa é uma das soluções mais eficazes apontadas pela referida lei, tanto para o próprio Judiciário, que se coloca sensatamente como insuficiente e suscita o auxílio das demais ciências, como ao acompanhamento da prole por equipe multidisciplinar, visando sempre o melhor interesse dos menores.

A Psicologia aponta a importância de ambos genitores, em sua individualidade. Um não supre o outro. Embora abasteça algumas funcionalidades, haverá ainda uma ausência. O amor é um vínculo muito profundo, ao fim desse vínculo restam máculas, restam desconfortos e rancor, de uma amor machucado. E a melhor forma de intervenção está na comunicação, na conscientização dos pais da relevância do seu papel. O ponto é que isso requer diálogo, diálogo este dificultado já que o fim de uma relação é sempre um local hostil a se trabalhar. No entanto a relação dos genitores é personalíssima, então este trabalho de reconstrução de laços é muito importante para um crescimento saudável.

A crise de lealdade do filho com o genitor alienador, e a raiva do genitor vitimizado, chega a um momento em que é necessária e mesmo

vital a atuação do Estado-Juiz. Se os pais não cumprem seu papel, é hora da tutela estatal. Por vezes o afastamento é o menos danoso.

É difícil não culpar os pais ou mesmo não se sensibilizar. É difícil não querer defender a criança e colocar os pais como vilões, é difícil especialmente, pois é notório o desgaste físico e emocional delas. Mas os pais, assim como o menor precisam de amparo psicológico e de todas as ciências afins capazes de solucionar este empasse. É complexo acreditar que o Juiz precise proteger a criança ou o adolescente do egoísmo dos genitores. Os filhos, não deveriam ser pressionados ou ter que se preocupar em não machucar um ou outra pessoa que eles amam. Só deveriam ser protegidos e amados, uma vez que entregam-se com tanto amor, que não é justo “quebrá-los”.

Alienação Parental não é um tema novo, nova é a possibilidade de olhar com esse novo olhar – sob a ótica dos filhos. Mais claro ou cristalino. As consequências perversas que isso traz à prole, a identificação da Síndrome da Alienação Parental, avoca ao direito outras ciências para entender o que acontece com as pessoas em vez de aplicar friamente a norma. Esse encharcar é que viabiliza a percepção da perversidade desta prática à criança ou ao adolescente.

As crianças vitimizadas, para sobreviverem a todo este processo alienatório, aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos, para que possam decifrar o ambiente emocional, expressando apenas uma parte da verdade e as falsas emoções. Deixam para trás comportamentos próprios da idade, de uma infância roubada, de uma pureza e inocência condizentes com a fase pueril, mitigando-se um desenvolvimento sadio e fundamental.

A mais severa das consequências é justamente para o infante, que teve sua infância roubada, violada e esquecida, a troco de uma vingança praticada pelo alienador. Como recuperar uma infância perdida?

As consequências psicológicas também são severas, afetando o desenvolvimento e a noção do autoconceito e da autoestima, carências que podem desencadear em quadros clínicos como depressão, desespero, ansiedade, pânico, transtorno de idade, incapacidade de adaptação, dependência alcóolica e química, e em casos extremos, pode culminar com o suicídio.

A vítima infantil ou juvenil, passa em sua fase adulta a ter um comportamento dicotômico do mundo, ou todo mundo é a favor ou contra ele, não admitindo meio termo, e os filhos de pais superprotetores tornam-se inseguros, ansiosos e dependentes, e como consequências do cotidiano, passam a ter problemas de sono, alimentação, e comportamentos excessivos.

O enfrentamento da Alienação Parental é extremamente difícil e doloroso, não só para as partes do processo, mas também para os profissionais que lidam com estas violações, e o pior, é justamente a busca de uma solução adequada, de modo a não apenas sancionar o alienador, mas também que não prejudique o alienado, e principalmente o infante.

Analisando as sanções colecionadas na Lei nº 12.318/2010, em seu Art. 6º, tem-se que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com o genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Perceba-se que algumas destas medidas afetam sobremaneira a vítima, ou seja, a criança ou o adolescente. Imagine que o menor encontra-se extremamente acostumada com o alienador, e agora, tem o regime de convivência alterado, ou a guarda modificada, sendo compelido a conviver com o alienado que até então era seu inimigo, sendo então odiado. A medida extrema é a suspensão da autoridade parental, em que rompe-se o vínculo paterno-filial com o alienador, apresenta-se como uma tortura à criança.

Desta forma, deve-se sempre vislumbrar a alienação à luz principalmente das consequências trazidas, tentando uma aproximação gradativa com o genitor alienado, com a possibilidade de realização de

terapia familiar. Recomenda-se ainda a aplicação de multas pecuniárias ao alienador, ou até a responsabilização por danos morais.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O tema do presente artigo se mostra cada vez mais abordado tanto pela mídia, quanto pela comunidade acadêmica. Não se trata de um novo debate, mas sim, a análise da Lei nº 12.318/2010 sob uma nova ótica, que não da punição do alienador, e sim das consequências nefastas à prole. Pretende-se, em vez de mera descrição do texto legal ou de uma análise dos meios punitivos, é destacar a necessidade de se ponderar os efeitos que a Alienação Parental produz nos filhos, sem esquecer que o alienador, embora cabíveis as devidas punições, em busca do melhor interesse do menor, também necessita de acompanhamento profissional.

A Alienação Parental tem atingido cada vez mais as famílias que passam pelo fim litigioso de um relacionamento conjugal, ou quando esta ruptura deixa um dos cônjuges desgastado, com sentimento de vingança aflorando em seu íntimo.

O direito e mesmo a sociedade gastaram tempo precioso para moldar e “civilizar” as famílias nos suas mais formas, porém, por vezes, a família, independente do seu modelo, quando chega ao seu final, e mesmo antes disso, passa a ser bastante destrutiva.

O Judiciário não pode olvidar de proteger a criança ou o adolescente desses destroços, seja numa relação que já acabou, mas principalmente numa relação que insiste em prosseguir, mesmo que cause um dano irreparável aos que nela permanecem.

Por tudo isso, faz-se necessário nessas circunstâncias a atuação de uma equipe multidisciplinar (Psicólogos, Assistentes Sociais, Psiquiatras, Pedagogos, Psicopedagogos, Terapeutas), de forma bem estruturada, para que possa chegar de forma precisa em um diagnóstico, trabalhando assim, seus efeitos e os atenuando, com mediação familiar, acompanhamento terapêutico para genitores e filhos, e assim, impedir que se criem novos traumas sobre este ser humano em desenvolvimento.

E finalmente, deve-se ter em mente a necessidade de preservação do interesse da criança ou adolescente envolvidos, lembrando-se sempre que são as maiores vítimas do ocorrido, e que a sua recuperação trata-se de processo lento e bastante elaborado, posto que a

personalidade pode já estar corrompida, os sentimentos alterados, e as perspectivas de vida maculadas.

O afastamento imediato do genitor alienador não se apresenta como mediata imediata mais correta, face a sua forma abruta de ser, onde a criança ou adolescente vitimizado nutriu por este severo amor e confiança, sendo agora afastado abruptamente.

Pelos Olhos de Maisie é um retratado de um livro de 1897, em que uma criança é utilizada como instrumento de vingança. Um livro secular que retrata uma situação tão atual, e que ainda é objeto de severas discussões, em que os profissionais do direito enfrentam talvez os casos mais difíceis de suas carreiras, vez que envolvem vidas e sentimentos.

Sentenciar nunca foi tão difícil, quando se esquece que não é mais um caso, e sim vidas envolvidas, e principalmente de crianças e adolescentes, seres humanos em desenvolvimento, pessoas que ainda estão construindo seu caráter e personalidade.

Cada vez mais, denota-se a importância dos profissionais das áreas afins, sendo inclusive ressaltado pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) a necessidade e a obrigatoriedade de assistência dos profissionais das áreas afins – psicólogos, pedagogos, psicopedagogos, assistentes sociais, que podem trazer para o processo o olhar “*Maisiano*”¹³⁶, fazendo com que a missão processual de punir ou sancionar o alienador, ceda de vez lugar à missão reconciliatória e ressocializadora, devolvendo à criança sentimentos roubados de sua infância.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF. 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

¹³⁶ Neologismo para a palavra Maisie, e o livro *Pelos Olhos de Maisie*.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental: o que é isso? Instituto Brasileiro de Direito de Família, www.ibdfam.org.br, acessado em novembro de 2016.

_____. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2011.

_____. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2013.

_____. Manual de Direito das Famílias. 11^a ed. São Paulo: RT, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Néelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Curso de Direito Civil. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6.

_____. Curso de Direito Civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; DIAS, Wagner Inácio Freitas. Código civil para concursos. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de direito e processo das famílias – Novidades e polêmicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FIÚZA, César. Direito Civil – Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI.

_____. Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____, Olegário Gurgel Ferreira. Justiça Juvenil – Socioeducação como Prática de Liberdade. Curitiba: Juruá, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI.

GROENINGA, Gisele. Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar – Algumas Reflexões Necessárias. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 30 jun. 2015.

IBIAS, Delma Silveira (Coord.). Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. 2. ed. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letras & Vida, 2013.

_____. Família e sucessões sob um olhar prático. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letras & Vida, 2013.

JAMES, Henry. Pelos Olhos de Maisie. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Direito civil – Aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____, Rolf & MADALENO, Ana Carolina Carpes. Síndrome da Alienação Parental – Importância da Detecção e Aspectos Legais e Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Rolf & MADALENO, Rafael. Guarda compartilhada – Física e Jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Rayane da Silva. Síndrome da Alienação Parental e as Consequências para o Desenvolvimento da Criança. Disponível em: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/sindrome-da-alienacao-parental-e-as-consequencias-para-o-desenvolvimento-da-crianca> Acesso em: novembro de 2016.

NEGRÃO, Theotônio. Código civil e legislação em vigor. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

_____; CUNHA, Rodrigo da (Coord.). Afeto, ética, família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 14 ago. 2015.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. Dano moral & direito das famílias. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Curso de Direito de Família Contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Poder familiar na atualidade brasileira. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acessado em 30 de junho de 2015.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. Direitos fundamentais e o novo direito de família. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 9. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

_____. Direito Civil: Direito de Família, Volume V, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. VI.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense. Rio de Janeiro, n 71, julho/setembro de 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MADALENO, Rolf (Org). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASPECTOS DIVERGENTES ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA SOB A ÓTICA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Ana Patrícia da Silva¹³⁷
Vanessa Menezes Duarte¹³⁸

RESUMO: Trata-se de breve análise dos principais aspectos divergentes entre as guardas compartilhada e alternada, conceituando-as, bem como estabelecendo relação com a realidade contemporânea, no que tange às mudanças ocorridas em meio às famílias. Tem como pressuposto básico à proteção do menor, parte vulnerável nessa situação. Inicialmente buscou-se uma definição do que seria o instituto jurídico denominado de guarda, analisando-a de forma clara e ampla, à luz do direito pátrio. Efetuou-se uma breve análise sobre qual seria a guarda mais adequada para atender das necessidades do menor, mostrando seus diferentes aspectos. Após, comparou-se os dois tipos de guarda em destaque, compartilhada e alternada com o melhor interesse do menor. Ambas apresentam pontos benéficos e negativos que serão avaliados ao longo deste trabalho. Ressalte-se, contudo, que sempre será preciso observar o caso concreto em sua plenitude e peculiaridades, pois cada família tem sua história única, sendo necessária, na maioria das vezes, o acompanhamento de equipes multidisciplinares especializadas nas áreas de direito, psicologia e assistência social para uma melhor decisão do magistrado. Objetivando maior fundamentação ao trabalho ora apresentado, efetuou-se estudos de casos de família. Por último, elaboraram-se as considerações finais, em que demonstram que a sociedade está em constante e continuada construção, tendo sempre por base a família e proteção de seus membros.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda. Compartilhada. Alternada. Família.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA; 3 – AS ESPÉCIES DE GUARDAS ANALISADAS; 3.1 – GUARDA UNILATERAL; – 3.2 GUARDA ALTERNADA; 3.3 – GUARDA COMPARTILHADA; 4 –

¹³⁷ Discente do 6º período do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

¹³⁸ Especialista em Jurisdição e Processo Civil pela Universidade Potiguar-UnP, Especialista em Direito Notarial e Registral Pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Tabeliã e Oficiala de Registro Titular do Ofício do Termo Único de Tibau (RN), Coordenador de Área – Região Oeste da Associação dos Titulares de Cartório do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

ASPECTOS DIVERGENTES ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA; 4.1 – GUARDA COMPARTILHADA; 4.2 – GUARDA ALTERNADA; 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 – INTRODUÇÃO:

O presente artigo pretende, após uma breve e sucinta conceituação de guarda, que o leitor desenvolva uma visão crítica acerca das semelhanças e diferenças, dos aspectos positivos e negativos das guardas compartilhada e alternadas, sob a ótica do melhor interesse do menor.

A expressão guarda deriva do inglês *warden*, do alemão *wargem* e do francês *garde* e significa, de forma genérica vigilância, proteção, abrigo, amparo, segurança, um direito-dever que ambos os pais (ou um deles) estão incumbidos de exercer em benefício de sua prole.

Não é fácil chegar a um conceito concreto e único de guarda, em razão da sua amplitude e subjetividade, principalmente, pelo elevado número de características inerentes ao instituto jurídico. Sua definição deriva de algo maior: o bem-estar do menor, que deve ser o principal caminho para alcançar a uma decisão justa.

Neste diapasão, bem expressa Maria Berenice Dias¹³⁹ ao afirmar que “a palavra guarda significa verdadeira **coisificação** do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que **sujeito de direito**. Daí a preferência pela expressão **direito de convivência**.”

Segundo Conrado Paulino da Rocha¹⁴⁰,

“O termo guarda entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante.”

No Brasil, a legislação encarrega os pais de muitos deveres e poderes para com os filhos, dando-lhes tanto proteção social quanto patrimonial.

¹³⁹ DIAS, 2015. Pag. 522.

¹⁴⁰ ROCHA, 2015, p. 47.

O Código Civil, em seus artigos 1.630 a 1.638, regulamente a guarda, devendo ter interpretação conjunta com Estatuto da Criança e do Adolescente, que no seu art. 33 prevê “*A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais*”.

Desta forma, resta clarividente que a guarda não é direito só dos pais, mas pode ser atribuída a qualquer pessoa que tenha habilidade e direito de exercê-la. Sendo um atributo do poder familiar.

Existem várias espécies de guarda e a decisão sobre qual delas será melhor para o menor não deverá somente restringir-se à análise individual do magistrado. É imprescindível que essa análise seja realizada por uma equipe multidisciplinar, dando maior atenção às avaliações elaboradas por psicólogos e assistentes sociais especializados, os quais deverão fundamentar as suas conclusões de acordo com o interesse e bem-estar do menor, e não de acordo com o interesse dos pais.

Nesse artigo, serão trazidos os aspectos convergentes e divergentes entre as guardas compartilhada e alternada, numa abordagem específica, não sendo objeto desse trabalho de pesquisa a análise das demais modalidades de guarda.

Pretende-se observar também alguns aspectos sociofamiliares referentes aos dois tipos de guardas em questão. No intuito de demonstrar qual guarda melhor será aplicada de acordo com o interesse do menor.

2 – A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA:

As mudanças ocorridas na sociedade afetou sobremaneira o seio familiar, principalmente, sua organização. Mudou sua forma, comparado ao que se tinha há alguns séculos atrás. A figura da família no século XXI representa “as famílias” e não somente “a família”.

Uma das mudanças que afetou diretamente a família foi o divórcio, pois até meados do século XX, o casamento era considerado um instituto sagrado e indissolúvel, não podiam marido e mulher pôr fim aos laços matrimoniais. Desta forma, viviam “juntos para sempre”, em tese. O Estado possuía uma forte resistência em admitir outros relacionamentos, de modo que a única possibilidade de romper com o

casamento era o desquite, que dissolvia a sociedade matrimonial, mas não o vínculo matrimonial e, com isso, impedia as partes de adquirirem novo casamento.

A promulgação da Lei do Divórcio (Lei 6.515), em 1977, veio para melhorar tal situação. Porém, as modificações advindas com a vigência desta lei não foram aceitas de maneira célere e automática, pois a visão do matrimônio religioso e patrimonial ainda estava enraizada na cultura pátria. Com o passar do tempo, o desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação (desfazendo apenas a sociedade conjugal e não o vínculo matrimonial) e o divórcio (desfazendo sociedade e vínculo conjugal). Ainda assim, presava-se muito pela manutenção dos laços familiares ditados pelo vínculo biológico e pela lei, o que tornava o processo muito demorado e burocrático.

Ocorre que, com tantas mudanças, foi necessário adequar-se à realidade que refletia profunda revolução na própria estrutura familiar. Tornou-se tão relevante o novo modelo dos vínculos de convivência, que a Constituição de 1988 dilatou o conceito de família para além do casamento. Protegendo tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como à união estável – relação de um homem e uma mulher não formalizados pelo casamento. Deixou o matrimônio de ser o único vínculo que identifica a existência de uma família.

Um dos fatores que contribuíram para essas mudanças foi entrada da mulher no mercado de trabalho, a mulher tornou-se emancipada, passando a dividir as despesas da casa, e em muitos casos tornou-se o “chefe” da casa. Houve, por conseguinte, uma modificação no papel do pai no seio familiar, este passa a contribuir nas tarefas domésticas, deixando de ser exclusivamente provedor. O pai passa a participar da vida educacional, psicológica e social do filho. Tornando os laços de familiares ainda mais fortes em razão do fortalecimento da afetividade entre ambos.

Esse paradigma atual foi capaz, inclusive, de modificar o desenvolvimento, procedimento e o resultado das ações de divórcio do casal e de guarda dos filhos menores. Com o fim dos laços conjugais, tornou-se comum os pais reivindicarem a manutenção dos laços com os filhos, buscando a aplicação de modelos de guarda que comportasse mais

elasticidade nos horários e por maior número de visitas. Tudo isso levou o legislador a voltar seus olhos para todas essas mudanças, culminando com a previsão legislativa da guarda compartilhada no Novo Código Civil e com a vigência da Lei 13.058/2014, que deu nova redação ao §2º, do artigo 1.854, do Código Civil que assim prevê:

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

A Constituição de 1988, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, retirou a exigência de tempo mínimo ou de anterior separação judicial para a decretação do divórcio, facilitando ainda mais o desfazimento do vínculo conjugal e banindo discriminações.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, tendo plenamente prioridade o reconhecimento destes.

Contudo, ressalte-se que o fim do vínculo conjugal, não significa o fim da responsabilidade que os genitores possuem em relação aos seus filhos. A separação não retira dos genitores o dever de cuidado, assistência e proteção aos filhos enquanto não atingirem a maioridade civil (art. 1.632, do CC). O desfazimento do casamento ou da união estável não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, não deixando de existir o Poder Familiar com o divórcio do casal.

O mais importante é perceber o que essas mudanças atingem especialmente aqueles que são os mais vulneráveis: os filhos.

É assustadoramente comum que os pais, após o fim da relação que envolve filho(s), não saibam como adequar essa nova rotina, trazendo insegurança a nova realidade dos filhos. O primeiro meio que buscam é o Judiciário, como substitutivo da vontade das partes. Esperam que o julgador decida o tipo de guarda adequado, as visitas, os horários, sempre levando em consideração a que for melhor para o menor, como forma de manter o vínculo familiar.

É relevante a contribuição dos envolvidos durante o processo judicial da guarda, com atenção às peculiaridades que cada demanda carrega consigo, pois se trata de uma decisão que interferirá nos

destinos dos vários envolvidos. Essa atenção fará com que a decisão seja a mais adequada e justa. Devem ser levado em consideração, especialmente, os aspectos psíquicos que envolvem a criança, dos requerentes da guarda e o vínculo existente entre eles.

A disputa judicial pela guarda encerra um processo complexo em inúmeros aspectos, não só jurídico, mas também subjetivos os quais devem ser valorizados. A análise do melhor interesse da criança deve prevalecer a todas as demais questões processuais, inclusive sobre qualquer sentimento egoísta proveniente dos pais.

3 – AS ESPÉCIES DE GUARDA ANALISADAS:

Inobstante as várias modalidades existentes de guarda, quais sejam, provisória, definitiva, unilateral, compartilhada, alternada, supervisionada, o objetivo deste artigo é analisar, de forma pormenorizada, as modalidades de guarda compartilhada e alternada, merecendo breve passagem pela guarda compartilhada.

3.1 – GUARDA UNILATERAL:

Guarda unilateral é aquela estabelecida em favor de um dos genitores ou alguém que possa substituí-lo, ficando este responsável tanto fisicamente pelo menor quando por todas as decisões que lhe sejam cabíveis na sua vida. Cabe este tipo de guarda quando o menor tem o reconhecimento apenas de um dos genitores.

Era este o regime de guarda legal. O julgador deveria estabelecer qual dos pais (ou um terceiro) detinha melhor condição de atender ao melhor interesse do menor, conferindo-lhe a guarda da criança, resguardando, contudo, o direito de visita do outro genitor, bem como a forma de seu exercício. Somente em 2014, com a alteração da redação do §2º, do artigo 1.854, do Código Civil pela Lei 13.058/2014, perdeu essa condição.

A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), por sua vez, estabeleceu que o magistrado despender esforços para a solução consensual das controvérsias de direito de família, com o auxílio de profissionais.

Eis a redação do art. 694, do Código de Processo Civil:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Frise-se que o genitor que não ficar com a guarda não perde o direito de exercer sua responsabilidade perante o menor, lhe sendo assegurado o direito de convivência, o de fiscalizar a criação de seu filho. Qualquer genitor continua sendo parte legítima para requerer informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, e tudo que direta ou indiretamente disser respeito de seu filho. (art. 1.583, § 3º, do Código Civil¹⁴¹).

Este modelo de guarda pode conduzir a obter bons resultados quando não há uma boa relação entre os pais, sendo estabelecidas regras que reconheçam e efetivem o respeito ao momento de vida experimentado pela criança.

3.2 – GUARDA ALTERNADA:

A guarda alternada ocorre com a prevalência do poder da guarda de ambos os pais sobre os filhos, só que exercida alternadamente. Há o compartilhamento, por igual, do tempo em companhia do menor. Um exemplo seria o caso do filho passar uma semana com a mãe, e outra com o pai.

Haverá a alternância entre os genitores, no período de tempo preestabelecido para cada um deles, para exercer de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental durante aquele período certo e determinado.

¹⁴¹ § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

A guarda alternada não encontra albergue em nosso ordenamento civil e é alvo críticas por alguns juristas por entenderem não ser o modelo ideal, posto que o menor perde o referencial de lar, de rotina diária contínua.

Nas palavras de Fernanda Rocha Lourenço¹⁴² “a guarda alternada é reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse.”

3.3 - GUARDA COMPARTILHADA:

Está definida na lei: é a responsabilização conjunta do exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Com a ruptura da estrutura familiar, deixando os pais de exercer suas funções parentais. Deste modo, torna-se necessário uma redistribuição de papéis, com uma nova divisão do que ainda é necessário manter em conjunto. E o que melhor se encaixa para o atendimento do melhor interesse do menor, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com os pais.

Segundo Maria Berenice Dias¹⁴³, “garante, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço.”

A guarda compartilhada visa garantir o interesse do menor, em suas bases físicas e psicológicas e faz prevalecer a verdadeira democracia familiar, em que nenhum dos pais precisa ceder sua participação na vida dos filhos, sendo imprescindível uma boa convivência entre os pais, mesmo que separados. Os pais consentem conjuntamente o que for necessário para vida do filho, deixando de lado o egoísmo e as mágoas da relação pretérita e privilegiando o bem-estar dos filhos.

Neste sentido, esclarece Berenice Dias¹⁴⁴ que, “a participação no processo de desenvolvimento integral leva à

¹⁴² Apud, ROCHA, 2015, p. 59.

¹⁴³ DIAS, 2015, pág. 525.

¹⁴⁴ DIAS, 2015, pág. 525.

pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.”

Antes mesmo de previsão legislativa expressa, o modelo de guarda compartilhada era incentivado pelos julgadores, sendo indiscutivelmente bem aceito pela doutrina e admitido fartamente pelo Judiciário. Foi inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 11.698/2008 e, ainda no período de *vacatio legis*, o Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal em seu Enunciado 101¹⁴⁵, já previa a possibilidade da guarda compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse.

O Enunciado 335, por sua vez, estimulava a fixação de guarda compartilhada, dispondo *in verbis*: “*A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.*”

É de se ressaltar que nada impede que a guarda compartilhada seja estabelecida entre guardiões (terceiros designados) e genitores, consoante o estabelecido em lei.

Manifestando o genitor interesse em não permanecer com a guarda, o Juiz não poderá forçá-lo, já que esta seria uma situação em que o melhor interesse do menor estará em jogo, não sendo indicado que o menor permaneça na companhia daquele que não deseja conviver consigo.

4 – ASPECTOS DIVERGENTES ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA:

Segue abaixo alguns pontos de divergência entre a guarda compartilhada e guarda alternada:

GUARDA COMPARTILHADA	GUARDA ALTERNADA
Não se faz necessária a definição de duplo domicílio.	Divisão do lar.

¹⁴⁵ “Art. 1.583: Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.”

Divisão de responsabilidade.	Divisão de tempo entre os pais.
Maior convivência dos genitores nas decisões sobre os filhos	Os pais exercem de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres sobre os filhos no período de tempo preestabelecido.
Ambos os genitores como detentores da autoridade parental.	Ocorre praticamente a divisão da criança.
Democracia familiar.	Alternância de tempo e de lares.
Permanência dos laços de afetividade;	Ruptura dos laços de afetividade;
Maior aproximação física e imediata com os filhos.	Os filhos tem maior chance de desenvolverem problemas emocionais e psicológicos.
Ambos os pais participam do desenvolvimento integral dos filhos.	Dificuldade em acompanhar o desenvolvimento e crescimento dos filhos.
Pluralização de responsabilidade.	Decisões diferentes entre os genitores sobre a vida dos filhos.
Livre escolha dos filhos para transitar e/ ou permanecer no lar que acharem mais salutar.	Menor sentimento segurança, proteção e confiança.
Boa convivência entre os genitores.	Ânimos alterados entre os genitores, provocando confusão e/ou stress no menor.

Dificulta a síndrome de alienação parental.	Maior chance de alienação parental.
Mantém as referências maternas e paternas.	Mantém as referências maternas e paternas.
Não impede a fixação de alimentos.	Não impede a fixação de alimentos.
Os descumprimentos dos termos acordados ou determinados pode causar redução das prerrogativas daquele que descumpre.	Os descumprimentos dos termos acordados ou determinados pode causar redução das prerrogativas daquele que descumpre
Regulamentada pelo Código Civil.	Não é regulamentada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Através desse breve quando comparativo, pode-se perceber facilmente que, havendo sintonia, bom convívio entre os genitores, a guarda compartilhada é sempre a melhor opção, por ser capaz de preservar o melhor interesse do menor em todos os aspectos morais, psicológicos, afetivos, financeiros, educacionais.

O julgador deve reservar a aplicação da guarda alternada apenas para situações bem específicas, onde as peculiaridades do caso concreto assim exigirem como forma de preservação dos direitos do menor, o que deve ser feito somente após a avaliação multidisciplinar completa da impossibilidade do exercício efetivo de uma guarda compartilhada ou unilateral.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A primeira grande premissa que se pode extrair do presente trabalho é a de que a decisão sobre a melhor modalidade de guarda deve ser tomada pelo magistrado com o acompanhamento de avaliações realizadas por uma equipe multidisciplinar composta por psicólogos,

assistentes sociais e advogados, pois implica em mudanças profundas fáticas e psíquicas dos envolvidos no processo.

Cada modalidade de guarda estudada (compartilhada e alternada) encontra-se carregada de aspectos negativos e positivos. Assim, forçoso que cada caso concreto submetido ao crivo do Judiciário seja profunda e delicadamente analisado, para que se possa dirimir o conflito de acordo com o melhor interesse do menor, sempre.

Hodiernamente, a guarda compartilhada vem sendo caracterizada como sendo a melhor opção para manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos. Porém, conforme mencionado alhures, sabe-se que, em alguns casos, essa harmonia não se mostra alcançável, razão pela qual se torna necessário a busca da solução por outros caminhos. Assim sendo, a previsão legal de diversas modalidades de guarda, como a alternada, a unilateral, a supervisionada guardam relevante importância, pois somente após a análise do caso *sub exame* é que poderá ser apontada a melhor solução.

Contudo, jamais deve ser afastado o bem-estar do menor, reforçando-se que a criança e ao adolescente não são objetos ou meios para que os pais obtenham resultados particulares e mesquinhos, pois devem ser respeitados e amados. Por isso, a guarda não poderá ser definida de acordo com o interesse somente dos pais, devendo prevalecer, na medida em que o convívio entre estes permitir, a igualdade parental de forma equilibrada na tomada das decisões necessárias sobre os principais aspectos da vida do filho.

Deste modo, em que pese as características da guarda compartilhada aproximarem-se da obediência ao melhor interesse do menor, não podemos sedimentá-la como o modelo ideal. Esta é àquela que melhor presa pelo bem-estar, pelo desenvolvimento físico, social, moral e psicológico do menor, pela permanência do vínculo familiar, sem lhe tirar o que lhe é de direito, a família, o que será verificado caso a caso, após uma vasta e cuidadosa avaliação multidisciplinar.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em:
30/07/2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 01/08/2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 30/07/2015.

Anne, Joyce Angher. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. 15 ed. São Paulo : Ridel, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada, São Paulo: Saraiva, 2015.

BELO, Roberta Alves. Trabalho Científico. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. Âmbito Jurídico. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387. Acesso em 25 julho. 2015.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Artigo. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/serie/12/familiadoseculoXXI_62.pdf. Acesso em 25 julho, 2015.

Dizer o direito. Decisões do STF. MP possui ampla legitimidade para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente. 11 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/08/mp-possui-ampla-legitimidade-para.html>. Acesso em 28 julho, 2015.

JusBrasil. A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso 27 de julho, 2015.

DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O DIREITO DO FILHO EM CONVIVER COM SUA FAMÍLIA

Ana Mônica Anselmo de Amorim¹⁴⁶

Felipe Estefano Pereira Duarte¹⁴⁷

“Eu moro com a minha mãe, mas meu pai vem me visitar...” (Pais e Filhos, Legião Urbana).

RESUMO: O presente artigo faz uma análise do direito de convivência, passando por sua evolução histórico-legislativa, do outrora direito de visitas que buscava recompensar o pai que não mais convivia diariamente com os filhos e que pagava certa importância financeira, à percepção moderna de que a convivência é direito do filho em estar, não só com seus genitores, mas com toda sua família. Busca-se trazer questões práticas, ofertando-se suas soluções, mostrando que diante desta temática os desafios são inúmeros e dos mais variados tipos, mas que existem soluções que podem e devem ser trabalhadas e melhoradas. Os filhos não podem mais servir de armas em guerras processuais, e sim, vistos enquanto protagonistas, pessoas em desenvolvimento cuja salutar criação deverá espelhar premissa na relação paterno-filial. Inconteste ainda os desafios apresentados ao Estado-Juiz, enquanto responsável não só por aplicar a lei ao caso concreto, mas acima de tudo, mediador de sentimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de convivência. Direito do Filho. Melhor Interesse do Menor.

¹⁴⁶ Mestre em Direito Constitucional (linha de concentração em Direitos Fundamentais) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar, Professora Adjunto III da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora da Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe. Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará. Coordenadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

¹⁴⁷ Aluno da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa - Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA, DA SUA CONSTANTE NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO; 3 - OS DESAFIOS DO DIREITO DE (BOA) CONVIVÊNCIA; 4 - QUANDO A MÁGOA SUBJUGA O AMOR; 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

A epígrafe que inicia este artigo, da inesquecível banda de rock Legião Urbana, descreve claramente a situação vivida por muitos casais nos dias de hoje, a partir do divórcio e junto com ele a necessidade daquele que sai de casa conviver com os filhos que ficam.

Durante muito tempo o direito de visita (hodiernamente melhor denominado Direito de Convivência) foi encarado como mera compensação dada àquele que não tinha a guarda do filho menor, na maioria das vezes o pai, e também como compensação pelo pagamento dos alimentos, de forma a “restituir” ao pai o valor que ele pagava¹⁴⁸. Desta forma o pai, era quem devia ser atendido e protegido pelo direito de visitas e não o filho menor, este último era só o “objeto” que garantia este direito ou “compensação”.

Com o passar do tempo, se tornou claro que o direito de visitas era muito mais um direito da criança ou do adolescente, que do genitor. É fundamental que a criança ou o adolescente possa conviver com seu núcleo familiar completo, e não só com o núcleo daquele que detém sua guarda¹⁴⁹.

Trata-se de direito da personalidade da criança, esta tem o direito de receber atenção e cuidados daquele genitor/genitora que saiu da convivência diária, e dos demais entes familiares.

O direito de visitas, hoje doutrinariamente chamado de direito de convivência, pretende superar a pecha da premissa de tratar-se de mero lapso temporal predeterminado e engessado, que muitas vezes acontece em locais impróprios e que não estimulam a interação do menor

¹⁴⁸ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 120

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 10ª ed. rev, atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 532.

com o seu genitor¹⁵⁰, para galgar a premissa de ser um direito que garanta a convivência salutar do menor e seu genitor, bem como, demais familiares, conferindo cuidado e carinho necessários à formação psicossocial, permitindo uma maior iteração familiar, diminuindo a possibilidade de ocorrer a gravosa alienação parental¹⁵¹.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA, DA SUA CONSTANTE NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO:

O direito de convivência sofreu grandes transformações desde que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico.

No fim do século XIX e início do século XX, não existia nenhuma regulação sobre o assunto, já que a mulher não tinha opção de deixar o marido legalmente, ela poderia no máximo desquitar-se, e com isto abrir mão da guarda dos filhos e de todos os seus “direitos” de mulher casada.

O Estatuto da Mulher Casada - Lei nº 4.121/1962, trouxe enorme evolução de direitos para a mulher¹⁵², contudo, silenciava quanto ao direito de visitas, deixando claro que somente o cônjuge que não fosse declarado culpado pela separação é que ficaria com a guarda dos filhos e no caso de os dois serem considerados culpados, a guarda dos filhos menores ficaria com a mãe, salvo comprovação pelo juiz de que ela não era capaz de exercê-la. Outra grande inovação do referido instrumento normativo, era garantir que a mulher que casasse novamente, não perderia o “pátrio poder” dos filhos do primeiro casamento, deixando a possibilidade de a mulher casar novamente, ou como naquela época não existia o instituto do divórcio, a possibilidade desta manter uma união informal (concubinato).

A Lei nº 6.515/1977 - Lei do Divórcio, agregou ao sistema normativo o divórcio, ademais, regulamentou o exercício do “pátrio

¹⁵⁰ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 125.

¹⁵¹ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 128.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 10ª ed. rev, atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 102.

poder” pelos pais separados, permitindo que em caso de separação consensual e homologada pelo juiz, poderiam os pais acordarem também sobre quem ficaria com a guarda do menor. Contudo, a Lei do Divórcio mantinha a nefasta discussão da culpa como motivo para o fim da sociedade conjugal, de modo a interferir na determinação do genitor guardião, relegando a segundo plano o menor interesse do menor.

Merece destaque o Art. 15 da Lei nº 6.515/77¹⁵³, onde resta estipulado que o cônjuge que não tem a guarda do filho poderá visitá-lo e exercer a fiscalização do seu desenvolvimento. O texto normativo, aparentemente, deixa a entender que o cônjuge deve fiscalizar se o dinheiro que oferta para a manutenção do menor está sendo bem empregado, hoje a noção de “fiscalizar” é bem mais ampla e cheia de “carinho”, posto que outrora, ainda que se preocupasse com o bem-estar da criança, queria também uma proteção pecuniária, a proteção da criança vinha como que por consequência secundária. Hodiernamente, a fiscalização recai sobre o desenvolvimento salutar do filho, a questão pecuniária é somente um acessório da proteção principal conferida ao menor.

Após a Lei do Divórcio, durante alguns anos e com resquícios até hoje, criou-se o mito de que quando os pais que estavam se divorciando fossem buscar a tutela Jurisdicional do Estado, o Magistrado deveria optar pela genitora, sempre em detrimento do pai, sem contudo, preocupar-se com o melhor interesse, mas atendendo a tacanha convicção de mãe sempre é melhor guardiã.

A Constituição Federal de 1988 garantiu a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 226, § 5º), colecionando ainda a premissa de que criança e adolescente são prioridade absoluta, assegurando-se o direito à convivência familiar e comunitária (art. 227, *caput*). Destarte, percebe-se um avanço significativo em relação ao direito de convivência, pois agora sim, positivado o direito da criança/adolescente em conviver com sua família, e não mais do genitor ausente de visitá-lo, enquanto forma de compensação.

