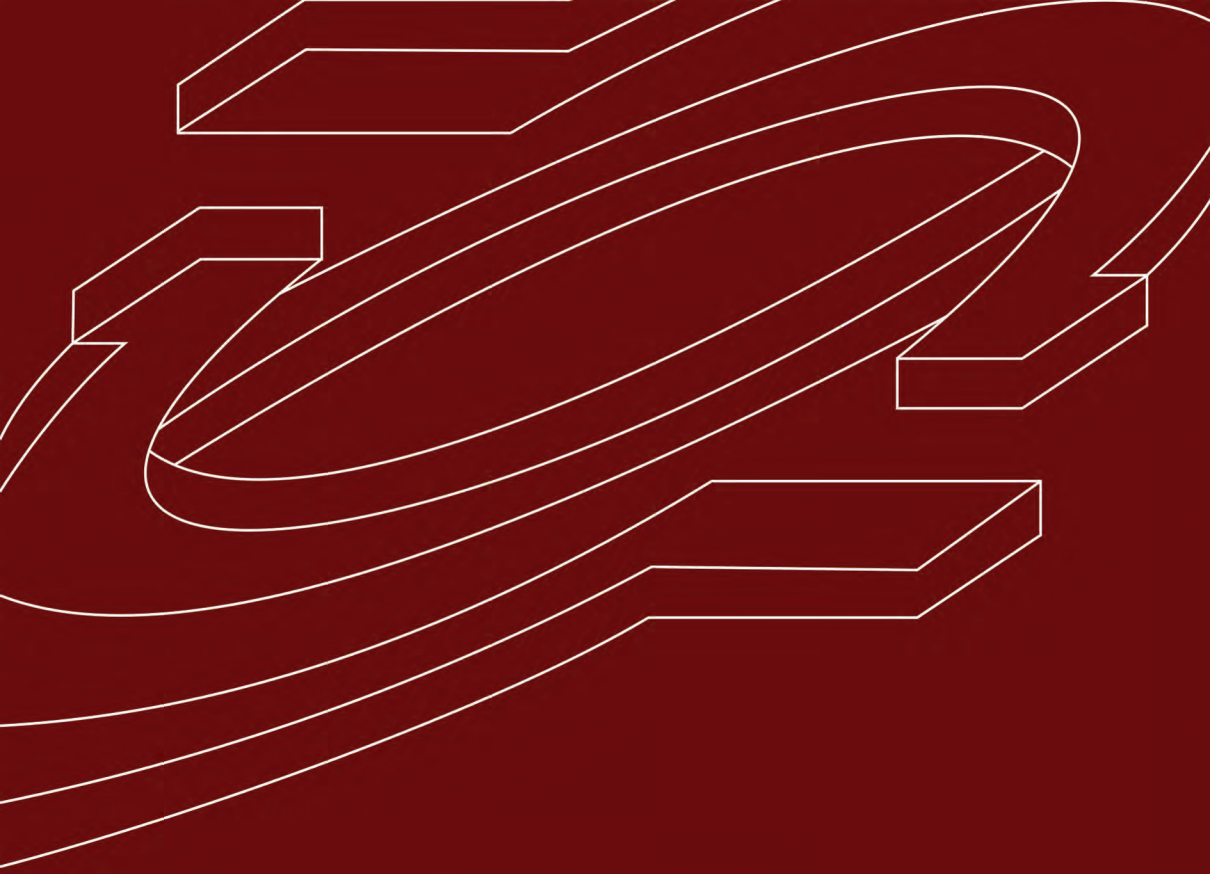

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 33 SETEMBRO 2015

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 33

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Reitor: Prof. Carlos Alexandre Netto
Vice-Reitor: Prof. Rui Vicente Oppermann

FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Prof. Danilo Knijnik • **Vice-Diretor**: Prof. Carlos Klein Zanini

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsável técnico:
Bibliotecária Nariman Marisa Nemmen

Colaboradora:
Bel. Ana Luiza Vianna da Silva

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:
Almiro Régis do Couto e Silva
Eduardo Kroeff Machado Carrion
José Sperb Sanseverino
Peter Walter Ashton
Plínio de Oliveira Corrêa
Sérgio José Porto

Professores titulares:
Carlos Silveira Noronha
Cezar Saldanha de Souza Júnior
Cláudia Lima Marques
Humberto Bergmann Ávila
José Alcebíades de Oliveira Jr.

Professores doutores:
Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Alejandro Montiel Alvarez
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Ana Paula Motta Costa
Andrei Pitten Velloso
Ângelo Roberto Ilha da Silva
Augusto Jaeger Junior
Bruno Nubens Barbosa Miragem
Carlos Eduardo Dieden Reverbel
Carlos Klein Zanini
Carlos Silveira Noronha
César Saldanha Souza Junior
César Viterbo Matos Santolim
Claudia Lima Marques
Daisson Fach
Dalva Carmem Tonato Araujo
Daniel Mitidiero
Danilo Knijnik
Eduardo Kochenborger Scarparo
Fabiano Menke
Fabio Morosini
Gerson Luiz Carlos Branco
Glênio José Wasserstein Hekman
Guilherme Boff
Humberto Bergmann Ávila
Igor Danilevicz
José Alcebíades de Oliveira Jr.
José Guilherme Giacomuzi
Juarez Freitas
Kelly Lissandra Bruch
Klaus Cohen Koplin
Leandro do Amaral D. de Dorneles
Lisiane Feiten Ody
Lucas Pizzolatto Konzen
Luciane Cardoso Barzotto
Luis Afonso Heck
Luis Fernando Barzotto
Luis Renato Ferreira da Silva
Luiz Carlos Buchain
Luiz Felipe Silveira Difini
Luiz Felipe Spinelli
Marco Antonio Karan Silveira
Marco Fridolin Sommer Santos
Marcus Paulo Rycembel
Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Martha Lúcia Olivar Jimenez
Mauro Fonseca Andrade
Odone Sanguiné
Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Paulo Baptista Caruso MacDonald
Rafael Da Cas Maffini
Rafael de Freitas Valle Dresch
Ricardo Antonio Lucas Camargo
Roberta Camineiro Baggio
Rodrigo Coimbra Santos
Rodrigo Valin de Oliveira
Rosa Maria de Campos Aranovich
Sérgio Luis Wetzel de Mattos
Sergio Viana Severo
Simone Tassinari Cardoso
Sonilde Kugel Lazzarin
Tupinambá Pinto de Azevedo
Vanessa Chiari Gonçalves
Vera Maria Jacob de Fradera
Vivian Pantaleão Caminha
William Smith Kaku
Wladimir Barreto Lisboa

Representante discente:
Mariana Ghiorzzi Albite Silva

Faculdade de Direito – UFRGS
Av. João Pessoa, 80 – CEP 90.040-000
Porto Alegre/RS – Brasil
Tel.: (51) 3308-3118 / 3308-3128 / 3308-3555 / 3308-3464
e-mail: diretor@direito.ufrgs.br
site: http://www.ufrgs.br

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 33

Editora Sulina

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Bibliotecária Responsável: Nariman Marisa Nemmen

R454

Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 33 – Set./2015, n. 1 (1949). – Porto Alegre: Sulina, 2015.

Indexada na Bibliografia Brasileira de Direito (BBD) e em *LAPTOC – Latin American Periodicals Tables of Contents*.

ISSN: 0104660-8

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências Jurídicas. 3. Ciências Sociais. 4. Ciências Políticas. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito.

CDD: 340
CDU: 34(05)

Editora Sulina

EDITORA MERIDIONAL LTDA.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101
CEP: 90.035-190 - Porto Alegre-RS
Tel: (51) 3311-4082

www.editorasulina.com.br
e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande del l'echange • Wir bitten um Austausch • Si richieri lo scambo

Sumário

A PARTILHA DE QUOTAS SOCIAIS DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS 7
Ádamo Brasil Dias

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA 36
André Luis Rodrigues Pedrozo

A PERDA DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE ... 55
Anelize Pantaleão Puccini Caminha

A VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CASAMENTO CIVIL E OS POSSÍVEIS REFLEXOS NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS 85
Beatriz Helena Braganholo

UM ESTUDO DA EVOLUÇÃO DA SENTENÇA NO TRANSCURSO DOS TEMPOS, ATÉ SUA PRÁTICA NO DIREITO PORTUGUÊS ANTIGO 104
Carlos Silveira Noronha

SOCIEDADE DIGITAL E OS NOVOS RUMOS DO DIREITO SUCESSÓRIO 157
Cristiano Colombo

ALIENAÇÃO PARENTAL E MEDIDAS COERCITIVAS 177
Dani Niderau Camargo Machado

A EXCLUSÃO DOS HERDEIROS NO PROCESSO SUCESSÓRIO POR PRÁTICAS DE ATOS ILÍCITOS AO PROPRIETÁRIO DA HERANÇA 205
David Adriano Nota

A POLÊMICA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE SETENTA ANOS 227
Felipe Cunha de Almeida

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA 260
Natalie Cafruni di Giorgio

ASPECTOS DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL EM FACE DA LEI E DA JURISPRUDÊNCIA 283
Renata Duval Martins

A PARTILHA DE QUOTAS SOCIAIS DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ádamo Brasil Dias[1]

1 INTRODUÇÃO

Ainda que em tempos saudosos a advocacia pudesse ter sido atividade puramente intelectual, esse ramo de atividade profissional não escapou das mudanças provocadas no mercado de trabalho ao longo das décadas. Seja pela proliferação de operadores do direito ou pelo avanço inexorável da tecnologia, é notório que a advocacia de outrora, um serviço que era privilégio de poucos, cedeu à necessidade de se adequar a concorrência e ao ritmo imprimido pela sociedade hodierna.

Assim, infortúnio ou não, as grandes sociedades de advogados cada vez mais assemelham-se a empresas prestadoras de serviços, em que se verifica um escalonamento de profissionais e uma divisão em setores de produção. Escritórios que operam com dezenas de milhares de processos sequer poderiam cogitar se dar ao luxo de desenvolver um trabalho personalizado para cada ação judicial.

As popularmente chamadas "ações de massa" vieram a transformar por completo o exercício da advocacia, exigindo uma produtividade do escritório em um nível antes só conhecido pelas indústrias. Nessa realidade, escritórios adotam um modelo fordista de produção, criando setores responsáveis por cada tipo de atividade. Enquanto uma equipe produz dezenas de contestações por dia, outra apresenta dezenas de apelações, ao mesmo tempo em que outra realiza a triagem de milhares de intimações via nota de expediente etc.

---

1 Advogado militante, especialista em Direito Público, mestrando em Direito.

Portanto, se no passado consolidou-se o entendimento de que a sociedade de advogados desenvolvia atividade puramente intelectual, não se confundindo com a atividade de uma sociedade empresária, hoje essa conclusão já não se apresenta assim tão automaticamente. Por isso, a questão merece ao menos nova reflexão, pois a casuística revela que podem se mostrar demasiadamente semelhantes os formatos de trabalho desenvolvidos pela sociedade de advogados e pela sociedade empresária.

Dito isso, o presente estudo busca compreender a interação jurídica existente entre o fato verificado na prática das sociedades advocatícias e a norma que lhes é aplicável. Em outras palavras, pretende-se, aqui, analisar a que orientação legal se submete a sociedade de advogados, a fim de compreender os reflexos daí advindos para o direito de família.

O interesse no tema é fruto de questionamento acerca da solução adotada em recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual, em sede de embargos infringentes, decidiu-se por unanimidade pelo afastamento do direito de partilha de cotas de sociedade de advogados.[2]

Na decisão em comento, o relator adotou entendimento de que "não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados, pois não se enquadram como ente empresarial", tratando-se a sociedade de advogados de uma "sociedade personalista de prestação de serviços profissionais **(sociedade simples)**" [grifo nosso], invocando raciocínio defendido por Rolf Madaleno[3] sobre a questão.

Vale registrar que neste mesmo litígio o voto do então relator do recurso de apelação foi divergente, sustentando em sua fundamentação a

---

2 EMBARGOS INFRINGENTES. SOBREPARTILHA. COTAS SOCIAIS. SOCIEDADE DE ADVOCACIA. DESCABIMENTO. 1. Não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados, que é sociedade personalista de prestação de serviços profissionais, identificadas no Código Civil como sociedades simples, dedicadas ao exercício da profissão de seus integrantes, não se enquadrando como ente empresarial. 2. Somente é viável cogitar de partilha quando há indicativo de abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o que inocorre na espécie. Embargos infringentes desacolhidos. Unânime. (Embargos Infringentes n. 70061885786, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 31.10.2014)

3 MADALENO, Rolf. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/681-o-fundo-de-comercio-do-profissional-liberal-na-meacao-conjugal>. Consultado em: 16.03.2015.

viabilidade de partilhar "cotas societárias" das sociedades constituídas ao longo dos relacionamentos, a depender do regime de bens, sintonizando-se com os fundamentos invocados na sentença.

Destarte, inegável é que o tema não é estreme de dúvidas, de modo que, a despeito de ter sido ou não acertada a decisão proferida no acórdão de julgamento dos embargos infringentes n. 70061885789 (CNJ 0381141-70.2014.8.21.7000) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é fato que a fundamentação adotada merece ao menos uma reflexão, sendo esta a proposta do presente estudo.

2 A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

2.1 Origem

Em que pese o exercício da advocacia como prática da defesa dos direitos de outrem tenha uma origem bastante remota, é relativamente recente o nascimento das sociedades de advogados, sendo majoritariamente apontada a revolução industrial dos Estados Unidos e da Inglaterra como fator determinante para o surgimento dessa espécie de sociedade, a fim de atender à demanda oriunda do rápido crescimento das negociações internacionais de grande porte.[4]

A nível nacional, a primeira sociedade de advogados que se tem conhecimento data da década de 1950, criada por Richard Momsen, diplomata norte-americano que se graduou em direito no Brasil e formou uma sociedade civil com infraestrutura empresarial para o exercício da advocacia no Rio de Janeiro, junto com outros advogados brasileiros.[5]

Nesse contexto histórico não havia qualquer normatização tutelando a sociedade de advogados, valendo-se os interessados do que então dispunha o Código Civil de 1916 sobre as sociedades em geral, especialmente o art. 1.371, cujo teor previa que "também se considera particular a sociedade constituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria, ou exercer certa profissão".

Apenas com a edição da lei 4.215/63 – antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – é que a sociedade de advogados passou a receber atenção especial, tutelada pela redação contida entre os arts. 77 e 81.

---

4 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 17.

5 Ibidem, p. 29.

Nesse particular, interessa ao presente estudo destacar a redação que apresentava o §1º do art. 77 do antigo Estatuto: "as atividades profissionais que reúnem os sócios em sociedades se exercem individualmente quando se tratar de atos privativos de advogados, ***ainda que revertam ao patrimônio social os honorários respectivos***". [sic][grifo nosso]

O trecho em questão é relevante por aludir expressamente à hipótese de destinação do lucro a sociedade, e não ao sócio – que, em eventual apuração de haveres no futuro, obterá benefício patrimonial. O ponto em questão receberá maior atenção em momento oportuno.

Em 1994 foi sancionado o atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, lei n. 8.906, que dedicou os arts. 15 a 17 à regulamentação das sociedades de advogados – passando a não mais mencionar expressamente a possibilidade de destinação dos honorários ao patrimônio social.

Também em 1994 foi elaborado o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que destinou os arts. 37 a 43 à matéria. O Regulamento veio a ser complementado posteriormente pelo provimento 92/2000, que veio a ser revogado com a publicação do provimento 112/2006 do Conselho Federal da OAB.

2.2 Características

Dentre as normas referidas no tópico anterior não há dispositivo que trate expressamente da natureza da sociedade de advogados e, por conseguinte, não há orientação acerca da possibilidade de valoração patrimonial das cotas sociais, incumbindo ao operador do direito valer-se das normais gerais de direito aplicáveis subsidiariamente para encontrar uma solução à questão.

Essa busca pelas normas aplicáveis à sociedade de advogados encontra seu primeiro desafio no fato de que se está a tratar de sociedade com, ao menos, cinco características singulares, que a distanciam das demais espécies de sociedades.

Dentre as características enumeradas pela doutrina especializada,[6] a primeira a ser suscitada é a noção de que a sociedade não tem por fim prestar serviços de advocacia, mas tão somente viabilizar aos advogados nela reunidos o exercício de seu ofício. Neste particular, convém esclarecer que a sociedade visa à obtenção de lucro pelos seus membros, de modo que a união de profissionais da advocacia com intuito diverso – filantropia, cultura, lazer etc. – caracteriza simples associação.[7]

Outro traço marcante é a exigência de que todos os membros da socie-

6 Ibidem, p. 35-36.

7 Ibidem, p. 35-38.

dade sejam profissionais com a mesma habilitação, ou seja, advogados inscritos nos quadros da OAB. Não existe a possibilidade de formação de sociedade de advogados em que seja sócio um profissional de outra área de atuação, ainda que indiscutível a sua utilidade à sociedade – contabilista, administrador etc. Além disso, diversamente do Estatuto anterior,[8] atualmente é defeso ao estagiário de direito compor a sociedade de advogados.

Uma terceira característica presente nas sociedades de advogados é o dever de observância ao objeto, não podendo haver intento diverso do exercício da advocacia por seus sócios.[9] Nessa esteira, é de bom alvitre o registro: não há no Brasil a possibilidade de criação de sociedades multidisciplinares abrangendo a advocacia, pois nos termos do art. 16, § 3º, do Estatuto da OAB,[10] é privativo da sociedade de advogados o exercício dessa atividade – sendo-lhe vedada, de outra banda, o exercício de atividade estranha.

A existência de registro próprio é também uma característica que não se pode olvidar, haja vista que diversamente das demais pessoas jurídicas – que estão obrigadas a proceder o registro na Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas, consoante art. 1.150 do Código Civil – as sociedades de advogados são registradas perante o competente Conselho Regional da OAB, nos termos do art. 15, §§ 1º e 5º, do Estatuto da OAB.[11]

Por fim, a última característica mencionada pela doutrina diz respeito à impossibilidade de apresentação de

---

8 Art. 77, § 6º: Os estagiários poderão fazer parte das sociedades de advogados.

9 MEYER, Antônio Corrêa; PENTEADO, Mauro Bardwil. Notas sobre sociedades de advogados: características, peculiaridades, e a influência do novo Código Civil em seu regime jurídico. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *Sociedade de Advogados*. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 25.

10 § 3º: É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.

11 Art. 15: Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral. § 1º: A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede. […] § 5º: O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.

forma ou características mercantis, reforçando a vedação à adoção de formas de sociedade empresárias (limitada, anônima, em nome coletivo, em comandita simples ou por ações).

Por se tratar de uma sociedade de profissão liberal com cunho *intuito personae*, possui regramento próprio disposto no Estatuto da OAB, Regulamento Geral e provimentos do Conselho Federal da OAB sobre o assunto. Entretanto, sendo considerada um tipo especial de sociedade simples, como defendido pela jurisprudência invocada no início deste trabalho,[12] aplica-se-lhe subsidiariamente o Código Civil naquilo que não contrariar as normas especiais.[13]

No que diz respeito à responsabilidade dos sócios, a regra seguida é a dos arts. 1.023 e 1.024 do Código Civil,[14] também prevista no art. 17 do Estatuto da OAB,[15] de modo que respondem subsidiaria e ilimitadamente pelas obrigações sociais, em caráter não solidário[16] – salvo estipulação no contrato social de responsabilidade solidária dos sócios.[17] Os sócios assumem papel similar ao de um garantidor, assumindo a responsabilidade pelas dívidas da sociedade quando o patrimônio desta não for suficiente para satisfazer os credores.[18]

---

12 Nas palavras do desembargador relator, "[…] tenho também que não são partilháveis as cotas da ***sociedade de advogados***, que é sociedade personalista de prestação de serviços profissionais, ***identificadas no Código Civil como sociedades simples***, dedicadas ao exercício da profissão de seus integrantes, não se enquadrando como ente empresarial". [grifo nosso]

13 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 39.

14 Art. 1.023: Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária. Art. 1.024: Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

15 Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.

16 Ibidem, p. 35-36.

17 NAVES, Oswaldo. Responsabilidades das sociedades de advogados. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *Sociedade de Advogados*. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 42.

18 WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*: do direito de empresa. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 209.

3 A PARTILHA DE BENS

São corriqueiras as ações de divórcio litigioso levadas ao judiciário em que uma das partes compõe sociedade empresária, civil ou de advogados, nas quais a tarefa de mensuração do patrimônio amealhado pelo casal para fins de definição de partilha pode se revelar árduo desafio.

Infelizmente não são raras as fraudes envolvendo os bens da pessoa jurídica de quem é sócio um dos cônjuges, em que expressiva parte do patrimônio utilizado pelo núcleo familiar é de titularidade daquela.[19] Ademais, como bem exemplificam Maria Berenice Dias[20] e Rolf Madaleno,[21] confirma-se, com alguma frequência na prática forense, a ocorrência de retirada fictícia do cônjuge da sociedade, que, em conluio com terceiro, cede-lhe sua parte com o propósito de frustrar, nesse particular, a partilha que enfrentará no processo de divórcio.

Nesses casos, a doutrina[22] vem defendendo a *disregard* como justa solução para resguardar o direito do cônjuge ou companheiro[23] à partilha dos bens a que efetivamente tem direito, desconsiderando a transferência patrimonial fraudulenta ao acervo da sociedade.

Ademais, ainda há que se falar sobre a trabalhosa tarefa de identificação dos limites de alcance da comunicação dos bens nos casos em que, embora não haja fraude, a lei não é suficientemente clara. É precisamente esta a hipótese em que se enquadra a sociedade de advogados, cuja possibilidade de partilha das cotas sociais é definida tão somente pela interpretação do aplicador da lei.

A fim de melhor desenvolver o raciocínio a respeito da questão, parece ser de bom alvitre uma análise superficial das disposições próprias do direito de família acerca da partilha de bens.

Nessa esteira, o primeiro ponto a ser abordado é o regime de bens, cuja variedade de opções está presente no cenário nacional desde as Ordenações Filipinas,[24] o que gera uma miríade de

---

19 MADALENO, Rolf. A efetivação da *Disregard* no Juízo de Família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 162.

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 300.

21 MADALENO, op. cit., p. 162.

22 DIAS, op. cit., p. 300.

23 MADALENO, op. cit., p. 173.

24 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 172.

possibilidades de problemas a serem enfrentados concretamente. Ademais, considerando que dentre os quatro regimes convencionais atualmente previstos, três implicam partilha em caso de dissolução da união, é mister uma breve abordagem a respeito.

Nesse contexto, a comunhão universal de bens é o mais simples dos regimes, pois estabelece como regra geral a comunicação de todos os bens, excepcionando aqueles a que se referem os incisos do art. 1.668 do Código Civil.[25] Aliás, no entender de Maria Berenice Dias,[26] é desarrazoada a hipótese prevista pelo inciso V do referido dispositivo – que, por sua vez, remete aos incisos V a VII do art. 1.659, CC.

É de completa lucidez a crítica da autora em relação à incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inciso VI) bem como pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (inciso VII), haja vista que, efetivamente, se estará a premiar aquele que optar por poupar seus recursos em detrimento do seu consorte que escolheu investir na aquisição patrimonial em favor da família.

O segundo regime que na prática importa a comunicação de bens é a participação final nos aquestos, pouco utilizado no cenário nacional pela complexidade contábil que demanda. À semelhança do regime da comunhão parcial de bens, a participação final nos aquestos adota como regra geral a divisão igualitária dos bens onerosamente adquiridos na constância da união, nos termos do art. 1.672 do Código Civil.[27]

Por fim, a comunhão parcial de bens, regime que hoje impera entre as uniões formais e informais, assume como regra geral[28] a comunicação

---

25 Art. 1.668: São excluídos da comunhão: I. os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II. os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III. as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV. as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V. Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

26 DIAS, op. cit., p. 220.

27 Art. 1.672: No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

28 Art. 1.658: No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, mas estabelece, adicionalmente, um rol de bens excluídos[29] e outro de bens incluídos[30] na comunhão.

Dentre os bens excluídos da comunhão, previstos no art. 1.659 do Código Civil, as hipóteses elencadas nos incisos I, II e III são meros desdobramentos da regra geral de incomunicabilidade dos bens não adquiridos onerosamente na constância da união.

Já a regra imposta pelo inciso IV, que exclui da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos, é uma exceção à orientação geral do regime, que busca proteger o cônjuge que não participou da ilicitude, salvo hipótese de ter sido beneficiado por ela. Esse dispositivo harmoniza-se com a orientação do art. 1.666 do código.[31]

Por fim, no tocante às hipóteses dos incisos V a VII, são merecedoras da já suscitada crítica feita por Maria Berenice Dias, anteriormente comentada por ocasião da abordagem ao regime da comunhão universal de bens.