¹⁵³ Art. 15 da Lei 6515/77 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A criança ou o adolescente deve conviver com todo o núcleo familiar e seus pais, devendo o Estado contribuir para que essa convivência seja salutar, assegurando o bem-estar do menor.

Consoante Maria Berenice Dias¹⁵⁴ “*O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver (...)*”.

A Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, reproduz em seu art. 4º os direitos garantidos pela Magna Carta, garantindo-se em seu art. 6º como critério hermenêutico a garantia dos interesses e a formação da criança/adolescente, por ela se tratar de pessoa em desenvolvimento.

A Lei nº 10.406/2002 - Novo Código Civil, assegurou o direito de convivência, só que mais uma vez com a interpretação restritiva de direito de visitas, e a visão atrelada à fiscalização da pensão alimentícia paga, relegando ao menor *status secundário*.

Por fim, a Lei nº 13.058/2014 – Nova Lei da Guarda Compartilhada, busca esclarecer que a criança tem que conviver de maneira equilibrada com seus genitores, mas, não de maneira que este equilíbrio se aplique como uma forma matemática estática, que a guarda passe de guarda compartilhada para guarda alternada. A nova lei, pretende que os pais entrem em acordo de como vão garantir a criança ou ao adolescente o direito de conviver com todo o seu núcleo familiar. Permanece ainda o entendimento que um dos genitores ficará com a custódia física do menor, mas que o genitor não guardião, participará e conviverá com seu filho de maneira saudável e que contribua para o desenvolvimento do menor¹⁵⁵.

3 - OS DESAFIOS DO DIREITO DE (BOA) CONVIVÊNCIA:

Um dos maiores desafios durante a fim de um relacionamento conjugal, é entender que o que se dissolve é o vínculo matrimonial existente entre os cônjuges, e não o vínculo de parentesco que une pais e filhos. Passa o casal a ostentar a condição de separados ou divorciados,

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 459.

¹⁵⁵ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 123.

contudo, não existe ex-pai ou ex-mãe, devendo os genitores mais do que nunca, zelarem pelo salutar desenvolvimento de sua prole.

O direito de convivência, consoante Maria Berenice Dias¹⁵⁶:

Trata-se de um direito da personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz.

Rolf Madaleno¹⁵⁷ ao discorrer sobre o direito de convivência afirma:

As visitas têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor, porém, o mais valioso é o interesse da criança e do adolescente no caso de conflito, tanto que em mãos desaconchegadas pode se converter em algo particularmente mau e perigoso para uma criança delicada e receptiva. E este tratamento conveniente também passa pela facilitação do contato da prole com o ascendente não guardião, não tolerando o Direito e o bom-senso a obstrução das visitas, como corriqueiramente acontece quando os pais ainda não conseguiram se dissociar de seus desentendimentos conjugais e usam os filhos como moeda de suas frustrações amorosas, sequer se dando conta ou tampouco se importando com o sofrimento, a angústia, ansiedade, depressão e o desequilíbrio emocional vivenciados pela criança que não consegue manter uma sadia relação de visita e de comunicação com seus ascendente não guardião.

Não importa o que causou o fim do enlace, os genitores sempre terão que conviver entre si, posto que os filhos não têm responsabilidade alguma em não ter dado certo a relação conjugal, e sim, a prole é o fruto e a prova viva que em algum momento, houve afeto suficiente para que uma vida fosse gerada e que essa vida será eternamente da

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 460.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436/437.

responsabilidade dos pais, tal qual a flor do conto do Pequeno Príncipe, de Exupéry¹⁵⁸, que em sua sinceridade pueril afirmou “*és responsável por quem cativas*”.

Desta forma, o direito de convivência torna-se um desafio, pois mesmo com a guarda compartilhada, um dos cônjuges deterá a posse física do filho menor, e o outro terá o dever/direito de convivência. De certo que a Lei nº 13.058/2014 (Art. 1.583, § 2º)¹⁵⁹, evoca a tentativa de divisão equânime do tempo de convivência entre filhos e pais, contudo, não se tem como possível a verificação matemática exata desta fração temporal, culminando com o fato de que o tempo de convivência de um dos genitores, será menor que o do outro.

Infelizmente, o direito de convivência é utilizado como barganha (moeda de troca) ou arma de vingança, permitindo ao consorte magoado pelo fim do relacionamento, que utilize seu filho como instrumento de vingança privada, transformando o Poder Judiciário em palco ideal para impingir ao outro toda a dor que sente, entretanto, a maior vítima é o filho, que acaba por sofrer as consequências desse comportamento mesquinho e egoísta.

É necessário entender que o Judiciário não tem como dever punir o cônjuge que colaborou para o fim do relacionamento conjugal, o dever do Judiciário é propiciar a melhor forma para que os filhos convivam com os genitores, atentando-se sempre ao melhor interesse.

O grande desafio do Direito de Convivência é que este seja exercido com a cooperação de ambos os pais, buscando-se uma mudança de mentalidade destes, e que possam entender que a presença de ambos é fundamental para o bom desenvolvimento do filho, que as mágoas e lágrimas vertidas precisam ser superadas em nome do amor maior que nutrem por seus filhos.

O tempo de convívio paterno-filial deve servir para fortalecer os laços afetivos, de modo que os pais estejam efetivamente presentes na vida de sua prole, seja com um simples almoço durante a semana, a

¹⁵⁸ EXUPÉRY, Antoine de Saint-. O pequeno príncipe, com aquarelas do autor, tradução de Dom Marcos Barbosa. - 48 ed. - Rio de Janeiro: Agir, 2009.

¹⁵⁹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

prática de esportes juntos, participação de eventos escolares, momentos simples, contudo marcantes.

Fácil na teoria, as premissas sobre Guarda e Direito de Convivência resumem-se ao bem-estar da prole, contudo, traduzem-se em espelho do desenvolvimento salutar de crianças e adolescentes.

Mesmo que os pais residam em cidades diversas, torna-se mais sensível a necessidade da organização do exercido do direito de convivência, passando a envolver viagens e lapsos temporais mais elásticos.

Imprescindível destacar o magistério de Conrado Paulino¹⁶⁰, atento a necessidade premente de utilização das modernas ferramentas tecnológicas que hoje são disponíveis, permitindo uma maior interação entre pessoas de lugares diferentes (whatsapp, skype, email, etc.), apresentando-se como forma eficaz de abrandar a saudade existente entre aqueles que não podem conviver diariamente, garantindo uma maior participação do cotiado, facilitando o singelo beijo de boa noite, entre aqueles que estão a quilômetros de distância.

Imprescindível a convivência da criança ou do adolescente com a família extensa de seus pais (avós, tios, primos, etc.), sendo inclusive o direito de visitas dos avós já positivado (Art. 1.589 do Código Civil)¹⁶¹, sendo entendimento assente na Jurisprudência a extensão a outros familiares.

TJ-AP - APELACAO CIVEL AC 123402 AP (TJ-AP)

Data de publicação: 04/11/2003

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. DIREITO DE VISITA DE TIA ÀS SOBRINHAS. ILEGITIMIDADE DE PARTE E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DECISÃO MANTIDA POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA. 1) O direito de visitas reporta-se ao vínculo

¹⁶⁰ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 126.

¹⁶¹ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

sentimental e espiritual do visitante para com o visitado, e vice-versa. Levam-se em conta múltiplos interesses do menor, em manter-se integrado na comunidade familiar; dos pais, pela preservação do indispensável convívio com os parentes; e destes (parentes), na distribuição do seu afeto natural. Nessa linha, força concluir que aos tios é dado pleitear em juízo a regulamentação de visita a suas sobrinhas. 2) A impossibilidade jurídica do pedido reside nos casos em que o direito objetivo rechaça a pretensão em abstrato, retirando a utilidade do processo. Com efeito, não se exige que o pedido deduzido esteja estampado literalmente em texto de lei, até porque, não havendo previsão legal, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (inteligência do art. 4º, da LICC). 3) As ações cautelares têm como requisitos específicos, além daqueles peculiares às ações em geral, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Assim, ausente um desses requisitos, carece a parte do interesse na tutela jurisdicional acautelatória. 4) Apelo a que se nega provimento.

APelação CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS MANEJADA PELO TIO MATERNO DA ADOLESCENTE, ATUALMENTE SOB A GUARDA DA IRMÃ. INDEFERIMENTO DA INICIAL, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 295, INC. III, DO CPC). Tendo em vista a presença do direito de a parte autora reclamar a visitação à sobrinha e a natureza da controvérsia, que diz com interesse de adolescente, cabível a oitiva da adolescente, a fim de bem atender e resguardar seus interesses. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível Nº 70063664478, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 25/03/2015) AGRADO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Não havendo nos autos indicativos de que a visitação da tia paterna é nociva à criança, deve ser mantida a decisão monocrática que concedeu à tia o direito de visitação à sobrinha, em virtude do falecimento do pai da menina, irmão da agravada. Caso em que, em virtude da flagrante animosidade entre as famílias, deve ser parcialmente modificada a decisão para que a visitação seja efetuada junto ao Núcleo de Apoio à Família AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70023407216, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/06/2008)

As configurações familiares, hodiernamente, ganham contornos diversos, denotando um pluralismo familiar, apresentando-se como figura frequente dentro dos arranjos familiares o padrasto e a madrasta, unindo-se estes com seus enteados pelo forte vínculo do afeto. As Cortes de Justiça diuturnamente reconhecem a importância do afeto na construção das relações familiares, é tanto que cresce o número de julgados que reconhecem o dever de prestar alimentos pelo padrasto ou madrasta, ou que conferem ao enteado crescer ao seu, o sobrenome de seu padrasto/madrasta (Lei nº 11.924/2009, que alterou a Lei nº 6.015/73)¹⁶².

Partindo desse entendimento, é possível conceber que o padrasto pode pleitear o direito de convivência com o filho do seu ex-cônjuge, ligados por uma ponte de afeto que não se extingue ao assinar de uma sentença de divórcio, mesmo inexistente vínculo biológico.

Outra realidade delicada é a do pai que está preso, definir como e se existirá o direito da criança/adolescente em conviver com o genitor encarcerado. O sistema prisional pátrio é inapropriado para receber uma criança, cadeias superlotadas, sem estrutura física, muito menos condições de higiene.

Para que ocorram os encontros paterno-filial, é necessária uma avaliação por uma equipe multidisciplinar que ateste que o preso, possui o mínimo de condição psicológica de conviver com seu filho, uma vez que se manter a criança longe do pai é danoso, mantê-la perto de um pai agressivo ou que não passe bons valores para ela, é pior ainda. A criança deve ser guardada de todo e qualquer perigo, sua integridade física e mental deve ser preservada sempre, ainda que para isso ela tenha que ser privada da convivência com um dos seus genitores.

Outra mudança que deve ocorrer, para propiciar condições dignas para que ocorra o direito de convivência, é a mudança estrutural, perpassando as barreiras jurídicas, apresentando como desafios das Políticas Públicas com a construção de presídios com condições mais humanas e que propiciem a ressocialização. Os presídios deveriam ter

¹⁶² “Art. 57. Omissis

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (NR)

locais próprios para que ocorressem o encontro entre pais e filhos¹⁶³, locais em que se permita uma maior interação entre estes, de forma que por algum instante a criança ou o adolescente não veja ali um criminoso, mas, seu pai que cometeu um erro, porém está buscando pagar por isso e voltar para a sociedade.

Uma outra opção, já que essa reforma estrutural não é muito rápida, é que esses encontros ocorram nos fóruns ou em centros psicossociais, com a supervisão de profissionais que podem avaliar se o encontro está ou não sendo prejudicial para o menor, claro que esta não se apresenta como a melhor solução, mas, com as poucas opções que existem para este quadro, acaba sendo uma solução que pode abrandar os efeitos da ausência do pai enclausurado.

O Direito de Convivência Familiar é justamente permitir um maior contato, uma maior interação entre crianças e adolescentes, e seus familiares. Não se pode neste pode, deixar de enfatizar que por muito tempo utilizou-se a expressão Direito de Visita, contudo visitar confere uma percepção de curto espaço de tempo, de algo efêmero, que ocorre por curto lapso temporal.

Conforme dicionário eletrônico Priberam¹⁶⁴, VISITAR significa:

1. Ir ver por cortesia, dever, curiosidade, caridade, etc.
2. Inspeccionar, passar revista a.
3. Viajar por, percorrer.
4. Aparecer; mostrar-se; declarar-se.
5. Dar busca a.

Conquanto, conviver reflete compartilhar uma vivência, dividir a vida, e novamente esclarece o dicionário que CONVIVER significa:

1. Viver com outro.
2. Ter intimidade.

Daí melhor hoje utilizar a expressão direito de convivência ou regime de relacionamentos, vez que estabelece um maior período de tempo, uma relação baseada na qualidade do convívio, e não no tempo do convívio. Em que pais e filhos, e outros parentes deixam de ter aquela

¹⁶³ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 130.

¹⁶⁴ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, www.priberam.pt/dLPO [consultado em 29-11-2016].

relação protocolar, passando então a fixar contato mais estreito, conservando e zelando pelo elo afetivo que os une.

O direito de convivência não é somente um direito assegurado aos pais, mas também um direito do próprio filho de com eles conviver, desdobrando-se ainda a outros parentes, tais como avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos, etc., assim como nas relações homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, impositivo assegurar o direito de visita.

4 - QUANDO A MÁGOA SUBJUGA O AMOR:

Como outrora ilustrado, para lograr êxito, o direito de convivência depende de vários fatores, um deles é o comprometimento dos pais em não criar óbices para sua efetivação, sempre buscando cooperar com o outro para que todos possam usufruir da convivência salutar, que propicie o bom desenvolvimento da prole.

No entanto, ousado talvez dizer que Direito de Convivência, lastreado na Dignidade da Pessoa Humana, apresenta-se enquanto Direito Fundamental. A família é a base da sociedade, e de há muito ela deixou de espelhar o retrato da família perfeita como a fórmula, pai + mãe + filhos = família, para ser a fórmula filho + afeto + convivência = desenvolvimento e bem-estar.

A família não tem cara, não tem rosto, a família tem corações, sentimentos.

Não importa riqueza, não importa vontade, importa o amor que une os membros daquela família, independentemente de vínculos consanguíneos.

A limitação deliberada do Direito de Convivência, apresenta-se enquanto nefasta prática de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010)¹⁶⁵,

¹⁶⁵ Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

merecendo repúdio total. Cabe aos genitores, enquanto formadores de opinião, incentivarem e orientarem seus filhos sobre a importância deste convívio.

Ressalte-se que esta convivência reflete um ato volitivo do genitor não guardião, e se este não quiser? Se a presença física do filho é indiferente ao seu pai?

Maria Berenice Dias¹⁶⁶ afirma que ainda não uma injeção de amor, um uma pílula com doses homeopáticas de afeto, ao Estado-Juiz tudo é permito, entretanto, é interessante ao menor uma convivência forçada?

Fixar multa ou outras sanções ao pai faltoso, reflete uma convivência salutar e construtiva ao desenvolvimento do filho?

Comuns as situações em que o pai que não detém a guarda física do menor, não se preocupa em exercer o direito de convivência de maneira satisfatória, sempre colocando obstáculos para que estes encontros ocorram, nunca encontrando tempo na agenda da vida.

A aplicação de multas pode gerar no filho não só o sentimento de rejeição, mas também, expor a risco a vida deste, que se encontra com uma pessoa, cuja companhia é indesejada.

Uma medida que parece ser mais sensata, é de início não aplicar a multa, mas obrigar o pai que não que conviver com o filho a passar por tratamento psicológico, este sim obrigatório, para que entenda a necessidade que o filho tem de conviver com ele e o quanto aquilo é salutar. Pode parecer uma medida branda, mas é de grande valor pedagógico.

A retirada do Poder Familiar, apresenta-se como *ultima ratio*, posto que em verdade seria um prêmio ao genitor omissor.

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 10ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Diante de um fim de relacionamento conjugal consensual, impera uma maior facilidade ao Judiciário, posto que em regra não se tem grandes mágoas ou tristezas, vida que segue, pessoas que são concordes desde a mais prosaica partilha de bens, à difícil tarefa de criação de filhos por pais separados. Tortuosa a solução judicial diante do litígio, apresentando ao Magistrado a árdua tarefa de não só lidar com leis, doutrinas e jurisprudência, mas acima de tudo, ser serenador de espíritos, mediador de sentimentos.

Ao Juiz é outorgada a hercúlea tarefa de decidir sobre a vida de pessoas desconhecidas, que extravasam as letras apostas nos autos processuais, pessoas que não conhece, não sabendo suas origens, suas angústias, suas histórias de vida, e agora vê-se obrigado a conferir seus destinos. O grande desafio do Magistrado é ter sensibilidade para criar soluções que sejam “boas” para todos, mormente aos filhos, fazendo com que todos os interessados saiam satisfeitos e com a sensação de que a justiça foi feita.

Hoje o magistrado já conta com um apoio melhor, mas que ainda é precário e precisa de muito investimento estrutural, para que se crie uma equipe multidisciplinar apta a acompanhar os processos, viabilizando a confecção de perícias completas, que sirvam de subsídio ao *decisum* que melhor atenda ao interessa do menor.

Destarte, observam-se os inúmeros desafios que existem para o adequado exercício do direito de convivência e, por conseguinte, seja assegurado o melhor interesse do menor.

Em verdade, para uma boa convivência Paterno-Filial, necessária a colaboração de todos os envolvidos - pais, filhos e Estado. Todos precisam ter consciência de seu papel, e agir de forma a cumprir fielmente com suas responsabilidades.

Os pais precisam evoluir culturalmente e visualizarem seus filhos não como objeto, ou arma do jogo da vingança, e sim enquanto pessoa humana em desenvolvimento.

O Estado precisa garantir que os interesses dos menores e dos pais sejam assegurados, dando respostas efetivas para as demandas que lhe são apresentadas e garantido a efetivação das decisões tomadas.

Por fim os filhos devem colaborar, buscando uma convivência saudável com seus pais, pautadas no companheirismo e cordialidade. Ninguém é ó, ninguém é uma ilha, amar é preciso, conviver em família é essencial.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de junho de 2015.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

CABEZON, Ricardo. Breves Comentários sobre a Lei nº 13.058/14. www.jusbrasil.com.br, acessado em 30 de junho de 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 9ª ed. rev, atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 10ª ed. rev, atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EXUPÉRY, Antoine de Saint-. O pequeno príncipe, com aquarelas do autor, tradução de Dom Marcos Barbosa. - 48 ed. - Rio de Janeiro: Agir, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de & RONSEVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.- V. 6 – Famílias – 6 ed.: Rev., Ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. VI.

GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. VI.

GROENINGA, Gisele. Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar – Algumas Reflexões Necessárias. www.ibdfam.org.br, acessado em 30 de junho de 2015.

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

NUNES, Natália Martins. A guarda compartilhada e as alterações da Lei 13.058/2014. www.jusbrasil.com.br, acessado em 30 de junho de 2015.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Poder familiar na atualidade brasileira. www.ibdfam.org.br, acessado em 30 de junho de 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

FAMÍLIA À LUZ DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA: DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* DIREITO AO SIGILO DA IDENTIDADE DO DOADOR

Adriane Alves de Oliveira¹⁶⁷
Karoline Sales Monteiro Cabral¹⁶⁸

“Se você passar por uma guerra no trabalho, mas tiver paz quando chegar em casa, será um ser humano feliz. Mas, se você tiver alegria fora de casa e viver uma guerra na sua família, a infelicidade será sua amiga”.
(Augusto Cury)

RESUMO: Hoje o Direito Brasileiro reconhece a existência das filiações afetiva e biológica, sem contudo, ousar dispor qual das duas prevalece. O afeto, passou a ser elo de ligação entre os membros de uma mesma família. É ainda forma de parentesco o civil, sendo este reconhecido no caso de inseminação artificial heteróloga, posto que o genitor não detém vínculo biológico com seu filho. Desta feita, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, reconhece o sigilo do doador, nesta hipótese de reprodução assistida, só se permitindo a revelação de sua identidade no caso de doença, e mesmo assim, sendo revelada ao médico. Destarte, o presente artigo busca analisar a celeuma havida entre o direito ao sigilo da identidade do doador e o direito à saber a origem genética da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação Heteróloga. Filiação Biológica. Origem genética. Sigilo do Doador. Direito da Personalidade.

167 Graduando em Direito, 8º período, pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

168 Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais – Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direito Tributário – Anhanguera. Bacharel em Direito – Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi. Professora Substituta e coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte da UERN.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - FAMÍLIA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA; 3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 3.1 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA; 3.2 A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE DO DOADOR; 4 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA; 4.1 - HISTORICIDADE EM PROL DA CONSTRUÇÃO FAMILIAR; 4.2 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA; 4.3 - REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA; 5 - O DIREITO AO ANONIMATO *VERSUS* DIREITO A ORIGEM GENÉTICA; 5.1 - O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO; 5.2 - O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA; 5.3 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA; 6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

Conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 no art. 226, a família é base da sociedade¹⁶⁹. Todavia, o seu conceito se torna tarefa árdua, afinal, pode ser entendida e interpretada amplamente, apresentando um carácter multifacetário, pois é alterado de acordo com o tempo e o espaço. Isso se dá, em verdade, porque antes de ser um instituto jurídico, a família é um fenômeno social¹⁷⁰.

A doutrinadora Suzana Oliveira Marques assevera que o conceito de família é, antes de jurídico, sociológico e, dentro do Direito, não apresenta sempre o mesmo conceito. Buscando uma definição geral do instituto diz-se que

Em sentido amplo, a família deve ser compreendida como a comunidade de pessoas unidas por laços de parentesco. Em sentido estrito, família compreende o grupo de pessoas

169 BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

170 MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos. Belo Horizonte: Del rey, 2009. Pág. 19.

aparentadas, que vivem na mesma residência, particularmente, pai, mãe e filhos¹⁷¹.

Historicamente, a família tem seu conceito atrelado a uma simples convivência, agrupação de pessoas por mera necessidade de sobrevivência, sendo dispensável um vínculo consanguíneo ou afetivo. No decorrer dos séculos, o conceito foi tomado pela influência do cristianismo, tornando-se necessário o matrimônio para que fosse denominada família.¹⁷²

Todavia, o conceito de família passou por uma inegável transformação social e, por isso, hoje, não podemos simplesmente entender a família como um conceito estático e restrito, uma vez que é instituto em mudança constante. Como forma de expressar essa incessante transformação que envolve a família e suas infinitas relações, muitos autores denominam como direito *das famílias*, essa parte do Direito que busca tutelar as relações que lhes são próprias.

Se antes era necessário um casamento para sacramentar sua denominação, agora se tornou democratizada, podendo ter diversas formações.

No dizer da doutrinadora Ana Mônica Anselmo de Amorim, em sua obra Manual de Direito das Famílias, “a família outrora matrimonializada e sacramental, cede lugar a um ambiente de afeto, onde as pessoas unem-se pelo amor e não a partir apenas de vínculos consanguíneos e legais”¹⁷³.

¹⁷¹ MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos. Belo Horizonte: Del rey, 2009. Pág. 21.

¹⁷² FIGUEIREDO, Luciano. Famílias e Sucessões: Coleção Sinopses para Concurso, 14. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p.28.

¹⁷³ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pág. 26.

Desta forma, sejam elas matrimoniais¹⁷⁴, anaparentais¹⁷⁵, homoafetivas¹⁷⁶, monoparentais¹⁷⁷, ou por inseminações artificiais, não se pode negar que tal instituto é alicerce estatal.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigo dos mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é à vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e compromettimentos mútuos. [...].¹⁷⁸

O presente trabalho visa analisar, isoladamente, uma das diversas formas de criação de núcleos familiares, qual seja a família que possui filhos gerados através da reprodução humana medicamente assistida do tipo heteróloga, ou seja, aquelas em que o material genético utilizado para a fecundação é de um terceiro (doador anônimo). Forma essa usada, preponderantemente, por pessoas que não conseguem ter filhos naturalmente e usam a técnica para realizar o sonho da maternidade/paternidade.

Buscaremos, também, compreender as implicações decorrentes da utilização desse método da reprodução no que se refere ao direito de

¹⁷⁴ Família matrimonial: é aquela lastreada no casamento. O CC/1916 previa uma família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual. Até então o matrimônio era sacramento indissolúvel, identificando-se a família pelo nome do varão.

¹⁷⁵ Família anaparental: aquela formada pela convivência entre parentes ou entre pessoas ainda que não parentes, mas unidas por vínculo afetivo.

¹⁷⁶ Família homoafetiva: aquela formada pela união de pessoas do mesmo sexo. O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, através do Recurso Especial Eleitoral 24564/PA

¹⁷⁷ Família monoparental: é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.42.

conhecer a identidade genética dos indivíduos que são concebidos por reprodução assistida heteróloga em face do direito de sigilo da identidade do doador.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, cujas principais fontes são livros, artigos científicos e periódicos, aplicando-se o método de abordagem dialético.

2 - FAMÍLIA - CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA:

As famílias existem desde a pré-história, muito antes do surgimento do Direito ou do Estado¹⁷⁹. Nesta época, os seres humanos se uniam em grupos, com a intenção de manter essa unidade, objetivando proteção, sobrevivência e procriação. Num primeiro momento, esses grupos eram matriarcais e não existia a monogamia. Assim, só se sabia quem era a mãe, não sendo possível saber com certeza quem era o pai, uma vez que os homens não tinham parceiras fixas. Somente quando as sociedades passaram a adotar a monogamia, tendo como base o patriarcalismo, é que passou a ser possível precisar quem era o pai de determinada criança.

Por muito tempo se viveu, no Brasil, uma sociedade patriarcal e hierarquizada, sob a égide do Código Civil de 1916. A gigantesca influência do Cristianismo fez com que a família matrimonializada fosse a única reconhecida pelo Direito, o que perdurou por um longo tempo.

Até a década de 60, o sexo tinha o objetivo exclusivo da procriação. Nessa década foi criada a pílula anticoncepcional, quebrando paradigmas e possibilitando a dicotomia entre procriação e prazer. Outra quebra de paradigmas importante para o Direito das Famílias ocorreu na década de 70, com o nascimento do primeiro bebê de proveta¹⁸⁰, possibilitando aos casais que não podiam procriar, realizarem o sonho da paternidade/maternidade.

No plano legislativo houve, também como quebra de paradigma, a edição do estatuto da mulher casada, ampliando seus direitos e na

¹⁷⁹ BERNARDES, Sara M. A. Gouveia. A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: Casamento e família. Edições Superiores. Buenos Aires, 2014. 188 p.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://noticiasinternacionaisanos70.wordpress.com/2013/06/06/o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo/> Acesso em: 21 out.2016.

década de 70 a aprovação do divórcio, pondo fim a tão absoluta indissolubilidade do casamento.

Todavia, foi no final da década de 80 que aconteceu o grande avanço no Direito de Família, através da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, dentre outras coisas, estabeleceu a igualdade entre cônjuges, bem como a igualdade entre os filhos concebidos dentro ou fora do casamento, bem como ampliou o conceito de família, ao reconhecer outras formas de entidade familiar além daquela decorrente do casamento, como, por exemplo, a união estável e a família monoparental.

Atualmente, acontecem decisões no sentido de reconhecer outras formas de entidade familiar, como bem assinala a doutrinadora Ana Mônica Anselmo de Amorim:

Decisões recentes dos pretórios pátrios, merecendo especial destaque a ADIN 4.277, sequencialmente convertida em ADPF 132/RJ do Pretório Excelsior, convergem no sentido de estender o conceito de entidade familiar aos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. Merece ainda destaque, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Apelação 2012.003093-8) onde restou determinada a conversão em casamento, de união homoafetiva. O atual Código Civil (Lei 10.406/200) sepultou expressões preconceituosas, que já eram consideradas letras mortas e trouxe alguns avanços significativos: assegurou o direito a alimentos mesmo ao cônjuge culpado (art. 1.704 CC/2002), trouxe a faculdade de tanto o homem quanto a mulher inserirem o sobrenome do outro. Destarte, tem-se como inovações do CC/2002 a regulamentação da união estável como entidade familiar, regulamenta a possibilidade de o pai contestar a filiação do filho nascido de sua esposa, reafirma a igualdade entre filhos, coloca fim à imutabilidade do regime de bens, limita o parentesco na linha colateral até o quarto grau, introdução do regime de participação final nos aquestos, nova disciplina da invalidade do casamento, adoção do sobrenome pelo marido, direito a alimentos pelo cônjuge culpado.¹⁸¹

¹⁸¹ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pág. 35.

Em verdade, houve uma mudança de olhar, de fundamento. Atualmente, o que se busca é a realização, a felicidade dos integrantes da família e não mais apenas a procriação e a constituição de patrimônio. Hoje, os integrantes de uma família não são ligados necessariamente por um vínculo biológico, mas sim por um vínculo de afeto, possibilitando o surgimento de novos modelos familiares. Assim, o que caracteriza a instituição na realidade atual é que ela é pluralizada, democrática, igualitária e pode ser biológica ou socioafetiva, hetero ou homoparental.

3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

As normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro e regulamentam a vida em sociedade são divididas em regras e princípios. Elas se diferenciam, no dizer de Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, dentre outras coisas, porque as regras sempre ou são cumpridas ou descumpridas, enquanto os princípios

São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁸²

E o ilustre doutrinador Paulo Bonavides frisa que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.¹⁸³

Desta forma, não é possível analisar um confronto de direitos (identidade genética *versus* anonimato do doador de material genético), sem adentrar no estudo dos princípios constitucionais que norteia a vida humana, como, por exemplo, o princípio da Dignidade da Pessoa

¹⁸² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. Ed. 4ª tiragem. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2015. Pág. 90.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 258.

Humana e o princípio da inviolabilidade da vida privada, conforme passaremos a tratar a seguir.

3.1 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA:

A Constituição Federal de 1988, no art. 1º, III, elege a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Enquanto fundamento, esse princípio orientará as soluções dos conflitos quando houver choque entre normas jurídicas.

Tendo seu conceito construído com o passar dos anos, as épocas históricas foram marcantes para o *homem*, o fez passar por situações em afetavam sua essência, exemplos disso eram as situações degradantes em que passavam no período de Guerra e Revolucionário ou no caso do Brasil, a ditadura militar. Esse princípio visa proteger o Ser Humano, é um direito inviolável e inerente desde o seu nascimento.

No dizer de Liane Maria Busnello Thomé:

A pessoa humana é a base da própria existência do Estado Democrático de Direito brasileiro e ao mesmo tempo fim permanente de todas as suas ações, devendo ser respeitada, tutelada e assegurada a possibilidade de concretização do desenvolvimento integral de suas potencialidades. O Código Civil brasileiro, anteriormente designado como instrumento regulador do sistema de regras jurídicas destinadas a reger as relações de natureza privada, cedeu espaço à Carta Política de 1988, que passou a centralizar o sistema normativo, com o fenômeno d constitucionalização do Direito privado. Disso decorre a necessidade de algumas vezes serem aplicadas diretamente normas constitucionais para solução de questões do Direito Civil e também a necessidade de a lei civil ser aplicada a partir de uma interpretação nos termos da Constituição em busca da harmonia e unidade do sistema jurídico.¹⁸⁴

Assim, percebemos uma constitucionalização do direito civil, no caso em tela e também percebemos esse processo em relação ao Direito

¹⁸⁴ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 43.

de Família, que embora faça parte do Direito Civil, da esfera privada, tem como norteador a Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal não se limita a tratar a Dignidade da Pessoa Humana somente no art. 1º. Verificamos que, no que diz respeito à criança, prevê o art. 227

É dever da família da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁸⁵

Assim como quando no art. 226, § 7º, do planejamento familiar, ao dizer que

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Enquanto a Constituição Federal assevera que deve ser assegurada à criança a dignidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê o direito ao conhecimento da origem biológica ao filho adotado¹⁸⁶.

Com base na referida norma, por entender que ela tem como fundamento o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, parte da doutrina jurídica entende pela extensão desse direito sobre o conhecimento da origem genética às pessoas que foram geradas por reprodução humana assistida heteróloga.

3.2 - A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE DO DOADOR:

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Art. 227.

¹⁸⁶ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

A Constituição Federal de 1988 disciplina no art. 5º os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Prevê o inciso X do referido artigo que “são invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e imagem das pessoas”.¹⁸⁷

Conforme se verá mais adiante, atualmente não existe lei regulamentando a reprodução humana medicamente assistida heteróloga. O que há é uma resolução do Conselho Federal de Medicina que, dentre outras regras, estipula que será garantido ao doador de material genético o direito ao anonimato.

Conjugando o disposto na Constituição Federal e na referida Resolução do Conselho Federal de Medicina, verificamos que o doador tem direito fundamental à inviolabilidade de sua intimidade protegido, podendo optar por não querer ter sua identidade violada, principalmente por não querer ser envolvido em uma relação futura - de afeto, obrigacional, patrimonial - com o concebido. Não há interesse de sua parte descobrir quantos ou quais descendentes foram concebidos com seu material genético. E, possivelmente, se assim não fosse, não haveriam tantas doações de material genético.

Vale ressaltar que na garantia de inviolabilidade da vida privada devem estar inseridas as informações genéticas, porque fazem parte de sua essência. Podendo, inclusive, diante da violação contratual quanto ao conhecimento de sua identidade, ensejar ação judicial pela quebra contratual e pelo dano moral sofrido.

4 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA:

4.1 - HISTORICIDADE EM PROL DA CONSTRUÇÃO FAMILIAR:

Durante séculos "*ser família*" era associado ao poder conservador e religioso da sociedade. Para ter *status* positivo no âmbito em que vivia, era necessário casar e só depois constituir seus descendentes, casos diferentes dessa linha eram totalmente errôneos e repreendidos.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Art. 5º, X.

Em paralelo, era indispensável a união de sexos unicamente opostos, ou seja, uma denominação de família imutável, baseado nos preceitos cristãos e costumes da sociedade. Porém, como em qualquer ramo, a evolução tornou constante as alterações em torno desse modelo: a família matriarcal foi se moldando, tomando uma forma alicerçada principalmente na afetividade e não na consanguinidade.

Atualmente, a pluralidade toma conta dessa área do direito civil, com a mudança do foco para a busca da felicidade conjunta dos integrantes e não a satisfação e aprovação social.

Sobre o tema disserta Liane Maria Busnello Thomé:

O pluralismo familiar reconheceu o que já existia e que o legislador brasileiro se negava a admitir, ou seja, que as pessoas se uniam em vínculos afetivos formando núcleos familiares distintos do único modelo determinado pelo Código Civil de 1916. Ao ser humano, fonte de preservação e proteção do ordenamento jurídico, deve ser oferecida a possibilidade de constituir família de forma livre e pessoal, pois o afeto se apresenta sobre várias formas, e a família se solidifica com a convivência, a solidariedade e a comunhão de vida. (...) A família deste novo século é aberta e plural, fonte de proteção e abrigo. O modelo legislativo apresentado pelo matrimônio civil não sustentava mais a busca do indivíduo por uma família que representasse o desejo e o querer próprios de cada ser humano na caminhada para suas realizações pessoais e na busca pela felicidade.¹⁸⁸

Mesmo diante da realidade de uma família plural, a geração de novos descendentes é matéria inalterável, pois, para a própria manutenção da humanidade, é imperioso que as pessoas se reproduzam. Para a grande maioria da população, a fase de reprodução é indispensável. Ocorre que nem todas as pessoas podem procriar, seja por problemas de infertilidade, de transmissão de doenças, porque vivem em relações homoafetivas ou porque desejam uma produção independente. Para esses casos, a ciência apresenta a reprodução medicamente assistida como uma solução viável e segura.

¹⁸⁸ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010. Pág. 61.

As técnicas utilizadas na reprodução humana medicamente assistida crescem e se aperfeiçoam diariamente, dando aos indivíduos a possibilidade de concretização do sonho de ter filhos.

4.2 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA:

Conforme mencionado, com o avanço tecnológico e da engenharia genética, pessoas que não podem ter filhos pelo método tradicional podem, através da reprodução medicamente assistida, realizar o sonho/desejo da maternidade e paternidade. No dizer da doutrinadora Ana Mônica Anselmo de Amorim:

A reprodução medicamente assistida é gênero do qual podem derivar duas espécies: a inseminação artificial e a fertilização de proveta (também chamada de fertilização in vitro). Encontra regulamentação na Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, recentemente publicada em 16 de julho de 2015, e que revogou a Resolução 2.103/2013. A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção in vivo, no próprio corpo da mulher. A fertilização na proveta é a concepção laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.¹⁸⁹

Antes, antigamente, quando uma pessoa ou um casal não podia gerar filhos, viam na adoção a única forma de realizar o desejo de ter filhos. Todavia, com a possibilidade da reprodução assistida, no dizer de Maria Berenice Dias, muitas pessoas acabam desistindo da adoção, acarretando no aumento de crianças no abrigo esperando para serem adotadas.¹⁹⁰

Seja fertilização de proveta, quanto inseminação artificial, o material genético pode ser dos próprios cônjuges ou pode ser de terceiros. Dizemos que a fecundação é homóloga quando o material genético usado é do casal. E dizemos que a fecundação é heteróloga, quando o material genético usado é de terceira pessoa.