Em contrapartida ao rol de exclusões, o art. 1.660 do mesmo diploma legal apresenta o rol de bens que deverão integrar a comunhão de bens, cuja primeira hipótese (inciso I) reforça a regra geral do regime.

O inciso II abre uma exceção à orientação deste regime, pois prevê a possibilidade de comunicação de patrimônio adquirido não onerosamen-

---

29 Art. 1.659: Excluem-se da comunhão: I. os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II. os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III. as obrigações anteriores ao casamento; IV. as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V. os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI. os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII. as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

30 Art. 1.660: Entram na comunhão: I. os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II. os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III. os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV. as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V. os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

31 Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

te. O exemplo mais comumente invocado pela doutrina para legitimar essa previsão é a premiação em loteria.[32]

O inciso III inclui na comunhão os bens adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, situação esta que pode gerar uma primeira interpretação errônea. Diz-se isso porque, na hipótese de duas pessoas receberem um mesmo bem como doação, herança ou legado, sem que tenha sido estabelecida a proporção da propriedade transferida, a interpretação natural que se faz é de que a cada um caberá 50% do bem.

Entretanto, não é isso que ocorrerá com a aplicação do inciso III, que estabelece que o bem adquirido passará a integrar a massa de patrimônio *comum*. Vale dizer, em vez de cada um dos cônjuges receber 50% da propriedade do bem a título de bem próprio (que seria incomunicável, nos termos do art. 1.659, I), receberão a totalidade do bem em comunhão.

O quarto inciso do art. 1.660 estabelece que integram a comunhão as benfeitorias feitas em bens particulares de cada cônjuge. Quanto a esse aspecto, é oportuno registrar que há entendimento jurisprudencial no sentido de que o dispositivo em questão aplica-se também à hipótese da benfeitoria realizada em bem sobre o qual recai apenas a condição de usufrutuário de um dos cônjuges.[33]

Por último, o inciso V prevê que os frutos dos bens dos cônjuges – comuns ou particulares – deverão integrar a comunhão se percebidos ou pendentes na constância do casamento. Embora se entenda acertada tal orientação, é válido o lembrete de que, frequentemente, os frutos do

---

32 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 184.

33 AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DA CONTRADITA. SUSPEIÇÃO NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INCLUSÃO NA PARTILHA DOS VALORES EMPREGADOS NAS BENFEITORIAS REALIZADAS NO IMÓVEL DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA CONVIVENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NO REMANESCENTE. 1. Tendo sido negada pela testemunha a alegação de amizade íntima com o autor, motivo de suspeição, cabia à parte ré provar a contradita, na forma do art. 414, § 1º, do CPC, do que não se desincumbiu. Agravo retido desprovido. 2. Integram a partilha os valores indicados nos recibos juntados aos autos que foram investidos nas benfeitorias realizadas durante a união estável no imóvel de propriedade exclusiva da convivente, os quais não foram por ela oportunamente impugnados. Sentença reformada, no ponto. 3. **Não tendo sido comprovado pelo convivente sua alegação de que as benfeitorias realizadas durante a relação no *imóvel do qual é usufrutuário* foram arcadas**

patrimônio particular de um dos cônjuges podem efetivamente ser a sua única fonte de sustento. Seguindo esse raciocínio, estar-se-ia a dar tratamento distinto à destinação da renda dos cônjuges se a um deles fosse aplicada a regra da comunicabilidade disposta no inciso V do art. 1.660 e ao outro fosse aplicada a regra da incomunicabilidade disposta nos incisos VI ou VII do art. 1.659.

A título de exemplo, imagine-se a situação em que um dos cônjuges possui propriedade de terras particular, na qual produz grãos e extrai expressiva soma de dinheiro a cada safra. O outro cônjuge, por sua vez, é servidor público aposentado com alta remuneração. As duas fontes de sustento alcançam um equilíbrio ideal no quadro ilustrativo. Nesse caso, não se poderia deixar de enquadrar a produtividade das terras como os frutos dos bens particulares a que se refere o inciso V do art. 1.660. Em contrapartida, o outro cônjuge beneficiar-se-ia de blindagem sobre sua aposentadoria por força do inciso VII do art. 1.659.

Para concluir o raciocínio, fica o questionamento: e se cada um deles houver formado poupança em valores idênticos, apenas a do que se sustenta dos frutos de seus bens particulares será passível de partilha? Não parece ser a mais justa das soluções, o que reforça a crítica levantada pela doutrina.[34]

Assim, feita uma superficial análise das disposições relativas à comunicação entre bens dos cônjuges, a conclusão parcial que se desvela por ora é no sentido de que as hipóteses que não se enquadrem nos róis do art. 1.659 e art. 1.660 submeter-se-ão à regra geral do regime da comunhão parcial de bens. A mesma conclusão se apresenta em relação ao regime da co-

---

por seus filhos, ***correta determinação de partilha dos valores a esse título empregado pelo par***. 4. Manutenção da sentença no ponto em que incluiu no acervo partilhável a motocicleta adquirida durante a relação, bem como do valor correspondente às parcelas do financiamento do Voyage adimplidas durante este período. 5. Inexistindo comprovação de que o veículo Saveiro foi adquirido na integralidade com o produto da venda de veículo que o companheiro possuía anteriormente, correta a decisão que reconheceu apenas em parte a sub-rogação. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 70056464092, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 27.02.2014). **[grifo nosso]**

34 DIAS, op. cit., p. 220.

munhão universal de bens, cuja comunicação de patrimônios será integral se não restar caracterizada nenhuma das previsões do rol do art. 1.668.

Destarte, salvo regramento específico dispondo expressamente em sentido oposto, imperiosa é a aplicação das normas gerais que regulam o patrimônio tocante ao casal, importando a comunicação de todos os ativos que possuam expressão econômica – observadas as regras temporais relativas a cada regime.

4 AS COTAS SOCIAIS DEVEM INTEGRAR A PARTILHA?

Uma vez trabalhadas as bases sobre as peculiaridades relativas às sociedades de advogados e a comunicação dos bens do casal, chega o momento de enfrentar o verdadeiro desafio do presente artigo, qual seja, a verificação da viabilidade de partilha das cotas sociais daquelas sociedades por ocasião da separação, divórcio ou dissolução de união estável.

4.1 Atividade intelectual e atividade empresarial

Como bem menciona o parágrafo único do art. 966 do Código Civil,[35] aquele que exerce atividade intelectual não é considerado empresário e, por conseguinte, não é aplicável à sociedade de advogados o regramento atinente às sociedades empresárias, segundo entendimento esposado pelo egrégio Tribunal de Justiça gaúcho no julgamento dos embargos infringentes invocado no início deste artigo.

É fato que o exercício da advocacia é atividade intelectual, razão pela qual a doutrina[36] tende a enquadrar a sociedade de advogados na disposição do parágrafo único do art. 966 do Código. Consoante ensinamento de Silvio Venosa, "os profissionais dessa classe adquirem a condição de empresários só quando desenvolvem uma atividade ulterior, distinta da intelectual ou artística, considerada em si mesmo empresária",[37] invocando o exemplo do médico que administra um hospital e do professor que possui instituição de ensino.

---

35 Parágrafo único: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

36 ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código civil*: direito das sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93.

37 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1032.

Entretanto, o alerta de Rolf Madaleno sobre a atividade efetivamente desempenhada pelos profissionais liberais é muito oportuno:

> Os profissionais liberais estão cada vez mais distantes de uma atividade laboral isolada e, em verdade, não mais exercem um ofício personalíssimo e artesanal, sendo incontroverso que no correr dos tempos a sociedade civil tem testemunhado importantes transformações no exercício das atividades intelectuais e de prestação de serviços dos profissionais liberais.[38]

Não se perca de vista a realidade de tantos escritórios de gigantesco porte que figuram como verdadeiras indústrias de produção jurídica, classificando demandas, escalonando equipes de produção por etapas do processo, formatando modelos de petições que viabilizarão uma produção massiva de peças jurídicas etc. Vale dizer, o escritório perde o caráter puramente intelectual de cada demanda defendida e passa a perseguir números de produção diária, à semelhança de uma empresa.[39]

Nesses casos, não raras vezes um ou mais sócios acabam se deparando com a necessidade de afastamento da atividade intelectual – de produção jurídica – a fim de atender às demandas de ordem administrativa, logística e comercial do escritório. Assim, o sócio que se distancia da produção intelectual própria da advocacia vem a desenvolver atividade tipicamente de empresário: contratação de mão-de-obra por custo adequado, captação de clientela, revisão de contratos, reuniões com clientes atuais e futuros etc.

Fábio Ulhoa Coelho admite a existência da advocacia explorada empresarialmente ao tratar da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. O autor explica que "quando a atividade liberal (advocacia, medicina, odontologia etc.) for explorada empresarialmente, sem a característica da pessoalidade estrita na prestação do serviço, então os defeitos de fornecimento serão indenizáveis independente de culpa".[40]

Ora, como já foi registrado anteriormente, é vedada a criação de sociedade empresária para fornecimento de serviço de advocacia, o qual é monopólio das sociedades de advogados no sistema brasileiro. Portanto, ao que tudo indica o autor não está se

---

38 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 773.

39 Ibidem, p. 773.

40 COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 308.

referindo a uma sociedade empresária que explora a advocacia – pois vedada a prática – e sim a uma sociedade de advogados que assume uma postura empresarial.

Na busca pela caracterização do empresário, Arnoldo Wald[41] invoca preciosa lição de Sylvio Marcondes, esclarecendo que o exercício profissional representa "a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas ideias estão implícitas na profissionalidade do empresário."[42] Como bem esclarece Wald, as sociedades simples ocupam atualmente o lugar das antigas sociedades civis.[43] Estas, por sua vez, possuíam o intuito de lucro,[44] diversamente das associações. O que distinguia a sociedade civil da sociedade comercial era presença ou não de atos de mercancia,[45] ainda que ambos os formatos de sociedade pudessem gerar lucro. Hoje resta ultrapassada a distinção das sociedades comercial e civil – que deram espaço às sociedades empresária e simples –, mitigando a importância da identificação dos atos de comércio.[46]

É certo que todo escritório de advocacia tem sua demanda de ordem administrativa, não se tratando de uma anormalidade a necessidade de o advogado vir a cumular as tarefas de administração da sociedade com aquelas próprias da atividade intelectual. Entretanto, ocorre uma completa extinção da atividade intelectual – a que se refere o parágrafo único do art. 966 do Código Civil – quando o advogado abandona os processos judiciais e pareceres jurídicos para atuar tão somente como gestor de um lucrativo negócio – o seu escritório de advocacia.

Por isso, a despeito do que dispõe o parágrafo único do art. 966 do Código, não é absoluta a noção de que o advogado que compõe uma sociedade está exercendo a criatividade jurídica,

---

41 WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*: do direito de empresa. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 41.

42 MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10-11.

43 WALD, op. cit., p. 114.

44 BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedades civis*: constituição e registro. São Paulo: Atlas, 1976. p. 18.

45 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

46 MEYER, op. cit., p. 17-18.

atividade intelectual essencial da advocacia. As grandes bancas de advogados, a exemplo das defensoras de companhias telefônicas e bancos em geral, são a prova cabal desse formato de escritório, que destoa daquele idealizado pelo legislador.

Por fim, aproveitando o ensejo, algumas considerações merecem ser tecidas a respeito do tratamento que se confere às cooperativas, cujas quotas-partes estão sujeitas à partilha por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Não há erro em assumir que o ideal que propulsiona as cooperativas e as sociedades de advogados é bastante semelhante, haja vista que em ambos os formatos de trabalho coletivo busca-se o crescimento dos envolvidos por meio do empenho cooperativo, com distribuição proporcional de resultados.

Entretanto, uma breve consulta em bibliografia[47] sobre o tema aponta que as semelhanças parecem cessar por aí. Além de as cooperativas possuírem regramento especial, ditado pela lei 5.764/71, o tratamento destinado aos cooperativados é diverso, uma vez que nenhum deles poderá subscrever mais de 1/3 do total das quotas. Soma-se a isso, ainda, a exigência de fundo de reserva e fundo de assistência técnica, os quais não são exigíveis das sociedades de advogados. De toda sorte, o esclarecimento sobre as distinções das duas figuras é mera complementação do tema, não merecendo maiores delongas.