¹⁸⁹ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pág.220.

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 201.

No dizer de Maria Berenice Dias “na inseminação homóloga, a presunção é de que o filho tenha sido concebido na constância do casamento. Como ocorre com o material genético do casal, o vínculo de filiação é biológico. Para o registro do filho sequer é necessário informar o uso de técnica reprodutiva”.¹⁹¹ Ou seja, na reprodução assistida homóloga não há maiores questionamentos jurídicos.

Todavia, na reprodução assistida heteróloga, onde o material genético utilizado é de terceiras pessoas, os desdobramentos podem ser mais complexos. Tendo em vista que referida forma de reprodução assistida é objeto do presente trabalho, trataremos especificamente dela em tópico próprio, a seguir.

É importante pontuar, ainda, que as situações decorrentes da reprodução humana medicamente assistida se tornam mais complexos diante da ausência de legislação regulamentando a matéria. Sobre essa questão, Maria Rodrigues Vieira faz importante consideração ao dizer que

A discussão sobre a importância do papel das normas na biomedicina é um dos fenômenos resultantes da necessidade de pensar em instituir uma parte de prudência e responsabilidade face às possibilidades oferecidas pela medicina, quando das intervenções sobre a vida humana, notadamente quando se trata de novas tecnologias. O debate que envolve a biomedicina serve necessariamente a definir as escolhas feitas por uma sociedade, bem como os argumentos que justificam essas escolhas e sua temporalidade. A produção dessa nova base normativa constitui assim, o resultado das escolhas e um meio de estimular a responsabilidades das pessoas que participam ativamente da disseminação das novas biotecnologias que tem como destinatário a vida humana. (...) Esse tema tem relação com os direitos fundamentais pelo fato de envolver a vida e a saúde das pessoas, porque as intervenções da ciência na reprodução humana trazem consigo numerosos problemas que repercutem na própria concepção de ser humano, na proteção de sua dignidade e envolvem direitos

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 205.

personalíssimos como a identidade e a proteção do corpo humano.¹⁹²

Desta feita, verificamos que a necessidade de regulamentação legislativa da prática da reprodução humana medicamente assistida, sobretudo na modalidade heteróloga é medida que se impõe, com urgência, não podendo o direito ficar à margem de uma realidade social que vem se sedimentando diuturnamente.

Passaremos a analisar especificamente a reprodução humana medicamente assistida heteróloga.

4.3 - REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA:

A inseminação artificial é a possibilidade de gerar indivíduos sem a necessidade de ato físico, ou seja, nos casos em que ocorre a introdução de espermatozoides (seja de terceiro anônimo ou do próprio parceiro) no canal genital feminino, por medidas artificiais. Este procedimento pode ser feito de forma homóloga ou heteróloga, conforme diferenciado acima. Caso a inseminação seja heteróloga, é inserido no processo de reprodução humana medicamente assistida o terceiro, doador anônimo, não pertencente ao núcleo familiar a ser formado.

No dizer de Maria Berenice Dias:

A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa. O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal.¹⁹³

A reprodução assistida heteróloga, em regra, é utilizada em último caso, pelo fato de usar um desconhecido para sua efetivação.

Há diversos casos em que esse método é utilizado, exemplo são os casais que decidem usar material genético anônimo por conta da

¹⁹² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. *Ensaio de Bioética e Direito*. 2. Ed. Brasília: editora consulex, 2012. Pág. 34-35.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 398.

infertilidade de um ou de ambos. Vale salientar que a autorização do parceiro é requisito indispensável para a efetivação desse tipo de reprodução, tipificado até no Código Civil Brasileiro em seu art. 1.597, V. Tal inciso assegura a paternidade, não permitindo futuramente uma ação que impugne respectivo ato. Em relação a esse aspecto, Maria Berenice Dias esclarece que a filiação oriunda de uma reprodução assistida heteróloga gera presunção absoluta de paternidade socioafetiva, pois quem consente não pode impugnar depois, consistindo a manifestação deste em verdadeira adoção antenatal. Vejamos as palavras da doutrinadora:

A manifestação do cônjuge ou companheiro corresponde a uma adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não a filiação não pode ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva.¹⁹⁴

Vale ressaltar que, antes da implantação do óvulo, em caso de divórcio ou de dissolução da união estável, caberia a retratação¹⁹⁵.

Também é importante registrar a possibilidade de utilização da reprodução humana assistida heteróloga para produção independente, em que há a constituição familiar sem a necessidade de um casal ligado pelo matrimônio ou uma união estável, onde uma mulher pode procurar a técnica para constituir família de maneira monoparental.

Não existe regulamentação legal sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Com isso, o Conselho Federal de Medicina edita, com periodicidade para acompanhar os avanços da engenharia genética, normas éticas acerca de tais procedimentos, com o intuito de nortear os médicos e os usuários do serviço.

Atualmente, o normativo que orienta a prática da reprodução medicamente assistida é a Resolução 2.12/2015 do Conselho Federal de Medicina que, considerando a infertilidade humana como problema de saúde e que o avanço da do conhecimento científico já

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 398.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 398.

permite solucionar o referido problema, prevê, dentre outras coisas, que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. E que em situações especiais, por motivos de saúde, essa identidade poderia ser revelada para os médicos, mas resguardando a identidade civil do doador.¹⁹⁶

O que temos, então, é a ausência de regulamentação por meio de lei e a existência de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que assegura o sigilo da identidade civil do doador, inclusive em situações de risco de saúde, uma vez que excepciona a revelação da identidade de forma parcial, uma vez que deve ser revelada apenas para os médicos.

Ocorre que a doutrina se manifesta fortemente pela possibilidade de revelação da identidade do doador quando o filho deseja conhecer sua origem genética.

Desta forma, verificamos que a reprodução humana medicamente assistida traz consigo implicações jurídicas que não estão sedimentadas e resolvidas no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a dicotomia entre o sigilo da identidade do doador e o direito ao conhecimento da identidade genética, discorreremos no próximo tópico.

5 - O DIREITO AO ANONIMATO *VERSUS* DIREITO A ORIGEM GENÉTICA:

O desenvolvimento científico e tecnológico está em constante evolução, afetando diretamente a vida em sociedade, e, conseqüentemente, influenciando nas transformações ocorridas no Direito de Família.

A possibilidade de reprodução humana por meios artificiais demonstra a profunda modernização em torno do campo da engenharia genética. Diante disso, tornou-se indispensável discutir e refletir sobre as implicações jurídicas que os novos arranjos familiares podem trazer consigo.

¹⁹⁶ Resolução 2.121/2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acessado em: 11 de novembro de 2016.

Apesar dos pontos positivos da inseminação artificial, existem temas que carecem de uma regulamentação pelo Poder Legislativo. Todavia, enquanto não houver uma lei regulamentando a matéria, em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição, o Poder Judiciário necessitará, no caso concreto, buscar uma solução para os conflitos de interesses. No caso em questão, é a ponderação diante da colisão de direitos fundamentais (direito ao conhecimento da identidade genética *versus* o direito a inviolabilidade da intimidade através do direito ao anonimato do doador).

Entendemos que o tema precisa ser abertamente discutido com a comunidade jurídica, médica e civil em geral, pois a regulamentação da inseminação humana assistida heteróloga precisa ser regulamentada prevendo com riqueza de abrangência as mais diversas possibilidades de situações conflituosas advindas da prática, desde a situação contratual que envolve o anonimato do doador, passando pela análise sobre o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo, forma de prevenir relações futuras incestuosas, casos de doenças genéticas, direitos sucessórios, possibilidade de que depois do conhecimento sobre a origem genética se desenvolva também a paternidade afetiva e com isso desestrua o núcleo familiar originário, diminuição de pessoas dispostas a doar material genético, dentre tantas outras polêmicas questões.

5.1 - O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO:

Atualmente, a única regulamentação que existe sobre a reprodução assistida heteróloga humana é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina – CFM, que prevê, dentre outras coisas, o anonimato do doador como requisito contratual, presente no ato de doação de material genético para utilização em inseminação artificial do tipo heteróloga.

Prevê, inclusive, a referida resolução que:

Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas

exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).¹⁹⁷

Da análise da previsão acima, verifica-se que a resolução do CFM dá ao anonimato acentuada importância, uma vez que até quando a excepciona o faz de forma a garantir o anonimato do doador frente ao receptor e à prole oriunda da inseminação, uma vez que possibilita as informações sobre a identidade do doador somente aos médicos.

Diversos doutrinadores concordam com tal posicionamento do CFM, exemplo disso é o Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite, ao asseverar que:

A doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.¹⁹⁸

No mesmo sentido, manifesta-se Guilherme Gama, para quem:

O anonimato dos pais naturais - na adoção – e na pessoa do doador – na reprodução assistida heteróloga – se mostram também necessários para permitir à plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no

¹⁹⁷ Resolução 2.121/2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acessado em: 11 de novembro de 2016.

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p.145.

sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.¹⁹⁹

Para que seja efetuada a inseminação artificial é necessário, antes de tudo, o cadastro do doador no banco de dados da clínica que será responsável pela realização do procedimento. Dessa forma, o banco de sêmen é fundamental para a proteção do material, armazenados por tempo indeterminado. Um dos destinos dos materiais genéticos guardados é o da doação anônima, ou seja, aqueles que serão utilizados pelo método de reprodução heteróloga. É confirmado no momento da doação a discrição e anonimato do doador, ficando esse ciente que sua identidade será protegida.

A previsão do anônimo, certamente, gera discussões nos casos dessa inviolabilidade da identidade ser quebrada para o conhecimento genético do concebido pela prática da inseminação, gerando o embate de direitos: de um lado o conhecimento genético e por outro o da privacidade, ambos previstos constitucionalmente.

Maria Berenice Dias se posiciona contrária à vedação de identificação do doador, conforme transcrição abaixo:

Na fecundação heteróloga, necessariamente há a participação de mais de duas pessoas no projeto gestacional. Diz a Resolução que, obrigatoriamente deve ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Uns não devem conhecer a identidade dos outros. A vedação é de todo injustificável, e visa mais proteger a irresponsabilidade do doador do que o direito do filho de conhecer sua ancestralidade, um dos atributos mais significativos do direito de personalidade.²⁰⁰

Em sentido contrário, Maria Cláudia Crespo Brauner, citando J. POUSSON-PETIT, assevera que:

¹⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. O biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 903.

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 209.

A discussão sobre um direito à identidade genética seria nada mais que um fruto do individualismo moderno e, no caso de adoção ou reprodução assistida heteróloga, a questão constitui um falso problema, pois a identidade deveria continuar a ser definida pelo pertencimento ao grupo familiar”²⁰¹

Já o enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal assevera que:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.²⁰²

Assim, verifica-se que existem posições fortes nos dois sentidos, de manutenção do sigilo da identidade do doador, bem como na revelação da referida identidade em prol do direito de conhecimento da identidade genética. Todavia, é importante perceber que, como ressaltado no enunciado transcrito acima, na reprodução assistida heteróloga não há o estabelecimento de vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material, não há abandono de um pelo outro, não há quebra de relação ou vínculo, o que, de fato, há na adoção. Logo, talvez aplicar por analogia aos casos de reprodução assistida heteróloga a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a possibilidade de investigar a identidade genética, não seja razoável, tendo em vista que a única regulamentação que existe, ainda que em âmbito administrativo, prevê o anonimato.

Outro aspecto apontado por Maria Cláudia Crespo Brauner sobre a possibilidade de conhecimento da identidade do doador é o impacto negativo que pode gerar, diminuindo as doações dos materiais genéticos:

²⁰¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. *Ensaios de Bioética e Direito*. 2. Ed. Brasília: editora consulex, 2012. Pág. 43

²⁰² I JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. BRASÍLIA/DF. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746> acessado em 20 nov. 2016.

Uma futura lei deverá decidir se o interessado pode, quando e, em que condições, ter acesso às informações e, se for o caso, conhecer a identidade do doador genético. Se a via for afirmativa, ou seja, se há um direito a conhecer as origens genéticas, essa situação colocará em forte risco a prática da reprodução assistida com recurso aos doadores de gametas. O número de pessoas que pratica a doação de gametas poderá cair de modo expressivo frente ao constrangimento de ver sua identidade revelada.²⁰³

Fato é que um assunto de profunda repercussão na sociedade não pode ficar sem regulamentação legal, sob pena de gerar insegurança jurídica nas relações estabelecidas no seio da sociedade. Se no momento que o doador de material genético assina um contrato garantindo o anonimato está de boa-fé e confiando na segurança que aquela avença lhe trará, não é razoável que tempos depois seja surpreendido com uma ação judicial objetivando a declaração de ascendência genética em relação a um ou tantos filhos gerados a partir de seu material genético.

Se o legislador entender por bem que não deve existir sigilo em relação à identidade do doador, que isso seja informado ao mesmo em momento anterior da coleta do material. O que não deve existir é a insegurança que a ausência de disciplinamento do assunto está acarretando.

5.2 - O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA:

Conforme já mencionado, a reprodução humana assistida heteróloga, isto é, quando utilizado o material genético de uma terceira pessoa estranha ao núcleo familiar para a fecundação, padece de regulamentação legislativa, tendo como único normativo na esfera administrativa a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que garante ao doador o sigilo quanto a sua identidade.

²⁰³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. Ensaios de Bioética e Direito. 2. Ed. Brasília: editora consulex, 2012. Pág. 41

A referida previsão tem levantado discussões no campo jurídico sobre sua colisão com o direito ao conhecimento da origem biológica (identidade genética) da pessoa gerada por reprodução assistida.

A inseminação artificial heteróloga requer uma análise bem específica, afinal é usado material genético de uma pessoa totalmente estranha ao núcleo familiar e, como se não fosse suficiente, o indivíduo é anônimo. Após a coleta de seu material genético, o doador é afastado dos possíveis resultados futuros, inclusive dos compromissos de paternidade, sendo protegida sua identidade. Em suma, o doador não terá nenhum dever, imaterial ou material, com a criança concebida com seu material doado à clínica.

Todavia, conforme já mencionado em tópico anterior, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de o adotado buscar sua origem biológica após completar 18 anos. Com base nesse dispositivo e no direito por ele reconhecido, parte da doutrina jurídica entende pela aplicação desse dispositivo, por analogia, aos casos de filhos oriundos de reprodução humana assistida heteróloga. Nesse sentido, Maria Christina Almeida menciona:

Toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.²⁰⁴

Nosso ordenamento jurídico garante diversos direitos aos brasileiros, um deles é o da identidade, esse é o direito de saber quem somos, de onde viemos e torna-se inerente a nossa formação psicológica e certamente a social.

Os discursos daqueles que são contra o anonimato da identidade do doador são firmes no sentido de que a possibilidade da criança, jovem ou quaisquer que for sua faixa etária, de buscar sua identidade genética, não obriga o surgimento de um vínculo afetivo, nem muito menos, gera

²⁰⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.127.

qualquer tipo de responsabilidade decorrente da paternidade ao doador. Aqui, a necessidade é puramente de conhecer sua origem.

Relata Maria Berenice Dias:

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito da personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica. Essa distinção começou a ser feita principalmente a partir da descoberta dos indicadores genéticos e do acesso ao exame que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, a verdade biológica. Agora é fácil descobrir a ascendência biológica, até porque a justiça vem franqueando a realizações das perícias gratuitamente.²⁰⁵

Como defendido por Maria Berenice Dias, aqui não se discute a filiação, ou seja, a situação de afeto, uma relação familiar. Pelo contrário, é associada unicamente a obtenção de respostas sobre a origem biológica.

A questão em torno do direito de saber sua origem genética é bastante delicada, afinal gera um sentimento de conhecimento, a necessidade de preencher uma lacuna deixada em seu histórico familiar.

Nesse contexto, Selma Rodrigues Petterle menciona:

O direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.²⁰⁶

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 370.

²⁰⁶ PETTERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.87.

Diante disso, negar ao indivíduo o direito de conhecimento genético é o mesmo que negar-lhe sua própria identidade.

Em suma o bem jurídico tutelado é a identidade genética, preceito fundamental personalíssimo que deve ser levado em conta e respeitado.

5.3 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA:

Conforme exposto acima, no que se refere à reprodução humana medicamente assistida heteróloga, existem implicações jurídicas, dentre elas, o choque existente entre o direito ao anonimato do doador do material genético e o direito de conhecer a identidade genética do filho fruto da reprodução assistida.

Para aqueles que entendem pela prevalência do direito ao conhecimento da identidade genética, a doutrina apresenta a ação declaratória de ascendência genética como o caminho para a obtenção do conhecimento sobre a ascendência, sem gerar efeitos e obrigações registraes.

No dizer a doutrinadora Ana Mônica Anselmo de Amorim:

A doutrina mais de vanguarda destaca a existência de novas demandas que envolvem a questão da filiação. A primeira seria a Ação Declaratória de Ascendência Genética, tratando-se o direito de saber a ascendência genética enquanto direito da personalidade (direito fundamental), e em que pese alguém se encontrar registrado em nome de outrem, poderá buscar sua ascendência genética, sendo a veiculação desta ação reconhecida pelo STJ (mesmo que como consequência não haja a desconstituição do vínculo com os parentes registraes, mas sim, o conhecimento de seus vínculos parentais genéticos). O STJ (REsp 833.712) já reconheceu esta busca pela ascendência genética, como um direito de se buscar reconhecer a verdade biológica.²⁰⁷

Observa-se que o que se pretende tutelar através da ação declaratória de ascendência genética é resguardar um direito da

²⁰⁷ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pág.235.

personalidade, o direito fundamental à identidade, sem qualquer efeito na esfera patrimonial.

Certo é que os desdobramentos dos efeitos dessas ações no caso concreto só serão conhecidos e mensurados com o passar do tempo, em que pese o objetivo da ação ser unicamente o conhecimento da origem biológica em nada impedindo que após se conhecerem - doador e a pessoa que foi gerada com o seu material biológico- se desenvolva uma relação de afeto e o que era apenas uma doação de material genético passe a ser mais um tipo de arranjo familiar, que desembocará novamente no Judiciário em busca de respostas e caminhos.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A família, considerada pela Constituição Federal como base da sociedade recebe especial proteção do Estado. Dessa forma, o ordenamento jurídico, sob pena de suas leis serem ineficazes, deve observar as transformações pelas quais passam a sociedade e as relações que nela se desenvolvem.

Nesse sentido, o direito deve observar as diversas transformações pelas quais vem passando o conceito de *família*, enquanto instituto jurídico. Em verdade, muitos desses novos arranjos familiares há muito já existem, mas só recentemente foram reconhecidos e regulamentados.

O avanço tecnológico e da engenharia genética diz muito sobre os novos rumos do Direito de Família, como acontece com a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução assistida por pessoas que desejam ter filhos e por alguma razão não podem pelo método tradicional.

A reprodução humana medicamente assistida pode ser homóloga, quando o material genético utilizado é das próprias pessoas envolvidas no procedimento, ou heteróloga, quando o material genético utilizado para fecundação é de terceira pessoa, alheia ao núcleo familiar. Em relação ao primeiro tipo de reprodução não se apresentam grandes questionamentos, pois coincide a paternidade/maternidade biológica com a afetiva. Todavia, em relação à reprodução assistida heteróloga, algumas implicações jurídicas podem se apresentar, gerando discussões que, por não estarem regulamentadas, desembocarão no Poder Judiciário.

O assunto padece de regulamentação legislativa, sendo a prática guiada unicamente pela Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, ato normativo administrativo dirigida à comunidade médica. Pela referida resolução, a identidade do doador deve ser mantida em sigilo.

Diante dessa previsão, quanto ao sigilo da identidade do doador, a comunidade jurídica dividiu opiniões. Aqueles que são contrários ao anonimato do doador defendem a aplicação por analogia do estatuto da criança e do adolescente que prevê o direito ao conhecimento da origem biológica, como sendo um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando a ação declaratório de ascendência genética como o meio pelo qual acionar o Poder Judiciário para a obtenção do reconhecimento do vínculo biológico, sem consequências registraes e patrimoniais.

Aqueles que são favoráveis à manutenção do anonimato do doador do material genético, buscam respaldo no direito à intimidade e à proteção da vida privada, bem como demonstram receio de que haja uma diminuição, quiçá aniquilamento, da reprodução humana assistida heteróloga, posto que os doadores, sabendo que suas identidades podem ser reveladas, não mais estarão dispostos a doar o material genético.

Não foi objetivo do presente artigo apontar qual posicionamento deve prevalecer, mas demonstrar que é urgente a necessidade de levar o assunto para profunda discussão na comunidade jurídica, médica e civil em geral, culminando com a regulamentação legislativa da matéria, evitando situações de insegurança jurídica envolvendo famílias e seus projetos de vida.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. Ed. 4ª tiragem. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2015.

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

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pág. 26.

BERNARDES, Sara M. A. Gouveia. A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: Casamento e família. Edições Superiores. Buenos Aires, 2014. 188 p.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 258.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.) Reprodução Humana Assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. Ensaios de Bioética e Direito. 2. Ed. Brasília: editora consulex, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121/2015. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acessado em: 11 de novembro de 2016.

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

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

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIGUEIREDO, Luciano. Famílias e Sucessões: Coleção Sinopses para Concurso, 14. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. O biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

I JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. ENUNCIADO 111. BRASÍLIA/DF. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746> acessado em 20 nov. 2016.

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Retificado em 27.9.1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos. Belo Horizonte: Del rey, 2009.

PETTERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEI DA PALMADA: LIMITES PARA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Francisco Lídio da Cunha Segundo²⁰⁸

Karoline Sales Monteiro Cabral²⁰⁹

RESUMO: A Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo – Lei nº 13.010/2014 apresenta-se enquanto forma de educar os filhos, sem que seja empregada violência para tanto. Surge no cenário brasileiro em decorrência da morte da criança Bernardo Boldrini, que teria sido assassinado por seu genitor e madrasta. Desta forma, o referido instrumento normativo promoveu alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, de modo a destacar que crianças e adolescentes têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da Palmada. Educação. Filhos. Violência. Tratamento Cruel. Proibição.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - O PAPEL DA FAMÍLIA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO E A PROTEÇÃO DO ESTADO; 3 - A LEI 13.010/2014 – LEI DA PALMADA OU LEI MENINO BERNARDO; 3.1 - BREVE HISTÓRICO; 3.2 - A LEI Nº. 13.010/2014 E AS MODIFICAÇÕES DECORRENTES DE SUA PROMULGAÇÃO; 3.3 - PONTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A LEI 13.010/14 – “LEI DA PALMADA”; 3.4 - LEGISLAÇÃO EXISTENTE PARA COIBIR E PUNIR VIOLÊNCIA E EXCESSO NOS CASTIGOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES; 3.5 - DENUNCISMO E SUPERLOTAÇÃO DO JUDICIÁRIO; 3.6 - JUS CORRIGENDI X LEI DA PALMADA; 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

A família é o primeiro grupo em que o indivíduo é inserido em que precisa conviver com outros indivíduos e aprender a respeitar regras.

208 Graduando em Direito, 8º período, pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

209 Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais – Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direito Tributário – Anhanguera. Bacharel em Direito – Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi. Professora Substituta e coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte da UERN.

É nesse espaço onde o mesmo recebe as primeiras transmissões de valores e recebe as noções iniciais de limites e respeito pelo outro. Em suma, é onde se prepara para a vida em sociedade.

Os pais têm o dever de cuidar e educar os filhos, com base no Poder Familiar, segundo a legislação pátria vigente. Ocorre que esse “Poder” passou ao longo dos anos por inúmeras modificações, passando de um Poder absoluto exercido exclusivamente pelo pai, no Código Civil de 1916, para um Poder Familiar exercido igualmente por ambos os genitores, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, adquirindo, o Poder Familiar, a feição de proteção, onde representa muito mais um dever de cuidado dos pais para com os filhos do que, propriamente, de um poder sobre eles.

O Estado, por sua vez, também guarda para si parte da obrigação de proteção para com a família, de modo a garantir assistência, bem como coibindo, através da criação de mecanismos, a violência no âmbito interno familiar.

Ocorre que, de forma cada vez mais preocupante e alarmante, a violência doméstica contra crianças e adolescentes têm crescido, e vem sendo tema de inúmeros debates no âmbito jurídico-social, tendo em vista a complexidade e a relevância do assunto. Em relação a esse, o legislador, por sua vez, não se manteve inerte e tratou de elaborar uma lei que fosse voltada diretamente à proteção desses sujeitos – a criança e ao adolescente - na relação familiar, sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento.

A Lei de nº 13.010/2014, conhecida como “Lei da Palmada” ou “Lei Menino Bernardo”, visa impor sanções aos pais ou responsáveis que submetam a criança a sofrimento físico ou tratamento cruel e degradante. Apresenta, também, a implementação de algumas políticas públicas, visando coibir tais práticas.

Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro, antes da promulgação da referida lei, já havia normas, em vigor e vigência, que teoricamente seriam suficientes para coibir e punir maus-tratos em relação às crianças e os adolescentes, como a Constituição Federal - CF, o Código Civil - CC, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e o Código Penal - CP, capazes de punir excessos de pais e responsáveis que se excedessem em castigos para com seus filhos. Desta forma, instalou-se no mundo jurídico e científico o questionamento sobre a real necessidade da

Lei nº. 13.010/14 ou se a legislação já existente seria realmente suficiente para coibir e combater a violência contra os maus tratos cometidos pelos genitores e responsáveis quando da educação das crianças.

As opiniões se dividem a favor e contra a Lei nº. 13.010/2014 nas mais diversas áreas afetas ao Direito de família, como a ciência jurídica, a psicologia, a pedagogia e as ciências sociais.

Esse trabalho tem por finalidade apresentar a Lei nº. 13.010/14, trazendo elucidações sobre o que foi modificado e acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de nº 8.069 de 1990, comentando alguns de seus dispositivos, bem como os analisando sob um prisma multidisciplinar, que envolve o campo jurídico-sociológico-pedagógico, buscando, dessa forma, uma melhor compreensão e proporcionando uma melhor visão sobre a “Lei da Palmada”.

Destarte, os questionamentos que se pretendem levantar serão sobre: a) a real necessidade da edição da Lei nº. 13.010/14, levando em consideração a existência de outras disposições normativas (Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, e até mesmo o próprio ECA) que preveem punições para quem causa sofrimento, dor, agressão e tratamento cruel a crianças e adolescentes; e, b) os limites da legitimidade do Estado para, através da Lei nº. 13.010/14, interferir na família, especificamente na forma escolhida pelos pais para educarem, repreenderem e imporem limites aos filhos.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, cujas principais fontes são livros, artigos científicos e periódicos, aplicando-se o método de abordagem dialético.

2 - O PAPEL DA FAMÍLIA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO E A PROTEÇÃO DO ESTADO:

Conforme preleciona a doutrinadora Ana Mônica Anselmo de Amorim, sobre o questionamento de “O que é família?” asseverando que

Antes de se adentrar no Direito das Famílias propriamente dito, mister analisar a família como *célula mater* da sociedade. Trata-se de núcleo social de onde se originam as primeiras manifestações de afeto, bem como se consolidam relevantes relações jurídicas de conteúdo material e

extrapatrimonial. Desta forma, a CF/88 (art. 226) outorgou especial proteção ao núcleo familiar.²¹⁰

Verificamos que, antes de se pretender analisar qualquer tema que envolva a Família e o Direito, é imperioso refletir sobre o conceito de família, de modo que seja possível verificar as transformações do referido conceito, bem como a imprescindibilidade de analisá-lo de acordo com a cultura e os costumes de determinado povo.

Todavia, independente do tempo e do espaço, a família foi e continua sendo o primeiro grupo em que o indivíduo é inserido, e, por isso, será com as pessoas da família que o indivíduo poderá absorver as primeiras noções de regras, limites, bem como o primeiro contato com o afeto, com o amor.

No dizer de Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira, na obra de sua autoria que traz uma visão psicojurídica da Família:

A família é precisamente o lugar onde se inicia o treino da convivência e da inter-relação sociais. A família funciona como “pré-escola” desse exercício. É o lugar onde são dadas as primeiras informações, estabelecidas as primeiras regras e os primeiros limites. A família é a primeira promulgadora de leis da vida do indivíduo. É o núcleo em que, no dizer do civilista Sílvio Rodrigues (1998), se aprendem desde regras de etiqueta, de menos valor social, até normas morais, mais importantes, porque afetam mais diretamente a sociedade. É no grupo familiar que a pessoa vai receber a transmissão de valores, crenças e mitos, desenvolver uma visão de mundo e começar a adquirir seu conhecimento tácito.²¹¹

Desta forma, verificamos que a família é o “lugar” para o início do desenvolvimento dos conceitos, sentimentos e formas de conduta que servirão ao indivíduo para toda a vida. Se é na família que se desenvolve o afeto na sua mais intensa acepção, também é na família que o indivíduo deve perceber-se como sujeito de direitos e deveres, bem como aprender a respeitar os outros indivíduos da mesma forma. Os pais têm papel

²¹⁰ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pag.25.

²¹¹ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. Pág. 59.

fundamental na formação dos filhos, tendo o dever de educá-los e protegê-los.

A Constituição Federal assevera que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado, que assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações²¹², bem como que é dever tanto da família, quanto da sociedade e do Estado, colocar a criança, o adolescente e o jovem a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²¹³.

Assim, em que pese o Direito de Família estar inserido no âmbito do Direito Civil, de esfera privada, e, pela natureza que a instituição da família tem - regulamentar as mais privadas e íntimas relações estabelecidas pelos indivíduos-, cabe ao Estado a função de “organizar a vida em sociedade e proteger os indivíduos, devendo intervir para coibir excessos e impedir colisão de interesses”.²¹⁴

Uma das formas de o Estado intervir na vida privada das famílias é através da criação de leis que objetivam proteger os direitos individuais dos indivíduos por ela considerados hipossuficientes, devendo referida intervenção se ater aquilo que é necessário, respeitando limites. O Estado deve se nortear pelo princípio da intervenção mínima para agir no Direito de Família. Nesse passo, no momento que o Estado proíbe a palmada como forma de castigo para fins educacionais, impondo sanções para referida conduta, estaria afrontando o princípio mencionado acima.

No dizer de Pedro Henrique Viana Barbosa²¹⁵:

²¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²¹⁴ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das famílias. Curitiba: Juruá, 2016. Pag.25.

²¹⁵ BARBOSA, Pedro Henrique Viana. A constitucionalização do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares. Rio de Janeiro, 2014. 27pág.

Disponível em: <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf> Acesso em: 21 out.2016.

O interesse da sociedade em tutelar os direitos das famílias não pode se sobrepor aos interesses particulares dos membros do núcleo familiar. O Estado, no seu intuito protetivo, não deve colocar os supostos interesses coletivos acima dos interesses privados constitucionais dos indivíduos no âmbito familiar. (...) Portanto, o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifica como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental.

Dessa forma, verificamos que a atuação do Estado na vida privada das famílias tem previsão constitucional, o que a legitima. Todavia, é necessário, mesmo diante dessa intervenção legitimada, manter autonomia da família, uma vez que ela é uma espécie de “pré-escola” para a vida. Se os pais têm o dever constitucional e moral de proteger e educar seus filhos, o Estado não pode anular a autonomia dessas pessoas responsáveis pelas crianças e adolescentes.

3 - A LEI 13.010/2014 – LEI DA PALMADA OU LEI MENINO BERNARDO:

3.1 - BREVE HISTÓRICO:

Em que pese a já vasta legislação em âmbito constitucional e infraconstitucional, visando a proteção de crianças e adolescentes, a primeira vez que uma Lei foi proposta com o objetivo específico e exclusivo de proibir aos pais e responsáveis o uso de castigos físicos na educação das crianças e adolescentes foi no ano de 2003, através da proposta de Lei apresentada pela deputada Maria do Rosário (PT-RS), sob o nº. 2.654/2003, objetivando que se reconhecesse às crianças e adolescentes o direito de serem criadas e educadas sem o uso de castigos físicos, inclusive os de cunho educativo, como uma palmada. O referido Projeto de Lei deixava expresso, inclusive, que a proibição se estendia a castigos moderados e imoderados.

No ano de 2010, foi enviado pelo Poder Executivo o Projeto de Lei nº. 7.672/2010, que, novamente, trouxe à tona a educação familiar e a

relação pais e filhos, todavia mais organizada e bem elaborada, tanto que em dezembro de 2011 a “Lei da Palmada” foi aprovada na Comissão Especial na Câmara dos Deputados, tendo como relatora a Deputada Teresa Surita (PMDB-RR).

Levou-se em consideração, no íterim de sua tramitação, o caso do menino Bernardo (que adjetivou a lei posteriormente). No referido caso, o garoto de apenas de 11 anos foi encontrado morto em meados do mês de abril de 2014, tendo como principais suspeitos o pai e a madrasta. É salutar acrescentar que o próprio garoto já havia procurado o Poder Judiciário para relatar seus maus-tratos (tendo sido aberto, inclusive, processo na Vara da Infância e Juventude da cidade em que morava no Rio Grande do Sul), todavia, todos os avisos e pedidos de socorro feitos pelo menino Bernardo não foram suficientes para evitar seu assassinato. E foi nesse clima de revolta social e comoção nacional, em razão da morte do menino Bernardo, que o Projeto de Lei 7.672/2010, teve seu rito de tramitação concluído e em 26/06/2014 foi convertida em Lei Ordinária, sob o nº 13.010/2014.

No dizer de Paulo Nader²¹⁶:

O Direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador, mas uma criação que lastreia no querer social. É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados fatores do Direito, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros.

Todavia, o que verificamos no Brasil é que o processo legislativo é influenciado pela comoção social de fatos que são noticiados e enfatizados pela mídia. O caso da Lei nº. 13.010/2014 não fugiu desse viés: desde 2003 existia projeto de lei sobre a temática tramitando e somente com a repercussão do caso menino Bernardo em 2014, amplamente noticiado pela mídia nacional, foi que se aprovou o projeto

²¹⁶ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 34. Ed. Rio de Janeiro: forense, 2012. Pág. 142.

de Lei, que resultou na Lei 13.010, também conhecida como Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada. Registre-se que, antes da referida Lei, já existia previsão constitucional e legal, visando prevenir e combater a violência e maus-tratos cometidos pelos pais e responsáveis em relação às crianças e adolescentes.

3.2 - A LEI Nº. 13.010/2014 E AS MODIFICAÇÕES DECORRENTES DE SUA PROMULGAÇÃO:

A Lei em questão traz acréscimos e modificações a alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, incluindo, dentre outros o artigo 18 – A, que diz que:

A criança e ao adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.²¹⁷

É interessante notar que é neste artigo que se encontram as celeumas que envolvem a referida lei, pois é nele que fica explícito que a criança e ao adolescente devem ser educados sem o uso de qualquer tipo de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, assim como de qualquer outra forma.

O mencionado artigo também ampliou o rol de pessoas que possuem a coobrigação de educar a criança, preceito posto no artigo 227 da Constituição Federal, seguindo, desta forma, o princípio constitucional da cooperação: tanto os pais, quanto outros membros da família, quanto agentes públicos, bem como qualquer pessoa que tem o dever de cuidar e/ou educar a criança ou o adolescente.

A “Lei da Palmada” tratou, ainda, de conceituar o que seria o castigo físico, como sendo qualquer modo de correção e disciplinamento que resultassem em: a) sofrimento físico ou; b) lesão. Assim como o que

²¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.010/2014, de 04 de junho de 2014.

seria tratamento cruel ou degradante, que são aquelas condutas que: a) humilhe; b) ameace gravemente ou c) ridicularize.

Não se pretende defender a utilização da violência para a criação, educação e disciplinamento dos filhos. Isso seria inaceitável. O que se objetiva demonstrar neste artigo é que a “Lei da Palmada” traz uma subjetividade perigosa, com conceito jurídico indeterminado²¹⁸, legitimando uma interferência estatal que pode, ao invés de auxiliar na proteção dos filhos, apresentar-se como óbice aos pais no mister de preparar suas proles para viverem em sociedade com retidão e guiados por valores morais e éticos condizentes com o grupo.