4.2 *Affectio societatis*

Por se tratar de espécie de sociedade simples,[48] a *affectio societatis* tem valor inquestionável na sociedade de advogados. Diversamente da sociedade anônima, na sociedade de advogados está presente a vontade de os sócios estarem a ela ligados e entre si vinculados. Há um liame de confiança ou conveniência entre os sócios, conferindo à sociedade um cunho *intuitu personae*.[49]

Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece que "o regime de colaboração recíproca diz respeito, não tanto à chamada *affectio societatis*, mas, principalmente, ao caráter *intuitu personae*, que é próprio dessa sociedade."[50]

---

47 ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. *Sociedades cooperativas*: regime jurídico e procedimentos legais para sua constituição e funcionamento. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 65-67.

48 ANDRADE JUNIOR, op. cit., p. 96.

49 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 39.

50 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 35.

Esse argumento é facilmente invocado em defesa da impossibilidade de partilha das cotas sociais de sociedade de advogados, uma vez que os demais sócios não estão obrigados a tolerar a presença de um elemento estranho – o cônjuge – na sociedade. Entretanto, salvo no caso de o cônjuge ser também advogado, não seria sequer possível levar a cabo essa pretensão, haja vista que é exigência legal para a formação da sociedade de advogados que todos tenham a mesma habilitação profissional.

De toda sorte, a invocação da *affectio societatis* para afastar a partilha revela um raciocínio frágil, pois o fato de não poder o cônjuge integrar a sociedade não implica a impossibilidade de exigir de seu consorte que lhe indenize a parte a que tem direito, ou ainda que as cotas sociais sejam computadas na parte do consorte (que é sócio) por ocasião da partilha de bens. Neste caso, parece possível adotar por analogia solução semelhante àquela que se apresenta em relação à partilha de cotas de sociedade de responsabilidade limitada. Nesta última hipótese, seguindo o magistério de Yussef Said Cahali,[51] o ex-cônjuge não se torna sócio da empresa a qual pertence o outro, mas forma com ele uma subsociedade, relação esta que existirá apenas entre eles, sem qualquer ingerência sobre a empresa.

Assim, o ex-cônjuge tornar-se-á sócio do sócio, e não da sociedade. E, valendo-nos por analogia da orientação sugerida por Rolf Madaleno (para a hipótese aplicável à sociedade empresária), acaso deseje o cônjuge "romper o vínculo de condomínio societário, terá de recorrer a uma ação de apuração de haveres em quota ou participação social contra o sócio e ex-cônjuge, não contra a empresa, já que a separação estabeleceu uma comunhão de quotas entre o ex-casal."[52]

Seguindo essa lógica, o ex-cônjuge componente da subsociedade poderia, em tese, utilizando-se da aplicação suplementar do art. 1.027 do Código Civil[53] (aplicável às sociedades personificadas), exigir metade dos rendimentos a que o outro faria jus enquanto a sociedade não for dissolvida – ou sua parte indenizada pelo

---

51 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 803-804.

52 MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 100.

53 Art. 1.027: Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros até que se liquide a sociedade.

subsócio –, haja vista não lhe ser autorizado exigir da própria sociedade o que lhe cabe na quota social.[54]

Portanto, embora haja entendimento doutrinário contrário,[55] a conclusão mais justa indica que a *affectio societatis* não é por si só fundamento forte o bastante para ilidir a partilha das cotas sociais de sociedade de advogados, pois o exercício desse direito pelo cônjuge não atingirá os demais sócios.

4.3 A pessoalidade do exercício da profissão

Ainda que se possa considerar que uma banca de advocacia adquire valor no mercado em que está inserida, é imperioso que se observe que esse valor decorre de seu desenvolvimento ao longo dos anos. Esse desenvolvimento é fruto de uma equação formada por dedicação e talento dos sócios que constituem a sociedade de advogados. Com o crescimento da carteira de bons clientes e intensificação da boa reputação cresce também o potencial de lucro da sociedade – que, em última análise, é o seu objetivo.[56]

Mesmo que indiretamente tenha o cônjuge do sócio contribuído para o crescimento da sociedade de advogados, ao viabilizar a dedicação intensiva para a atividade profissional, isso está longe de significar ter nascido para aquele um direito sobre o avanço na carreira profissional de seu par.

O direito de partilha, nos regimes de bens que a autorizam, em regra busca alcançar aquilo que possui expressão econômica. A honra, a reputação e a imagem não integram a partilha, ainda que possam gerar benefícios para o ex-cônjuge – a exemplo do valor da pensão alimentícia.

De toda sorte, o que se pretende aqui esclarecer é que o patrimônio adquirido em razão do exercício da profissão é passível de comunhão, integrando a partilha de bens, mas, as conquistas próprias da carreira, não.

A título de ilustração, imagine-se a hipótese em que o marido seja um causídico que possui cotas sociais de sociedade de advogados bem-sucedida, enquanto a esposa é uma servidora pública que já conquistou grandes avanços previstos no plano de carreira do cargo exercido. Para que pudesse

---

54 DIAS, op. cit., p. 298.

55 CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 491.

56 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 52.

avançar em sua carreira, a hipotética servidora teve de realizar pós-graduação, mestrado e doutorado, cursados em instituição de ensino privada e, por isso, integralmente custeados por ela – ou, melhor dizendo, pelo casal. Além disso, para que ingressasse no serviço público, gastou expressivo recurso financeiro em cursos preparatórios, o que aconteceu durante o casamento.

Com o desgaste do casamento ao longo de vinte anos, os cônjuges entendem que o divórcio é inexorável. Assim, no momento da partilha de bens é suscitada pela mulher a divisão das cotas sociais em sociedade de advogados de que faz parte o marido, sem ser considerado o fato de que a possível valorização dessas cotas ocorreu pela profunda dedicação dos sócios ao longo dos anos.

Nesta hipótese, parece razoável concluir que o esforço das conquistas profissionais de um dos cônjuges seja partilhável e do outro não? Mesmo levando em conta todos os gastos – e, por conseguinte, uma redução do potencial patrimônio do próprio casal – necessários para a aprovação em concurso público e avanço na carreira, ainda assim estaria a cônjuge servidora pública isenta de partilhar suas conquistas?

Sem maiores digressões, parece seguro afirmar que não há na lei autorização para a partilha das conquistas puramente profissionais. E, por esta ótica, ainda analisando o exemplo em que o casal é composto por um advogado e uma servidora pública, a conclusão mais justa a que se chegaria é a de que igualmente não há partilha das cotas sociais da sociedade de advogados.

Entretanto, há um abismo entre o ideal e o real, entre a justiça e a lei. E, por mais que o caso concreto possa vir a se revelar extremamente injusto – tal como no exemplo posto –, a lei deve tutelar as relações jurídicas de forma abstrata.

Dito isso, é mister que não se olvide que a função precípua da sociedade de advogados é viabilizar aos sócios que desempenhem o seu ofício da melhor forma possível. Vale dizer, a reputação da sociedade está atrelada diretamente à reputação dos sócios, atributo este que lhes é inerente a despeito da permanência ou não na sociedade. Se a reputação da sociedade é muito superior à do sócio que a compõe, muito provavelmente este sócio está aproveitando-se da reputação dos demais.

Não são raros os casos em que uma famosa sociedade de advogados é dissolvida e os advogados que a compunham levam consigo a carteira de clientes que cativaram com a sua reputação pessoal. Isso porque, diversamente de uma empresa, o prestígio de uma sociedade de advogados é tão somente um reflexo do prestígio dos advogados que lhe formam.

Por isso, se a sociedade angaria patrimônio próprio ao longo dos anos, nada mais razoável do que ser dedicado a esses bens o mesmo tratamento conferido àqueles inerentes às sociedades simples.

Até mesmo porque às sociedades de advogados são aplicáveis em caráter subsidiário as regras do Código Civil atinentes às sociedades simples em tudo aquilo que não contrariar disposição expressa da legislação especial.[57] E, como não há nas normas específicas sobre a sociedade de advogados qualquer menção à questão aqui proposta, a conclusão mais natural a que se chega é a de que essas lacunas deverão ser preenchidas subsidiariamente pelos dispositivos do Código Civil.

Ademais, resta o problema de se mensurar, no momento da separação, tudo aquilo que a sociedade ainda poderá vir a ter de repercussão financeira. Esse tipo de averiguação tipicamente ocorre na apuração de haveres quando da saída de um dos sócios da sociedade, merecendo tópico próprio sobre o tema.

A conclusão parcial – sobre este ponto – vem no sentido de que, por ser a sociedade de advogados espécie de sociedade simples, deverá submeter-se, em caráter suplementar, ao regramento disposto no Código Civil naquilo que não contrariar expressamente as normatizações do Estatuto da OAB, do Regulamento Geral e dos provimentos do Conselho Federal, o que parece lhe sujeitar à partilha de bens.

4.4 A expressão econômica da sociedade de advogados

Diversamente de uma sociedade empresária ou cooperativa, uma sociedade de advogados não possui formalmente fundo de comércio.[58] Entretanto, considerando que o fundo de comércio é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos de uma empresa,[59] não há como deixar de reconhecer que há algo equivalente na sociedade de advogados.

Além do mais, considerando o entendimento doutrinário[60] de que as cotas sociais de sociedade de advoga-

57 MEYER, op. cit., p. 25.

58 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 158.

59 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 66.

60 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 138-139.

dos são objeto de sucessão em caso de falecimento do advogado, gerando aos seus sucessores o direito de receber aquilo que seria devido ao *de cujus* pela sociedade, é indiscutível que a sociedade possui expressão econômica.

A sociedade de advogados pode ter valor próprio, tanto no que se refere ao patrimônio amealhado pela própria sociedade quanto no que toca aos haveres. Isso sem entrar no mérito do valor que a sociedade possa ter no mercado, à semelhança do aviamento e da marca criada por uma empresa que ganha prestígio com o passar do tempo, ou ainda da carteira de clientes, cuja impossibilidade de partilha soa mais razoável.[61]

4.4.1 O patrimônio da sociedade de advogados

No que se refere ao patrimônio adquirido pela própria sociedade, fruto dos honorários dos advogados que a compõem,[62] soa bastante razoável a oposição à partilha valendo-se do fundamento do inciso V do art. 1.659 do Código Civil, que alude aos "livros e instrumentos de profissão."

Destarte, se a sociedade de advogados possui o estritamente necessário para o seu funcionamento – v.g. computadores e periféricos, mobília, material de papelaria etc. –, retirar-lhe tais bens inviabilizaria o exercício de sua função. Restaria prejudicado o desempenho da advocacia por falta de meios. E é imperioso que não se olvide que a sociedade de advogados é, segundo a doutrina especializada no tema,[63] uma "sociedade de meios", pois não exerce ela própria a profissão, mas viabiliza o seu exercício pelos sócios.

A situação é diversa quando a sociedade apresenta patrimônio de maior vulto – v.g. mobília de luxo, imóvel próprio etc. –, que embora possa ser considerado útil, não se trata de ferramenta indispensável e, ainda, escapa à proteção do inciso V do art. 1.659. Nestas condições, a possibilidade de partilha é uma hipótese justa, uma vez que o patrimônio amealhado pela sociedade implicou na redução

---

61 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 773-774.

62 Em que pese não haja dispositivo equivalente no atual Estatuto da OAB, o anterior (lei 4.215/63) previa expressamente no §1° do seu art. 77: "As atividades profissionais que reúnem os sócios em sociedades se exercem individualmente, quando se tratar de atos privativas de advogado, *ainda que revertam ao patrimônio social os honorários respectivos*." [grifo nosso]

63 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 40.

do patrimônio pessoal do sócio, e, por conseguinte, reduziu o patrimônio partilhável.

Ademais, vale aqui invocar a crítica feita por Maria Berenice Dias no sentido de que mesmo os livros e instrumentos de profissão podem ter sido adquiridos por esforço comum do casal – haja vista que os honorários que foram destinados à sociedade para a aquisição de tais bens poderiam ter sido destinados ao próprio lar do sócio.

Essa constatação ganha ainda mais força quando se percebe que, se o próprio advogado estivesse se retirando da sociedade, teria direito a receber sua parte na contribuição do patrimônio da sociedade. E se a sociedade achasse por bem converter em pecúnia esse acerto, a entrada de tais valores no patrimônio pessoal do advogado retirante acabaria fatalmente por integrar a comunhão com o cônjuge – considerando que o regime de bens preveja isso.