Nota-se que com o texto da “Lei da Palmada” o Estado chega ao ápice de sua interferência no seio familiar, não permitindo, inclusive, que os pais (ou responsáveis) façam algum tipo de advertência, que, se mal interpretada, poderá soar como ameaça a seus filhos. Deixa também o termo “sofrimento físico” como conceito jurídico indeterminado e, por isso, subjetivo e de grande abertura semântica, levando a divagações sobre o que seria sofrimento físico de fato, se uma simples palmada (já que essa acarreta dano físico, mesmo que mínimo) ou só se encaixando aquelas correções imoderadas e excessivas.

Surge o questionamento de quem caberá resolver o problema dessa subjetividade? Ao juiz, no meio de suas extensas ocupações e inúmeros processos além de atravancar mais ainda o Poder Judiciário, comprometendo sua efetividade? Esse não se mostra o caminho mais adequado para, efetivamente, resolver o problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes.

O segundo artigo acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, foi o 18-B, que versa sobre as sanções que os pais e/ou responsáveis podem sofrer caso seja constatado a veracidade da denúncia de maus-tratos:

Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou

²¹⁸ O conceito jurídico indeterminado pode ser entendido como um dispositivo vago e que possibilita interpretação ampla, não depende de edição posterior de outra norma. É instituto de grande amplitude, ou de *fluidex*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.)

protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V - advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

Ao se analisar o dispositivo citado acima, percebe-se que a Lei nº 13.010/14 é superficial quando cita que os pais ou responsáveis serão encaminhados ao programa oficial de proteção à família, quando, no entanto, não cita qual programa seria esse, quando se formaria (tendo em vista que não há um programa que atue nesse sentido), dentre outras informações de significativa importância. Ou seja, prevê, mas não define, não explica, não aponta recursos e tampouco responsáveis pela execução, o que acarretará, possivelmente, que a referida norma entre no rol das que estão em vigência e vigor, mas que não são efetivas. Por isso, entende-se que a “Lei da Palmada”, ao invés de resolver o problema da violência doméstica contra a criança e ao adolescente, acentua o problema, que deve ser combatido com verdadeiras políticas públicas que viabilizem a estruturação da família, com dignidade e ética.

Mais um aspecto negativo da Lei nº 13.010/14 é a determinação de encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico. Uma vez que um cidadão de bem, em pleno uso de suas faculdades mentais deverá ser encaminhado para tratamento psiquiátrico porque “ousou” dar uma palmada (e, conseqüentemente, causar sofrimento físico) em seu filho, em virtude deste ter cometido algum ato considerado errôneo dentro dos padrões comportamentais impostos pelos pais à criança. Certamente isso não é razoável.

O advogado Romeu Tuma Júnior, em seu artigo "Lei da Palmada": um tapa na cara da família brasileira!", alerta o que, para ele, seria mais grave: a colocação do termo “sem prejuízo das demais

providências legais”. Para ele, esta passagem deixa implícita outras sanções exageradas e desnecessárias.²¹⁹

A inclusão do artigo 70-A no ECA, versa sobre a implantação de políticas públicas que visem coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, bem como difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, estabelecendo que a União, o Estado e os Municípios devem atuar conjuntamente para a realização de ações educativas para a divulgação dos direitos da criança e do adolescente, capacitação de profissionais de educação, saúde e assistência social, dentre outras medidas.

Nesse ponto é importante elucidar que para a criação, fomentação e execução de políticas públicas, objetivando a reprimenda de atos de violência contra crianças e adolescentes, não seria necessária a edição de mais uma lei. Está presente na Carta Constitucional o fundamento para tanto, pois está previsto no art. 227, *caput*, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Da análise do dispositivo constitucional transcrito, fica claro que desde o ano de 1988 a Constituição Federal assegura a integridade física e mental das crianças e adolescentes. E como normas para sancionar o agente violador dos direitos garantidos no art. 227 da Constituição Federal existem normas infraconstitucionais, tanto na esfera cível, como na penal com esse objetivo e finalidade. Isso demonstra que a resposta para o problema dos altos índices de violência contra crianças e adolescentes não é legislativo, mas sim, de investimento do Estado na estruturação das famílias, de forma preventiva e educativa, fomentando e viabilizando a cultura da não violência.

²¹⁹ TUMA JÚNIOR, ROMEU. “Lei da Palmada”: um tapa na cara da família brasileira. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204630,41046-Lei+da+Palmada+um+tapa+na+cara+da+familia+brasileira> > Acesso em 21 out.2016.

Continuando a análise das alterações trazidas pela Lei nº 13.010/14, verificamos que o artigo 2º altera o art. 13 do ECA, que dispõe:

Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

O que deve merecer uma atenção especial aqui, além do reforço da importância dos Conselhos Tutelares, seria a hipertrofia destes e sua falta de estrutura. Como o Estado pode designar uma tarefa de tamanha importância a esse órgão se, no entanto, não oferece suporte suficiente para o mesmo?

Os Conselhos Tutelares, na maioria das vezes, não recebem o apoio e o investimento necessários para o desenvolvimento efetivo de suas tarefas, e o Estado, nesse viés, além de não priorizar a estruturação do órgão para que seja realizada suas atividades, impõe, mais tarefas ainda, sem oferecer contrapartida. Referida conduta do Estado, demonstra, em verdade, um verdadeiro desinteresse em proteger a criança e ao adolescente.

3.3 - PONTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A LEI 13.010/14 – “LEI DA PALMADA”:

A Constituição Federal da República Brasileira de 1988, em seu artigo 227, traz o seguinte dispositivo:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”²²⁰

²²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado.

E em seu parágrafo 7º do Artigo 226, diz que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Como se pode observar, a Carta Magna do Brasil assegura que tanto a educação, quanto o planejamento familiar ficam a cargo dos pais, devendo o Estado apenas propiciar recursos para que esses direitos sejam exercidos.

No mesmo sentido é a Convenção sobre os Direitos da Criança²²¹, que no artigo 5º assevera que, embora preveja proteção integral à criança, colocando-a a salvo de violência, discriminação e maus-tratos, entende que o Estado deve respeitar a autonomia dos pais:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Ora, a importância e a necessidade da intervenção do Estado nas relações de Família, através do Direito, não encontra amparo para a intervenção excessiva, anulando a autonomia da Instituição privada, célula *mater* da sociedade. Conforme já mencionado, o planejamento familiar quanto à educação dos filhos é de responsabilidade dos pais, não podendo o Estado querer que os responsáveis eduquem as crianças e adolescentes de forma coerente com as regras morais e jurídicas de uma determinada sociedade, retirando-lhe a autonomia no âmbito interno familiar. Por óbvio que o Estado deve estar atento a excessos e condutas

²²¹ BRASIL. Convenção sobre os direitos da criança. Decreto nº. 99.710/1990. Brasília. DF, Presidência da República.

que realmente violem a integridade das crianças e adolescentes, mas sem retirar dos pais e responsáveis a gestão interna da educação diária e cotidiana. O que se objetivava problematizar neste artigo eram os limites e a forma dessa intervenção. Pretendendo induzir, dessa forma, a um questionamento sobre a legitimidade da ingerência estatal na família e os seus limites, através das inovações trazidas pela “Lei da Palmada”.

O questionamento levantado acima é intensificado, sobretudo, quando se verifica que o Estado não cumpre o seu papel enquanto garantidor de direitos fundamentais para a formação dos membros da família (saúde, educação, moradia, lazer, dignidade, dentre outros) e, como forma de resolver os problemas oriundos desse “abandono estatal” pretende agir com intromissão excessiva na educação privada e primordial que os filhos recebem em casa.

Em consonância com os argumentos defendidos no presente artigo, a professora e advogada Luciana Moreira, em seu artigo “Lei da Palmada: Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos” aduz que:

Certamente, no seu papel de tutelar o bem comum, o Estado possui determinados direitos e deveres sobre a educação, mas tal intervenção não pode chocar com a legítima pretensão dos pais de educar os seus próprios filhos em consonância com os bens que eles defendem e vivem, e que consideram enriquecedores para a sua descendência.²²²

Desta forma, fica claro que os pais possuem o dever constitucional de educar os filhos de acordo com seu planejamento familiar e qualquer lei ou outro dispositivo normativo que venha a convergir diretamente com tal dever, merece e deve ter uma análise mais aprofundada quanto sua compatibilidade com a Constituição Federal.

3.4 - LEGISLAÇÃO EXISTENTE PARA COIBIR E PUNIR VIOLÊNCIA E EXCESSO NOS CASTIGOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES:

²²² MOREIRA, Luciana. “Entrevista: comentando sobre a Lei da Palmada”. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5377/Entrevista%3A+especialista+comenta+a+Lei+da+Palmada>>. Acessado em 20/06/2015.

Analisando o ordenamento jurídico pátrio, pode-se constatar que já existem normas que visam prevenir e reprimir condutas de violência e agressão dos pais que corrigem seus filhos de maneira imoderada. Como é o caso do que encontramos no Código Civil, segundo o qual podem os pais que castigarem imoderadamente o filho perderem o poder familiar²²³.

Também é encontrada na esfera Penal norma disciplinando sanção para os pais que expõe a perigo a vida ou a saúde dos filhos, que estão sob sua guarda e cuidado, quando pune guardiões que abusam dos meios de correção e disciplina em relação aos filhos. Vejamos o que dispõe o Código Penal:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos:”²²⁴

Logo, a observação que se faz necessária é que o Brasil não é carente de legislação para a proteção das crianças e adolescentes e punição dos pais que castigam os filhos imoderadamente, mas de políticas públicas capazes de atuar essencialmente nas bases dos problemas relacionados à estruturação da Família.

Na esfera jurídica cível, o castigo físico imoderado pode acarretar uma sanção considerada gravíssima, que seria a perda do poder familiar, que nas palavras do nobre autor Carlos Roberto Gonçalves, trata-se do “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e

²²³ Art. 1.638: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal

²²⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal Brasileiro. Legislação Federal.

aos bens dos filhos menores"²²⁵. Ou seja, castigar imoderadamente e/ou de maneira excessiva os filhos pode acarretar ao agressor (pais ou responsáveis) a perda da guarda da criança ou adolescente, que é um dos atributos mais importantes do poder familiar, podendo, inclusive, perder o próprio Poder Familiar, conforme mencionado acima.

Na esfera jurídica penal, a sanção para este ilícito, previsto no artigo 136 do Código Penal, também é considerada grave, podendo, em razão dos maus-tratos, os genitores serem punidos com detenção ou até reclusão, que pode chegar, se desses maus tratos resultar a morte, ao tempo máximo de 12 anos.

O que fica claramente demonstrado é que não há necessidade, de fato, da edição dessa nova lei - a “Lei da Palmada” -, tendo em vista que mesmo diante da previsão no ordenamento jurídico de sanções tão graves nos âmbitos civil e penal os pais ou responsáveis continuam a castigar as crianças e os adolescentes de forma excessiva.

Essas constatações demonstram que não é a ausência ou presença de leis que alterará substancialmente o quadro de violência doméstica contra crianças e adolescente. O que, efetivamente, pode fazer a diferença nesse quadro de violência doméstica é que o Estado garanta os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como fomente políticas públicas adequadas de modo a dar suporte para o fortalecimento e direcionamento da Família, sem, todavia, se intrometer de forma ilegítima na esfera privada da mesma.

3.5 - DENUNCIISMO E SUPERLOTAÇÃO DO JUDICIÁRIO:

Conforme anteriormente mencionado, uma das alterações trazidas pela “Lei da Palmada” ao Estatuto da Criança e do Adolescente foi a substituição da palavra “dor” pelo termo “sofrimento físico”. Referida expressão traz em si uma carga de subjetividade inegável, deixando a cargo do Poder Judiciário, na análise do caso concreto, decidir que castigo físico causou ou não sofrimento físico à criança ou adolescente.

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012.

Vislumbra-se que esse termo subjetivo acarrete uma onda de “denunciismo”, ou seja, pode haver um número sucessivo de denúncias, que na maioria se mostrarão falhas, encharcando o Conselho Tutelar e o Poder Judiciário de demandas.

O que irá resolver a subjetividade da expressão “sofrimento físico” serão as decisões judiciais, nas quais o magistrado irá se posicionar se o castigo ou a correção foi moderada ou excessiva. E referido julgamento se dará, muitas vezes, com base em provas documentadas nos autos, que não expressem a realidade do conflito familiar em toda sua dimensão.

É importante registrar que, atualmente, a situação do sistema judiciário brasileiro é de sobrecarga dos tribunais e demora na obtenção da prestação jurisdicional. Com esse cenário, é inevitável nos questionarmos se o Poder Judiciário teria, realmente, condição de avaliar se uma palmada dada pelos genitores ou responsáveis causou ou não sofrimento físico. Entendemos que esse não é o caminho para resolver o problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes.

3.6 - *JUS CORRIGENDI* X LEI DA PALMADA:

O Pátrio Poder (em virtude da figura predominante do homem nas relações familiares) era atribuído ao pai, para que este tomasse de conta e fosse responsável diretamente por sua prole. Com a evolução do direito e, conseqüentemente, das discussões doutrinárias acerca do tema “família”, essa expressão tem sido pano de fundo de inúmeras e profundas discussões jurídicas acerca da modificação de tal termo para a expressão “Poder Familiar”. A mudança terminológica se baseia na modernização do direito de família, que passou a conferir o poder e a responsabilidade sobre a prole para ambos os cônjuges, passando, assim, a ser chamado de Poder Familiar.

Atribuição inerente ao Poder Familiar, o “*Jus Corrigendi*” é a faculdade dos pais castigarem, punirem seus filhos em razão de atos graves praticados em desobediência às regras familiares e sociais. Trata-se de uma espécie de poder-dever de educar e corrigir os filhos. Ampliando a conceituação, Hortência Aguilar cita Sousa, e diz que:

O poder-dever de educar é reconhecido aos pais, podendo utilizar-se de castigos moderados para correção de desrespeito, desobediência, falta de educação, entre outros. De acordo com Souza (2011), a educação gera uma constante necessidade de limitar os filhos, impondo limites sobre eles.²²⁶

Diante do Poder Familiar e, conseqüentemente, do *jus corrigendi*, que lhe é inerente, podem os pais corrigir seus filhos de maneira moderada e proporcional ao comportamento errôneo que este desenvolveu. Em consonância com nosso texto, considera-se válido citar o parecer da nobre Denise Comel, citada mais uma vez por Hortência Aguilar que aduz:

O castigo moderado implica a reprimenda comedida, prudente, razoável, sem exageros ou excessos, e sempre com caráter educativo. É o castigo que não põe perigo a saúde física ou mental do filho e que não o priva do necessário à subsistência, podendo consistir em advertências, privações de regalias e, até, de correção física, conforme alguns, embora ela seja bastante questionável, tanto no aspecto de violação da integridade física e psíquica do filho (porque o castigo físico também pode consistir em violação psíquica), assim também quanto à sua eficiência pedagógica.²²⁷

Diante do Poder Familiar, que os pais exercem sobre os filhos, e do *jus corrigendi*, que lhe é atributo e cujo fundamento está na obrigação que os pais têm de educar os filhos, verifica-se que a “Lei da Palmada” interfere diretamente no modo como os pais exercerão os deveres que lhes são atribuídos. Em verdade, parece verdadeira contradição, pois o Estado ao mesmo tempo em que atribui este “múnus públicos” (função pública delegada a um ente privado) de os pais serem responsáveis pela

²²⁶ PÊGO, Hortência Aguilar. “Lei da Palmada e a violência doméstica contra crianças e o adolescentes.” Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8639/Lei-da-Palmada-e-a-violencia-domestica-contra-criancas-e-o-adolescentes>. Acessado em 20/06/2015

²²⁷ PÊGO, Hortência Aguilar. “Lei da Palmada e a violência doméstica contra crianças e o adolescentes.” Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8639/Lei-da-Palmada-e-a-violencia-domestica-contra-criancas-e-o-adolescentes>. Acessado em 20/06/2015.

educação dos filhos, vem, através da “Lei da Palmada” limitar a execução desta tarefa.

Importante frisar, mais uma vez, a posição ora defendida neste trabalho contrária ao excesso do *jus corrigendi*, ou seja, o excesso ou a imoderação na aplicação dos castigos físicos. Nenhuma criança deve ser alvo de violência, agressão ou humilhação. Referidas condutas jamais representarão o meio adequado para educar e formar um ser humano sadio.

Todavia, o questionamento trazido pelo presente trabalho é acerca dos limites da ingerência do Estado na forma de educação dos filhos pelos pais, bem como demonstrar que o problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes não será eficazmente combatido com a criação de leis, mas sim com a atuação do Estado de modo a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, através de políticas públicas, possibilitando que a Família se desenvolva sob bases sólidas e estruturadas. Conseguindo isso, certamente não haverá espaço para violência, humilhação e agressão.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Após analisar os aspectos e as discussões mais importantes acerca da Lei 13.010/2014, também conhecida como “Lei Menino Bernardo” ou “Lei da Palmada”, mostrando os posicionamentos contrários, chegou-se à conclusão que a promulgação da referida Lei se mostra desnecessária, por duas razões: tenta legitimar intromissão estatal em nível indevido na esfera privada dos indivíduos (família), bem como porque, no ordenamento jurídico pátrio, já existe, nas esferas cível e penal, normas para punir os pais e responsáveis que agem com violência, causando dor física e moral aos filhos.

Verificou-se que a Lei nº. 13.010/2014 possui diversos pontos “falhos”, que trazem uma carga de subjetividade perigosa para o desenvolvimento do cotidiano das famílias, que ficarão “reféns” das interpretações dadas pelo Judiciário, no caso concreto, sobre o que seria “sofrimento físico”, por exemplo.

Não foi objetivo do presente artigo encerrar as discussões sobre o tema, apresentando uma verdade pronta e absoluta. O intuito foi instigar uma reflexão sobre o assunto, que é de extrema relevância, pois presente,

de alguma forma, em todas as famílias, bem como demonstrar que o Estado está interferindo, mais do que deveria, na vida privada das famílias. Certamente, essa discussão ainda servirá de base para inúmeros debates nos âmbitos jurídico e social.

Destarte, vale ressaltar que a tese aqui defendida não se mostra insensível ou inerte ao sofrimento infantil ou a execrável imoderação dos castigos físicos impostos às crianças por pais irresponsáveis ou sem escrúpulos, mas a destorcida ação pública no combate a essa. Aqui se crê que a medida mais adequada não seria a edição de uma lei para tratar especificamente sobre o assunto, mas, sim, a implantação de políticas públicas que forneçam às famílias uma forma de se estruturarem tanto econômica quanto emocionalmente, com medidas de âmbito sócio educacional.

Assim, chegou-se à conclusão de que o Estado possui vários meios e ferramentas para que a condenável violência doméstica contra crianças e adolescentes seja evitada, e que, definitivamente, apenas com a edição de leis o problema não será resolvido, uma vez que já existem normas punitivas para a situação. Mas, ainda que não houvesse legislação infraconstitucional nesse sentido, a Carta Constitucional garante a preservação do bem-estar da criança e do adolescente, podendo-o a salvo de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa temática demanda estudo e debate, pois essa questão é complexa e remete a um problema cultural da sociedade, bem como de vontade estatal. Inúmeros passos devem ser dados no tocante ao combate violência doméstica contra crianças e adolescentes, sendo evidente que a demasiada criação de leis sem potencial de efetividade não será a única solução.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das famílias. Curitiba: Juruá, 2016.

BARBOSA, Pedro Henrique Viana. A constitucionalização do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares. Rio de Janeiro, 2014. 27pág. Disponível em: <

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf> Acesso em: 21 out. 2016.

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

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

Decreto-lei n.º. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

Decreto n.º. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 1990.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 out.2016.

Lei n.º 13.010/2014, de 04 de junho de 2014. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jun. 2014 e retificado em 3 jul. 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm. Acesso em: 21 out.2016.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

COSTA, Rafael. “Lei contra a palmada?”. Disponível em

<<http://rafaelcosta.jusbrasil.com.br/artigos/123157564/lei-da-palmada-nao-proibe-palmada-dizem-advogados>> .Acessado em 20/06/2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Luciana. “Entrevista: comentando sobre a Lei da Palmada”. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5377/Entrevista%3A+especialista+coment+a+a+Lei+da+Palmada>>. Acessado em 20/06/2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 34. Ed. Rio de Janeiro: forense, 2012. Pág. 142.

PÊGO, Hortência Aguilar. *Lei da Palmada e a violência doméstica contra crianças e o adolescentes*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8639/Lei-da-Palmada-e-a-violencia-domestica-contra-criancas-e-o-adolescentes>. Acessado em 20/06/2015

TUMA JÚNIOR, Romeu. “Lei da Palmada”: um tapa na cara da família brasileira. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204630,41046-Lei+da+Palmada+um+tapa+na+cara+da+familia+brasileira>> Acesso em 21 out.2016.

MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES FAMILIARES

Nara Rúbia Silva Vasconcelos
Guerra²²⁸

RESUMO: A mediação apresenta-se enquanto forma de solução pacífica dos conflitos, em que as partes, constroem ou conferem a solução para a lida. Interessante ainda destacar que a mediação pode ser realizada tanto processual, como extra processualmente, de modo a evitar o excesso de demandas ao Judiciário. Desta feita, mister compreender a necessidade da mediação, mormente nos conflitos familiares, levando a uma cultura de pacificação, e solução rápida das lides.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Conflitos Familiares. Pacificação. Desjudicialização. Solução Rápida.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - LIMITES LEGAIS À MEDIAÇÃO FAMILIAR; 3 - ASPECTOS FAVORÁVEIS E CRÍTICAS SOBRE SUA APLICABILIDADE ÀS QUESTÕES FAMILIARES; 4 - CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E DESJUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES FAMILIARES; 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO:

No âmbito familiar a mediação é procedimento que, através do uso de técnicas de facilitação, aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, mediante técnicas da psicologia e do serviço social, identifica necessidades e interesses, objetivando produzir decisões consensuais, com a ajuda do direito.²²⁹

Nas questões de família, que envolvem separação e divórcio, e hoje, nos casos de dissolução de união estável, por exemplo, a mediação

²²⁸ Mestre em Direito Constitucional – Área de Concentração em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professora do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Promotora de Justiça do Estado do Ceará. Membro do Projeto de Pesquisa Pensando em Família.

²²⁹ SIX, Jean François. Dinâmica da mediação. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Âguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 71-72.

é de extrema utilidade, conveniência, proveito e vantagens para as partes envolvidas. É de se observar que a simples instauração de um processo judicial nessa seara de conflitos é suficiente para a exaltação e acirramento dos ânimos para a disputa. O ajuizamento da ação torna a forma de uma autentica declaração de guerra, a partir de então, só se fala em ganhar ou perder, o estresse e o sofrimento são inevitáveis e as marcas indeléveis.

A questão sempre dolorosa de uma separação ou divórcio estará definitivamente registrada nos anais do Judiciário, o que a ninguém beneficia. E isto é tão verdade que o legislador de 1946 bem previu e quis evitar essa situação de desconforto e prejuízo emocional quando da edição da Lei nº 968, onde se previu que o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe fosse apresentada, deveria promover todos os meios para que as partes se reconciliassem ou transigissem e, caso obtido um acordo, o mesmo seria anotado na própria petição inicial, que seria devolvida ao autor, mandando-se cancelar a distribuição, de modo que nada constaria nos arquivos do Poder Judiciário.

A proposta de aplicação da mediação nas questões familiares deve ser colocada em prática, assim que surja uma situação de desentendimento conjugal, onde se tenciona o divórcio ou a dissolução da união estável, o casal deve promover a instauração do processo de mediação, cuja figura se diferencia da imagem austera e intimidadora do juiz de família, quando então, sob o resguardo da confidencialidade (princípio da publicidade restrita ou sigilo), ambos partirão em busca de uma solução que potencialize as condições mais favoráveis de convivência social e minimize a desgaste e o prejuízo emocional, e até financeiro.

GONÇALVES, em tese de doutorado apresentada pela PUC/SP, sob orientação de Maria Helena Diniz, aborda a temática de forma incisiva:

A mediação na seara do direito de família tende a encontrar um proficuo terreno fértil, uma vez que viabiliza soluções do conflito. Ou mesmo, pode detectar o seu início e dizimá-lo por profissionais que estejam próximos aos fatos e à vida do casal. Sem contar que as resoluções e o restabelecimento da paz efetivam-se num tempo mais rápido, obtendo-se um

menor desgaste nas relações familiares e, principalmente, evitando traumas quando há filhos.²³⁰

De modo que, as características da mediação familiar vêm reforçar as tendências atuais em permitir uma realização de justiça no campo consensual, pois propicia um diálogo sem bloqueios, de forma verdadeira entre as partes, cada qual confiando seus motivos e razões aos mediadores, com maior autenticidade e abertura para negociação de propostas e contrapropostas, podendo atingir um consenso satisfatório, de maneira a evitar outros conflitos e demanda judiciais futuras.

A mediação imbuída desse objetivo, que se pauta pela mais absoluta informalidade e simplicidade dos procedimentos das decisões em que as soluções não são impostas, mas negociadas entre as partes, por auto composição, eliminando em grande parte os traumas gerados por procedimentos judiciais, tendo em vista que o aparelhamento estatal não condiz com a composição ideal para esses tipos de conflitos.

No mais, a mediação no âmbito do direito de família poderia ser instituída de modo a se transformar em condição *sine qua non* ao ajuizamento de qualquer ação dessa natureza, sem retirar o mérito da conciliação promovida pelo magistrado. O que viabilizaria uma reflexão mais profunda e detalhada, evitando o volume grande de ações que são propostas e que se findam por vontade das partes, exatamente por se terem iniciado de forma imatura.²³¹

A aplicação na mediação familiar representa uma abertura no monopólio estatal da jurisdição. O que permite um acesso facilitado para compor soluções da regularização dos conviventes, uma vez que o Judiciário, nos moldes como se apresenta hoje, significa um poder, via de regra, traumático para quase a totalidade das questões que envolvem a família.²³²

Portanto, o Poder Judiciário representa uma decisão de fora para dentro, que deve ser aceita. Nos meios não judiciais, a solução surge de dentro para fora e deve ser aceita pelos envolvidos, uma vez que foram

²³⁰ GONÇALVES, Wilson José. União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento. 2007. p. 152-154.

²³¹ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 291.

²³² RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 291.

eles que buscaram, em seu meio uma solução para o conflito. Incentivar que as questões privadas sejam resolvidas nessa esfera, significa, além de uma economia de tempo e dinheiro do Poder Público, uma solução com maior aceitação e eficácia social e prática.

Ocorre que, no processo judicial a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução impositiva, ou seja, consubstancia-se numa determinação, mais precisamente numa ordem do juiz de direito. Este ao pronunciar-se uma decisão ou proferir um julgamento, ou acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor da ação judicial; ou quando muito acolher ou rejeitar em parte o referido pedido. Jamais terá, pela sistemática vigente, a possibilidade de julgar empatada a demanda. Assim, verifica-se que sempre haverá um ganhador e um perdedor na demanda.

A atitude desenvolvida nesse contexto é baseada em somente um dos lados, sendo, por isso, negativa. Toda vez que se adota essa teoria do ganha/perde, ele acaba se desdobrando para a teoria do perde/perde, pois o perdedor fatalmente não dará continuidade nas relações de elo afetivo, entre o(s) adversário(s), outrora parentes e familiares, e aquele que foi ganhador nesse primeiro momento, na continuidade pode passar a ser um perdedor. Tem-se, nesse caso, uma solução adversarial.²³³

Portanto, na seara familiar, há outros meios para solução dos conflitos de interesses afetivos e patrimoniais, e, como um pouco de ousadia, entende-se que a solução a que se chega nos meios auto compositivos de resolução de conflitos de interesses atende muito mais aos interesses das partes envolvidas, aplicada a teoria do ganha/ganha. Os envolvidos nada mais são do que pessoas ligadas por elos sentimentais e laços de sangue. Daí, jamais nesse tipo de conflito pode ser tratado como qualquer outro. Necessário uma cautela maior daquele que oferta o resultado final.

Quando se trabalha com o ganha/ganha a energia é positiva, favorecendo os dois lados, criando, também, uma energia positiva para o universo. A aceitação da solução, nas questões que envolvem rancores, criados pelos desentendimentos conjugais e familiares, é maior, até

²³³ *Idem. Ibidem.* p. 282.

porque as próprias partes chegam a um resultado comum e não adversarial.²³⁴

A comunicação entre as pessoas envolvidas, principalmente, nas questões de família, é a chave que abrirá as portas para uma vida em sociedade mais harmônica e mais esperançosa, visto que a família é a base de todos os relacionamentos. As pessoas procuram não sofrer desgaste, pelo menos o menor possível, a mediação familiar vem ganhando força expressiva no cenário doutrinário brasileiro e internacional.

2 - LIMITES LEGAIS À MEDIAÇÃO FAMILIAR:

Todavia, o estudo da mediação e demais métodos alternativos à jurisdição e suas aplicabilidades surgem alguns questionamentos levantados por MORAIS e SPENGLER ao questionarem como ficaria a jurisdição como função do Estado, os operadores tradicionais do direito e seus métodos? Como os interesses seriam representados? Qual o conteúdo das demandas que estariam afetas a este tipo de solução? E, sobretudo, a questão das garantias próprias ao Estado Democrático de direito?

Em se tratando de questões de família, pela peculiaridade de tratar com vida privada e afetividade, alguns deles indicados como bens indisponíveis, qual a viabilidade de aplicação da mediação nas querelas familiares, e quais limites a serem obedecidos, de modo, a resguardar garantias e direitos fundamentais?

A família constitui um sistema vivo a torna vulnerável para as situações de crise vivenciadas por um ou alguns de seus integrantes, situações essas inevitáveis nas relações humanas que têm seu nascedouro na seara familiar. É na família a origem das relações humanas e sociais, considerando a sua importância no desenvolvimento da sociedade.

Na atualidade a dinâmica familiar é mutante e diferente das anteriores, o elemento procriação deixou de ser essencial na formação da família, mais uma vez garante aos envolvidos nas relações familiares o direito a optar para a formação da entidade familiar.

²³⁴ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 283.

Em algumas situações, houve uma verdadeira inversão no tocante à dos pais, de forma a proporcionar um maior diálogo entre os membros familiares, abolida hegemonia dos pais em ditar regramentos internos, hoje, todos têm participação efetiva na formação do núcleo familiar, mesmo que este seja formado por um pequeno número de pessoas. Mas, essas transformações não foram e nem estão sendo tão fáceis assim, são constantes os choques inter-geracionais, principalmente quando não há espaço aberto, no seio familiar, para o diálogo.

As causas mais preponderantes, atualmente, que ensejam o rompimento das relações entre os casais, são de acordo com CHAVES e MACIEL: perda da intimidade, incompatibilidade sexual, sentimentos de esterilidade emocional, tédio e sérias divergências em relação aos estilos de vida e valores. Vários aspectos que devem ter tratados de forma a não provocar um prejuízo maior aos envolvidos nas querelas. Daí surge a indagação, estaria o Estado preparado para enfrentar esse desafio na satisfação às partes envolvidas em situações de crise familiares?²³⁵

A liberdade e a autonomia privada devem ser respeitadas, em termos constitucionais, principalmente nas relações privadas existenciais. As relações familiares se enquadram no gênero e, portanto, devem ser tratadas com parcimônia pelas autoridades, que detenham deveres de pacificação desses conflitos.

Nesse diapasão, alude-se o espaço privado familiar quando vedado à intervenção pública, na época do pensamento liberal, dava azo à subjugação e aos abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças, situação que atinge diretamente a entidade família.

Sendo assim, na medida em que as insatisfações emocionais ganham maior respaldo, conseqüentemente, passam a ser previsíveis as rupturas entre os casais, como manifestação do direito de liberdade das pessoas envolvidas na relação afetivo-familiar.

²³⁵ CHAVES, Nadja Mary; MACIEL, Saídy Karolin. Mediação familiar nos casos de dissolução de sociedade e vínculo conjugal. In: CRUZ, Roberto Moraes; MACIEL, Saídy Karolin; RAMIREZ, Dario Cunha (Orgs). O trabalho do psicólogo no campo jurídico. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005, p. 173.

Válido ressaltar que os conflitos não surgem repentinamente, eles são o resultado de um acúmulo de mágoas reprimidas e dores somatizadas pelas pessoas ao longo do tempo em função do diálogo interrompido ou mal interpretado. Tudo isso, sem dúvida, torna o conflito mais complexo, o que acaba por impedir que cada um dos envolvidos seja capaz de dimensionar de modo coerente os seus problemas e consiga solucioná-los de maneira pacífica.

A separação de uma família não consiste em mais uma crise simples a ser suplantada, principalmente quando há o envolvimento de filhos, pois estes normalmente não incentivam a separação, acreditando numa possível reconciliação dos pais.

No entanto, quando os relacionamentos familiares chegam a um ponto em que não mais existe a interação do casal para conviver de forma a não causar prejuízos à relação, é bastante comum a busca pela Justiça, por intermédio do ajuizamento de ações junto às Varas de Família.

São incontáveis os processos jurídicos que abrangem casos de separação (consensual ou litigiosa), divórcio (consensual ou litigioso), dissolução de união estável, pensão alimentícia, modificação de guarda, regulamentação de visitas, tutela, curatela, perda ou suspensão do poder familiar, entre outros. Todos eles retratam, em sua origem, conflitos familiares mal resolvidos que foram transformados em litígio processual.

Tais conflitos não chegam a ser solucionados com a mera sentença judicial, isso se mostra claro quando se verifica o retorno das partes à Justiça, não conformadas com a decisão proferida inicialmente. Dessa forma, está mais do que evidente que, na verdade, o problema está na origem da desavença familiar e isso não é solucionado pelo juiz, pois a ruptura das relações afetivas entre membros de uma família não envolve, tão somente, uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que o distanciamento acarretará levamos a perceber que o fim do relacionamento familiar é mais que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades.

Os conflitos gerados na separação trazem questões de ordem emocional que aludem às relações entre o casal e entre pais e filhos, pois como se sabe, envolvem sentimentos afetivos, relacionais e psicológicos, antecidos de sofrimento. Isso, sem dúvida, dificulta ao

Judiciário no momento de elaboração de uma decisão que seja ao mesmo tempo satisfatória e eficaz aos interesses dos envolvidos.

Daí, também, a importância que carregam os meios de composição de conflitos que, tendo por base o diálogo e a solidariedade, são capazes de realizar um verdadeiro tratamento dos problemas. Aqui ganha especial destaque o procedimento da mediação familiar, principalmente quando realizado de forma preventiva e extrajudicial, isto é, antes que o conflito se instaure nas vias judiciais, pois, assim, os prejuízos e traumas emocionais podem ser seguramente reduzidos ou até mesmo extirpados.

Diante das peculiaridades da matéria que deve ser tratada, durante o processo de mediação familiar, alguns limites podem ser encontrados, de modo a obstar o início ou a continuidade do método, mas estes não podem ser taxados pela doutrina ou jurisprudência de forma genérica, pois, na verdade, dependerão das circunstâncias existentes à época, características do caso concreto e interesse das partes em acolher o procedimento.

3 - ASPECTOS FAVORÁVEIS E CRÍTICAS SOBRE SUA APLICABILIDADE ÀS QUESTÕES FAMILIARES:

BRAGANHOLO relata que em conflitos envolvendo ex-cônjuges (e aqui incluímos ex-companheiros e ex-parceiros homoafetivos), é importante preservar um mínimo de respeito, para que ambos expressem seus sentimentos, emoções, raivas e angústias. Isso facilita a comunicação os levam a pensar nas diferentes opções possíveis para resolver o conflito. Ainda o autor prossegue afirmando que:

O processo de mediação pode ser uma maneira de aproximar as partes para discutir questões de interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes. Dessa forma, é possível iniciar uma batalha contra os conflitos em questão, e então, discutir as razões e motivos que interferem nas decisões dos envolvidos. As partes do conflito precisam resolver questões complexas instauradas muito além do aspecto unicamente legal. E a mediação é uma forma de possibilitar momentos de comunicação entre o casal resolvendo questões emocionais que possibilitem uma separação ou divórcio baseado no bom senso, e não na vingança pessoal.

A mediação dos conflitos familiares é uma oportunidade para o crescimento e a transformação dos indivíduos. E o mais importante: um crescimento que pressupõe desenvolvimento da capacidade, como pessoa humana, para expressar e fortalecer a capacidade de uma preocupação pelos outros. Essa situação é muito difícil de ocorrer, num processo de rompimento conjugal de união estável, separação ou divórcio, no atual sistema jurídico brasileiro, que não respeita a complexidade existente em relacionamento que envolvem vínculos afetivos.²³⁶

SCHABEL em uma visão psicológica da matéria afirma que, em geral, as crianças envolvidas nas separações dos pais acabam passando por dois sentimento: o medo, consciente ou inconsciente, de que o outro pai também vai embora, e a percepção de que os adultos não são confiáveis e nem honestos. E que tanto o casal que se separa quanto seus filhos passam por momentos delicados e difíceis na tentativa de resolver questões práticas, como guarda e visita, ou emocionais, como lidar com a interrupção de certas tradições familiares, a perda da convivência diária com um dos pais e a sensação de desamor, rejeição e abandono.²³⁷

Ainda o autor, apresenta pesquisas americanas que apontam que ocorrem problemas mais significativos de ajustamento em crianças e adolescentes, quando há conflitos de longo prazo vividos pelos pais durante o período de pré-separação do que quando o conflito ocorre no período de divórcio propriamente dito; por sua vez, os conflitos de longa duração entre os cônjuges provocam problemas de ajustamento tanto em crianças como em adolescentes, destacando-se: agressividade, isolamento, ansiedade generalizada e depressão. De qualquer forma, estudos revelam que crianças menores têm menos dificuldades em se ajustar às regras familiares estabelecidas pós-divórcio, enquanto que

²³⁶ BRAGANHOLO, B. H. Novo desafio do Direito de Família contemporânea: a Mediação Familiar. Conferência proferida no I Congresso de Direito de Família do Mercosul, realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, de 2 a 4 de junho de 2005. R. CEJ. Brasília, n. 29. p. 70-79.

²³⁷ SCHABEL, C. Relações familiares na separação conjugal: contribuição da Mediação. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 13-20. Disponível em: [HTTP://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7-Numero_1/13a20.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7-Numero_1/13a20.pdf). Acesso em 26 de abril de 2013.

filhos adolescentes e jovens adultos vivem conflitos envolvendo lealdade e raiva em relação ao genitor, principalmente, o pai, mesmo que este não tenha sido responsável pelo início da separação.²³⁸

Outrossim, estudos comprovam que com a dissolução conjugal decretada por sentença judicial, os casais não conseguem se separar emocionalmente, porque essa nova situação provoca mudanças subjetivas e objetivas nas pessoas envolvidas no conflito familiar.

A mediação, ao abordar a confusão de papéis, permite que a posição e os interesses de cada um sejam esclarecidos, possibilitando aos pais assumir uma postura diante dos filhos, dos demais familiares e da sociedade.

Nos conflitos de poder entre o casal, não raro os filhos servirem de peça no jogo de cabo de guerra da relação.²³⁹ A prática jurídica confirma que é profundamente difícil promover um acordo flexível na regulamentação de visitas para aquele que não é o guardião dos filhos ou, ainda, concordar com o valor sugerido para a pensão alimentícia.²⁴⁰

Os conflitos externos podem ser resolvidos quando os conflitos internos são compreendidos, uma vez que o caminho da busca por si mesmo leva à compreensão dos mecanismos geradores de conflitos. Desse modo, pessoas precisam aprender a alterar seu comportamento e lidar com as disputas de forma mais amadurecida e responsável.

SCHABEL acrescenta que a mediação ao reconhecer e atuar nos aspectos emocionais da crise de separação vivida pelo casal, reconhece que as emoções são tanto parte do problema quanto de sua solução e, uma vez endereçados, clareados e resolvidos, facilitam a negociação das opções mais adequadas para reorganizar as funções, papéis e obrigações da família.²⁴¹

²³⁸ *Idem. Ibidem.* Acesso em 26 de abril de 2013.

²³⁹ CEZÁR-FERREIRA, V. A. M. A culpa nas separações conjugais, vista de uma ótica psico-jurídica. III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999. p. 384-386.

²⁴⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. Mediação e guarda compartilhada. Conquista para a família. Curitiba: editora Juruá psicologia, 2011. p. 60.

²⁴¹ SCHABEL, C. Relações familiares na separação conjugal: contribuição da Mediação. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie. P. 13-20. Disponível em: [HTTP://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Vol_ume_7_-_Numero_1/13a20.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Vol_ume_7_-_Numero_1/13a20.pdf). Acesso em 26 de abril de 2013.

NAZARETH ensina que o mediador familiar atua sob o paradigma do diálogo e não do litígio, como faz o Poder Judiciário, aquele enfrenta dificuldades ao tentar facilitar a celebração de acordos com pessoas ressentidas, e que se sentem muitas vezes fracassadas por não terem conseguido satisfazer não só as próprias idealizações quanto às da família extensa e as do meio social.²⁴²

SCHABEL traz a proposta da mediação voltada para lado da cooperação, em vez de privilegiar o lado adversarial comum ao Direito, permite despertar nas pessoas que desfazem um vínculo conjugal o desejo real de assumir suas próprias vidas. A mediação fortalece a capacidade de diálogo a fim de se chegar a uma solução mais amena dos conflitos, e possui as seguintes características, a saber:

Do ponto de vista externo: trata-se de um processo privado, auto compositivo e transdisciplinar, definido a partir de critérios de bem-estar social, na qual atuam profissionais com elevado conhecimento técnico para orientar as questões necessárias, buscando possibilidade de soluções para o conflito, limitadas apenas pela Ética e pelo Direito. Do ponto de vista interno: a mediação procura, através da depuração dos consensos e dissensos, um intercâmbio de posições e opiniões, apontar a interferência de conflitos intrapessoais na dinâmica interpessoal dos cônjuges, e objetiva a composição de um acordo pautado na colaboração, preservando a autonomia da vontade das partes.²⁴³

Tais mecanismos auto compositivos também sofrem áduas críticas, as quais não podem ser excluí-las deste trabalho, apesar de minoritária, há corrente doutrinária que enfatiza que algumas possíveis falhas como: comum desequilíbrio entre as partes, tendo em vista que a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes, o que acaba por influenciar a parte de menor poder a acordar por falta de recursos. O problema da representação que muito embora a

²⁴² NAZARETH, E. R. Guia de Mediação Familiar. Aspectos psicológicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 11-25.

²⁴³ SCHABEL, C. Relações familiares na separação conjugal: contribuição da Mediação. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 13-20. Disponível em: [HTTP://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7_-_Numero_1/13a20.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7_-_Numero_1/13a20.pdf). Acesso em 26 de abril de 2013.

mediação pressupõe indivíduos agindo por si mesmos, por vezes, os advogados ou representantes desses, firmam acordos que não são os que melhor atenderiam aos interesses de seus clientes. A falta de fundamento para a atuação judicial posterior, que os que creem no tratamento alternativo minimizam o juízo a um remédio e erroneamente supõem que o acordo realizado pelas partes agirá como um substituto da sentença judicial, pondo fim ao processo. Assim, quando as mesmas solicitem alguma modificação ou decisão, o juiz estará limitado pelos pactos de decisões já afirmadas. A justiça deve prevalecer antes que a paz, afirmam os críticos, considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional a uma mera solução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter o seu alcance autênticos critérios de justiça.²⁴⁴

Para os críticos se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quanto à sua utilização? MORAIS e SPENGLER responde a indagação elencando alguns motivos para essa resistência, quais sejam: a) primeiramente, porque é um instrumento relativamente novo de tratamento dos conflitos; b) segundo, porque se trata de uma técnica não disciplinada legalmente em alguns países; c) por último, a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador, figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão, soa na mente dos juristas como um resqúicio de justiça privada. Percebe-se, neste último caso, que a mediação é vista como uma zona de sombra, na qual se aninha o perigo através de formas paternalistas de controle social, exercitadas sem as tutelas que a justiça formal, possivelmente, oferece.²⁴⁵

²⁴⁴ BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre *apud* MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. P. 108. In: *Une justice douce*. Paris: Syros, 1992, p. 16-17.

²⁴⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 152.

Na verdade, apesar das críticas recebidas pelo instituto da mediação, esta realiza através de uma pluralidade de formas, o fim que o direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços de decisões que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtrai. No entanto, opor a mediação ao direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor e mais útil considerá-los com instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade.²⁴⁶

Para alguns autores, como COSI, de fato, afirmavam que a mediação não tinha necessidade de uma legitimação teórica, apenas precisava demonstrar sua eficácia no campo social.²⁴⁷

Quanto à falta de certeza que supostamente estaria presente nos procedimentos da mediação e dos demais métodos alternativos à jurisdição estatal, contra as principais críticas recebidas por esses institutos, há dois pontos principais de argumentação: 1) A diferenciação entre segurança jurídica e certeza jurídica. O nascimento da segurança jurídica se acompanha da possibilidade de um conhecimento certo das normas por parte dos destinatários, estes podem manejar a informação sobre o que é proibido, determinado ou permitido. Isso permite organizar a sua conduta programando as expectativas de sua atuação jurídica futura segundo modelos razoáveis de previsibilidade. Estes são os elementos que constituem a certeza jurídica; 2) O segundo ponto diz respeito ao papel atribuído à certeza jurídica e à segurança jurídica, que se encontra vinculado à realização de certos bens dos destinatários.

Em resumo, a certeza como percepção de previsibilidade das ações dos outros permite organizar a conduta presente dos destinatários, assim como estabelecer projetos de vida futura sob um plano de liberdade e justiça.²⁴⁸

²⁴⁶ *Idem*. p. 152.

²⁴⁷ COSI, Giovanni *apud* MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. La responsabilità Del giurista. Torino: Giappichelli, 1998. P. 343. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 153.

²⁴⁸ SOLER, Raúl Cavo *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. I Giochi senza arbitro NE segnepunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. Ars Interpretande. Pavoia: CEDAM, 2004. P. 9. In:

TARUFFO relata que a tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparada ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Essa afirmativa divide-se em dois pontos principais:

- a) A assimetria do poder, segundo a qual o fato de confiar o tratamento do conflito a uma figura portadora de autoridade pode depender da presença de uma assimetria de poder na relação. A parte em desvantagem sabe que, se a resolução depende da autonomia, é possível que o acordo final requeira grandes concessões suas. Contudo, mediante a intervenção de uma autoridade que estabeleça a solução, a princípio, existe a confiança de não ocorrer pressões para que estas concessões aconteçam;
- b) A preservação das relações futuras, uma vez que se uma das partes impõe sua posição ao outro, provavelmente prejudica a sua relação futura.²⁴⁹

Em seu discurso com censuras à mediação como tratamento de conflitos TARUFFO argumenta também em torno na falta de certeza e de previsão legal. O primeiro está ligado à figura do mediador que, segundo o autor, deveria apresentar ao menos duas ordens de características: uma adequada preparação profissional, que inclua não só competências jurídicas, mas também um específico conhecimento das técnicas de mediação; o segundo diz respeito à independência e imparcialidade quanto às partes e ao objeto do litígio, uma vez que, não observados tais critérios, poderia favorecer um dos lados em detrimento do outro, alcançando um tratamento não satisfatório do conflito.²⁵⁰

Ainda, a autora indica que a falta de previsibilidade no procedimento de mediação institui uma segunda problemática constituída na inexistência de expectativas *ex ante*, baseadas sobre uma

Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 154.

²⁴⁹ TARUFFO, Michele *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Considerazioni sparse su mediazione e dititti, Padova: CEDAM, 2004. N. 9. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 155.

²⁵⁰ *Idem.* p. 157.

regra que resolva o conflito e faz com que as previsões sobre como se comportará o outro sejam ligadas à história dessa pessoa. A questão se torna problemática porque uma vez aceito que a relação conflitual se manifeste nas histórias dos atores e que as suas previsões são funcionais a tais histórias, é muito provável que cada uma faça previsões não compartilhadas a até mesmo opostas.²⁵¹

Mas, apesar das críticas atribuídas aos métodos alternativos à jurisdição estatal, de composição de conflitos, nenhum ponto negativo é, suficientemente, convincente, diante de um rol de vantagens perseguidas por aqueles mecanismos. Principalmente, a mediação que baseia-se na busca de soluções objetivas, e não posicionamentos expressos, ditados em determinada época e por determinado legislador que não se direciona tão somente ao caso a ser resolvido no momento exato. Em suma, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da solução. O processo termina com uma, suposta, solução para o conflito, na qual o juiz diz a última palavra, não imposta se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última.

Diante disso, a mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começaram a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos.²⁵²

Na mediação o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro, ao contrário, as partes buscam o

²⁵¹ TARUFFO, Michele *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Considerazioni sparse su mediazione e dititti, Padova: CEDAM, 2004. N. 9. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 157.

²⁵² WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P.55

tratamento adequado de seu conflito. Nestes termos, a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são sempre os jogadores que controlam a partida.²⁵³

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social.²⁵⁴ Isso se acentua, ainda mais, nas relações familiares onde há sentimentos explícitos e implícitos a moldar a intensidade do conflito a ser dirimido.

A mediação pode ser indicada como a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídica para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos Direitos Humanos.

Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro).²⁵⁵

A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar

²⁵³ SOLER, Raúl Cavo *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. I Giochi senza arbitro NÉ segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. Ars Interpretande. Pavova: CEDAM, 2004. p. 9. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 155.

²⁵⁴ TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

²⁵⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 159.

identidades culturais e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca cada um em conflito, gerando deveres reparadores e transformadores.

4 - CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E DESJUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES FAMILIARES:

A aclamada crise da jurisdição decorre da sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas legislativa, executiva e judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito.

A impossibilidade de tratamento adequado de todos os problemas que atualmente demandam acesso à justiça e que colimam seja essa justiça, realmente, efetiva, na consecução dos propósitos prometidos, elucida um descompasso e um desajuste que acabam por ocasionar uma perda de poder do Estado e consequente desprestígio e deslegitimação do próprio Poder Judiciário, como Poder Público Estatal.²⁵⁶

Vive-se um momento de desconforto interna, no qual há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à justiça, quantitativa e qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas.

MORAIS e SPENGLER proclamam a necessidade de quebra de paradigma, para que possamos deixar para trás aquela visão de que um sistema só é eficiente quando para cada conflito há uma intervenção jurisdicional e passa-se à construção da ideia de que um sistema de tratamento de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes.²⁵⁷

²⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 105.

²⁵⁷ *Idem*. p. 105.

Os mesmos autores esboçam, para os tempos atuais, uma proposta vanguardista, ao defender a implantação de uma espécie de contencioso administrativo, no sistema jurídico brasileiro, ao explicar que:

A provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de tratamento pelas partes, de sorte que a provocação da jurisdição fosse absolutamente necessária, salvo nos casos de questões versem sobre direitos de interesses públicos ou coletivos.²⁵⁸

Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na sociedade pós-moderna. Ainda, FARIA indica que para o Poder Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva²⁵⁹, dos litígios que exigem maior diálogo entre as partes e conhecimento de outras disciplinas, além do Direito. Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los, são os chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas, e a consagração de novos direitos provoca uma explosão de litigiosidade significativa, realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla.²⁶⁰

A crise na administração da justiça, além dos aspectos (infra) estruturais, deve-se ter presente que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características

²⁵⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 106.

²⁵⁹ FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 8-9.

²⁶⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 78.

totalmente diferenciadas, com o surgimento de variações de direitos, os são difíceis, em algumas vezes, impossível equacioná-los às demandas e às possibilidades com fórmulas tradicionais de tratamento de conflitos.

Por fim, a crise é consequência dos métodos e conteúdos utilizados pelo direito para a busca de um tratamento pacífico para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século e do milênio, em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar direito do Estado, direito social, costumes e equidade, dentre outros.²⁶¹

É fácil perceber a insuficiência das normas elaboradas para atender a uma grande variedade de situações substanciais, na estrutura do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, essa tendência à transsubstancialidade traduz-se na existência, na jurisdição estatal, do processo de conhecimento, de um procedimento comum, sumário e ordinário, aplicável a todas as causas²⁶². Serve-se como exemplo processos tão díspares quanto uma ação de cobrança e um pedido de regulamentação de guarda e visita de uma criança acabem seguindo o mesmo procedimento, fazendo com que, as demandas que envolvem relações interpessoais resultem prejudicadas pelo alto índice de insatisfação.

Diante da necessidade de aplicação normativa a situações de grande peculiaridade ou de superação de contradições internas do ordenamento processual, tem-se buscado a solução naquele processo delineado pelo quadro das garantias constitucionais, cujas normas, de maior abstração permitem melhor adaptação àquelas circunstâncias estranhas à regulamentação tradicional e transsubstancial do processo.²⁶³ Não se pode olvidar que o legislador, dentre os princípios gerais do processo, estabelece a garantia de um julgamento justo. Conseqüentemente, justificada está a adoção de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, a instrumentalidade metodológica poderá,

²⁶¹ *Idem*. p. 79.

²⁶² Código de Processo Civil. Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.

²⁶³ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 22.

evidentemente, gerar subsídios para moldar procedimentos consensuais para resolução de litígios.

Para PONTEMAN a sociedade, atualmente, vive em crise e, juntamente com ela, as instituições estatais. O Estado abarcou uma série de atribuições, mas não está conseguindo, com eficiência e como era de se esperar, desvencilhar-se das mesmas, cumprindo o seu dever legal. O Poder Judiciário não está imune a esses efeitos nocivos ou estranhos à funcionalidade do seu sistema, ou seja, a esse mal que ronda a sociedade contemporânea. A abertura do Estado também no tocante ao papel do Poder Judiciário não pode deixar de repercutir na melhoria da Justiça, o que vem acontecendo, onde o cidadão é chamado a participar e contribuir para o alcance da Justiça e da paz social.²⁶⁴

E, então, a mediação se adéqua aos mais variados conflitos interpessoais, torna-se, portanto, adequada nos procedimentos de solução de controvérsias privadas, precisamente, envolvendo relações interpessoais. Fundada na autonomia da vontade das partes envolvidas.

Significa que o sistema jurídico brasileiro deve acolher fórmulas renovadas no contexto atual, no qual observa-se que, embora se recorra aos tribunais de forma irracional, numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa, ainda restaria uma parcela considerável de litígios que poderia ser resolvida pelas próprias partes ou com a ajuda de um terceiro de sua convivência.

Essas fórmulas, não necessitam ser inovadoras do sistema processual, basta as já existentes e aplicadas nos ordenamentos jurídicos externos e internos, como a mediação, a arbitragem, a negociação e a conciliação, colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa a estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e a facilitar o acesso ao seu tratamento, já que, por vezes, muitos deles não são tratados porque as vias de obtenção são complicadas e custosas, e as partes não têm possibilidades disponíveis, a não ser, quem sabe, recorrer à força, e a descongestionar os tribunais e a reduzir o custo e a demora dos procedimentos.²⁶⁵ Embora, forte corrente doutrinária traga como consequência primordial, da aplicação de

²⁶⁴ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 291.

²⁶⁵ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 108.

métodos auto compositivos de resolução de conflitos, o descongestionamento do Poder Judiciário, nesta pesquisa não tem-se como abordagem principal, sendo considerada, após, tantos outros benefícios, mera causa prática.

Na verdade, o real motivo de aplicação de meios auto compositivos é a concretização da autonomia da vontade das partes envolvidas em prol da dignidade da pessoa humana, de modo a exaltar à aplicação de princípios constitucionais nas relações privadas.

Os conflitos de família não necessitam sempre ser solucionados com a intervenção do Estado-juiz. É o fenômeno chamado pela doutrina como o equilíbrio entre os espaços públicos e os privados, privilegiando estes sempre que possível.

O redimensionamento do papel da família, na sociedade atual, aponta para um “retorno ao privado”, para a “redescoberta” da função primária da família, a utilidade, além da necessidade, das relações familiares, com sua carga afetiva e sua função protetiva.²⁶⁶

O processo judicial é considerado invasivo da privacidade contribui para o acirramento das diferenças, colocando-se as partes como contendores de uma disputa, segundo o código binário de tudo ou nada, de certo ou errado, de inocente ou culpado²⁶⁷, sem que se tenha um acompanhamento protetivo ao caso concreto.

A tendência atual, no Brasil, é a desjudicialização das querelas familiares. Podemos citar algumas alterações legislativas as quais fundamentam essa afirmação, como a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal brasileira ao suprimir a causa, culposa ou não, para o requerimento de divórcio, para LÔBO convalidou a trajetória emancipadora do direito de família brasileiro, de menor intervenção estatal na vida privada e de maior respeito à autonomia privada das pessoas nesse âmbito.²⁶⁸

A legislação avançou na direção da tutela da privacidade, mediante a edição da Lei nº 11.441/2007, ao retirar da exclusividade da

²⁶⁶ ALPA, Guido. BESSONE, Mario *apud* LÔBO, Paulo. *Elementi di diritto civile*. p. 96. In: Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 49.

²⁶⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 49.

²⁶⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 49.

intervenção judicial o divórcio, quando os cônjuges estiverem de pleno acordo quanto aos alimentos, à partilha dos bens e ao uso ou não do prenome de um pelo outro. Dispensa-se o processo judicial, permitindo aos cônjuges, no exercício pleno de suas autonomias e vontades, que celebrem o divórcio no âmbito administrativo, mediante escritura pública.

Surge, recentemente, pelos civilistas o movimento a favor da aplicação da mediação como instrumento de solução dos conflitos familiares. É forçoso, esclarecer que o mediador não é julgador, sua função é aproximar os litigantes para que possam alcançar o máximo de consenso, promovendo o diálogo entre os envolvidos. As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, e todas as questões referentes a esse ramo do direito civil, saem do conflito que degrada as relações familiares e, em muitas vezes, promove a violência, para atribuir às pessoas a responsabilidade pelas próprias decisões compartilhadas, que tendem a ser mais duradouras que as decisões judiciais, pois estas não encerram o conflito.

A mediação familiar é um processo, através do qual, pessoas em disputa por questões de controvérsia são ajudadas no sentido de chegar a acordos ou estreitar as áreas desentendimentos entre elas, com a ativa intervenção de terceiro imparcial. Por lidar com intensos conflitos humanos e afetivos, recomenda-se abordagem multidisciplinar, preferindo-se mediador que transite entre o direito e as ciências da psique. As dificuldades são os limites emocionais dos envolvidos, a privacidade que impede compensações emocionais, a exigência da boa-fé de todos e os desequilíbrios de poder.²⁶⁹

Não se está propagando o retorno ao individualismo liberal, até mesmo porque na perspectiva atual não teria como se implantar o modelo fugindo da compatibilização como os preceitos constitucionais, frutos de conquistas substanciais dos direitos fundamentais. Porém, o desafio que se coloca o jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é,

²⁶⁹ SERPA, M. N. *apud* LÔBO, Paulo. Mediação em família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 19. In: Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a emenda Constitucional n.66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 50.

sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar.²⁷⁰

O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil brasileiro de 1916. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição brasileira vigente.

O Direito de Família contemporânea precisa assegurar essa intimidade familiar, garantindo o seu espaço privado (respeitando a liberdade humana), a salvo de ingerências do Estado. Como pondera ARIËS, vislumbrando o modelo atual de família, detecta-se uma premente necessidade de intimidade, e também de identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, o costume e o gênero de vida.²⁷¹A satisfação na resolução do conflito envolvendo direito de família, muito vezes está na possibilidade de mínima exposição da vida privada das pessoas envolvidas, situação não encontra certamente no ambiente forense.

As constituições modernas, quando trataram de família partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonial. Não é comum tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidentais tem avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido de atribuir efeitos jurídicos próprios de direitos de família às demais entidades familiares. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente, união estável e entidade monoparental, além de permitir a interpretação extensiva de modo a incluir as demais entidades implícitas.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF nº 132/2011, da Relatoria do Ministro Ayres Brito, ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, assim, quebrou

²⁷⁰ CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90-92.

²⁷¹ ARIËS *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. História social da criança e da família. p. 213. In A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: editora Lumen júris, 2006. p. 10.

paradigma, exaltou a força normativa da Constituição e sua auto aplicabilidade imediata, ao entender que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.²⁷²

A proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo inconstitucional toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.²⁷³

²⁷² TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, 2005. p. 349.

²⁷³ *Idem. Ibidem.* p. 349.

Argumentos culturais de que a imposição proveniente da lei se justificava pelo interesse da família, indicando uma tutela para o grupo familiar em si mesmo, cedem espaço para à proteção e reconhecimentos de direitos aos seus componentes. Assim, como enfatiza FARIAS não há mais proteção à família pela família, mas senão em razão do ser humano que a integra.²⁷⁴

Podemos extrair esse comando na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 3º, quando estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos. Deste objetivo, todos os aplicadores e estudiosos da ciência do direito, devem interpretar de forma ampla e sistemática todos os ditames infraconstitucionais em favor da dignidade da pessoa humana.

Para TEPEDINO ao observarmos os comandos dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal brasileira, vigente, nos conduzem ao raciocínio de que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.²⁷⁵

Os princípios possuem força normativa, a doutrina e a jurisprudência não negam, e com isso supera-se a falsa crença de que teriam, tão somente, uma dimensão puramente, ética ou valorativa, desprovidos de eficácia e força jurídica, assim, permite-se a sua aplicação direta e imediata, reconhecida sua eficácia negativa e positiva.

Os valores constitucionais irradiam e condicionam a interpretação das normas legais, atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade

²⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: editora Lumen júris, 2006. p. 21.

²⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, 2005. p. 349.

humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional, segundo SARMENTO.²⁷⁶

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A mediação é um procedimento democrático porque rompe, dissolve, os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. É democrática porque acolhe a desordem, e, por conseguinte, o conflito como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um direito inclusivo. A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de resolução adversária de disputas jurídicas modernas, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.²⁷⁷

Ainda, a mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas abordagens linguístico-temporais.²⁷⁸

Em prol da preservação da dignidade da pessoa humana deve-se garantir a utilização de métodos menos invasivos e razoáveis de composição civil, independentemente de ser através de processos judiciais ou composição de conflitos extrajudiciais, a escolha dos envolvidos.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010. p. 155.

²⁷⁷ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003. p. 143-145.

²⁷⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 159.

A justiça estatal pode não ser a alternativa de maior eficiência, como também pode não se apresentar como a melhor alternativa para efeito de um trato equitativo entre as partes.

Os conflitos de família não necessitam sempre ser solucionados com a intervenção do Estado-juiz. Cresce a convicção de melhor equilíbrio entre os espaços públicos e os privados, privilegiando estes sempre que possível.

A Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, inciso X elevou a preservação da privacidade, notadamente da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas humanas, ao status de direitos fundamentais invioláveis. A família é o espaço por excelência da privacidade.

A redefinição do papel da família, na sociedade atual, aponta como um resgate ao privado, num descobrimento da função primária da família, a utilidade, além da necessidade, das relações familiares, com sua carga afetiva e sua função protetiva.

O Estado não é o único garantidor da paz social, o modelo de jurisdição estatal longe de ser o mais democrático, pois na maioria das vezes é autoritário, repele o consenso, ao ditar as regras a serem aplicadas e como serão e quais matérias deverão ser aplicadas. Devendo, assim, apenas ser acionado quando estritamente necessário ou quando as querelas envolver interesse coletivo.

REFERÊNCIAS:

ALPA, Guido. BESSONE, Mario *apud* LÔBO, Paulo. *Elementi di diritto civile*. p. 96. In: Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ARIÈS *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. História social da criança e da família. p. 213. In A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: editora Lumen jûris, 2006.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. In: Une justice douce. Paris: Syros, 1992.

BRAGANHOLO, B. H. Novo desafio do Direito de Família contemporânea: a Mediação Familiar. Conferência proferida no I Congresso de Direito de Família do Mercosul, realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, de 2 a 4 de junho de 2005. R. CEJ. Brasília, n. 29.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Centelha, 1981.

CEZÁR-FERREIRA, V. A. M. A culpa nas separações conjugais, vista de uma ótica psico-jurídica. III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999.

CHAVES, Nadja Mary; MACIEL, Saily Karolin. Mediação familiar nos casos de dissolução de sociedade e vínculo conjugal. In: CRUZ, Roberto Moraes; MACIEL, Saily Karolin; RAMIREZ, Dario Cunha (Orgs). O trabalho do psicólogo no campo jurídico. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

COSI, Giovanni *apud* MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. La responsabilita Del giurista. Torino: Giappichelli, 1998. P. 343. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: Revista Serviço Social e Sociedade. Ano XXII, n. 67, set. 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: editora Lumen júris, 2006.

GONÇALVES, Wilson José. União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento. 2007.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª edição. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ROULAND, Norbert. Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003.

- RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010.
- SCHABELL, C. Relações familiares na separação conjugal: contribuição da Mediação. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 13-20. Disponível em: [HTTP://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7-Numero_1/13a20.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Editora/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_7-Numero_1/13a20.pdf). Acesso em 26 de abril de 2013.
- SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. Mediação e guarda compartilhada. Conquista para a família. Curitiba: editora Juruá psicologia, 2011.
- SIX, Jean François. Dinâmica da mediação. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOLER, Raúl Cavo *apud* MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. I Giochi senza arbitro NE segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. Ars Interpretande. Pavova: CEDAM, 2004. P. 9. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- TARUFFO, Michele *apud* MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Considerazioni sparse su mediazione e dititti, Padova: CEDAM, 2004. N. 9. In: Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição. 2 ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, 2005.
- TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador.
Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O AMOR EM TEMPOS MODERNOS – EXISTE DIFERENÇA ENTRE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL?

Ana Mônica Anselmo de Amorim²⁷⁹

Antônia Iháscara Cardoso Alves²⁸⁰

RESUMO: A família é a base da sociedade, haja vista ser ela o palco do surgimento de características culturais. O casamento era a única forma de constituição familiar. No entanto, os relacionamentos foram se modificando com o passar dos anos e houve o reconhecimento de entidades familiares que antes não existiam no ordenamento jurídico. A Constituição Federal ampliou a figura da família e permitiu que a doutrina e jurisprudência a ampliasse também. A união estável foi um instituto reconhecido como entidade familiar, devendo ser protegida pelo Estado. A informalidade imanente à união estável tende a confundi-la com o namoro diante dedicação inquestionável dos namorados, mediante companhia frequente, inclusive, com o pernoite juntos. É uma realidade frequente em decorrência da liberdade protegida pela própria Constituição Federal, a qual tem provocado preocupações em diferenciá-los quando da análise do caso concreto. Isto porque o conhecimento de união estável gera o cumprimento de direitos e deveres para os conviventes, enquanto que o “namoro qualificado” não tem o condão de estabelecer efeitos morais e patrimoniais como ocorre no casamento e união estável, bem como nas demais modalidades de família.

PALAVRAS-CHAVE: Entidade familiar. União estável. Namoro Qualificado. *Affectio Maritalis*. Compromisso.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 - UNIÃO ESTÁVEL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ENTIDADE FAMILIAR; 3 - OS LIMITES ENTRE O

²⁷⁹ Mestre em Direito Constitucional (linha de concentração em Direitos Fundamentais) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar, Professora Adjunto III da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora do Curso Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe. Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará. Coordenadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

²⁸⁰ Advogada do Escritório Araújo, Soares, Barreto & Abre – Advogados Associados. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1 - INTRODUÇÃO:

O presente artigo pretende analisar dentro do cenário jurídico atual, as diferenças entre namoro e união estável.

A união estável consiste em entidade familiar, cuja Constituição Federal garantiu a proteção do Estado (Art. 226, § 3º), contudo, o art. 1.723 do Código Civil, não traz critérios objetivos para a definição desta entidade familiar, definindo-a enquanto união pública, contínua e duradoura, com o objetivo de formar uma família.

E o que é um namoro? É comum aos casais enamorados, mesmo em início de relacionamento, no clímax da paixão, trocarem não só juras de amor, mas sim, dividirem boa parte das 24 horas diárias, e em tempo de redes sociais, passam logo a dividir o mesmo perfil de rede social, ou o *status* social de “em relacionamento sério”, conferindo a este relacionamento um grau de comprometimento sobrelevado.

Destarte, ténue a linha diferencial entre a união estável e o namoro mais caloroso, chegando ao ponto de o Tribunal da Cidadania criar o *status* jurídico do namoro qualificado.

Pretende o presente artigo jurídico proceder uma análise do instituto da união estável, traçando seus requisitos e procedendo a uma diferenciação para o namoro, diante da nova figura jurídica do namoro qualificado.

2 - UNIÃO ESTÁVEL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ENTIDADE FAMILIAR:

O Código Civil de 1916 erigia enquanto forma de constituição de família legítima, a realização do matrimônio. Somente pelo casamento a família e os filhos advindos da união eram considerados legítimos e sujeitos de direito em relação aos seus genitores, posto que a prole surgida de relacionamento extramatrimonial era classificada como ilegítima.

A união livre, sem a perfectibilização do casamento - ato formal e solene, era tratada pelo Código Civil pretérito como uma relação concubinária, sem que houvesse qualquer direito a ser percebido pelas

partes integrantes desta união. Com o desenvolvimento das opiniões jurisprudenciais, as restrições percebidas no Código Civil de 1916 começaram a ser aplicadas somente ao concubinato adúltero, decorrente da relação entre pessoas impedidas de casar, sendo que pelo menos uma delas vive em comunhão com a esposa ou marido legítimos²⁸¹.

Isto porque, os tribunais começaram a reconhecer direitos à companheira, principalmente, no que diz respeito à meação dos bens adquiridos na constância da união informal, quando havida esta entre pessoas desimpedidas de casarem ou casadas, mas separadas de fato.

Observando a evolução das relações sociais, a quantidade de relacionamentos informais percebidos no âmbito social, a Constituição Federal de 1988 elevou esta entidade familiar, até então considerada concubinato puro, para a denominação de união estável, dando a esta a mesma proteção constitucional direcionada para o casamento, sendo então a união estável uma entidade familiar reconhecida constitucionalmente, consoante exposição do artigo 226, § 3º, da Carta Maior²⁸².

Da realidade apresentada acima, retirou da “marginalidade” as verdadeiras famílias constituídas sem a concepção do matrimônio, tendo em vista que pessoas se conheciam, se relacionavam e constituíam prole sem que este relacionamento fosse devidamente regulamentado pelo ordenamento jurídico nacional enquanto entidade familiar, figurando-se apenas na seara obrigacional enquanto sociedade de fato.

De forma esclarecedora, Rolf Madaleno²⁸³ disserta que:

A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado concubinato,

²⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 6, 10ª Ed, 2013, Editora Saraiva, São Paulo, p. 29.

²⁸² Art. 225. Caput. § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁸³ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª Ed., ver., atual. e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 8.

em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável.

Busca-se, portanto, uma maior valorização da afetividade quando se fala em reconhecimento de entidade familiar, sem que haja a necessidade de uma cerimônia que reporte na confirmação do amor existente entre as pessoas envolvidas no *animus familiaris*. Maria Berenice Dias²⁸⁴ confirma que “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

Após a Constituição Federal em vigor, adveio a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 para fins de regulamentação dos direitos dos companheiros a alimentos e sucessão. Em seu artigo 1º, determina que a companheira de homem desimpedido para casar, unido a este por mais de 5 (cinco) anos, ou com filhos, tem o direito a pugnar alimentos²⁸⁵.

Empós, adveio a Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996 que expressamente regula o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal e determina o conhecimento de entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, haja vista a redação do artigo 1º da respectiva norma²⁸⁶.

Verifica-se que a segunda norma não determina o elemento tempo como caracterizador crucial da união estável, ao passo que restou conservado pelo Código Civil de 2002, quando da leitura do *caput* do artigo 1.723²⁸⁷. Argumenta Carlos Roberto Gonçalves que a legislação civil

²⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., ver., atual., e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 34.

²⁸⁵ Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

²⁸⁶ Brasil. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

²⁸⁷ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

de 2002 revogou as normas anteriores, porquanto dispor sobre a união estável no Título III, correspondentes aos artigos 1.723 a 1.727.

Diante do que restou percebido, a Constituição Federal conferiu dignidade a união livre, hoje denominada de união estável, porquanto amparou os direitos das pessoas conviventes. Nestes termos, preleciona Paulo Lôbo:

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento.²⁸⁸

Desta feita, a união estável é percebida quando da união duradoura, pública e contínua entre duas pessoas com o flagrante intuito de constituir uma base familiar, consoante expõe o caput do art. 1.723 do Código Civil em vigor. Cumpre aferir que consiste em um ato-fato jurídico, porquanto não ser imprescindível manifestação acerca da sua existência para que haja amparo da legislação constitucional e infraconstitucional²⁸⁹.

Por ser uma realidade mais fática do que formal, a legislação e a doutrina estabeleceram pressupostos necessários para a percepção de união estável entre duas pessoas, os quais estão divididos em elementos subjetivos e objetivos que serão perfilhados doravante, contudo, merece ênfase o elemento subjetivo da *affectio maritalis* que consiste no ânimo de constituir uma entidade familiar.