Portanto, o raciocínio que deveria ser adotado é o mesmo defendido pela doutrina no tocante à sociedade empresária,[64] pois a efetiva valorização da cota social durante a união, a despeito do tipo de sociedade, tem expressão financeira e, por isso, potencial repercussão patrimonial.

Destarte, por uma ótica ideal, mesmo os "instrumentos de profissão" (aí incluído o patrimônio necessário para a sociedade operar) deveriam integrar a partilha de bens em caso de divórcio de um dos sócios. Por outro lado, adotando a ótica estritamente legal, esse patrimônio encontra-se atualmente amparado pela proteção do inciso V do art. 1.659 do Código.

4.4.2 Apuração de haveres

A apuração de haveres tem lugar quando um dos advogados deixa a sociedade, o que afasta, em tese, o direito à partilha daquele que não compõe o quadro de sócios. Entretanto, a questão exige uma apreciação mais detida, especialmente se considerada a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 1.027 do Código Civil à hipótese.[65]

Ora, se a doutrina vislumbra uma solução para esta hipótese no tocante às sociedades de responsabilidade limitada, conforme já abordado, raciocínio análogo poderia ser adotado com relação à sociedade de advogados, por ser um remédio que mantém

64 MADALENO, op. cit., p. 767-770.

65 Art. 1.027: Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

incólume a *affectio societatis*. No caso, a inclusão dos haveres na partilha geraria efeitos apenas entre os ex-cônjuges, jamais sobre a sociedade de advogados, criando assim uma subsociedade.

Assim, razoável que fosse realizada perícia para apurar quais seriam os haveres a que teria direito o cônjuge advogado no momento da dissolução da sociedade conjugal, a fim de mensurar o exato benefício patrimonial a ser trazido à partilha. Se a apuração de haveres "tem por fim transformar o direito patrimonial abstrato de sócio em prestação pecuniária exigível",[66] então descobrir quais seriam os haveres do advogado no exato momento da ruptura da união seria suficiente para a realização de uma partilha justa.

Os critérios para a apuração de haveres neste caso seriam idênticos àqueles adotados caso o cônjuge advogado estivesse deixando o quadro societário. A diferença é que a sociedade não será afetada, de modo que o resultado contábil a que se chegar só produzirá efeito entre o casal. Ainda assim, os critérios adotados para a apuração serão aqueles indicados pelo contrato social. Na falta de disposição expressa a respeito, aplica-se a regra geral disposta no art. 1.031 do Código Civil,[67] consoante orientação de Alfredo de Assis Gonçalves Neto.[68]

A solução mais prática nesta situação seria imputar na metade do cônjuge advogado a integralidade dos haveres, de modo a equilibrar a contabilidade na divisão do restante do patrimônio amealhado pelo casal.

Entretanto, o problema é mais profundo, pois diversamente da sociedade de responsabilidade limitada, a sociedade de advogados não é empresária. Tudo o que dela se extrai é, supostamente, fruto do efetivo trabalho dos advogados que lhe compõem, o que fatalmente leva à conclusão de que os valores recebidos identificam-se, precisamente, com a definição de "proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge" do inciso VI do art. 1.659 do Código Civil.

Dito isso, uma vez mais se constata a sensatez da já invocada e reinvocada crítica de Maria Berenice Dias aos incisos VI e VII do art. 1.659:

---

66 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 155.

67 Art. 1.031: Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

68 Ibidem, p. 137.

> **Absolutamente desarrazoado excluir da universalidade dos bens comuns os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge** (CC 1.659 VI), bem como as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (CC 1.659 VII). Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converte suas economias em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. **Tal lógica compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares**. O casamento gera comunhão de vidas (CC 1.511). Os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). **Assim, se um dos consortes adquire os bens para o lar comum, enquanto o outro apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, os bens adquiridos por aquele serão partilhados, enquanto o que este entesourou resta injustificadamente incomunicável**. [grifo nosso][69]

A crítica da autora é de uma lucidez ímpar, ganhando especial relevo para este ponto do estudo, uma vez que, por força do inciso VI, os haveres da sociedade se traduzem em provento do trabalho pessoal dos sócios e, por consequência, não deverão integrar a partilha.

Embora injusta – e por isso criticada – a interpretação gramatical do dispositivo legal suscitado acaba por ceifar do cônjuge o direito à partilha dos haveres. Uma interpretação teleológica não leva a melhor resultado, pois não há elementos na própria lei que apontem que a intenção do legislador ao editar o trecho da lei em comento fosse outro.

Com sorte, uma interpretação sistemática – como aquela realizada por Maria Berenice Dias no trecho citado – poderia levar o julgador a confrontar o texto expresso de lei, por entender ser contrário à orientação do Código sobre a comunhão de vidas no casamento. Ainda assim, uma decisão judicial nesse sentido conflitaria frontalmente com o texto expresso do inciso VI, estando fadada a encarar uma reforma nas instâncias superiores.

Destarte, por força do disposto expressamente no inciso VI do art. 1.659 do Código, os haveres da sociedade de advogados estão excluídos da comunhão, não sendo partilháveis por ocasião do divórcio.

4.5 A responsabilidade do advogado

A caminho do fim do presente estudo, a responsabilidade dos advogados é também ponto que merece atenção, haja vista que, conforme esclarecido alhures, os sócios respon-

69 DIAS, op. cit., p. 220.

dem subsidiariamente e de forma ilimitada pelas obrigações da sociedade de advogados.

Diversamente do que ocorre com as sociedades empresárias em geral, em que o credor precisa valer-se da *disregard* – prevista no art. 50 do Código Civil[70] e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor[71] – para atingir o patrimônio dos sócios, o patrimônio particular dos advogados está sujeito a responder pelas obrigações da sociedade naturalmente, tão logo tenha se revelado insuficiente o patrimônio desta última.

O efeito evidente da regra é que o sócio responderá com seu patrimônio particular pelas obrigações da sociedade. Implica a conclusão lógica de que haverá uma redução do patrimônio que, futuramente, por ocasião da dissolução do matrimônio, seria objeto de partilha. Em suma, nesta hipótese acabará o cônjuge sofrendo efetivo prejuízo patrimonial para atender às obrigações da sociedade de advogados de que não é parte.

Essa situação sempre ocorrerá no regime da comunhão universal de bens, haja vista que por se comunicarem todos os bens dos cônjuges – à exceção daqueles indicados no rol do art. 1668 –, o patrimônio comum do casal responderá por todas as obrigações que qualquer deles vier a contrair.

Aliás, o potencial de injustiça nesse caso é enorme, pois o cônjuge responderá por obrigação proveniente de uma sociedade de advogados sobre a qual sequer possuirá direito à partilha das cotas sociais, segundo entendimento adotado pela recente jurisprudência mencionada no início deste estudo. E a situação tende a se tornar ainda mais grave se, no caso concreto, o cônjuge houver trazido para a comunhão um patrimônio maior do que o seu consorte – advogado da sociedade de advogados que gerou a obrigação.

Já em relação aos casamentos tutelados pelo regime da comunhão parcial de bens, a regra está insculpida na parte final do inciso IV do art. 1.659

---

70 Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

71 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

do Código Civil, que prevê que estão excluídas da comunhão "as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal". Em última análise, será objeto de prova a ocorrência de "proveito do casal".

O dispositivo pode criar incerteza sobre a aplicação do ônus da prova sobre a hipótese. Isso porque a redação do inciso IV leva a crer que a exclusão de tais obrigações da comunhão é a regra, sendo a inclusão uma exceção – e, por isso, não se presume.

Por outro lado, o próprio inciso IV está inserido entre as exceções à orientação geral do regime, disposta no art. 1.658, que prevê que se comunicam os bens adquiridos na constância da união. Então, pela orientação geral do regime, a presunção é a de que todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união integram a comunhão.

Está instaurado aí o conflito: o art. 1.658 gera a presunção de que todos os bens adquiridos na constância da união integram a comunhão, cabendo prova em contrário; por sua vez, o inciso IV do art. 1.659 parece exigir a prova da ocorrência de benefício para o casal, presumindo-se o oposto em sua falta.

Assim, hipoteticamente, se ambos os componentes do casal trabalham e, após o cometimento de ato ilícito por um deles, o casal ainda assim adquire patrimônio, qual é a presunção que prevalecerá? Ora, não há como provar que o ato ilícito gerou efetivo benefício para o casal, mas há como provar que, após a sua prática, o casal adquiriu patrimônio. Esse patrimônio poderia ter sido adquirido apenas com a remuneração do consorte que não praticou o ato ilícito.

E há ainda a possibilidade de que se comprove que o casal foi minimamente beneficiado com o ato ilícito e, por conta disso, o patrimônio comum se coloque em situação vulnerável, sujeito a responder pela totalidade da obrigação, uma vez que a previsão do inciso IV do art. 1.659 não impõe uma limitação pautada pela proporcionalidade entre o valor do efetivo benefício em favor do casal e o valor da obrigação decorrente do ato ilícito.

Nesse exemplo, o risco de o cônjuge sofrer o prejuízo – por diminuição do patrimônio partilhável – é real, ainda que não componha a sociedade de advogados de que faz parte o seu consorte. No entanto, apesar de estar sujeito a responder pelas obrigações da sociedade com seu próprio patrimônio, não lhe é conferido o direito à partilha das cotas sociais em caso de divórcio.

Assim, por mais surreal que possa parecer, o ex-cônjuge pode perfeitamente ter amargado uma redução patrimonial decorrente de uma dívida da sociedade de advogados, mas não será agraciado com a partilha das cotas sociais, revelando uma evidente relação de mão única.

O que ameniza esse potencial de injustiça é a percepção de que o cônjuge, na verdade, já vive naturalmente em uma subsociedade tácita com o seu consorte integrante da sociedade de advogados. Se os resultados são positivos, gozará dos benefícios no ambiente conjugal; se forem negativos, sofrerá na mesma proporção o prejuízo.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo, motivado por recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, leva à conclusão de que, máxima vênia, o acórdão em questão chegou ao destino certo pelos motivos errados – ou, ao menos, com fundamentação deficiente.

O primeiro ponto do presente artigo buscou delinear os contornos da sociedade de advogados para compreender a sua interação com o ordenamento jurídico. Com uma série de características exclusivas, a sociedade de advogados é espécie de sociedade simples à qual se aplica subsidiariamente as disposições do Código Civil quando detectada lacuna na lei especial.

O segundo ponto do trabalho – ainda estabelecendo bases – abordou os regimes de bens do casamento e as regras de comunhão. Nesse trecho, é feito o registro de importante crítica doutrinária, com repercussão nos tópicos seguintes, acerca da incomunicabilidade dos instrumentos da profissão e das verbas alimentares em geral. Por fim, concluiu-se que não havendo enquadramento específico em alguma das hipóteses de exclusão da comunhão, os bens integrarão a partilha – respeitados os requisitos de tempo de cada regime.

Uma vez estabelecidas as bases, o estudo adentra no problema de pesquisa proposto: a partilha das quotas sociais de sociedade de advogados. O tópico é subdividido em itens abordando os principais fatores de controvérsia, sobre os quais se buscou operar um raciocínio dialético, em defesa dos argumentos dos dois lados.

O primeiro item trabalhado diz respeito precisamente ao principal argumento do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça gaúcho, no sentido de que a sociedade de advogados não é empresária e, por isso, não se sujeita à partilha. A conclusão parcial do ponto veio no sentido de que além de as sociedades de advogados estarem cada vez mais próximas da atividade de produção característica das empresas – lembrando por vezes a atividade da indústria –, o argumento por si só não se sustenta, até mesmo porque a sociedade civil em geral também se sujeita à partilha de bens pelo regramento do Código.

O item seguinte buscou trabalhar a *affectio societatis*, tão preciosa às

sociedades de advogados, cuja formação é fruto da vontade dos sócios e de confiança recíproca. O tópico foi concluído com a percepção de que o direito à partilha obriga apenas os cônjuges em processo de separação. Assim, não afetando de qualquer forma a sociedade, resta afastada a alegação de ofensa à *affectio societatis.*

O terceiro item teve o intuito de esclarecer que o trabalho, como conquista pessoal, não está sujeito à partilha, haja vista que o prestígio e a confiança criados entre profissional e cliente não são bens passíveis de valoração pecuniária. Entretanto, a conclusão parcial do tópico veio no sentido de que a sociedade pode adquirir expressão econômica, com repercussão patrimonial.

Em continuidade ao terceiro item, o ponto seguinte abordou a expressão econômica da sociedade, limitando-se a trabalhar apenas o patrimônio da sociedade e a apuração de haveres. Neste tópico detectaram-se os verdadeiros óbices à partilha das quotas sociais.

O primeiro, diz respeito ao patrimônio da sociedade. Malgrado existam exceções, como regra as sociedades de advogados possuem o patrimônio estritamente necessário à sua atuação. E, como a própria sociedade é apenas um meio para o exercício da profissão, o seu patrimônio possui caráter instrumental, necessário para que a sociedade alcance o seu fim. Assim, por uma interpretação teleológica, acaba o patrimônio da sociedade por integrar a noção de "instrumento de trabalho" definido no inciso V do art. 1.659 do Código Civil. Por isso, deverá ser excluído da comunhão – e da partilha.

O segundo óbice detectado diz respeito aos haveres da sociedade. Sendo a sociedade de advogados um meio para o exercício da profissão, os seus haveres serão, em regra, apenas os frutos do trabalho desenvolvido pelos advogados a compõem. Assim sendo, os haveres acabam por se inserir na proteção do inciso VI do art. 1.659 do Código Civil, estando excluídos da possibilidade de serem trazidos à partilha.

Embora não reflitam o espírito de justiça, ambos os óbices possuem amparo no Código. Daí a razão de ser tão pertinente a crítica tecida por Maria Berenice Dias acerca das exclusões da partilha a que se referem os incisos V a VII do art. 1.659 do Código Civil, notoriamente contrários à comunhão de vidas pregada pelo casamento.

Por fim, como último item trabalhado ainda sobre a possibilidade de partilha, está a responsabilidade do sócio e as possíveis repercussões daí advindas em seu patrimônio pessoal, com potencial de infligir danos também ao seu cônjuge. A conclusão deste ponto veio no sentido de que o casal vivencia durante a união conjugal espécie de sociedade tácita, parti-

lhando dos frutos – sejam eles doces ou amargos – colhidos da profissão daquele que é advogado. Destarte, o risco de prejuízo é tão somente a outra face da chance de benefício material.

A conclusão derradeira a que se chega é que não há direito à partilha sobre as cotas sociais de sociedade de advogados, salvo prova de que a sociedade possui riqueza acumulada que supera a sua necessidade operacional, o que afasta a proteção do inciso V do art. 1.659 do Código Civil e viabiliza a partilha.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. *Sociedades cooperativas*: regime jurídico e procedimentos legais para sua constituição e funcionamento. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código civil*: direito das sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedades civis*: constituição e registro. São Paulo: Atlas, 1976.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 mai. 1963. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MADALENO, Rolf. A efetivação da *Disregard* no Juízo de Família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O fundo de comércio do profissional liberal na meação conjugal. In: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/681-o-fundo-de-comercio-do-profissional-liberal-na-meacao-conjugal>. Consultado em: 16 mar. 2015.

_____. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MEYER, Antônio Corrêa; PENTEADO, Mauro Bardwil. Notas sobre sociedades de advogados: características, peculiaridades, e a influência do novo Código Civil em seu regime jurídico. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *Sociedade de Advogados*. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004.

NAVES, Oswaldo. Responsabilidades das sociedades de advogados. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *Sociedade de Advogados*. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Civil*: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*: do direito de empresa. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

André Luis Rodrigues Pedrozo[1]

1. INTRODUÇÃO

Recentemente foi sancionada a Lei n. 13.105/15, que é o texto do novo Código de Processo Civil. O legislador pátrio alterou substancialmente a forma da solução dos conflitos no que se refere aos processos que tratam da relação familiar.

É incontroverso que a família vem sofrendo modificações profundas ao longo do tempo, criando-se novos paradigmas até então jamais pensados na sociedade extremamente machista e patriarcal do passado. Os novos arranjos familiares estão em voga nas relações familistas, tornando-as mais humanizadas. Foi-se o tempo em que a consanguinidade prevalecia sobre o afeto. Hoje em dia, não raras vezes, o afeto prepondera sobre os laços de sangue, fortalecendo a parêmia: "pai é quem cria".

Outrossim, tivemos a questão dos direitos assegurados aos casais homoafetivos, que há tempos aguardavam um posicionamento do Poder Judiciário. Enfim, todas essas transformações sociológicas que ocorreram ao longo dos anos, como não poderia deixar ser, também refletiram-se no estatuto processual que, ao tratar das relações familiares, não tinha um diligente cuidado.

Ao discorrer sofre as transformações da família, Carlos Silveira Noronha, em percuciente reflexão, afirma:

---

1 Advogado militante, especialista em Direito Civil e Processo Civil, aluno especial na Pós-Graduação *stricto sensu* na Faculdade de Direito da UFRGS, na área de direito de família e sucessões.

> Durante o longo estágio temporal transcorrido entre os sistemas antigos e a modernidade das instituições em geral, a família vem sendo alvo de profundas transformações. Embora ainda se verifique em algumas sociedades políticas a conservação da família patriarcal, é certo que os primitivos modelos pré-romano e romano-clássico, constituídos em torno da autoridade absoluta do primitivo chefe do clã, da tribo e mesmo a do *pater familias*, não merecem mais a contemplação do direito moderno.[2]

Hoje em dia, em se tratando de disputas no seio familiar, é indiscutível que levam a uma série de desgastes emocionais, causando sofrimento aos partícipes da contenda. Fundada no anseio de diminuir a beligerância das partes, a nova lei inaugurou um capítulo especial que alude às ações de família.

Embora todos os temas do direito de família sejam palpitantes na nova legislação a merecer reflexões, optamos pela linha intelectiva da notável inovação do novo Código de Processo Civil, que são os processos contenciosos de família previstos nos artigos 693 e seguintes.

A despeito da existência de legislação esparsa, já urgia há tempo *ope legis* disposições processuais que discorressem sobre a disciplina familiar mais preocupada com o ser holístico.

Por isso, consideramos que as modificações oriundas da sistemática procedimental no novo Código de Processo Civil chegaram em conveniente momento histórico.

Por primeiro, faremos um pequeno introito das modificações que a nova legislação trouxe a ordem jurídica processual.

Ao depois, iremos irromper mais detidamente a normatização do processo familista contencioso no novo Código de Processo Civil, analisando artigo por artigo, trazendo ao leitor elucubrações sobre a *quaestio*.

Começaremos inquirindo o novo artigo 693 do novo *Codex*, que lista quais são as ações judiciais açambarcadas aos processos contenciosos de família. Ponderaremos se o rol é taxativo ou exemplificativo.

Continuaremos a protair o conhecimento da novel legislação, ao apreciar o artigo 694, que suscita uma nova visão dos processos de família, introduzindo a mediação e a conciliação.

Por sua vez, o artigo 695 da nova lei Adjetiva assevera qual será o procedimento desde o recebimento da petição inicial até a designação da audiência de mediação e conciliação, tecendo algumas críticas ao artigo de lei.

---

2 NORONHA. Carlos Silveira. A função social do Direito de Família na tutela dos entes familiares. In: NORONHA. Carlos Silveira (organizador). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 28-29.

Comentaremos, também, o previsto no artigo 696, no qual o legislador demonstrou todo o esforço na resolução do conflito ao dividir em quantas audiências forem necessárias para que as partes alcancem o desfecho da divergência.

Embora todo o estímulo para o término do litígio, não pode o processo durar *ad eternum*, sob pena de infringir preceito constitucional da razoável duração do processo.[3] Portanto, se as partes não chegarem a um acordo, o processo tomará o rumo do procedimento comum, à luz do artigo 697 do novo Código de Processo Civil.

Outra novidade que apreciaremos é o novo papel no Ministério Público vaticinado no artigo 698 do novo Código de Processo Civil.

Por fim, analisaremos o artigo 699 que trata das relações nas quais há abusividade ou alienação parental, sobrelevando qual deve ser a postura do judiciário em tais casos.

2. DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma das grandes novidades no novo Código de Processo Civil foi introduzida no Capítulo X, Título III, Parte Especial, que trata dos procedimentos[4] especiais, nos quais foi concebida uma atuação própria para as ações de família contenciosas.

Os procedimentos especiais contêm atos adequados, segundo o critério do legislador, a certas situações peculiares que são trazidas a juízo: têm cabimento nas hipóteses expressamente previstas nas normas que os disciplinam.[5]

---

3 Art. 5: 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: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

4 Enquanto processo é o conjunto dos atos legais necessários pra que seja solucionada a lide, instrumento por meio do qual se opera a jurisdição; o procedimento é, junto com a participação ativa das partes ma instrução do processo, o aspecto puramente formal e exterior deste, o meio extrínseco de sua instauração, desenvolvimento e extinção. LUCENA, João Paulo; DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários ao código de processo civil:* dos procedimentos especiais. Arts.1.103 a 1.210. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 63.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 366.

Tendo as suas próprias especificidades que o diferenciam dos demais procedimentos, os especiais apresentam características marcantes, quer por influência do direito material controvertido que se procura fazer valer por meio do processo, quer pelo próprio regrame processual que são submetidos.[6]

Até então, não existia no Código de Processo Civil de 1973 qualquer provisionamento quanto a algum procedimento específico nas ações que tratam de temas tão sensíveis, que estão a merecer um zelo especial, visto que cuidam de relações afetivas no seio familiar.

O novo Código de Processo Civil nos brindou, em boa hora, com um procedimento peculiar às questões judiciais familiares que merecem uma proteção especial, face às características do processo.

A nova legislação trouxe à ordem jurídica algumas especificidades, que visam maior êxito na mediação e conciliação de conflitos familiares.

Neste sentido Fernanda Tartuce:

> O novo CPC reconhece a importância social das lides familiares e destaca um capítulo para abordá-las; trata-se de uma iniciativa pioneira, especialmente considerando a omissão dos Códigos anteriores em termos de sistematização da matéria."[7]

Trata-se de novidade no Código de Processo Civil brasileiro. A ideia é bem vinda, pois responde a uma necessidade. Comumente afirma-se que, quando se trata de lide de direito de família, o processo assume certas peculiaridades como decorrência da necessidade de adaptação, sendo a preferência pela solução consensual uma dessas caraterísticas.[8]

Portanto, não há uma inovação no sistema processual familista.

3 DO CONTENCIOSO FAMILISTA

3.1 Das ações e pretensões

A normatização das ações de família no novo Código de Processo Civil se inicia no artigo 693, que aduz:

---

6 MARCATO. Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 57.

7 TARTUCE. Fernanda. Possibilidade de diversas sessões consensuais no juízo familiar. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*. 19. ed., fev./mar. 2015, p. 10.

8 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.028.

> Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.
> Parágrafo único. A ação de alimentos e que versar sobre interesse de criança ou adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo."

A primeira percepção é a de que se trata de norma aplicável à Jurisdição contenciosa. Outra indagação é saber se o rol do artigo 693, caput, é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) ou taxativo (*numurus clausus*).

Evidentemente, por ser uma legislação novíssima, com o passar do tempo tanto a construção doutrinária quanto a jurisprudencial irão dar uma resposta efetiva a inquietação.

Por ora, pensamos que a abrangência das normas se limita às ações de divórcio, separação[9], reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visita e filiação, quedando-se as questões dos alimentos que continuam reguladas por legislação especial.

---

9 Com o intuito de trazer ao debate, faremos uma pequena digressão quanto ao controvertido instituto jurídico da separação (em todas as suas modalidades). Existe uma acalorada discussão doutrinária que questiona, após a Emenda Constitucional número 66 de 2010, se houve ou não a extinção do termo "separação judicial e extrajudicial". Juristas se dividem quanto ao tema. A festejada autora Regina Beatriz Tavares da Silva (In: *Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012) afirma que "a EC/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial"; por sua vez, Paulo Lôbo tem posicionamento diverso. Diz o autor: "O novo CPC não regulamenta a separação judicial, nem poderia fazê-lo, pois a Emenda Constitucional n. 66/2010 a suprimiu, e revogou, por incompatibilidade, todos os dispositivos do Código Civil que a regulamentavam. Tampouco poderia a lei determinar a continuidade de normas anteriores revogadas, pois isso caracteriza repristinação, inadmissível no Direito brasileiro. Em suma, a separação judicial não foi repristinada pelo novo CPC e ficou prevista apenas a homologação judicial de separação convencional dos cônjuges, se assim fizerem, mas que não apresenta qualquer utilidade para a dissolução do casamento, pois o divórcio (extrajudicial ou judicial) não depende dela, ou seja, não é antecedida por ela. Tampouco pode ser convertida em divórcio. Daí sua completa inutilidade". (In: *Revista do Instituto Brasileiro de Família*, 19. ed. fev./mar. 2015.) Pensamos que não houve a supressão da separação no ordenamento, porquanto se trata de um instituto autônomo, independente da coexistência de outro. Ao depois, a nova legislação previu em inúmeros artigos a possibilidade de, ainda, ser possível fazer uso da separação antes do divórcio. Quisesse o legislador dizer que o instituto estava extinto, seria uma oportunidade de eliminá-lo na legislação projetada. Contudo, houve a manutenção em inúmeros artigos, *ad exemplum:* art. 23, inciso III; art. 53, inciso I; art. 189, inciso II; art. 693; art. 732; art. 733. Todos estes dispositivos tratam da separação judicial e reconhecem sua existência.