É absolutamente necessário que o casal tenha o fim de formação familiar para que a união estável seja reconhecida. No entanto, é importante realçar que o conhecimento do estatuto da união estável necessita que haja a efetiva constituição da família, ou seja, que ela já exista e não somente uma expectativa de sua constituição²⁹⁰.

²⁸⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 169.

²⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., ver., atual., e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 242.

²⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 6, 10ª Ed, 2013, Editora Saraiva, São Paulo, p. 618.

O segundo pressuposto para o reconhecimento desta entidade é a convivência *more uxorio* que consiste na partilha de todos os aspectos da vida, sejam eles materiais e imateriais, envolvendo, por conseguinte, “a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho”, alicerçando o relacionamento afetivo²⁹¹.

Cumpre salientar, todavia, não ser imprescindível a convivência sob o mesmo teto para o conhecimento da convivência *more uxório*, ou seja, para o compartilhamento de vidas, consoante exposto no parágrafo anterior, haja vista a redação da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal que emana o seguinte conteúdo: “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Quanto aos aspectos objetivos, fala-se em notoriedade da união estável, ou seja, a aparência de casados ou publicidade do relacionamento cuja presença do *affectio maritalis* é facilmente constatada. Nestes termos, “a publicidade denota da relação no meio social frequentado pelos companheiros”²⁹², no sentido de preservar a imagem de pessoas “casadas”, embora não haja qualquer cerimônia formal e solene que configure.

Outro requisito objetivo é a estabilidade do relacionamento no que diz respeito à duração deste. Isto porque, embora o Código Civil não tenha determinado o tempo mínimo para o conhecimento da união estável, não há como configurar este estatuto quando a relação é momentânea ou fugaz. Paulo Lôbo²⁹³ especifica que:

Na união estável a estabilidade decorre da conduta fática e das relações pessoais dos companheiros, sendo presumida quando conviverem sob o mesmo teto ou tiverem filho. Evidentemente, essas presunções admitem prova em contrário, pois o filho pode resultar de relacionamento casual, sem qualquer convivência dos pais. A noção de convivência duradoura é imprescindível, tendo em vista que a união estável é uma relação jurídica derivada de um

²⁹¹ Idem, p. 615.

²⁹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., ver., atual., e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 244.

²⁹³ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 173.

estado de fato more uxório, que nela tem sua principal referência.

Realça o eminente doutrinador sobre a facilidade de constatar a estabilidade do relacionamento quando da existência de prole ou quando da convivência sob o mesmo teto, contudo, face a existência de união estável entre pessoas que moram em locais distintos, há uma dificuldade de comprovação, porquanto ser uma situação fática. Nestes termos, haverá outros elementos a serem analisados, em especial, o *affectio maritalis*.

A continuidade do relacionamento também é elemento constitutivo da união estável, reportando-se, outrossim, a estabilidade deste. Isto porque, consoante o entendimento de Gonçalves, as constantes rupturas do relacionamento causam uma certa insegurança aos terceiros que o visualizam, haja vista ser uma circunstância de fato e não formalmente documentado como o casamento²⁹⁴.

Não obstante o argumento acima, Rolf Madaleno leciona que breves rompimentos não têm o condão de desconfigurar a união estável, haja vista os desentendimentos serem normais quando da conjugação de pessoas diferentes. A união estável só não vai mais prevalecer quando houver a efetiva separação do casal, reportando-se em uma ruptura definitiva, haja vista o termo final da união²⁹⁵.

O Código Civil de 2002 ainda acrescentou outro requisito para a constituição de união estável, que é o desimpedimento dos companheiros. Ou seja, aqueles que são impedidos de casarem, exceto se estiver separado de fato do ex-cônjuge, não podem constituir união estável, nos moldes do parágrafo primeiro do artigo 1.723 do Diploma Civil.²⁹⁶

²⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 6, 10ª Ed, 2013, Editora Saraiva, São Paulo, p. 624.

²⁹⁵ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª Ed., ver., atual. e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 1.102.

²⁹⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Diante da dificuldade de provar a união estável, principalmente se os companheiros não conviverem sob o mesmo teto, fala a doutrina na confecção de um Contrato de Convivência, no sentido de haver algum documento que relate a existência do relacionamento fático e aplicar os efeitos materiais e imateriais ao caso.

É incontestado, no entanto, que o documento não constitui a união estável, mas somente os elementos caracterizadores abordados alhures e descritos no *caput* do art. 1.723 do Código Civil, sendo, todavia, um indício da sua existência, ao passo que a manifestação unilateral não comprova a configuração da entidade familiar sob enfoque²⁹⁷. Fala-se, portanto, em presunção *iuris tantum* da união estável quando da existência do documento sob enfoque.

3 - OS LIMITES ENTRE O NAMORO E A UNIÃO ESTÁVEL – ONDE COMEÇA A FAMÍLIA?:

Quando do conhecimento da união estável como entidade familiar, houve a confirmação de que os companheiros têm direitos e deveres mútuos, dando ensejo aos efeitos morais, como o afeto, o respeito e a lealdade, e os efeitos patrimoniais decorrentes da convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas.

Fala-se em efeitos patrimoniais, porquanto, na dissolução da união estável, há a divisão dos bens adquiridos na constância da união, de forma onerosa, ao passo que, no silêncio dos companheiros, é percebido o regime de comunhão parcial de bens, conforme o artigo 1.725 do Código Civil em vigor. Do contrário, ou seja, da existência de contrato escrito pelos companheiros, vigora o regime de bens disciplinado neste documento.

Os companheiros, ainda, possuem direitos e deveres alimentícios um em relação ao outro, consoante exposição do artigo 1.694 do Código Civil, tendo ainda o companheiro direito sucessório nos moldes do artigo 1.790 do *Codex Civile*, em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

²⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., ver., atual., e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 257.

É crível, portanto, que a configuração da união estável, decorrente da proteção entabulada pela Constituição Federal, reputa, outrossim, no conhecimento de diversos direitos que antes eram marginalizado pela legislação nacional, direitos estes patrimoniais e morais.

No entanto, por ser um relacionamento circunstanciado, ou seja, sem documentação que a comprove, a rigor, os tribunais e doutrinadores têm se preocupado em limitar estes direitos a união estável propriamente dita, haja vista a flagrante semelhança existente entre esta união informal e o namoro.

Tem aferido os tribunais que namorados, mesmo aqueles mais próximos, com convivência frequente, dada a modernidade dos relacionamentos amorosos, não são protegidos pelo Estado, nos moldes do artigo 226 da Constituição Federal.

Contudo, onde termina um namoro, e inicia uma união estável?

Imagine o casal João e Maria, apaixonam-se, e enamorados mergulham em um relacionamento amoroso profundo e intenso. Depois de um ano de namoro, João praticamente muda-se para o apartamento de Maria, mantendo neste, algumas roupas, realizando refeições, sendo conhecido pelos vizinhos e funcionários do prédio onde mora Maria. Após 01 ano e 06 meses, do que Maria pensava ser apenas um namoro, que veio ao fim, é surpreendida com demanda judicial proposta por João, pugnando pelo reconhecimento e dissolução da união estável, com a consequente partilha dos bens comuns. Surpresa, Maria se pergunta: em que momento eu passei a conviver em união estável?

Diante desta insegurança, pode-se custar a Maria metade de seus bens, posto que para que se proceda à partilha dos bens comuns, não se faz necessária a contribuição financeira recíproca.

Consoante outrora afirmado, tênue é a linha divisória entre união e estável e namoro, e passando a analisando dos requisitos para a formação da entidade familiar, percebe-se a dificuldade prática factual de diferenciar tais institutos. Quanto ao lapso temporal, para que se configure a união estável não se exige mais prazo, o art. 1.723 do Código Civil, define apenas como união pública, contínua e duradoura - 06 meses, 01 ano, 05 anos - não se sabe.

Nelson Rosenvald em entrevista à revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (Edição nº 20 Abril/Maio de 2015), sobre a diferença entre união estável e namoro afirma:

A distinção é fundamental, pois o namoro é uma espécie de união livre, ou seja, uma relação mantida entre pessoas que, não sendo casadas entre si e não convivendo maritalmente, sem formalidades, mantêm uma convivência afetiva. Já a união estável é uma comunhão de vidas, um modelo de família eu apenas se aparta do casamento pela forma de constituição e prova de sua existência. É da essência de um namoro que o casal não conviva como se estivesse enlaçado pelo matrimônio. [...] Decantando p art. 1.723 do CC, a união estável se configura na soma de quatro requisitos: a) estabilidade – ou seja um relacionamento de feição não-acidental, porém se exigência de tempo mínimo, posto constituído progressivamente, no crescente comprometimento do casal; b) continuidade – quer dizer, solidez na relação, sem interrupções constantes e sérias; c) publicidade requer uma certa notoriedade ou reconhecimento social, sem que demande o alarde, pois o casal deve resguardar a sua privacidade; d) intuito de constituir família – é o requisito subjetivo, da comunhão de vidas, material e imaterial. No momento do planejamento familiar a Constituição Federal franqueia ao casal ampla proteção, funcionalizada na dignidade de seus membros. Um namoro prolongado – ou “namoro qualificado” – poderá contar com os três primeiros requisitos, mas será privado do último, pois a união livre ´desprovida da intenção de criar laços familiares.

Talvez a maior diferença entre namoro e união estável, seja a *affectio maritalis*, no entanto, trata-se de elemento subjetivo, mantido no íntimo de cada pessoa, e como saber o que o outro pensa ou pretende?

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, criou a figura jurídica do namoro qualificado, isto porque os relacionamentos amorosos tendem a aproximar mais os envolvidos do que antigamente, porquanto a nova aparência dos namorados a qual o direito tem de se adequar. Os namoros, ganham contemporaneamente um status maior de comprometimento e compromisso, fazendo com que os enamorados dividam maiores responsabilidades e cobranças, seja em declarações públicas de amor eterno, ou em compartilhar integralmente a vida.

2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. 2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. 3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento. 4. Afigura-se relevante anotar que as partes, embora pudessem, não se valeram, tal como sugere a demandante, em sua petição inicial, do instituto da conversão da união estável em casamento, previsto no art. 1.726 do Código Civil. Não se trata de renúncia como, impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem. Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. A celebração do casamento, com a eleição do regime de comunhão parcial de bens, na hipótese dos autos, bem explicita o termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. A cronologia do relacionamento pode ser assim

resumida: namoro, noivado e casamento (Recurso Especial 1454643, Min. Marco Aurélio Bellizze, 03 de março de 2015)”.

As pessoas são mais livres para se relacionarem umas com as outras, tanto é que os namoros são mais desenvolvidos, haja vista a presença da companhia diária, a possibilidade de dormirem juntos com frequência, porquanto serem pessoas adultas e capazes que se relacionam, possuindo relação sexual ativa. Hoje, esta realidade é facilmente percebida, obrigando o direito a abordar as respectivas circunstâncias.

Assim, há circunstâncias em que o casal possui relação sexual madura, aprecia a companhia um do outro constantemente, pernoitam juntos, são fiéis e sempre estão na companhia um do outro em público, mas não se trata, no caso, de união estável, mas de um namoro qualificado, porquanto não haver o *affectio maritalis*.

Acerca da dificuldade de diferenciação, o julgador do Superior Tribunal de Justiça – Ministro Marco Aurélio Bellizze, cita a doutrina de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que apenas de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por este motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes entre ambos, o que os diferencia é o objetivo precípua de constituir família – presente na união estável e ausente no namoro qualificado. (...) Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e matéria recíproca não totalmente irrestrita.²⁹⁸

²⁹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. 2013. Editora Saraiva, *apud* STJ – Resp. nº 1.454.643-RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 03/03/2015, TERCEIRA TURMA, julgado em

O viés doutrinário acima, portanto, realça que a principal e esclarecedora diferença entre o namoro qualificado e a união estável é o *animus familiaris*, ou seja, a vontade de constituir família, ao passo que, embora os amantes do namoro qualificado tenham a intenção de formar uma entidade familiar, está consiste em uma expectativa, isto é, uma realização futura que, por mais que pareça, a primeira vista, não é vislumbrada no presente de um namoro qualificado.

Enquanto isto, na união estável, a entidade familiar ou o *affectio maritalis* já existe, haja vista a presença dos requisitos elencados outrora, motivo pelo qual enseja na proteção do Estado e, por conseguinte, geram direitos e deveres entre os conviventes. Desta feita, não há o que se falar em união estável quando “não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família”²⁹⁹, mesmo constante o relacionamento amoroso, com a manutenção de relações sexuais, viagens a dois, presença em festas e jantares.

Percebe-se que a principal diferença se encontra no elemento subjetivo caracterizador da união estável, ao passo que sua ausência reputa na percepção de noivado ou mesmo de namoro qualificado, dada a atual circunstância dos relacionamentos amorosos diversos do casamento e da união estável.

No sentido de haver alguma preservação nos relacionamentos, algumas pessoas têm preferido a constituição de um contrato de namoro para que não haja uma confusão entre as instituições sob enfoque. No entanto, a união estável consiste em uma relação fático-jurídica que, como dito anteriormente, é constituída com a observância dos pressupostos assinalados, ao passo que nem o contrato de união estável reputa na presunção absoluta de sua existência.

Da mesma forma ocorre com o contrato de namoro que, no caso da existência dos pressupostos envolvidos, configura-se a união estável

03/03/2015, Dje 10/03/2015. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque-ncial=1385925&num_registro=201400677815&data=20150310&formato=PDF>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

²⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 6, 10ª Ed, 2013, Editora Saraiva, São Paulo, p. 618.

mesmo na existência deste documento, asseverando Paulo Lôbo que “esse contrato é de eficácia nenhuma, jamais alcançando seu intento”³⁰⁰.

Assim, “namorar não cria direitos e deveres”³⁰¹, mesmo se este relacionamento for qualificado diante da aproximação constante dos namorados. Tal entendimento é preconizado, outrossim, pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento o Recurso Especial nº 1.454.643-RJ, o qual exalou que, embora as partes tenham morado juntas no exterior, não houve o conhecimento da união estável, porquanto flagrante o intento de constituição familiar no futuro e não quando da convivência sob o mesmo teto que, por óbvio, não é requisito para o conhecimento da entidade familiar sob enfoque.

Em seguida, a Corte Superior, no caso em foco, decidiu pela existência de um namoro qualificado, dada a ausência do *affectio maritalis* e negou a partilha do imóvel comprado por um dos companheiros quando da convivência no exterior, o qual, futuramente, veio a ser objeto da moradia da família quando da realização do casamento.

4.1 No contexto dos autos, inviável o reconhecimento da união estável compreendida, basicamente, nos dois anos anteriores ao casamento, para o único fim de comunicar o bem então adquirido exclusivamente pelo requerido. Aliás, a aquisição de apartamento, ainda que tenha se destinado à residência dos então namorados, integrou, inequivocamente, o projeto do casal de, num futuro próximo, constituir efetivamente a família por meio do casamento. Daí, entretanto, não advém à namorada/noiva direito à meação do referido bem.³⁰²

É crível que o namoro, mesmo qualificado, não gera direitos e deveres para os envolvidos, porquanto não haver entidade familiar constituída, ao passo que, no caso acima, o direito que poderia surgir era se os dois tivessem contribuído para a aquisição do apartamento, porquanto haveria uma relação obrigacional, nada tendo a ver com direitos originados de uma entidade familiar.

³⁰⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 176.

³⁰¹ Idem.

³⁰² Idem.

Assim, o *animus familiaris* consiste em requisito imprescindível para o conhecimento da união estável e efeitos materiais e morais verificáveis, porquanto ser elemento de suma importância para diferenciar a entidade familiar em tela do mero namoro, ainda que qualificado, haja vista aquela não ser perfectibilizada mediante contrato solene como acontece com o casamento.

O entendimento em tela tem sido percebido pelos demais precedentes jurisprudenciais, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto a preocupação deste em diferenciar os institutos, haja vista somente a união estável ser garantidora de direitos e deveres³⁰³.

Destarte, o efêmero e fugaz às vezes pode ganhar contornos de definitividade. O namoro mais próximo, mais arraigado, mais aproximado, qualificado, vem confundindo-se com união estável, e trazendo com isto consequências, mormente de índole patrimonial. Para fins de diferenciação destes institutos advindos dos relacionamentos humanos, deve-se atentar para a percepção do elemento subjetivo de constituição familiar, ou seja, o *affectio maritalis*. A presença da vontade de constituir família é basilar para diferenciar a união estável e do namoro “mais chegado”, tendo em vista que a primeira consiste em entidade já existente, digna de proteção estatal, e as últimas preservam a vontade de constituir família em momento futuro.

Constata-se, desta feita, que os relacionamentos sociais e amorosos têm sofrido grandes modificações no que diz respeito à aparência frente à sociedade, devendo o direito, composto por normas e desenvolvidas pelos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, se adequar as mudanças constantes na seara social, no sentido de diferenciar as entidades familiares da mera perspectiva de sua existência.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

³⁰³ STJ - REsp 1263015/RN, www.stj.jus.br. Acesso em: 11 de junho de 2015.

_____. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

_____. Constituição Federal de 1988. www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de junho de 2015.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

_____. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 – Conselho Nacional de Justiça. Acesso em: 09 de junho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1348458/MG Acesso em: 09 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AREsp 609.856/SP. Acesso em: 09 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal - ADPF 132. Acesso em: 09 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – Resp. nº 1.454.643-RJ. Acesso em: 11 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1263015/RN. Acesso em: 11 de junho de 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1257819/SP. Acesso em: 11 de junho de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - AC: 70052773249 RS. Acesso em: 11 de junho de 2015.

CALVANCANTE, Márcio André Lopes. Existe direito real de habitação para o companheiro sobrevivente (união estável)? www.dizerodireito.com.br. Acesso em: 09 de junho de 2015.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Coleção Obra Prima de Cada Autor. Editora Martin Claret, São Paulo, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., ver., atual., e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito de Família. Vol. 6, 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. VI.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Vol. 6, 10ª Ed, 2013, Editora Saraiva, São Paulo.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª Ed., ver., atual. e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.

ROSENVALD, Nelson. União livre ou comunhão de vida? Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Edição nº 20, Abril e Maio de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. www.stf.jus.br. Acesso em: 09 de junho de 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5, 9ª ed., ver., atual., ampl., Editora Método, São Paulo, 2014.

O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

Ana Mônica Anselmo de Amorim³⁰⁴
Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra³⁰⁵
Sara Beatriz Soares Alves³⁰⁶

RESUMO: Este artigo tem como objetivo discutir acerca da atuação muitas vezes ativista da jurisdição estatal nos conflitos de Direito de Família e sua imensa responsabilidade, elencando a evolução histórica das relações familiares e o impacto social dessas inovações trazidas à baila pelo Poder Judiciário a despeito de matérias sequer ainda dispostas em lei. Nesse sentido, importante se faz perceber que cada vez mais há necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente na seara de família, retirando, assim, a exclusividade do Estado. Por efeito de o Poder Judiciário está sendo visto no Direito Brasileiro não mais como mero aplicador da lei, em decorrência de assumir constantemente também a função legislativa, chegando até a regulamentar situações que nem mesmo a Constituição Federal cita, despertou-se uma série de controvérsias acerca da legitimidade de sua atuação, porquanto a doutrina e os juristas aplicadores do Direito interpretam positivamente ou negativamente o fato de o judiciário agir com ativismo diante dos casos de família. Através de posicionamentos divergentes, busca-se aprimorar métodos aplicáveis, que possibilitem uma forma de Resolução dos conflitos dentro do que a lei prevê, desafogando o judiciário de tantas funções, de modo que a resolução seja satisfatória para ambas as partes. O ativismo hoje é essencial ao Direito das

³⁰⁴ Mestre em Direito Constitucional (linha de concentração em Direitos Fundamentais) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar, Professora Adjunto III da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora do Curso da Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe, Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará. Coordenadora do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

³⁰⁵ Professora Orientadora. Docente da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – Faculdade de Direito, Mestra pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Promotora de Justiça do Estado do Ceará.

³⁰⁶ Estudante do 6º período do curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte - UERN, participante do projeto de Pesquisa “Pensando em Família”. Estagiária de Direito do escritório de Advocacia, ASBA – Araújo, Soares, Barreto e Abreu. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil. (sarabeatriz.riacho@hotmail.com/ sara@asba.adv.br).

Famílias, servindo como forma de “legislar”, diante de um Poder Legislativo deliberadamente omissivo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Poder Judiciário. Meios alternativos de resolução de conflitos. Efetivação de Direitos. Ativismo judicial.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - O DIREITO DE HOJE- A JUSTIÇA DOS PRECEDENTES; 3 - ATUAÇÃO EXARCEBADA DO JUDICIÁRIO x FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NAS QUESTÕES DE FAMÍLIA; 4 - INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS NA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES; 5 – UMA ANÁLISE DOS PRECEDENTES E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS; 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 – INTRODUÇÃO:

Há tempos, se discute entre os operadores do direito sobre o possível “ativismo judicial” realizado pelos juízes em geral e mesmo pela Suprema Corte, em razão de decisões polêmicas, as quais não possuem respaldo normativo. Como exemplo, temos a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 132³⁰⁷ e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277³⁰⁸, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais o direito de fundo foi a regulamentação das uniões homoafetivas.

Não se pode aqui olvidar de mencionar o recente julgamento do Pretório Excelsior, em Recurso Extraordinário nº 898.060309

³⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Rio de Janeiro. Plenário 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17/06/2015.

³⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Distrito Federal. Plenário 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 17/06/2015.

³⁰⁹ Parte da Ementa do Recurso Extraordinário nº 898.060 - EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA

(Repercussão Geral nº 622), de relatoria do Ministro Luiz Fux que ressaltou, em atenção ao princípio da paternidade responsável, que tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja para preservar o interesse do filho.

É bem verdade que o Direito das Famílias modifica-se constantemente, exurgindo a dificuldade de acompanhamento da lei sobre as necessidades surgidas no meio social. Ademais, com a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, denominada de o Novo Código de Processo Civil, aumentou-se a preocupação acerca da gritante responsabilidade colocada sobre os juízes na resolução dos litígios mediante o caso concreto, objetivando a celeridade dos trâmites processuais e cada vez mais afastando-se da aplicação pura do ordenamento legal.

Os princípios democrático e da separação dos poderes são elementos para criticar o ativismo judicial em prática no Brasil de hoje. Esses princípios são fundamentos que sustentam a ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se podem admitir decisões judiciais extravagantes ou desarrazoadas, que não observam o necessário equilíbrio entre os poderes constituídos e a soberania popular, como afirma Renato Jardim da Silva, em seu projeto de monografia³¹⁰.

FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

³¹⁰ SILVA, Renato Jardim. A EXPRESSÃO DO LEGÍTIMO ATIVISMO JUDICIAL - decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Mono_Renato_Ativism.pdf>. Acesso em: 28/09/2015.

A imposição do Poder Judiciário sobre questões privadas pode trazer consequências inestimáveis, sem falar que fere direitos fundamentais, como direito à vida privada, à intimidade e a livre autonomia da vontade, pautados na dignidade da pessoa humana. Assim, mais viável seria a aplicação de medidas de resolução extrajudiciais, diminuindo-se, portanto, as incumbências muitas vezes ilegítimas dos órgãos jurisdicionais.

No corrente artigo, apresentar-se-ão os argumentos obtidos pela culminância do tema em foco, permitindo-se depreender que para se dar prioridade a função social do processo é necessário que a lei seja inteiramente respeitada, apontando como modo de resolução da problemática incitada, a diligência de meios alternativos de solução dos conflitos familiares. Ademais, prudente ainda destacar a necessidade do ativismo judicial enquanto forma de efetivação de direitos, diante de uma omissão deliberada do Legislativo em regulamentar situações da vida humana.

2 - O DIREITO DE HOJE – A JUSTIÇA DOS PRECEDENTES:

O direito em si surgiu pela necessidade da humanidade em obter garantia de segurança jurídica, segurança essa estabelecida pelas regras positivadas. Entretanto, diferentemente do modelo inicialmente adotado no Brasil, do *Civil Law*³¹¹, atualmente percebe-se uma crescente adesão ao que se denomina de direito costumeiro, ou aquele advindo dos costumes, o *Common Law*³¹², que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais e não mediante atos legislativos ou executivos.

Não seria demais afirmar que o sistema jurídico brasileiro hoje, se pauta muito mais na interpretação do caso concreto pelo próprio juiz, na força dos precedentes judiciais, do que mesmo no que está disposto em lei. Tem sido visto com frequência natural nos processos o uso de

³¹¹ Estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil. O que basicamente significa que as principais fontes do Direito adotadas aqui são a Lei, o texto. Diferentemente do que a prática judiciária demonstra, uma vez que os costumes ainda se fazem bastante presente nas decisões.

³¹² Estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra.

jurisprudências como fundamento de teses de pedido ou de defesa, como se a analogia estivesse à frente da própria lei.

Acontece que as transformações sociais atingiram uma completude que impossibilita o Poder Legislativo de acompanhar, e ainda, nem sempre há interesse político nas discussões, principalmente, de assuntos polêmicos, como no exemplo do abortamento e das uniões homoafetivas, e da maioria penal (recentemente discutida em congresso), em geral, todos os que envolvem relações familiares.

Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias:

Quando o legislador se omite em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei.” (Dias, p. 28, 2015.)

Mas, atuando na seara legislativa, não estaria, o Poder Judiciário ferindo o pacto federativo, em termos constitucionais, e indo de encontro ao princípio da separação dos poderes ou ao modelo tripartite?

Complementando André Puccinelli Júnior descreve as atribuições do Poder Judiciário da seguinte forma:

Paralelamente, o poder judiciário pode também desempenhar funções atípicas mais afeitas ao campo do legislativo, a exemplo do que passa com as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, assim como exercer atípica e excepcionalmente afazeres executivos, como ocorre quando se entrega à gestão administrativa de seu pessoal... Todavia, como é sabido, tais funções atípicas só se legitimam se exercidas de forma excepcional e perante expressa autorização constitucional. (JÚNIOR, 2014, p. 625).

Então, é nesse limite que esbarra a função de legislar dos membros do Judiciário. Sua atuação só se legitimaria quando realizada em caráter excepcional e diante de autorização expressa da Constituição Federal.

Sobre a atuação mais ativa do Poder Judiciário Mauro Cappelletti³¹³ traz excelente reflexão, em que devem os Juízes: “a) *Permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*”.

José Herval Sampaio Júnior³¹⁴ também com bastante percuciência, leciona que:

“[...] no Brasil, existe toda uma ambientação fática e jurídica para que o Poder Judiciário possa cumprir sua missão constitucional de assegurar os valores postos pela sociedade como imprescindíveis para uma regular convivência social e não que esse Poder esteja se intrometendo em questões que não lhe são afeitas, pois qualquer caso que envolva desrespeito aos balizamentos constitucionais impõe a sua atuação firme e operante, sob pena de a Constituição se tornar letra morta”.

No que perquire ao Direito das Famílias, o ativismo judicial vem ganhando corpo diante da deliberada omissão legislativa em atenção aos reclames de uma bancada conservadora do Congresso Nacional. Assuntos como Multiparentalidade, Homoafetividade, Famílias Poliafetivas, Famílias Simultâneas, para o Congresso Nacional são tabus, deixando a árdua missão de “regulamentar” estas matérias para o Poder Judiciário.

Desta feita, é comum que o Judiciário seja chamado a discutir assuntos desta importância, sejam nas Cortes Superiores, ou nos Tribunais, fazendo com que cada vez mais o Direito das Famílias seja calcado em precedentes. Não se pode olvidar ainda de mencionar os Enunciados emitidos, aqui destaque-se o Conselho da Justiça Federal, que já dispõe de centenas de enunciados, frutos de suas Jornadas de Direito Civil, que vêm só para esclarecer temas ainda não normatizados.

³¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 47.

³¹⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008, p. 105.

3 - ATUAÇÃO EXARCEBADA DO JUDICIÁRIO x FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NAS QUESTÕES DE FAMÍLIA:

A família é a maior responsável pela formação dos indivíduos, desta forma, o Direito das Famílias é um dos mais importantes ramos do Direito. Não obstante, os conflitos gerados por ele muitas vezes não encontram soluções amigáveis, necessitando, assim, recorrer aos órgãos jurisdicionais.

Nesta senda, é imprescindível que haja uma atuação equilibrada do Poder Judiciário, dado o tamanho da responsabilidade que envolve vidas inteiras e acaba gerando resultados que nem sempre é o melhor para família, ou seja, pode trazer prejuízos irreversíveis!

O processo também é muito constrangedor em casos de família, posto que expõe a terceiros problemas de caráter íntimo. Segundo Misael Montenegro, “*o processo, é o instrumento de que se utiliza a parte que exercitou o direito de ação na busca de uma resposta judicial que ponha fim ao conflito de interesses instaurado ou em vias de sê-lo*”. Assim, complementa ele que o destino a que se pretende chegar é a solução do conflito de interesses.³¹⁵

Destarte, indaga-se: E se não houver solução do conflito, e pelo contrário tiver gerado outro?

A sentença judicial é permanente, salvo quando cabe recursos, por essa razão é muito difícil de apaziguar situações de família que envolvem afeto e interesses comuns. No exemplo da guarda compartilhada (Leis 11.698/2008³¹⁶ e 13.058/2014), a decisão final acaba por tratar a criança como objeto, aplicando-lhe uma rotina inconstante, sem medir o estrago que pode causar. Isso em situações legalmente estipuladas. Imagine, quando são julgados casos em que sequer há disposição legal para isso.

Neste ponto, merece ainda atenção os argumentos de que as decisões na seara familiares obedecem a cláusula *rebus sic stantibus*, podendo haver alteração das mesmas, dada a modificabilidade das

³¹⁵ FILHO, Misael Montenegro. P.162/163, 2012.

³¹⁶ A nova lei dá aos pais que estiverem em processo de separação a opção pela guarda compartilhada, onde ambos dividem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos.

situações jurídicas, não gerando coisa julgada material, exemplo, alimentos, guarda, direito de convivência, entre outros.

Prudente ainda colecionar uma reflexão sobre os julgados do STF a despeito de assuntos ainda não tratados pelo Poder Legislativo, como na união de pessoas do mesmo sexo, apontado por alguns doutrinadores como um avanço, uma vez que estaria o julgador apto a encobrir as lacunas deixadas pelo parlamentar, ademais, estaria somente cumprindo sua função de julgar, da qual não pode se abster.

Mais recentemente o próprio Pretório Excelsior em Recurso Extraordinário nº 898.060317 (Repercussão Geral nº 622), de relatoria do Ministro Luiz Fux destacou, em atenção ao princípio da paternidade responsável, que tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja para preservar o interesse do filho. Ou seja, neste precedente restou destacada não só a importância do parentesco afetivo, mas também, da multiparentalidade.

³¹⁷ Parte da Ementa do Recurso Extraordinário nº 898.060 - EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

BRUNO PAIVA MENEZES³¹⁸, opina baseando-se no doutrinador Mauro Cappelletti:

[...] O Poder Judiciário, atualmente, não pode se ater apenas às funções jurídicas tradicionais, técnicas e secundárias, mas também a um papel ativo, com decisões de natureza e efeitos políticos. Em vez do Judiciário fraco, atado à doutrina tradicional da separação de Poderes, criou-se o terceiro gigante, como assim define Mauro Cappelletti (1993), para manter o equilíbrio de forças necessário aos controles recíprocos entre os Poderes do Estado e ao controle dos poderes sociais e econômicos (CAPPELLETTI, 1993, p. 49-55).

Opondo-se a isto, quando perguntado sobre o assunto em entrevista, Lenio Streck³¹⁹ responde:

[...] O STF teve uma postura ativista e se colocou no lugar do legislador, violando a cláusula da separação dos poderes. Não está em pauta, na minha discussão, ser contra ou a favor das uniões homoafetivas. Particularmente, acho a causa justa. Mas a Constituição Federal teria de ser modificada ou criada uma nova legislação, porque o texto legal fala em homem e mulher. (STRECK, 2013).

Na visão dele, o Tribunal poderia ser ativista e inovar nas situações onde há espaço na Constituição, e não extrapolando-a. Coloca, ainda que esse é o ônus da democracia, pois nem tudo o que as pessoas querem o Parlamento aprova.

Então, para assumir sua função de julgar, o Poder Judiciário pode desobedecer disposições da Constituição Federal, que é a máxima lei brasileira? E se a função social do processo é solucionar os conflitos de interesses, não estaria, quando resolve legislar e inovar pretensões, criando maiores conflitos? Esta atuação do Judiciário afronta a Magna

³¹⁸ MENEZES, Bruno Paiva. ATIVISMO JUDICIAL: O Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de Injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Estagiario%204/Downloads/ativismo_judicial_menezes%20(2).pdf>. Acesso em: 28/09/2015.

³¹⁹ Ex-Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul e então advogado, pós doutor pela Universidade de Lisboa.

Carta, ou faz uma leitura conforme a constitucional? Há uma deliberada omissão Legislativa?

Com a atual Constituição Federal, o certo seria, inicialmente, a criação de leis infraconstitucionais, que regulamentasse todos os institutos e situações apresentadas. Porém, o que ocorre é a impossibilidade do legislador abarcar todas as situações controvertidas, principalmente, em Direito das Família, um dos ramos do Direito Privado que mais evolui, nos últimos anos. E pior, ocorre ainda verdadeira omissão deliberada do Legislativo, quando se omite em discorrer sobre temas como homoafetividade, ou uniões múltiplas, dentre outros temas, com o receio de atingir bancada mais conservadora do Congresso Nacional.

Na ausência da lei regulamentadora o Poder Judiciário vêm proferindo julgados fundamentando-se em princípios constitucionais, ou realizando uma interpretação conforme a Constituição, captando o verdadeiro espírito do legislador constituinte.

Luiz Roberto Barroso³²⁰, em seu artigo “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, discorre que:

[...] O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. (...) A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. (BARROSO, 2008).

Pode-se apontar que em um país onde a cultura religiosa é tão presente, o Parlamento brasileiro fica restrito às divergências de posicionamentos, preferindo assim não se expor quando se trata de assuntos polêmicos. Em consequência a essa omissão, diante da inafastabilidade de seu controle o Poder Judiciário deve assumir tal postura?

O texto legal, da CF diz:

³²⁰ Ministro do STF. Professor Titular de Direito Constitucional, Doutor e Livre-Docente – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre pela Yale Law School. Autor dos livros Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, dentre outros. Advogado.

“Art. 1º:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (CRFB, 1988).

Veja, a própria Constituição Federal responde que não, pois o poder é dado ao povo de escolher seus representantes, os quais devem defender seus interesses.

Portanto, conclui-se que, principalmente, nas demandas do Direito das Famílias, há uma atuação ativa do Poder Judiciário, que apresenta-se enquanto solucionador de conflitos, trazendo para si a responsabilidade que seria do Legislativo, e este não o faz. Como dito outrora, os acontecimentos sociais são muito dinâmicos, conquanto os instrumentos normativos não acompanham este dinamismo, deixando diversos acontecimentos humanos insolucionáveis, do ponto de vista legal. O Código Civil de 2002 por si só, já nasceu ultrapassado, retrógrado, repetindo em diversas circunstâncias dispositivos do arcaico Código Civil de 1916. Neste sentido, o ativismo judicial vêm se apresentando enquanto ferramenta necessária, à solução dos conflitos, via de consequência, às soluções das lides familiarescas.

4 - INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS NA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES:

Prudente neste ponto discorrer sobre os métodos de solução pacífica dos conflitos, em que as partes, diante de uma lide, constroem a solução adequada, a resposta aos problemas, partem das próprias partes.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prioriza a conciliação/mediação na resolução dos conflitos. Em casos familiares, que envolvem o íntimo da vida privada, é muito mais fácil de satisfazer as partes quando se chega ao consenso. Pensando nisto foi que os legisladores decidiram por modificar alguns aspectos processuais, de forma a tirar do foco da discussão os sentimentos ruins que podem dificultar o acordo, trazendo inclusive a conciliação/mediação para o primeiro momento processual, logo após a propositura da ação, deixando a fase defensiva para momento posterior.

A proposta do Novo Código de Processo Civil tem como finalidade a celeridade processual, em que o conciliador ou mediador tenta fazer com que as partes alcancem a solução adequada, por meio do diálogo, em que estas ofertem as melhores soluções ao problema, e tenham consciência de que a solução partiu delas, e não fora imposta pelo Estado-Juiz.

A forma de solução de conflitos disposta no novo código coexistirá com outros meios de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. É o que entende Cíntia Franco³²¹:

[...] O grande desafio do Poder Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, até a entrada em vigor no novo código, será a criação desses centros judiciários, com pessoas capacitadas para dirimir conflitos nas diversas esferas dos direito. (Franco, 2015).