As regras previstas entre os arts. 693 a 699 do CPC aplicam-se somente de forma subsidiária às ações de alimentos e às de interesse de criança ou adolescente. Para estas causas, incide com preferência o contido na Lei 5.478, de 1968 (Lei de Alimentos), com as modificações introduzidas pelo CPC (art. 1.072), e a Lei 8.069, de1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, as questões de filiação que envolva interesse de criança ou adolescente (a exemplo da adoção) aplicarão, antes, os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e apenas supletivamente o contido nos arts. 693 a 699 do CPC.[10]

3.2 Mediação e conciliação

O artigo 694 do novo do Código de Processo Civil traz a confluência de esforços para uma solução consensual da controvérsia, ao incluir os institutos da mediação e conciliação.

> Art. 694. Nas ações de família, todos os esforções serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras área 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 à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

O artigo 694 do novo CPC evidencia, quando afirma que todos os esforços serão envidados para a solução consensual do conflito, dispondo o juiz de auxiliares nas áreas de mediação e conciliação. Eis aqui a primeira grande modificação. O magistrado, na tentativa de uma solução amigável do embate, terá a contribuição de profissionais capacitados na utilização de técnicas de mediação ou conciliação.

Ao que parece, o legislador desejou que todos partícipes do processo sejam cooperadores para o término do conflito, criando "uma verdadeira integração entre o magistrado e as partes, para elaboração do mais adequado provimento jurisdicional à causa controvertida".[11, 12]

---

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 679.

11 TUPINAMBÀ, Carolina. Novas Tendências de participação processual – O *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 111.

12 Cumpre esclarecer que a cooperação é entre o juiz com as partes, não entre as partes. Neste sentido a melhor doutrina: "[...] a colaboração no processo civil devida no Estado

Constitui o cerne do artigo supracitado a promoção da autocomposição, com estímulo à mediação e à conciliação. Busca soluções pacíficas que digam respeito à tutela da família, com o que se evitaria sofrimentos desnecessários às partes, como disputas em que porventura sejam expostas questões da vida intima dos envolvidos, que não traz benefício a qualquer das partes litigantes.[13]

Assim, faremos uma abordagem dos novos institutos.

Como já afirmado alhures, uma das grandes novidades do novo Código de Processo Civil é a utilização de técnicas que propiciem a resolução de disputas, visando uma construção que indique a atenuação da relação conflitante.

Ora, os processos envolvendo questões familiares, não raras vezes, caracterizam-se pelo enfraquecimento ou rompimento da relação afetiva, em disputas que muitas vezes envolvem menores. A rivalidade, a animosidade decorrem da ineficiência de todos atores processuais envolvidos.

O legislador inclui dentre estas técnicas a autocomposição como reflexo do amadurecimento de novos mecanismos na solvência de disputas.

O fato de atravessarmos uma época marcada pela complexidade, pela interdependência, pela velocidade das mudanças e das comunicações se faz refletir no quadro da resolução de conflitos. É necessário construir métodos que deem conta de novos desafios de uma economia globalizada e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos e cada vez mais sedenta de canais que viabilizem a resolução célere e pacífica de seus interesses.[14]

O novo Código de Processo Civil inova, na medida em que insere como auxiliares da justiça o conciliador judicial e o mediador[15], uma vez que não existiam figuras correlatas no código de 1973.

Constitucional não é uma colaboração entre as partes. É uma colaboração do juiz para com as partes. Pode ocorrer de uma das partes ter de cooperar com o juízo a fim de que este colabore com a outra. Isto de modo nenhum autoriza, contudo, que se diga que há colaboração entre as partes. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do novo CPC*: críticas e proposições. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 73.)

13 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.601.

14 SOUZA, Luciana Moessa. Mediação: acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 69.

15 Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial

Importa consignar chamar a atenção quanto à diferenciação dos dois institutos – Conciliação e Mediação.

Entende-se por conciliação a importante técnica voltada à solução de conflitos para a pacificação social. Auxiliando na tomada de decisão pelo conciliador, mediante concessões mútuas, os interessados estabelecem entre si a solução que melhor atenda as suas necessidades e os seus interesses, sem que haja total renúncia ou submissão de uma parte à outra.[16]

Por sua vez, a mediação é um método não adversarial, consensual e informal, pelo qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – auxilia os interessados a buscar uma solução justa e adequada ao caso submetido à apreciação. Atuando de modo a facilitar a compreensão do problema, mas sem interferir diretamente, a mediação encoraja e facilita a resolução de uma divergência.[17]

É uma forma de resolução de controvérsia que trabalha com a ideia de conflito positivo e se baseia na forma de conduzir o problema a uma solução, que atenda às necessidades e aos interesses das partes.[18]

O principal objetivo da mediação é a satisfação das partes. Atingi-la significa a identificação da melhor solução para o conflito na interpretação delas, e a consequente celebração do acordo, atendendo a essa solução.[19]

Uma relevante influência dos institutos será quando houver disputas abrangendo menores, dado que deve viger o princípio do melhor interesse da criança. Amiúde os magistrados não tinham instrumentos técnicos para uma decisão que poderia incorrer em *error in iudicando*.

Neste sentido, o autor Ádamo Brasil Dias:

---

de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

16 FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, ano 36, v. 194, abril/2011, Editora Revista dos Tribunais, p. 286.

17 FARINELLI, Cambi. Op. cit., p. 288.

18 SOUZA, Monaliza Costa de. A mediação como instrumento de pacificação e diálogo para as famílias. In: NORONHA, Carlos Silveira (org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 288.

19 JUNIOR. Marcos Julio Olibé Melhadas. Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: Editora LTR, 2004. p. 53.

> Quando o superior interesse da criança precisa ser identificado em um contexto de disputa entre os genitores, o trabalho do juízo é ainda mais árduo, visto que não raras vezes reveste-se de incerteza a escolha da opção que melhor atende aos interesses da criança em desenvolvimento.[20]

Pensamos que no âmbito familiar a mediação constitui o meio mais adequado de autocomposição, já que as técnicas se coadunam mais com os litígios de família, e que vai ao encontro do espírito do art. 165, § 3º da nova legislação.[21]

De dizer que recentemente foi aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei (PLS 517, de 2011) que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial como forma de solução de conflitos, carecendo agora apenas da sanção presidencial.

Conclui o parágrafo do art. 694 do novo Código de Processo Civil que, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Há, assim, uma tentativa de substituir a cultura da guerra, pela cultura da paz, o que demandará não só uma mudança de atitude dos profissionais da área como também uma alteração no modo de ensino da ciência processual nas Faculdades de Direito do Brasil. A ideia do superadvogado, sempre vencedor, deverá ser substituída por um bom mediador ou por um conciliador de conflitos.[22]

3.3 Da petição inicial e citação

O artigo 695 aduz:

> Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

---

20 BRASIL. Ádamo Dias. A proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal. In: NORONHA, Carlos Silveira (org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 60.

21 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...] § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

22 TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015. p. 342.

> § 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.
> § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.
> § 3º A citação será feita na pessoa do réu.
> § 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Logo que recebida a petição inicial, se for o caso, o juiz resolverá as medidas acautelatórias e, de inopino, marca a audiência de mediação e conciliação, que, a partir de agora, é obrigatória.

Merece algumas reflexões e questionamentos relacionados à audiência. Será que, embora impositiva, o não comparecimento do réu à audiência acarretará que o mesmo seja conduzido a juízo debaixo de vara? Será que se presume o comportamento errático do réu?

Como já manifestamos, as ações de família possuem alto grau de tensionamento e, por vezes, a ruptura causou tantos dissabores e mágoas entre os consortes que os mesmos não querem mais ter contato algum. Por isso, pensamos que a obrigatoriedade ao comparecimento à audiência ofende a esfera da autonomia da vontade[23], já que a Legislação Adjetiva vaticina sanção aquele que, embora intimado, não comparece ao ato processual.

Ademais, a norma não prediz a punição daquele que conscientemente não comparece à audiência. Perscrutando uma interpretação sistemática e teleológica, ponderamos que poderão ser utilizadas as regras do procedimento comum ordinário, previstas no art. 334, parágrafo 8º do novo Código

---

23 Autonomia da vontade, na conceituação do professor Francisco dos Santos Amaral Neto: "Vontade, para o direito, reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica. [...] A liberdade jurídica é, portanto, a possibilidade de a pessoa atuar com transcendência jurídica. Se encarada do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito". AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informações Legislativas*, v. 26, n. 102, Brasília, abril/junho 1989, p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?value=Amaral+Neto%2C+Francisco+dos+Santos&type=author>. Acesso em: 19 jun. 2015.

de Processo Civil[24], a saber, que será considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

De dizer que se o juiz determinar a condução coercitiva do réu "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas (a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer) do provimento judicial"[25] que obrigue a umas das partes comparecer à audiência.

Entendemos que a mediação é instrumento imprescindível para administração pacífica do conflito, contudo, compreendemos que a compulsoriedade no comparecimento da audiência é medida déspota, não havendo consentâneo com nossa Carta Magna.

Insta salientar que o mandado de citação conterá apenas os dados necessários para a audiência, não devendo ser acompanhado de cópia da petição inicial. Significa que o réu, nas ações de família, deve ser citado sem receber a cópia da petição inicial. Será apenas informado que há uma audiência na qual deve comparecer.

Neste sentido Leonardo Carneiro Cunha:

> O objetivo é estimular o acordo entre as partes, pois é muito comum que nas ações de família as petições contenham termos impróprios, acusações exageradas, arroubos de impulsividade, que só servem para acirrar os ânimos e dificultar a autocomposição.[26]

Podemos redarguir se o recebimento do mandado, sem a contrafé,

---

24 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 71373. Relator: Ministro Francisco Rezek. 10 jun. 1996. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 jun. 2015.

26 CUNHA, Leonardo Carneiro. Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA; Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2013. p. 35.

incluindo somente os dados da audiência, não iria suscitar um espírito exponencialmente belicoso à parte que recebe, pois sequer saberá os fundamentos da petição. Embora se possa ter vista dos autos a qualquer tempo, poderá ocorrer do réu chegar à audiência e não saber os motivos ensejadores do processo.

Flavio Tartuce, inclusive, provoca dizendo que resta vilipendiado o direito à informação, consequência da boa-fé objetiva:

> [...] parece existir uma contrariedade ao dever de informação, corolário da boa-fé objetiva, que é um dos princípios no Novo CPC. Como fazer um acordo sem ter o mínimo do que está sendo pleiteado? [...].[27]

Ainda, há quem advogue a inconstitucionalidade do dispositivo, visto que fere o princípio do contraditório:

> Tal dispositivo, sobre o enfoque da garantia do contraditório, é manifestamente inconstitucional, pois inviabiliza o réu de saber, imediatamente, no momento da citação, os fatos e fundamentos jurídicos que a pretensão familiar contém. Mesmo que o artigo estabeleça a possibilidade de consulta dos autos a qualquer tempo pelo réu, isso não garante o contraditório, pois ele deve ser observado no exato momento da citação, e nunca em momento posterior, desnaturando o direito indisponível de publicidade que o instituto da citação reserva.[28]

E continua:

> [...] verificamos a possibilidade de ocorrer o seguinte problema, qual seja, o réu recebe a citação, não sabe do que se trata, comparece na audiência de conciliação ou mediação e, somente nesse momento, vem a saber sobre eventuais fatos e fundamentos que estão sendo imputados como ilícitos, bem como descobre eventuais antecipações de tutela deferidas, alimentos provisórios, medidas protestivas e outras questões urgentes que não instruíram o mandado citatório e os impediram de ter conhecimento. [...]”[29]

Ponderamos à guisa da ideia do doutrinador, pois poderá ocorrer o atendimento de alguma medida assecuratória, que apanhará o réu de sobressalto, sem a oportunidade de impugnação em tempo hábil ou, somente após a audiência. É por óbvio,

---

27 TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015. p. 342.

28 SOARES, Carlos Henrique. Ações de Direito de Família no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista síntese de direito de família*, v. 15, n. 85, 2014, p. 18.