Dentre os importantes mecanismos consensuais de composição de conflitos, pode-se destacar a Conciliação e a Mediação, os quais não se confundem, pois o conciliador de forma imediatista deve sugerir uma solução viável, demonstrando às partes que é a melhor alternativa para ambas, já o mediador, cautelosamente acompanha a solução discutida pelas partes, e tem a função de restaurar o diálogo entre elas.

Tanto no âmbito jurisdicional, como no extrajudicial, não há atualmente estrutura para fazer funcionar com agilidade e precisão a conciliação e a mediação, o que acaba, indiretamente, afogando o Poder Judiciário com inúmeras demandas.

A alternativa viável é o investimento nessas áreas preventivas, criando-se centros de audiência consensual, com profissionais qualificados, para melhor satisfação dos interessados.

³²¹ FRANCO, Cíntia. A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil - Busca-se como alternativa de solução da lide a composição amigável, pois o direito processual deve estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização deste. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 22/06/2015.

O Ministro Ricardo Lewandowski - do Supremo Tribunal Federal, disse em evento promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em novembro de 2014:

Temos que sair de uma cultura de litigiosidade e ir para uma cultura de pacificação. E isso será feito pela promoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem”. (Lewandowski, 2014).

Então, tanto o Poder Judiciário como a administração pública em geral, deve preferir a aplicação dos meios de garantir que haja a composição de conflitos, como forma principal, e o Estado, através da jurisdição estatal, interfira, apenas, excepcionalmente. A grande missão, é tornar as querelas familiares como eventos sociais a serem tratados e acompanhados de forma direta pelas partes, preservando o diálogo e a solução amigável.

5 – UMA ANÁLISE DOS PRECEDENTES E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS:

Para poder destacar a importância dos precedentes no Direito das Famílias, prudente neste ponto analisar duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que foram verdadeiros divisores de água.

Destaque-se de início a ADIN 4277 e a ADPF 132 do STF³²², em que restou reconhecida a União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

³²² “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. *Encampação dos fundamentos da ADPF 132-RJ pela ADI 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO*

Pois bem, a relatoria do *decisum* foi da lavra do Ministro Ayres Britto, tendo o mesmo realizado uma interpretação conforme a constituição, conclamando 03 (três) princípios: a) Dignidade da Pessoa Humana – Em que todas as pessoas, independente de sexo, cor, raça, idade, credo, opção sexual devem ser respeitadas, reconhecidas e valorizadas simplesmente por sua condição humana; b) Igualdade – Todos somos iguais, e merecemos tratamentos iguais, deve-se ter uma igualdade material, mas não somente a formal; c) Liberdade – Todos podemos escolher as pessoas com a qual podemos conviver, onde vivemos bem, escolher com que queremos formar uma família.

Em 15 de maio de 2013, fora publicada a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, em que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011). DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF” (ADPF 132/RJ E DA ADI 4.277/DF – REsp. 1183378/RS – Rel. Min. Luís Felipe Salomão – 25.10.2011).

Sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, Farias e Rosenvald³²³ traçam 03 (três) justificativas:

- 1) A Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática, observando-se primados como a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), Igualdade Substancial (art. 5º, CF/88), da não discriminação por opção sexual (art. 5º, CF/88), e do pluralismo familiar (art. 226, CF/88);
- 2) A família contemporânea tem como ponto de união o afeto, apresentando-se como direito de autodeterminação emocional;
- 3) Não proteger a entidade homoafetiva como grupo familiar é negar a compreensão instrumentalizada da família, retirando proteção da pessoa humana e reprimando uma era já superada, dedicando-se proteção à pessoa, atentando-se à sua dignidade.

O Tribunal Superior Eleitoral já reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (Recurso Especial Eleitoral 24564/PA).

Interessante trazer a lume, o enunciado 534 da CJF – “Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família”

O Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário nº 898.060324 (Repercussão Geral nº 622), de relatoria do Ministro Luiz

³²³ Curso de direito de família, 5. ed., v. 06, p. 91.

³²⁴ Parte da Ementa do Recurso Extraordinário nº 898.060 - EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATÍPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE.

Fux ressaltou, em atenção ao princípio da paternidade responsável, que tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja para preservar o interesse do filho.

No referido decisum, o relator negou provimento ao recurso e propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais”.

O Ministro Dias Toffoli salientou o direito ao amor, o qual está relacionado com as obrigações legais do pai biológico para com o filho, a exemplo da alimentação, educação e moradia. “Se teve o filho, tem obrigação, ainda que filho tenha sido criado por outra pessoa”, observou. Ao acompanhar o relator, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a tese sustentada pelo recorrente (pai biológico) apresenta “cinismo manifesto”. “A ideia de paternidade responsável precisa ser levada em conta, sob pena de estarmos estimulando aquilo que é corrente porque estamos a julgar um recurso com repercussão geral reconhecida”, avaliou Mendes.

O Ministro Edson Fachin abriu a divergência e votou pelo parcial provimento do recurso, ao entender que o vínculo socioafetivo “é o que se impõe juridicamente” no caso dos autos, tendo em vista que existe vínculo socioafetivo com um pai e vínculo biológico com o genitor. Portanto, para ele, há diferença entre o ascendente genético (genitor) e o pai, ao ressaltar que a realidade do parentesco não se confunde exclusivamente com a questão biológica. “O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar”, disse, ao destacar a inseminação artificial heteróloga (doador é terceiro que não o marido da mãe) e a adoção como exemplos em que o vínculo biológico não prevalece, “não se sobrepondo nem coexistindo com outros critérios”.

PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

O *decisum* do STF reflete duas grandes tendências, *primus* a necessidade de reconhecimento do afeto quanto elemento caracterizador/formador de vínculos (parentesco socioafetivo), *secundus* a multiparentalidade, a possibilidade de constituição de vínculo de parentesco simultâneo.

Hodiernamente, o conceito de família transcende ao fenômeno exclusivamente biológico, permeando uma compreensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros. Em sua feição pós-moderna, a família encontra alicerce no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros, e na preservação da dignidade destes; a família passa a ser, portanto, “um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”³²⁵.

Destarte, deixa a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreatjada), surgindo então os novos arranjos familiares. A família passa a ser compreendida como uma “organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade”³²⁶.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pelo todo o exposto, fica claro a existência de ativismo judicial nas questões de família. Além disso, para que seja alcançada a função social do processo que e a resolução dos conflitos, em muitos casos não há necessidade de intromissão do Estado.

Cada vez mais o Poder Judiciário é chamado para ofertar soluções em conflitos familiares. Discussões que envolvem União Homoafetiva, Multiparentalidade, Famílias Poliafetivas, Famílias Simultâneas, deixam de ser objeto de discussão por parte de um Congresso Nacional extremamente conservador.

Conclui-se, que os conflitos familiares devem ser o alvo das aplicações consensuais, uma vez que trata de questões afetivas, passíveis de geração de transtornos inestimáveis, e onde há maior possibilidade de erro sentencial por parte do Juiz. Bem como, ressalte-se a importância

³²⁵ Curso de direito de família, 5. ed., v. 06, p. 42.

³²⁶ Curso de direito de família, 5. ed., v. 06, p. 43.

dos precedentes, sejam das Cortes Superiores, como também dos Tribunais, que vêm enfrentando assuntos polêmicos, trazendo decisões pioneiras e essenciais ao Direito das Famílias.

Destarte, com fulcro na Supremacia da Constituição, seja na seara judicial ou na extrajudicial, deve-se seguir à risca os preceitos e fundamentos constitucionais, visando a permanência da segurança jurídica. Conquanto, imprescindível ao Direito das Famílias o ativismo judicial, como formar de trazer um direito mais vanguardista e aberto às mudanças sociais, aos anseios populares. Os Juízes, os Operadores do Direito, estão quase legislando na seara familiar, e ainda bem que existem os precedentes, diante de um Código Civil de 2002 que já nasceu ultrapassado, arcaico e retrógrado.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de Amorim. Manual de Direito das Famílias. Curitiba: Juruá, 2016.

BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985>. Acesso em: 02/06/2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Seleções Jurídicas. COAD: Rio de Janeiro, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FILHO, Misael Montenegro. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de Conhecimento (com anotações sobre o projeto do novo CPC). 8ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FRANCO, Cíntia. A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil -Busca-se como alternativa de solução da lide a composição amigável, pois o direito processual deve estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização deste. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 22/06/2015.

FREITAS, Danielli Xavier. O novo Código de Processo Civil torna o magistrado muito poderoso?. Jus Brasil. Disponível em: < <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/141568941/o-novo-codigo-de-processo-civil-torna-o-magistrado-muito-poderoso>>. Acesso em: 02/06/2015.

MENEZES, Bruno Paiva. ATIVISMO JUDICIAL: O Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de Injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: < [file:///C:/Users/Estagiario%204/Downloads/ativismo_judicial_menezes%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Estagiario%204/Downloads/ativismo_judicial_menezes%20(2).pdf)>. Acesso em: 28/09/2015.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC nº 03. Disponível em: < <http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 22/06/2015.

PUCINELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. Expectativas em torno do novo cpc, entre o ativismo judicial e o garantismo processual 1. Fórum. Disponível em: < <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/conteudo-revista/?conteudo=232552>>. Acesso em: 02/06/2015.

RIBEIRO, Wendson. Novo CPC torna o juiz muito poderoso?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29834>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

ROMANIUC, Jefson Márcio Silva. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081. Acesso em: 17/06/2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional. Nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008, p. 105.

SILVA, Renato Jardim. A EXPRESSÃO DO LEGÍTIMO ATIVISMO JUDICIAL - decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores

sociais hodiernos. Brasília, 2009. Disponível em: <
http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Mono_Renato_Ativism.pdf>. Acesso em:
28/09/2015.

STRECK, Lênio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?.
Consultor Jurídico, 13 de junho de 2013. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18/06/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Arguição de
Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Rio de Janeiro. Plenário 05 de
maio de 2011. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17/06/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Ação Direta
de Inconstitucionalidade 4.277. Distrito Federal. Plenário 05 de maio de 2011.
Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 17/06/2015.

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Júlio Thalles de Oliveira Andrade³²⁷

Francisca Paula Virginia Ferreira de Oliveira³²⁸

RESUMO: De certo que o direito brasileiro insiste em omitir-se quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, sendo necessária regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 175) e decisões judiciais – Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132). Desta forma, incontestemente a existência das Famílias Homoafetivas, e o direito destas pessoas em terem filhos. Para gerar os filhos, os casais homoafetivos de forma comum, recorrem às técnicas de reprodução assistida, mormente por via heteróloga – com a utilização de material genético de terceiro. Pretende, portanto, o presente artigo, analisar a possibilidade de prestar alimentos gravídicos no caso de reprodução assistida heteróloga, vez que para a concessão de tais alimentos seriam necessária uma presunção de paternidade.

PALAVRAS-CHAVES: Direito das Famílias. Reprodução Assistida heteróloga. Família Homoafetiva. Alimentos Gravídicos. Possibilidade.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 2.1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES; 3 - UNIÃO HOMOAFETIVA ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR; 3.1 - O TRATAMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PELO PODER JUDICIÁRIO; 4 - DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS; 4.1 - ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 5 - A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS NA UNIÃO HOMOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS; 5.1 - OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA UNIÃO HOMOAFETIVA: REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA; 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

³²⁷ Mestre em Direito Constitucional – UFRN. Especialista em Direitos Humanos – UERN. Especialista em Direito Público – UNIDERP. Bacharel em Direito – UERN. Servidor Público – Tribunal de Justiça. Professor Universitário.

³²⁸ Bacharelada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do projeto de Pesquisa Pensando em Família.

1 – INTRODUÇÃO:

O cerne deste estudo é tecer considerações acerca da possibilidade da prestação de alimentos gravídicos nas relações homoafetivas femininas. O reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar viabiliza a aplicação da Lei nº 11.804/08 aos casais homoafetivos, o que encontra respaldo, sobretudo, no princípio da igualdade, da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana.

O direito positivado brasileiro apresenta incontáveis omissões acerca da disciplina das relações homoafetivas, mas isto não as coloca à margem da proteção jurídica. Não há como negar proteção aos direitos dos casais homoafetivos, pois, inobstante as lacunas na lei, eles se apresentam de forma cada vez mais recorrente e ostentam todas as características inerentes às demais entidades familiares. É, pois, com fulcro nos ditames constitucionais da igualdade, da liberdade, da pluralidade das entidades familiares e da dignidade da pessoa humana, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar e titular dos mesmos direitos e deveres da união estável.

A prestação alimentícia decorre de expressa previsão legal, albergada nas diretrizes de justiça social e solidariedade familiar. A prestação dos alimentos gravídicos, disciplinada pela recente Lei nº 11.804/08, confere proteção especial ao estado gestacional da mulher, a qual possui legitimidade ativa para pleitear alimentos gravídicos contra o seu companheiro ou companheira no ensejo de compartilhar as despesas com a gestação.

Para tanto, o presente estudo está organizado em quatro capítulos. O primeiro propõe uma reflexão acerca da posição da família no ordenamento jurídico, tecendo breves considerações acerca do tratamento do referido instituto conferido pelos mais diversos contextos históricos. É destacada a relevante proteção inaugurada com a Constituição Federal de 1988, a qual se concretiza através dos princípios constitucionais.

O segundo capítulo entabula delineamentos sobre o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar, destacando que, malgrado o vácuo normativo acerca do tema, o judiciário, como forma de efetivação dos direitos fundamentais, conferiu

aos casais do mesmo sexo a mesma disciplina dada às uniões estáveis heterossexuais.

O terceiro capítulo versa sobre o dever de prestar alimentos, com atenção especial aos alimentos gravídicos, destacando a evolução desta obrigação no decorrer do tempo e apontando a disciplina legal e constitucional de tais institutos.

O quarto e último capítulo consubstancia as considerações constantes dos demais capítulos no sentido de tratar da ampliação dos direitos inerentes às uniões homoafetivas. É salientado o caráter familiar e a possibilidade de prestação de alimentos gravídicos nos casos em que as companheiras optam por procriar através da reprodução assistida heteróloga e, antes de ultimada a gravidez, finda-se o relacionamento.

2 - A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO:

A constituição de família é fenômeno natural, instintivo dos seres vivos, jamais se limitando às relações humanas ou às qualificações que o ordenamento jurídico busca imprimir às relações familiares.

A partir do surgimento da necessidade acerca da viabilização da vida em sociedade, viu-se a imprescindibilidade de render delineamentos jurídicos a institutos tão naturais, tais como a família. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, citando Rodrigo da Cunha Pereira, “o ordenamento jurídico serve de verdadeiro interdito proibitório dos impulsos que podem inviabilizar o convívio social”³²⁹.

O direito passa, pois, a disciplinar as relações familiares exatamente no afã de promover uma organização da sociedade, a partir do que se exaram normas jurídicas e interpretações as mais diversas. Daí passaram-se a ser construídos padrões aceitáveis de família, os quais haveriam de se adequar aos parâmetros próprios de cada época. Na qualificação conservadora de família, apenas merecia proteção social e reconhecimento jurídico os vínculos afetivos formalizados pelo matrimônio, contando com irrestrito incentivo à procriação e

³²⁹ Pereira, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?*, p. 220 *Apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

caracterizados, sobretudo, pelo patrimonialismo, hierarquização e patriarcalismo³³⁰.

A partir das mudanças pelas quais passavam a sociedade, também sofriam alterações os aspectos atinentes ao tratamento jurídico conferido aos institutos, ainda que nem sempre houvesse inovação legislativa, se verificavam sensíveis mudanças quanto à forma de lidar e interpretar as relações jurídicas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 é que tais inovações se deram de forma mais impactante, haja vista estender proteção às novas configurações familiares, caracterizadas pela busca pela felicidade nos moldes que melhor satisfizer os pares, comungando dos mesmos interesses familiares.

A Carta Maior de 1988 inaugurou uma concepção mais cidadã e humanística do ordenamento jurídico, vinculando-se uma nova hermenêutica constitucional efetivada prioritariamente através das cláusulas gerais e dos princípios constitucionais.

Volvendo-se para o Direito de Família, Maria Berenice Dias destaca que:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionadas pelo novo sistema jurídico³³¹.

Embora seja patente a mudança de perspectiva no tocante à proteção jurídica dada à família pela Constituição Federal da República

³³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

³³¹ *Ibidem*, p. 30.

de 1988, esta silenciou no tocante à diversidade sexual do casal, e da mesma forma o Código Civil, deixando à mercê de um vácuo normativo a disciplina das relações homoafetivas.

Não obstante à ausência de normas disciplinadoras de assuntos com notória relevância, a Constituição traz em seu bojo princípios que têm o condão de render albergue às relações jurídicas como um todo. Com efeito, são aplicados às relações familiares princípios constitucionais, os quais tanto fazem as vezes das faltantes normas positivadas como direcionam a interpretação das normas existentes. Tratam-se, pois, tanto dos princípios gerais quanto de princípios específicos. Os gerais, aplicáveis às mais variadas esferas do Direito, são o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, entre outros. Já os específicos, melhor compreendidos na esfera do Direito de Família, são os princípios da solidariedade, da afetividade, do pluralismo das entidades familiares, entre outros³³².

No que tange à relevância dos princípios constitucionais frente à norma positivada, Ana Paula de Barcelos destaca que:

A importância da positivação constitucional desses princípios não é diminuída pelo caráter declaratório que a eles se deva reconhecer, especialmente em países de formação romano-germânica como Brasil, nos quais o papel histórico do direito positivo, elemento de estabilidade, segurança e superação do arbítrio, não pode, nem deve, ser menosprezado³³³.

É a coexistência de regras e princípios que confere à sociedade a compreensão do Direito Constitucional como um sistema aberto, contrabalanceado, propiciador de uma descodificação, fornecendo-se, na concepção de Alexy³³⁴, um constitucionalismo “adequado”.

³³² MACEDO, Raphael Dias. Alimentos gravídicos na união homoafetiva feminina . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3316, 30 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22324>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

³³³ Anuário 2000 GEDIM, 2000, p. 19 e ss.. *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

³³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

Luiz Roberto Barroso, em seu texto intitulado *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, aduz, com brilhantismo peculiar que

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v.supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance³³⁵.

Portanto, pode-se afirmar que os princípios diferenciam-se das regras não propriamente pela generalidade, mas por ter qualidade argumentativa mais dilatada, de forma que, existindo colisão entre eles, deve ser feita uma interpretação em conformidade com os princípios, sem que as regras (por supostamente apresentarem fundamentos definitivos) devam prevalecer. Jamais existirá um conflito entre regras que não seja solucionado à luz dos princípios, estando estes explícita ou implicitamente positivados, sendo sob a ótica do constitucionalismo aberto, que devem ser tratados os mais diversos assuntos relativos às relações familiares, especialmente o trabalhado no presente estudo.

Ultrapassada, pois, as considerações preliminares acerca da adjetivação da família enquanto instituto jurídico, sua trajetória percorrida e a nova disciplina constitucional destinada a reger o ordenamento pátrio, mister se faz tecer delineamentos imprescindíveis à busca pela superação de vácuos normativos sobre fatos sociais relevantes,

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

com fito de render-lhes a proteção própria do Estado Democrático de Direito que se “vive” no Brasil hodierno. Neste ensejo, aprecia-se, doravante, princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, sobretudo no que concerne às relações homoafetivas.

2.1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES:

A partir da imersão da disciplina do Direito de Família nas balizas norteadoras do (neo)constitucionalismo inaugurado com a Constituição Federal de 1988, a reflexão em torno do referido instituto jurídico se vê regida pelos princípios constitucionais gerais e específicos elencados alhures.

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como sendo a premissa máxima do ordenamento jurídico, vez que figura como fundamento da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Em se tratando, pois, de pilar sustentador de todo um ordenamento, o princípio em tela confere guarida também às relações familiares, a partir do qual se irradiam os demais princípios abalizadores, tais como os da afetividade, da solidariedade, da liberdade, da igualdade, entre outros.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana caracteriza princípio essencial das instituições familiares, haja vista que institui a valorização do indivíduo e o respeito às suas particularidades, de modo que o ser ocupa posição central nas relações. Decorre também do princípio da dignidade humana, bem como do princípio da igualdade, a análoga dignidade para todas as entidades familiares, de modo a não se permitir classificarem como “indignas” formas diferentes de filiação e constituição de família.

Nesta senda, é cediça a proteção constitucional dada aos componentes da família a partir da aceção de cada indivíduo, cuja dignidade urge ser preservada. Demandam, pois, a mesma proteção os novos arranjos familiares, porquanto pautados no afeto, na solidariedade, no respeito e realização da pessoa humana.

Outro princípio constitucional regente das relações familiares é o princípio da igualdade, do qual emanam os conceitos de igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal prevê que os

indivíduos da mesma categoria devam receber tratamento idêntico. Já a igualdade material encontra razão de ser exatamente nas desigualdades, de modo que a sua efetivação exige um tratamento desigual na medida das respectivas desigualdades.

A Constituição Federal destaca, pois, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres (CF, 5º, I), notadamente no que pertine à sociedade conjugal (CF 226, §5º). Também goza de proteção constitucional a igualdade entre os filhos e o planejamento familiar. O próprio Código Civil, a partir da sua constitucionalização, consagra a efetivação do princípio da igualdade através de seus dispositivos legais, tais como os direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), mútua colaboração na sociedade conjugal (CC 1.567), adoção do sobrenome dos nubentes (CC 1.565, §1º) e direito à guarda dos filhos (CC 1.583 e CC 1.584)³³⁶.

É papel do princípio da igualdade, a partir do viés da efetivação de direitos, assegurar-los àqueles cuja lei nega ou não disciplina. Assim, sob pena de prevalecer na conduta discriminadora que enseja o vácuo normativo, é que os princípios constitucionais, sobretudo o da igualdade, preenchem o vazio e determinam que seja garantido o direito ao seu titular. Encaixa-se, pois, nesta sistemática, a disciplina acerca das uniões homoafetivas.

O princípio da liberdade aplica-se ao Direito de Família sobretudo do ponto de vista de que cada indivíduo é livre para buscar a felicidade, de modo que esta liberdade estende-se à escolha da forma através da qual se buscará. Assim, as pessoas são livres para fazerem as escolhas que melhor lhes satisfizerem. A partir desta liberdade protegida constitucionalmente é que é comum se deparar com as novas estruturas familiares, pautadas na efetivação da dignidade da pessoa humana, no afeto e na solidariedade, destituídos de vinculação à diversidade de gêneros entre os pares e demais concepções preconceituosas.

Deve existir a busca por uma dignidade social igualitária para todos os indivíduos, fundamentada na dignidade da pessoa humana e na igualdade (formal e material), realizadas por meio da concretização de direitos fundamentais. O esforço incessante de se alcançar uma justiça

³³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 47 a 48.

social encabeçada pelo Estado Social de Direito chama para este a tarefa de realização de liberdade e igualdade concretas para que seja assegurada à pessoa humana sua dignidade.

Direcionando a presente reflexão aos princípios constitucionais específicos do Direito de Família, mister se faz destacar três deles, quais sejam, o princípio da solidariedade, o princípio da afetividade e o princípio do pluralismo das entidades familiares.

O princípio da solidariedade emana do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, o qual prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A partir desta premissa maior, o princípio da solidariedade familiar reveste-se de forte caráter ético, porquanto compreendido pelo viés da fraternidade e reciprocidade³³⁷. Neste diapasão, o princípio em tela justifica a criação de deveres mútuos na atmosfera familiar, bem como o dever de assistência aos filhos, o amparo aos idosos e a prestação de alimentos.

O princípio da afetividade é um dos sustentáculos do Direito de Família, haja vista a imprescindibilidade do afeto na configuração das relações familiares, sobressaindo-se em face dos laços de caráter patrimonial e biológico. A afetividade consagra-se através das instituições familiares pautadas na estabilidade e comunhão de vidas, as quais se caracterizam como meio de busca à felicidade atrelado tão somente ao sentimento havido entre os indivíduos.

Por último, mister destacar o princípio do pluralismo das entidades familiares, o qual possui estreita conexão com o princípio da afetividade. Como extensão do princípio do pluralismo político (CF, §1º, inciso V), o princípio do pluralismo das entidades familiares confere proteção à existência de inúmeras possibilidades de arranjos familiares, desde que neles reinem os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da liberdade.

3 - UNIÃO HOMOAFETIVA ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR:

³³⁷ *Ibidem*, p. 48.

Não obstante o vazio normativo constitucional e infraconstitucional acerca das uniões homoafetivas de forma expressa, é crível que estas, enquanto realidade posta, demandam proteção jurídica. A referida proteção advém exatamente da interpretação do ordenamento com base na nova hermenêutica constitucional, da qual se destacam as cláusulas gerais e princípios debatidos no tópico anterior.

O fato é que, mesmo não havendo disciplina expressa acerca das uniões homoafetivas, tampouco há qualquer vedação a que o casal haja de ser formado por indivíduos do mesmo sexo. A problemática enfrentada é ensejada prioritariamente pela concepção já construída de que a família é formada pela relação entre homem e mulher. Em função destas mentalidades conservadoras, sobretudo de forte reprovação religiosa, é que os casais homossexuais sempre sofreram discriminação.

A homossexualidade não é uma realidade contemporânea, porquanto existente em todas as civilizações ao longo da história. A diferença é que a sociedade nos tempos mais remotos ostentavam intolerância ainda mais incisiva do que a que se verifica hoje, o que forçavam os homossexuais a se manter cada vez mais ocultos. Nos tempos de hoje, ainda havendo fortes correntes discriminatórias, se verifica um respeito maior aos direitos fundamentais e respeito às diferenças, razão pela qual se configura um meio um pouco menos hostil para vivência das uniões homoafetivas em plenitude.

Esta nova atmosfera, em âmbito nacional, foi inaugurada principalmente pela Constituição Federal de 1988, conforme já delineado outrora, bem como por um natural amadurecimento e tolerância na mentalidade da sociedade como um todo. Sendo um fato social a existência de arranjos familiares desvinculados do matrimônio, o artigo 226 da Constituição Federal passou a usar o termo entidades familiares, como forma de garantir proteção às uniões estáveis, às famílias monoparentais etc. Maria Berenice Dias, citando Paulo Lôbo, aduz que o referido elenco “não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”.³³⁸

³³⁸ Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas: ... ,95 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 272.

Ato contínuo, em sendo a união homoafetiva sustentada pelo afeto e pautada ainda na estabilidade e ostensividade, porquanto ostentarem características intrínsecas comuns a todos os arranjos familiares, usuais ou não, é crível que se caracterize uma entidade familiar. Trata-se de incidência direta do princípio da igualdade, o qual se materializa através do artigo 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: “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”.

É inolvidável, portanto, a proteção constitucional dada à família e ao indivíduo nos mais variados arranjos familiares, não se consignando esta proteção à orientação sexual ou diversidade de gênero dos pares.

Negar, pois, a classificação das uniões homoafetivas enquanto família caracteriza afronta a um sem número de direitos fundamentais, sobretudo à dignidade da pessoa humana. Isto porque a mera impossibilidade de procriação decorrente da identidade de gênero e a decadente reprovação social não justificam ausência de proteção jurídica a uma entidade já tão comum enquanto realidade social. A convivência de duas pessoas com interesses familiares comuns, a mútua assistência, a coabitação, a ligação por um forte vínculo afetivo constituindo uma relação contínua, pública e duradora, são requisitos mais do que suficientes para caracterizarem as uniões homoafetivas enquanto entidades familiares, da forma que o é para conferir a proteção já reconhecida às uniões estáveis heterossexuais. Trata-se, pois, de uniões estáveis homossexuais, merecedoras de toda a tutela e proteção jurídica concernente ao instituto familiar.

3.1 - O TRATAMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PELO PODER JUDICIÁRIO:

Em razão da forte reprovação social às uniões de indivíduos do mesmo sexo, o legislador furtou-se de editar leis que garantissem os direitos das referidas entidades, provavelmente por temer represália por parte do eleitorado. Por este motivo e pela impossibilidade de se negar os direitos atinentes às relações homoafetivas é que o Poder Judiciário

quedou-se a apreciar a questão, haja vista a inafastabilidade da prestação jurisdicional.

De início o Judiciário conferia tratamento às uniões homoafetivas próprio das sociedades de fato, sobretudo no que pertine ao caráter patrimonial da união. A demanda, pois, tramitava nas varas cíveis e qualquer vantagem pecuniária auferida através da referida lide possuía caráter de indenização por serviços prestados, jamais se aproximando com qualquer instituto específico do Direito de Família.

Com o amadurecimento da discussão e do entendimento acerca das relações homoafetivas é que a jurisprudência pátria passou a se posicionar de forma mais propícia ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo gênero enquanto entidade familiar, aplicando-lhe, pois, a disciplina própria do Direito de Família. Foi pioneiro, nesse sentido, o Judiciário do Rio Grande do Sul, o qual, em 1999, estabeleceu que a competência para tratar causas de uniões homoafetivas seria dos juizados especializados da família. Esta mesma Justiça, em 2001, pioneiramente reconheceu a união homoafetiva enquanto entidade familiar e deferiu herança ao parceiro sobrevivente³³⁹.

Os tribunais superiores, responsáveis pela unificação da interpretação jurídica no ordenamento pátrio e vigilância à Constituição, já se defrontaram sensivelmente com o reconhecimento das uniões homoafetivas. Todavia, foi a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277³⁴⁰, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, que as uniões

³³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 275.

³⁴⁰ Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA

homoafetivas foram reconhecidas enquanto entidade familiar equiparada à união estável. A partir de então passou a jurisprudência a admitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP 1.183.378-RS³⁴¹, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, admitiu a habilitação direta para o casamento.

Conferindo ainda mais proteção à união homoafetiva enquanto entidade familiar, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/13³⁴², a qual proibiu qualquer recusa à habilitação, à celebração de casamento civil ou à conversão de união estável em casamento para os casais homoafetivos.

Neste diapasão, a união homoafetiva, ainda que tardia, passa a receber a devida proteção jurídica enquanto entidade familiar, embora não seja esta decorrente de inovação legislativa. Com efeito, é mister que os textos normativos que são direcionados expressamente ao ‘homem’ ou à ‘mulher’ passem a ser interpretados de forma ampla, deixando de

SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa no Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: BRITTO, Ayres. Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno)

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378-RS. Relator: SALOMÃO, Luís Felipe. Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA.

³⁴² Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013)

render apego a questão de gênero e estendendo a previsão encampada à qualquer indivíduo.

4 - DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS:

No decorrer do tempo, a titularidade da obrigação de prestar alimentos passou por consideráveis alterações. De início, o dever de prestação de alimentos pertencia exclusivamente ao homem, como forma de exercício do pátrio poder. Os filhos classificados como ilegítimos, sob a égide do Código Civil de 1916, não tinham o direito de pleitear alimentos, porquanto impossível o reconhecimento da paternidade. Com o passar do tempo, tornou-se possível a investigação de paternidade de filhos de homem casado tão-somente com o propósito alimentício, não se estendendo à legitimação do vínculo familiar. Na atualidade, a obrigação alimentícia apresenta-se de forma mais abrangente, de modo que, em decorrência do direito fundamental à vida, tanto ao Estado como aos cônjuges e parentes imputa-se o dever alimentício como forma de auxílio àqueles que não têm condições de subsistir por si só.

A natureza jurídica do direito a alimentos ainda não encontrou assento pacífico na dogmática jurídica, porquanto serem dissonantes os entendimentos doutrinários. De um lado há a corrente que defende que a natureza jurídica é de direito de personalidade, haja vista a finalidade de manutenção da pessoa com dignidade. Corroboram com este posicionamento Farias, Rosenvald e Maria Berenice Dias. Outra corrente, aceita majoritariamente, é a defendida por Orlando Gomes, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz. Nesta, o entendimento é de que os alimentos têm natureza mista, aliando conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, vez que não se verifica enriquecimento do alimentando, mas somente sua subsistência³⁴³.

Maria Berenice Dias destaca o viés constitucional da prestação de alimentos, ocasião em que afirma que o fundamento do direito a alimentos é princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, atribuindo ao Estado o compromisso de garantir o direito à vida com dignidade. Aduz, ainda, que “por isso os alimentos têm a natureza de

³⁴³ MACEDO, Raphael Dias. Alimentos gravídicos na união homoafetiva feminina. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3316, 30 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22324>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física”³⁴⁴.

Ato contínuo, além da obrigação precípua do Estado em efetivar o direito a alimentos, os parentes, cônjuges e companheiros também assumem a obrigação de promover o sustento uns dos outros. Isto porque o Estado não deflui condições de promover sustento alimentício a todos, situação esta que geraria um forte encargo à sociedade como um todo.

O dever de prestar alimentos atribuído aos parentes, cônjuges e companheiros decorre diretamente da Constituição Federal, no bojo do seu artigo 226, porquanto confere especial proteção à família. A referida obrigação emana, também, do princípio da solidariedade familiar, de modo que aqueles que têm melhores condições possam amparar os que não se veem com meios de promover o próprio sustento.

É certo, pois, que o direito a alimentos decorre de estrita previsão legal e preceitos constitucionais, assim como da solidariedade familiar como meio de assegurar o sustento dos entes familiares que não se encontram com condições de se manterem.

Yussef Said Cahali define os alimentos como sendo:

As prestações devidas, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)³⁴⁵.

A partir da lição supra, depreende-se que o amparo alimentício na acepção jurídica não se limita apenas ao indispensável à sobrevivência do indivíduo, assim como não se restringe à nutrição do corpo. Amplia-se, outrossim, a atender as mais diversas necessidades daqueles que não podem arcar com sua própria subsistência, ligando-se, pois, tanto ao aspecto nutricional como às carências psíquicas e intelectuais. Isto se justifica para garantir a manutenção da condição do indivíduo enquanto ser humano.

³⁴⁴ CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil, 437 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 531.

³⁴⁵ CAHALI, Yussef Said, **Dos alimentos**. 5 ed., rev., ampl. e atual. até o projeto do novo Código Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 16.

A prestação de alimentos fundamenta-se, assim, no princípio da solidariedade familiar, haja vista que a obrigação alimentar parte dos vínculos de parentesco que une os componentes de uma família, implicando na efetivação do princípio da dignidade humana. É de se destacar, por oportuno, que o parentesco em tela não se trata apenas do parentesco consanguíneo, mas também o parentesco perfectibilizado através de laços de afinidade.

Os pressupostos básicos que regem a obrigação alimentícia são (i) a existência de um vínculo de parentesco; (ii) a necessidade de quem pleiteia; (iii) a possibilidade do obrigado; e (iv) a proporcionalidade. É o que se denota do artigo 1.695 do Código Civil Brasileiro: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”³⁴⁶.

As normas que disciplinam o direito a alimentos são cogentes de ordem pública, porquanto haver interesse geral no sustento dos membros da sociedade. Assim, a prestação alimentícia não está adstrita somente ao interesse privado do alimentando, mas configura interesse de toda uma coletividade, não sendo possível a renúncia ou a modificação por iniciativa particular.

Resta claro, neste pórtico, o caráter solidário e cooperativo dos alimentos, bem como a característica de meio efetivador da justiça social e da dignidade da pessoa humana, sem se estabelecer qualquer condicionamento para tanto. Pelo contrário, se estabelece a impossibilidade de condicionamentos e transações, devendo ser realizado em toda a sua inteireza.

4.1 - ALIMENTOS GRAVÍDICOS:

Os alimentos gravídicos, enquanto espécie do gênero alimentos, passou a fazer parte do ordenamento pátrio a partir da promulgação da Lei nº 11.804/2008. Sua finalidade precípua consiste em conferir à gestante o direito a pleitear alimentos do suposto pai, como forma de garantir atendimento às necessidades oriundas da gestação.

³⁴⁶ BRASIL. Código Civil Brasileiro, 2002.

Também o Código Civil legitima a prestação dos alimentos gravídicos a partir dos direitos do nascituro, conforme aduz o seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³⁴⁷.

Malgrado a ausência de comprovação da paternidade, a prestação de alimentos gravídicos impõe-se enquanto dever de amparo, tanto é que não se faz necessário que seja a ação de alimentos gravídicos cumulada com investigação de paternidade. É bastante, pois, o reconhecimento de indícios de paternidade, sem muito rigor, para que o juiz defira o pedido de alimentos gravídicos.

A intenção precípua da concessão dos alimentos em tela é a cobertura dos gastos com assistência médica e psicológicas, exames, internações, parto, dentre outros, no ensejo de propiciar digno desenvolvimento ao feto, sem que lhe seja privado qualquer providência ou nutriente necessários ao seu desenvolvimento saudável.

Na lição de Leandro Soares Lomeu:

Os alimentos gravídicos podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro e percebidos pela gestante, ao longo da gravidez. Sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes³⁴⁸.

É possível, outrossim, que haja a cumulação de pedido de alimentos gravídicos com alimentos para a gestante, de modo que, para estes últimos, aplicar-se-á a essencialidade de prova da necessidade e a proporcionalidade dos rendimentos. Após o nascimento, os alimentos gravídicos transmudam-se de natureza e passam a consistir em pensão alimentícia em favor do filho. Em razão disto é que se faz possível que, no

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos**: Aspectos da Lei 11.804/08. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 15 mai. 2016.

bojo da ação de alimentos gravídicos, sejam definidos valores diferentes para quando do nascimento do infante.

Nesta senda, é crível o propósito da prestação dos alimentos gravídicos na efetivação da dignidade da pessoa humana, haja vista que a proteção que recai à referida pessoa tem início a partir da sua concepção. O princípio da solidariedade familiar apresenta-se como sustentáculo para a prestação em comento, haja vista que o período gestacional demanda despesas com providências imprescindíveis para o bem-estar da gestante e da criança, as quais, ambas, têm o direito a viver e sobreviver com dignidade. Em razão disto é que a Lei prevê a prestação de alimentos por aquele que tem indícios de paternidade, prestação esta ancorada na acepção de ajuda com os gastos gestacionais e de subsistência da criança enquanto envolvida pelo ventre materno.

5 - A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS NA UNIÃO HOMOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS:

A união homoafetiva, por ostentar todos os requisitos atinentes ao reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar, encaixa-se na definição de família, sobretudo os sinais de afeto, amor, carinho e respeito. Com efeito, é incontestado que a família homoafetiva, por ser ligada através de vínculos de parentesco por afinidade, também carrega consigo o dever de prestar alimentos.

Embora se trate de claro exemplo de lacuna na lei, porquanto ausente qualquer previsão legal para a prestação de alimentos nas uniões homoafetivas, é inquestionável o seu cabimento, o qual encontra amparo constitucional nos princípios da igualdade, da pluralidade das entidades familiares, da solidariedade familiar e, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, as uniões entre duas pessoas do mesmo sexo, assim como nas uniões heterossexuais, são pautadas no afeto e edificadas por laços de afinidade, razão pela qual se justifica o reconhecimento da obrigação de prestar alimentos em favor de quem não se vê possibilitada a subsistir com seus próprios meios.

O reconhecimento entabulado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas como uniões estáveis ratifica o viés ora explorado, sobretudo no que tange à

prestação alimentícia entre os pares, porquanto se tratar de entidade familiar. Os mencionados tribunais já enfrentaram essa problemática, ocasiões em que se há decidido pelo reconhecimento da prestação de alimentos aos casais do mesmo sexo segundo as mesmas regras e consequências da união estável heterossexual³⁴⁹.

O fato é que, inobstante ausência de disciplina legal expressa acerca dos direitos dos casais homoafetivos, estes não deixam de existir e de serem protegidos com égide nas previsões constitucionais.

Para fins de exemplificar o exposto, destaca-se a garantia de que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deve pagar pensão por morte quando do falecimento de um dos componentes da união homoafetiva. O *leading case* em disceptação teve como pioneiro o Juiz Federal Fernando Henrique Correa Custódio, da 4ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal de São Paulo. Na espécie, o citado magistrado julgou procedente o pedido com base no princípio da igualdade e nos objetivos da República Federativa do Brasil, nos quais se estabelece que o bem de todos deverá ser promovido sem qualquer forma de discriminação. Fez-se necessário para a obtenção do benefício, outrossim, o atendimento de alguns pressupostos, tais como (i) o óbito do instituidor; (ii) qualidade de segurado do falecido; e (iii) a condição de dependente do requerente³⁵⁰.

No mesmo ensejo se verificam um número cada vez mais crescente de legislações municipais que asseguram o caráter familiar da união homoafetiva. Destaca-se, por oportuno, a Lei municipal nº 3.344/2001 do Rio de Janeiro que disciplina o regime próprio da previdência dos servidores, da qual o § 2º do artigo 2º reconhece a união homoafetiva como união estável.

Após tantos avanços quanto ao reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar, seria um tanto paradoxal se negar aos casais do mesmo sexo o direito a pleitear alimentos. Consistiria, outrossim, na mais desmedida afronta aos princípios e fundamentos edificadores do Estado Democrático de Direito, o que carrega consigo as

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: BRITTO, Ayres. Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno.

³⁵⁰ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo. Processo nº 0049498-09.2010.403.6301. Juiz federal Fernando Henrique Correa Custódio. 4ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal em São Paulo/SP. Julgamento em março de 2012.

bandeiras de igualdade, solidariedade, justiça social e preservação da dignidade da pessoa humana.

5.1 - OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA UNIÃO HOMOAFETIVA: REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA:

As uniões homoafetivas são formadas, em princípio, ou por dois homens ou por duas mulheres. Do ponto de vista biológico, é patente a possibilidade de que um casal homoafetivo formado por duas mulheres, no desejo de terem uma prole, decidir contar com os métodos de reprodução assistida para, então, engravidar.

É sabido que as técnicas de fertilização artificial não demandam conjunção carnal, de modo que no mais das vezes as mulheres que optam por esta espécie de reprodução se dirigem aos bancos de espermas e realizam o procedimento. A situação posta é muito comum quando as pessoas optam pela produção independente, mas se configura plenamente possível que o casal homoafetivo feminino, no desejo de terem um filho, também façam esta escolha. Neste caso, uma das duas passam pelo procedimento de reprodução assistida e efetivamente engravida, carregando em seu ventre por nove meses aquele que será o filho do casal.

Na união homoafetiva masculina, embora seja mais comum a adoção, também é possível a reprodução assistida, entretanto se faz necessária a figura de uma terceira pessoa: a mulher que geraria o bebê. Esta situação levantaria um sem números de questionamentos no que tange à discussão acerca da barriga de aluguel, dos direitos da genitora, dos direitos do casal homoafetivo que requisitou a reprodução, entre tantos outros que não se aplicam aos objetivos do presente estudo.

Voltando-se para a circunstância em que o casal homoafetivo feminino, em comum acordo, decide fazer uso das técnicas de reprodução artificial para realizar o sonho de ter um filho, é cediço que o maior encargo a ser suportado será o daquela que engravidará. Isto porque será em seu ventre que o feto se desenvolverá, será o seu corpo que passará por todas as modificações oriundas da gravidez, e será esta que estará sujeita ao parto e a toda fragilidade e necessidade de atenção especial próprias do período de gestação.

Entretanto, é plenamente possível que ocorra o fim do relacionamento durante o período de gestação. E então, é aquela que engravidou que arcará com todas responsabilidades e despesas oriundas de uma gestação decidida por ambas? É certo que esta não é a solução mais justa.

Tendo em vista que a decisão de engravidar partiu de ambas as mulheres que formavam o casal homoafetivo, não se configurando caso de produção independente, é ululante que, com o fim do relacionamento, há de se fixar alimentos gravídicos em favor da mulher que se encontra gestante, os quais devem ser pagos pela companheira que decidiu pela gestação, mas não engravidou.

Todavia, a solução supra não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico, haja vista que a Lei dos Alimentos Gravídicos prevê que é o “futuro pai” que deve figurar no polo passivo da demanda. Também a doutrina não tem enfrentado a contento a problemática que ora se verifica. Conclui-se, desta omissão tão recorrente no que tange aos direitos dos casais homoafetivos, que se trata de mais um posicionamento discriminante de tamanha nocividade à gestante, porquanto pretender deixar sem alento alguém em situação de flagrante necessidade.

É mister flexibilizar a interpretação da previsão legal em tela e tentar buscar a real intenção do legislador ao redigir o texto do artigo. É certo que o objetivo do legislador era, precipuamente, resguardar a mulher gestante de suportar sozinha todos os gastos pertinentes a uma gestação. Nesta senda, em sendo a proteção à mulher e à gestação a verdadeira intenção da lei, pode-se concluir que o amparo a ser prestado por uma companheira é plenamente cabível, pois não faria sentido violar o propósito último do artigo em tela só pelo fato de que a gestante não possui em sua companhia alguém do sexo masculino.

Percebe-se, com isto, que se faz irrelevante o sexo da pessoa que ocupará o polo passivo da demanda de alimentos gravídicos, sendo suficiente que haja indícios de que é ela ou ele o obrigado a prestar os alimentos.

Diante da necessidade de gameta masculino proveniente de um terceiro, é certo que a técnica a ser utilizada na reprodução assistida em casais homoafetivos femininos será a heteróloga. Com efeito, o Código Civil confere proteção aos filhos advindos deste tipo de reprodução, desde que haja prévia autorização do marido: “Art. 1.597. Presumem-se

concebidos na constância do casamento os filhos: [...]V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Inobstante a referência do texto legal à figura do marido, o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar permite a aplicação do dispositivo suso no caso em comento.

Depreende-se, a partir do texto acima, que desde que haja a prévia autorização da companheira na união homoafetiva quanto à inseminação artificial realizada pela outra companheira, é inconteste que o filho gerado por aquela que engravidou também é filho da que não engravidou, restando inequívoca a responsabilidade de ambas quanto às questões que a ele digam respeito. Seria flagrante afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana que, após a decisão tomada pelo casal e ultimada a gravidez, a união se descontinue e a companheira não gestante abandone a gestante sem lhe oferecer qualquer ajuda.

A partir do já citado reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, são estendidos todos os direitos e deveres próprios das demais entidades familiares, tais como o dever de alimentos gravídicos, uma vez que a gestante homoafetiva faz jus a toda a previsão entabulada pela Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/08).

Trata-se, pois, da mais densa efetivação dos princípios constitucionais abalizadores da união homoafetiva, porquanto reconhecer a responsabilidade da companheira não gestante em colaborar com as despesas da gestação, tal como já se largamente pratica nos casais heteroafetivos. É o reconhecimento da criança gerada como filho do casal homoafetivo em homenagem aos princípios da igualdade, da pluralidade familiar e da dignidade da pessoa humana. Reconhece-se, ainda, a solidariedade familiar, no ensejo de amparar a gestante que necessita de ajuda para custear as despesas necessárias a garantir o desenvolvimento digno e saudável do filho a caminho.

Verifica-se, com isso, a primazia da afetividade e do parentesco pautado em laços de afinidade sobre a verdade biológica, a qual se encontra mitigada diante da grandiosidade e ausência de barreiras do amor, do afeto e da pluralidade das entidades familiares.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Como parte da natural evolução do conceito de família, os tempos hodiernos são marcados pela legitimação dos mais variados arranjos familiares, dentre os quais não se poderia deixar de render ensejo às famílias homoafetivas. Embora a produção legislativa não haja acompanhado tamanho avanço, é salutar destacar o brilhantismo com o qual o Judiciário tem enfrentado a temática e garantido, cada vez mais, os direitos dos casais do mesmo sexo, enquadrando-os no bojo do Direito de Família.

Malgrado a mencionada omissão acerca das relações homoafetivas, a disciplina constitucional confere sustentáculo suficiente para não deixar de contemplar e proteger os direitos dos casais homoafetivos. As características de afeto, amor, relação pública e respeito os igualam a qualquer relação tradicional, haja vista o comum propósito do compartilhamento de vidas e formação de família.

Não corroboram com os pilares sustentadores do Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, sobretudo, as pautadas na afronta aos direitos fundamentais à igualdade, à liberdade, à solidariedade familiar, à pluralidade das entidades familiares e da dignidade da pessoa humana. Tanto é que, por ser inconcebível render-lhe tratamento diferente, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça reconheceram as uniões homoafetivas enquanto entidades familiares, lhes estendendo todos os direitos e deveres pertinentes à união estável.

A partir, então, da referida legitimação e reconhecimento dos direitos nas relações homoafetivas, é inequívoco o cabimento da prestação de alimentos gravídicos em casos de companheiras do mesmo sexo, porquanto se pautar nos vínculos de parentesco por afinidade e na solidariedade familiar.

Em razão de tais premissas, e dos ditames constitucionais já delineados outrora, não há como deixar de render amparo à companheira gestante diante do término do relacionamento pelo parvo motivo de que a Lei nº 11.804/08 consignou ao “provável pai” a legitimidade passiva da Ação de Alimentos Gravídicos. Isto porque, se pôde concluir através da reflexão tecida, que a real intenção do legislador da Lei dos Alimentos Gravídicos não consiste em definir invariavelmente o sexo do legitimado passivo, mas garantir meios para efetivar a prestação dos alimentos gravídicos à gestante desamparada. Além disto, tendo em vista o

reconhecimento das relações homoafetivas enquanto entidades familiares, passou-se a flexibilizar a interpretação das disposições normativas de modo a não as limitar à questão de gênero.

Por todo o exposto, é inquestionável a aplicação da Lei dos Alimentos Gravídicos nas relações homoafetivas em que a inseminação heteróloga haja sido consentida pela companheira não gestante, porquanto fiel disciplina dos laços de parentesco por afinidade, da igualdade, da solidariedade familiar e do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Anuário 2000 GEDIM, 2000, p. 19 e ss.. *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo. Processo nº 0049498-09.2010.403.6301. Juiz federal Fernando Henrique Correa Custódio. 4ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal em São Paulo/SP. Julgamento em março de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378-RS. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa no Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: BRITTO, Ayres. Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno.

CAHALI, Yussef Said, Dos alimentos. 5 ed., rev., ampl. e atual. até o projeto do novo Código Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: ... ,95 apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 15 mai. 2016.

MACEDO, Raphael Dias. Alimentos gravídicos na união homoafetiva feminina. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3316, 30 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22324>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *Apud* DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O REGISTRO CIVIL DE PESSOA NATURAL E O ESTABELECEMENTO DA FILIAÇÃO

Rosana Kelly da Silva³⁵¹
Vanessa Menezes Duarte³⁵²

RESUMO: Embasado numa pesquisa essencialmente teórica, o presente artigo, através de doutrina, legislação e jurisprudência, objetiva por em foco um tema novo que vem ganhando espaço: o reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva. Passando, antes de tudo, por um histórico do Direito de Família brasileiro e fazendo um comparativo com a família contemporânea para, a partir disso, explanar as formas de reconhecimento de filiação já estabelecidas no ordenamento pátrio e analisar essa nova perspectiva de formação e reconhecimento familiar. O intuito é demonstrar o procedimento, a finalidade e a partir de que fundamentos vêm sendo instituída essa possibilidade através das Normas Gerais das Corregedorias de Justiça Estaduais, explicitando que alguns Estados da Federação já adotam a nova opção que se configura menos burocrática, totalmente legítima, calcada em princípios constitucionais e em todos os pilares da concepção contemporânea de família, capaz de desafogar o Judiciário e prevenir o surgimento de demandas judiciais desnecessárias.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade. Socioafetividade. Família. Extrajudicial.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO; 3 – VISÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE A FAMÍLIA; 4 – O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA; 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

³⁵¹ Discente do 6º período do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

³⁵² Especialista em Jurisdição e Processo Civil pela Universidade Potiguar-UnP, Especialista em Direito Notarial e Registral Pela Universidade Anhuaguera-Uniderp, Tabeliã e Oficiala de Registro Titular do Ofício do Termo Único de Tibau (RN), Coordenador de Área – Região Oeste da Associação dos Titulares de Cartório do Estado do Rio Grande do Norte. Membro do Projeto de Pesquisa – Pensando em Família, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1 – INTRODUÇÃO:

Primordialmente, as relações humanas caracterizavam-se pela promiscuidade entre os componentes de uma mesma tribo, o que impedia a atribuição exata da paternidade, pois a sociedade primitiva era praticante da poligamia e da poliandria. Com a maior capacidade de organização social, a família passou a ser monogâmica (fundada em laços de parentesco) e, com o surgimento da propriedade privada, passou a estar submetida às relações de propriedade patriarcal.

Assim, anteriormente à Constituição Federal de 1988, o que definia as relações familiares entre as pessoas era o critério sanguíneo e o matrimônio. Ainda não se falava em princípios; em igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, principalmente no âmbito familiar; em isonomia entre filhos gerados dentro e fora do casamento. O foco de todas as relações era extremamente patrimonial, onde até o ato de procriar possuía função distorcida daquela que realmente deveria lhe ser atribuída. O reconhecimento do afeto nas relações interfamiliares não tinha relevância quando do reconhecimento jurídico e social da entidade familiar. O caráter patriarcal e patrimonial era predominante.

Por conseguinte, com o matrimônio, a influência da religião e da moral passou a ser imposta. Os filhos passaram a possuir pais e mães certos. Aqueles que desobedeciam a este modelo de família eram marginalizados, social e juridicamente. As famílias desfeitas, aqueles que viviam em união estável, os filhos de pais separados, as mães solteiras, os casais homossexuais desagradavam ao modelo social e comportamental vigentes e eram estigmatizados pela própria sociedade que, influenciada pela cultura religiosa e pelo Estado, acreditavam que estes deveriam ser discriminados, pois eram inferiores.

A previsão legislativa do divórcio (1977) e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) permitiram, finalmente, que as famílias pudessem desfazer-se e assim permanecer, se desejarem, acabando ainda a distinção entre filhos havidos fora ou não do casamento e possibilidade do reconhecimento da filiação por homem, mesmo que este fosse casado.

A família passou a ter proteção especial do Estado; a mulher já não era inferior ao homem social e familiarmente, passando a ter os mesmos poderes de decisão. Foram reconhecidas novas instituições

familiares, constituídas não só a partir do casamento entre homem e mulher, mas das mais variadas formações, que passaram a ser totalmente amparadas pela lei; representando, assim, um avanço social tamanho ao demonstrar uma forte observação e reconhecimento ao longo da história das transformações sofridas no âmbito familiar, transferindo-se o foco do patrimônio para o afeto, sendo este o pilar sustentador da família contemporânea.

Essa família contemporânea tem como base a socioafetividade, e não mais os laços consanguíneos (filiação biológica) ou de parentesco (filiação legal), mas sim o amor entre os pais e os novos filhos (decorrentes da união pretérita de seu atual parceiro). Nesse contexto, percebe-se que há a formação de vários vínculos de paternidade, o social, o biológico e o socioafetivo.

Dessas novas relações surgem novos modelos de famílias, devendo-se estabelecer as modalidades de sua formação e as consequências sociais e jurídicas desse novo arranjo familiar entre os membros de uma mesma família, contribuindo para desburocratização, desjudicialização e estabelecimento da correspondência entre a realidade fática (filiação socioafetiva) e o registro (assento de nascimento).

2 – BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO:

Sob uma visão tradicional, tinha-se como família apenas aquela que decorresse de um casamento legítimo entre homem e mulher, relação essa que possuía um viés patrimonial como característica principal, como apontado por Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, P. 40): *“compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos”*.

Somente eram considerados filhos para todos os efeitos jurídicos aqueles que se originassem dessa união; os filhos que fossem gerados fora do casamento não poderiam ser equiparados aos legítimos e não possuíam direitos sobre o patrimônio do seu genitor.

De acordo com Paulo Lobo (2012, P. 18):

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procriacional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher — poder marital, e sobre os filhos — pátrio poder.

As funções anteriormente citadas foram sendo enfraquecidas, deixando de ser pilares sustentadores da família. O afeto passou a ocupar a posição de alicerce das constituições familiares contemporâneas.

Hodiernamente, pode-se afirmar que a socioafetividade corresponde à evolução dos costumes e da capacidade social de humanização de seus indivíduos com a prevalência das relações de afeto nas relações interfamiliares.

3 – VISÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE A FAMÍLIA:

Conforme a concepção de família vai transformando-se, a sociedade passa a reconhecer uma base familiar solidária, ampla, verdadeira e próxima da realidade atual. Giselda Maria Fernandes, citada por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, P. 41), pontua muito bem as mudanças da família no tempo, colocando-a como uma entidade *“ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”*.

De acordo com Paulo Lobo (2012, P. 22), há uma ‘repersonalização’ da imagem da família:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procriacional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram inovações, deixando para trás a concepção arcaica de que a família somente seria ‘sangue do sangue’ ou somente se formaria através do casamento; sendo observadas as mudanças sociais que se manifestaram ao longo do tempo e reconhecendo juridicamente outras instituições familiares.

Frise-se, novamente, que a família ganhou especial proteção do Estado no artigo 226 da Carta Constitucional vigente, que passou a reconhecer juridicamente vários tipos de entidades familiares, legitimamente reconhecidos na doutrina brasileira. Além disso, foi estabelecido o princípio da igualdade da filiação, no § 6º do artigo 227, onde filhos havidos fora da relação conjugal passam a fazer jus aos mesmos direitos e qualificações que os filhos havidos do casamento, assim como também os filhos adotados não devendo existir discriminação entre estes.

Neste diapasão, Paulo Lobo (2012, P. 289) ensina:

A extinção do vínculo de consanguinidade, na adoção, ressalta a opção que fez o direito brasileiro para a família socioafetiva e para a filiação fundada na afetividade, pouco importando sua origem. O direito que tem o adotado de conhecer sua origem biológica (art. 48 do ECA) tem a natureza de direito da personalidade, que é inerente, personalíssimo, individual, nada tendo que ver com relação de família.

O texto constitucional consagrou também uma série de princípios nos quais é baseada a família, tais como liberdade, igualdade, convivência familiar, melhor interesse da criança e afetividade, com base na dignidade da pessoa humana e na solidariedade.

Neste sentido, as lições de Paulo Lobo (2012. P. 60), *in verbis*:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e irmãos não biológicos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de

solidariedade recíproca. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.³⁵³

O afeto mostra-se como a palavra chave da família contemporânea, que a rege e a define. Nessa linha, Paulo Lobo (2012, P. 20) destaca: “A *afetividade*, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social”. E lembra (2012, P. 17):

[...] a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

Assim sendo, a nova definição de família tanto no aspecto jurídico quanto social é calcada, de acordo com Cristiano Chaves (2013, P. 41): “no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles.”.

Há uma nova visão, mais ampla e receptiva, que não considera somente o sangue como fator determinante de parentesco, mas outros motivos que determinam tanto quanto, e muitas vezes ainda mais, o verdadeiro sentimento de família que surge entre as pessoas quando estas convivem e criam laços; sentimento este que muitas vezes o próprio sangue não consegue estabelecer. O vínculo socioafetivo, decorre da relação de respeito, de convivência contínua, do amor, carinho, admiração e de reciprocidade. Forte o suficiente para sobrepor-se ao parentesco natural ou legal, capaz de consolidar subjetiva e socialmente a vontade de ser família.

3.1 – AS RELAÇÕES DE PARENTESCO:

As relações de parentesco têm por conteúdo àquelas estabelecidas entre as pessoas de uma mesma família, as quais mantêm um vínculo socioafetivo entre si, sendo isto decorrência da valorização

³⁵³ (LÔBO, Paulo. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25365>>. Acesso em: 2 ago. 2015)

dos vínculos de solidariedade formados na sociedade, o que pode ser denominado de parentalidade socioafetiva.

A formação social dos novos lares reconhece a família moderna com amparo na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), o qual consagra a afetividade e a valorização do ser humano. Pode-se concluir que a família moderna é socioafetiva, bem como que o afeto é capaz de gerar efeitos jurídicos.

Ao tempo em que a família não é mais constituída somente pelos laços sanguíneos ou através do matrimônio, o parentesco também acaba se modernizando, como bem descreve Cristiano Chaves (2013, P. 590):

Ao emprestar amplo espectro ao conceito de família, o constituinte terminou por alargar, identicamente, o conceito de parentesco, emprestando-lhe uma feição pluralista e, ao mesmo tempo, afastando as indevidas adjetivações atinentes a origem da relação.

Sobre o tema, há manifestação do Superior Tribunal de Justiça, acatando as novas relações que se estabelecem além do parentesco tradicional:

[...] O Superior Tribunal de Justiça ampliou a possibilidade de reconhecimento de relação de parentesco, nos moldes da moderna concepção de Direito de Família. A pretensão dos autores de, através de via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido.³⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral a respeito da colisão entre o vínculo socioafetivo e o biológico³⁵⁵, que servirá de parâmetro para julgamento de casos semelhantes.

Por sua vez, o Tribunal Superior Eleitoral³⁵⁶, já reconheceu a inelegibilidade de filho de criação de prefeito, não permitindo que

³⁵⁴ STJ, Ac.3ºT., REsp.326.136, rei. Min. NancyAndrighi, j.2.6.05, DJU 20.6.05

³⁵⁵ STF, ARE, 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.11.2012.

³⁵⁶ TSE; REsp 54101-03.2008.6.18.0032; Rel. Min. Arnaldo Versiani; j. 15.2.2111).

concorresse à sucessão do pai, aplicando o art. 14, §7º, da Constituição Federal.

Embora a jurisprudência nacional venha se consolidando no sentido de reconhecer a paternidade decorrente de uma relação socioafetiva, compre ainda salientar que, para a sua caracterização, exige-se alguns requisitos.

Assim, é importante destacar que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva exige alguns requisitos. O primeiro deles é o laço de afetividade, uma relação de afeto desenvolvida pela convivência.

Outro elemento caracterizador é o tempo de convivência. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁵⁷ já decidiu que 23 (vinte e três) anos de convivência é tempo suficiente para caracterizar a socioafetividade, devendo prevalecer, a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica.

Não basta existir o vínculo afetivo, ele tem que ser também sólido (terceiro requisito), conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmando em seu julgado que:

A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil³⁵⁸.

No âmbito legislativo, o Código Civil de 2002 consagrou um avanço quando dispõe em seu artigo 1.593 que “*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”³⁵⁹.

O termo ‘outra origem’ acima citado abarca os laços afetivos que se estabelecem entre as pessoas, reconhecendo estes também como fatores formadores de família. Dentro dessa linha de socioafetividade, pode-se citar: a adoção, a reprodução assistida heteróloga e até mesmo a própria ‘adoção à brasileira’, ainda que seja uma prática ilegal. Tudo

³⁵⁷ TJSC; AC 2011.005050-4; Lages; Rel. des. Fernando Carioni; j. 26.04.2011; DJSC 10.05.2011; p. 433.

³⁵⁸ TJRS; AC 8805-49.2011.8.21.7000; Sobradinho; 8ª. Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; j. 7.4.2011)

³⁵⁹ Destaque inautêntico.

decorre do vínculo que se forma entre as pessoas, não sanguíneo, mas de afeto que fortalece o sentimento de família já existente.

Neste esteio, corroborando com a evolução jurisprudencial e doutrinária, foram aprovados os Enunciados n^{os}. 256, 339 e 519, ambos do CJF/STJ – Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos:

Enunciado n. 256 — A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Enunciado n. 339 — A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

Enunciado n. 519 — O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

4 – DO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA:

A legislação vigente no Brasil consagra quatro formas de reconhecimento voluntário de filhos (ou perfilhação), a saber: a) no momento do registro do nascimento; b) por escritura pública ou escrito particular; c) por testamento; e, d) por manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento do filho não seja o objeto principal da lide.

Trata-se de ato jurídico em sentido estrito, irrevogável, unilateral, formal e incondicional, não se sujeitando a condição ou a termo. Produz efeitos *erga omnes* e retroativos. É também ato personalíssimo, somente podendo ser praticado pelo pai ou pela mãe.

O reconhecimento perante o juiz se dá através da ação de reconhecimento de paternidade ou maternidade, podendo ser ajuizada apenas pelo pai (ou mãe) em desfavor do filho, ou se menor deverá ser representado pelo seu representante legal. Esse direito é indisponível, não podendo o filho negociá-lo com os pais em troca de vantagens econômicas, assim como imprescritível como dispõe a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “*É imprescritível a ação de investigação de paternidade [...]*”.

As modalidades de reconhecimento voluntário são mais comuns em relação aos pais, mas também podem ocorrer em relação às mães. Essa espécie de reconhecimento ocorre quando o genitor não possui seu nome reconhecido no registro de nascimento do filho e o promove formalmente diante de declaração feita ao Oficial de Registro Civil de Pessoas naturais, estando presentes testemunhas.

Quando a filiação biológica coincide com a afetiva, o Registrador Civil de Pessoas Naturais não pode recusar-se de lavrar o assento de nascimento, acolhendo a declaração de reconhecimento de paternidade da criança que veio ao mundo.

A grande questão que se pode deparar é: e se o reconhecimento de paternidade socioafetiva for feito perante o Registrador Civil? Pode ele lavrar o assento de nascimento? E mais. E em caso de reconhecimento posterior de paternidade socioafetiva perante o cartório? Deve esse mesmo Registrador Civil averbá-lo, conforme declarado?

Corroborando com o posicionamento do brilhante professor CASSETARI (2015), acredita-se que o reconhecimento voluntário de paternidade, ou até mesmo de maternidade socioafetiva, pode ser realizado extrajudicialmente, em cartório, mas somente no caso do filho a ser reconhecido não ter a informação do nome do pai ou da mãe no registro lavrado.

Ressalte-se que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento e o menor, que deve contar com a anuência da mãe, pode impugnar o reconhecimento nos quatro anos seguintes à maioridade ou à emancipação.

De fato, é pacífica na jurisprudência, a possibilidade do reconhecimento judicial de paternidade socioafetiva.

Quanto ao reconhecimento da paternidade socioafetiva perante o Registro Civil de Pessoa Natural, o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, no final do ano de 2013, de forma pioneira, editou o Provimento 009/2013 que permitiu a todos os cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado pudessem receber e averbar todos os requerimentos de reconhecimento de paternidade socioafetiva em seus assentos, desde que não haja paternidade/maternidade estabelecida no registro.

O referido reconhecimento extrajudicial, perante o cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, independe de ação judicial e de interveniência do Ministério Público, sempre ficando claro e expresso que o reconhecimento da filiação se dá em razão do vínculo de afetividade.

O provimento pernambucano foi utilizado como base pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Ceará (Provimento n.15/2013) e do Maranhão (Provimento n. 21/2013), que também passaram a admitir o reconhecimento da paternidade socioafetiva sem a necessidade de determinação judicial nesse sentido.

Seguindo a mesma orientação, o Novo Caderno Extrajudicial do Código de Normas da Corregedoria de Justiça do Rio Grande do Norte prevê em seu art. 128:

Art. 128. O reconhecimento da paternidade socioafetiva poderá ser requerido perante qualquer Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, desde que o interessado apresente cópia da certidão e nascimento do filho ou informe em qual serventia foi realizado o registro, e forneça dados para incontestável identificação do registrado, nos termos Provimento 16/2012 da Corregedoria Nacional de Justiça.

§1º. Efetuado o reconhecimento de filho socioafetivo, o Oficial da serventia em que se encontra lavrado o assento de nascimento, procederá à averbação da paternidade, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial.

§2º. O reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva é irrevogável.

Em tais Estados (PE, CE, MA e RN), basta que o pai socioafetivo dirija-se até o cartório de registro civil e, nos termos dos respectivos provimentos, preencha o termo de reconhecimento de filho(a), com a expressa menção de que se trata de reconhecimento de filiação socioafetiva, não havendo necessidade de intervenção judicial ou do Ministério Público.

Trata-se de verdadeira desburocratização de reconhecimento dos direitos, em obediência aos princípios da celeridade e para a efetividade plena dos direitos da pessoa humana, prestada pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais vastamente capilarizados por todo o país, alcançando comunidades onde o Judiciário, a Defensoria Pública e o Ministério Público ainda não conseguiram chegar.

CASSETTARI (2015, p. 86) defende também a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva realizada em escrituras públicas declaratórias ou por meio de testamento, podendo, por esta escritura, o Oficial do Registro Civil de Pessoal Natural proceder toda e qualquer averbação necessária para que a partir desta fique constando no registro de nascimento do filho o nome do pai socioafetivo.

Na referida escritura, deve constar, dentre outros, que:

Anuência: a mãe concorda com a presente escritura em todos os seus expressos termos (se o reconhecido for menor) e a anuência expressa do reconhecido se o mesmo for maior, conforme o art. 1.614 do Código Civil. (CASSETTARI, 2015, p. 87)

A filiação socioafetiva, amplamente aceita pela sociedade como forma efetiva de reconhecimento de paternidade, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida, amparada e protegida juridicamente, possibilitando inclusive que essa filiação seja efetivada extrajudicialmente perante o Registro Civil de Pessoa Natural, o que pode e deve ser facilmente implementado pelas Corregedorias de Justiça de todos os Estados da Federação.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Conforme mencionado no início deste trabalho, a evolução social já não comporta o modelo clássico de família, formado por um homem, uma mulher e seus filhos. A igualdade entre pessoas, o estado liberal e a solidariedade, juntamente com a evolução tecnológica e a rápida disseminação do conhecimento permitiram ao ser humano a formação das mais diversas formas de famílias, abrindo espaço para o reconhecimento das relações socioafetivas.

Diante do exposto, plena certeza se tem de que a afetividade solidificou-se como base das relações familiares contemporâneas. Sendo reconhecida como uma relação familiar entre pai e filho, não somente pelos laços sanguíneos, mas também pela convivência contínua e duradoura, pelo respeito, carinho, transmissão de valores que ocorre entre essas pessoas e devem ser as verdadeiras características de uma família. Essas relações socioafetivas, que independem do sangue,

passaram a ser totalmente reconhecidas pela jurisprudência, doutrina e legislação brasileiras, ganhando especial proteção do Estado e ao passo que são fortalecidas, adquirem mais espaço e conquistam, a cada dia, novos direitos.

Uma das mais recentes conquistas relativas à socioafetividade é a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva; o alcance e a praticidade que decorre do reconhecimento perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, através de um procedimento simples, sem intervenção judicial ou do *parquet*. Trata-se de alternativa válida, uma solução mais hábil, que demanda menos tempo e ao mesmo tempo desafoga o judiciário, para um problema tão sério e ainda tão presente na realidade das pessoas que é o fato de, ainda hoje no Brasil, mesmo com todos os direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal, muitas crianças serem registradas somente pela mãe restando para o nome do pai, uma lacuna.

Essa nova espécie de reconhecimento está totalmente amparada por dispositivos e princípios constitucionais, se encaixando plenamente na realidade brasileira e gerando os mesmos efeitos que a paternidade natural geraria. Por isso, essa possibilidade, que vem sendo adotada já por alguns Estados, mostra-se eficiente também para amenizar outro problema: impedir que uma criança, jovem ou mesmo já adulto passe por constrangimentos gerados diante da falta do nome do pai na sua certidão de nascimento, evitando além de tudo, problemas de âmbito pessoal nas relações sociais e interpessoais dessas famílias.

Hoje a sociedade é formada por famílias nada convencionais e que diferem muito do conceito que se tinha antes: elas surgem através de vínculos que vão além dos biológicos, muitas vezes, mais fortes e verdadeiros do que aqueles que existem entre quem são ‘sangue do sangue’. A família, mais que sangue e sobrenome, é presença! É aquela que apoia, educa, dá carinho, repreende quando necessário, que aponta o caminho certo; que se faz presente em todos os momentos da vida de alguém e cria laços de afeto a partir dessas situações; sendo o sangue, diante disso tudo, um mínimo detalhe técnico que não faz de ninguém um verdadeiro pai ou mãe.

Diante disso, nenhum sentido faz alguém ter um pai de verdade na vida, com uma relação de afetividade já constituída, e em seu registro de vida constar apenas uma lacuna em branco; onde através do

meio extrajudicial, esse ato de reconhecimento se mostra muito mais atrativo, devido ao procedimento mais simples frente ao reconhecimento judicial.

Assim, para reforçar o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva, dispõe o art. 1.593, do Código Civil que o parentesco pode decorrer de qualquer origem, e não somente da consanguinidade.

Desta feita, é pacífico, na jurisprudência, a possibilidade do reconhecimento judicial de paternidade socioafetiva.

Outrossim, acredita-se que o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva, pode e deve ser realizado extrajudicialmente, em cartório, somente no caso do filho a ser reconhecido não ter a informação do nome do pai ou da mãe no registro, nos termos do Provimento n. 16 do CNJ, fazendo expressa menção à filiação socioafetiva.

Defende-se também a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva realizadas em escrituras públicas declaratórias ou por meio de testamento, podendo, por esta escritura, o Oficial do Registro Civil de Pessoal Natural proceder tida e qualquer averbação necessária para que a partir desta fique constando no registro de nascimento do filho o nome do pai socioafetivo.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30/07/2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 01/08/2015.

CASSETTARI, C. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, F. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito das Famílias. 5 ed. rev. amp. e atualizada. Editora Juspodivm, 2013.

HIRONAKA, G. M. F. N. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200> Acesso em: 01/08/2015.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias / Paulo Lôbo. – 5. ed.– São Paulo : Saraiva, 2012. – (Direito civil).

_____. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25365>>. Acesso em: 2 ago.

PERROT, M. O nó e o ninho, in Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

Portal do IBDFAM. Notícias. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>> Acesso em: 02/08/2015.

TARTUCE, F. Direito Civil – Direito de Família. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2916.