29 Ibidem, p. 19.

tal conduta processual, prejudicial a sua defesa.

Caberá ao tempo responder se a medida foi profícua em diminuir a beligerância das partes nos processos que envolvem questões familiares ou serviu de motivação maior de contendas.

Ao depois, a citação será precedida minimamente 15 (quinze) dias antes da audiência. Dispõe, também, que a citação será pessoal.

As partes serão acompanhadas por seus procuradores ou acompanhadas por defensor público.

Poderá ocorrer que em comarcas que não dispõem de defensoria pública, o juiz designará um defensor dativo para acompanhar o réu na audiência, sob pena de não o fazendo padecer de vício nulificante.

Por sua vez, o art. 696 do *codex* aduz que a audiência de mediação e conciliação poderá ser dividida em tantas vezes quantas forem necessárias para o desenlace da solução consensual. Se, porventura, houver alguma providência a ser decidida enquanto não findar as sessões, a fim de não deixar perecer direitos, o juiz da causa a lhes deferirá.

A mediação e a conciliação podem ser processos longos. O legislador não ignorou este fato e previu essa possibilidade de divisão na quantidade de sessões necessárias.[30]

Ao permitir que a audiência de mediação e conciliação seja dividida em tantas sessões quantas necessárias para viabilizar a solução consensual sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito, o art. 696 do Novo CPC reforça mais uma vez a valoração das formas consensuais de conflito, permitindo que ela seja buscada em mais de uma sessão de audiência.[31]

É de bom alvitre que o juiz não seja partícipe das sessões de autocomposição, pois poderá ocorrer dos sujeitos do processo não chegarem a um acordo e, também, a fim de evitar que sua imparcialidade seja corrompida no momento de decidir. Isso ocorre porque as informações colhidas, por vezes, revelam a intimidade ou atos desabonatórios das partes, que só foram reveladas por meio de laboriosos esforços para a resolução do conflito, e não devem sopesar em eventual decisão.

---

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.030.

31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil:* Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 380.

Nesta linha intelectiva, o enunciado 187 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, veda qualquer tipo de ameaça ou constrangimento:

> No emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa."[32]

Como visto, o novo Código de Processo Civil priorizou a resolução dos conflitos familiares da forma a diminuir o desgaste emocional, o qual decorre da complexa relação parental, buscando sempre uma composição amigável.

Por sua vez, o artigo 697 do novo Código de Processo Civil diz que embora toda eiva de esforços, se houver frustração na construção dos pilares da pacificação, será seguida a marcha do procedimento comum, sendo o réu intimado para apresentação de contestação ao receber a cópia da petição inicial.

3.4 Intervenção do Ministério Público

Uma aprazível surpresa que a novel legislação contém é a participação do Ministério Público, que nas ações de família somente intervirá quando houver interesse de incapaz, consoante reza o artigo 698 do novo Código de Processo Civil.

A previsão deste artigo nos remete ao papel constitucional deste ministério, que deve se ater às questões públicas e de interesse público. Assim, nem todas as ações de família dizem respeito ao Ministério Público[33], portanto, a modificação veio em boa hora.

Aliás, proposição defendida por Rolf Madaleno, ao tecer alguns comentários sobre a dissolução do casamento:

> Em determinadas circunstâncias não há mais de ser falado em direitos indisponíveis, conquanto não envolva interesses dos filhos menores e incapazes do casal e, tampouco, haverá de participar o Ministério Público como

32 Disponível em: <http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis>. Acesso em: 2 jun. 2015.

33 VILLAS-BÔAS, Renata Malta. O direito das famílias no âmbito dlo Novo Código de Processo Civil: PL 8.046/2010. In: *Revista Síntese Direito de Família*, v. 15, n. 85, agosto/setembro 2014, p. 29.

fiscal da lei, na defesa de interesses já disponibilizados pela lei.[34]

Assim, somente interferir o membro do *parquet,* quando houver interesse de incapazes.

3.5 Dos casos de abuso e alienação parental

Por fim, o artigo 699 do novo Código de Processo Civil dispõe que "se o caso envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou alienação parental"[35], ao tomar o depoimento de incapaz o juiz deve se cercar de uma equipe multidisciplinar para tratar do tema, eis que a criança deve ser muito fragilizada.

A alienação parental, um conceito muito melhor formulado, foi apresentado em 1985, por meio da divulgação de um artigo do professor especialista e perito judicial doutor Richard Gardner, que, interessado no comportamento das crianças durante os processos de divórcios litigiosos, observando os hábitos e atitudes dessas, identificou o fenômeno denominado Alienação Parental.[36]

O abuso pode ser psicológico, sexual e de qualquer outra natureza. Qualquer tipo de abuso gera fragilidade.[37]

Assim, é de bom alvitre a participação do plexo social a amparar o Poder Judiciário, minorando os efeitos devastadores do abuso e da alienação parental.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento de um novo Código de Processo Civil é uma realidade. Vislumbram-se os esforços para um

---

34 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 265.

35 Um conceito de alienação parental, pode ser encontrado no art. 2º da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010: "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".

36 FREITAS. Douglas Philips. *Alienação Parental:* Comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 22.

37 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil:* artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista do dos Tribunais, 2015. p.1.032.

novo modelo de processo e louvam-se as intenções da atividade legiferante. Depreende-se da Lei Adjetiva uma valorização da dimensão social ao transformar o processo em instrumento da busca da pacificação social.

A presente reflexão pretendeu dar destaque a alguns aspectos relacionados à indelével mudança que ocorreu no processo que trata das questões familiares.

Por uma questão de predileção, optamos em tecer algumas considerações sobre os processos litigiosos de família, visto que é uma das grandes novidades do novo Código de Processo Civil.

Por primeiro, fizemos algumas considerações sobre as transformações que experimentou o processo contencioso de família, havendo um procedimento próprio, com suas idiossincrasias e especificidades.

As aplicações das normas esposadas neste trabalho somente vigeram nos casos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável. Ponderemos se somente nestes casos o procedimento poderá ser adotado, ou em outras ações de direito de família. Será que é apenas um rol exemplificativo, ou taxativo? Nossa posição neste momento é a de afirmar que o alcance da norma somente consistirá nos casos previstos na Lei.

Ao depois, abordamos uma das proeminentes inovações que o novo Código de Processo Civil nos brindou, que é a tentativa da solução do conflito de forma amigável. Foram inseridos na ordem jurídica dois institutos de autocomposição valorosos, quais sejam: a conciliação e a mediação.

Considerou o novo Código de Processo Civil que os conflitos e as situações litigiosas podem e devem ser solucionados por aqueles envolvidos nas disputas, utilizando-se de mecanismos para resolver a controvérsia.

Consideramos que a melhor via eleita para deslindar as questões de família será a mediação, porquanto é uma técnica normativa-resolutiva de conflitos.

O ímpeto de resultado foi tal que o magistrado, inclusive, pode suspender o processo a fim de que as partes se submetam à mediação ou ao atendimento multidisplinar e, também, pode dividir as sessões de mediação e conciliação em quantas vezes forem necessárias para o deslinde do litígio.

Doravante, recebida a petição inicial e resolvidas as questões de tutela provisória, imediatamente será marcada, obrigatoriamente, audiência de mediação ou conciliação.

Indagamos se o não comparecimento do réu na audiência suscitaria alguma penalidade. Replicamos que a obrigatoriedade do comparecimento é medida desarrazoada, uma vez que o próprio sistema processual prevê algum tipo de sanção.

De lembrar que o mandado judicial somente conterá dados necessários à audiência, sem o acompanhamento da exordial. Ponderamos até

que ponto é salutar o réu comparecer a um ato judicial sem ter informações mínimas quanto à questão controvertida. Pode ocorrer de haver o processo "surpresa", já que não pode tomar ciência dos fatos narrados na petição de origem. Questionamos se tal medida, em vez de trazer benefícios, trará um espírito combativo à demanda.

Contudo, se todos os esforços para a solução consensual restarem inexitosos, incidirão as regras do procedimento comum.

Outra agradável surpresa é o papel do Ministério Público, que somente intervirá em causas que envolverem incapazes. Assim, nem todas as causas terão a participação do órgão ministerial.

E, por fim, o novo Código de Processo Civil atentou para aqueles casos em que houver abuso ou alienação parental, instituindo a participação de equipe multidisciplinar quando houver o depoimento do incapaz.

É evidente que foram traçadas apenas algumas considerações que não esgotam neste ensaio. Com o passar do tempo, tanto nossos laboriosos doutrinadores quanto as circunspectas decisões judiciais não irão se imiscuir em empreender esforços para responder questões debatidas aqui, e ainda as que virão a serem debatidas.

A maturação da disciplina processual é medida que, com o passar dos dias, irá dar uma reposta efetiva as nossas indagações, ou não.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO. Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informações Legislativas*, v. 26, n. 102, Brasília, abril/ junho 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 71.373. Relator: Ministro Francisco Rezek. 10 jun. 1996. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 jun. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Procedimento especial para as ações

de família no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Dierle; GARCIA MEDINA, José Miguel; FUX, Luiz; VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DIAS, Ádamo Brasil. A proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal. In: NORONHA, Carlos Silveira (org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, ano 36, v. 194, abr. 2011, Editora Revista dos Tribunais.

FREITAS, Douglas Philips. *Alienação Parental:* Comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

JUNIOR, Marcos Julio Olibé Melhadas. *Psicologia na mediação*: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: Editora LTR, 2004.

LUCENA, João Paulo; DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários ao código de processo civil*: dos procedimentos especiais, arts. 1.103 a 1.210. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo. Luz e sombra. *Revista do Instituto Brasileiro de Família*, 19. ed., fev./mar. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARCATO. Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do novo CPC:* críticas e proposições. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil:* Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Método, 2015.

NORONHA, Carlos Silveira. A função social do Direito de Família na tutela dos entes familiares. In: NORONHA, Carlos Silveira (org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SOARES, Carlos Henrique. Ações de Direito de Família no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista síntese de direito de família*, v. 15, n. 85, 2014.

SOUZA, Luciana Moessa. Mediação: acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coords.) *Mediação de conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA, Monaliza Costa de. A mediação como instrumento de pacificação e diálogo para as famílias. In: NORONHA, Carlos Silveira (org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Possibilidade de diversas sessões consensuais no juízo familiar. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 19. ed., fev./mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas Tendências de participação processual: o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

VILLAS-BÔAS, Renata Malta. O direito das famílias no âmbito do Novo Código de Processo Civil – PL 8.046/2010. In: *Revista Síntese Direito de Família*, v. 19, n. 85, ago./set. 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A PERDA DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Anelize Pantaleão Puccini Caminha[1]

O Direito brasileiro confere especial tutela à entidade familiar, assegurando a igualdade entre os filhos e os cônjuges e coibindo o abuso de direito, mediante a cominação de sanções, dentre elas a suspensão e a destituição do poder familiar.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece mecanismos de proteção a crianças e adolescentes, a serem adotados, sempre que houver violação ou ameaça de lesão aos seus direitos. Seguindo essa diretriz, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), disciplina o exercício do poder familiar, limitando-o em prol do melhor interesse do menor.

Nesse contexto normativo, a suspensão e a destituição do poder familiar devem ser concebidas como medidas excepcionais, uma vez que implicam privar os pais do exercício de um direito conatural ao vínculo familiar e, nesse sentido, só se justificam nas hipóteses em que "o abuso ou inobservância dos deveres paternos vão ao ponto de atentar contra os valores e os direitos fundamentais dos filhos cuja integridade aos pais incumbia preservar e desenvolver".[2]

---

1 Advogada especialista em Processo Civil.

2 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 134. SPENGLER, Fabiana Marion; MARION JÚNIOR, Nilo. O Poder Familiar e o Seu Conteúdo: da Pessoa ao Patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40, p. 35.

1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

1.1 A posição do menor no Direito Civil clássico: o pátrio poder

A função originária da família[3] – que outrora girava em torno dos interesses do pai e seu poder sobre os filhos (modelo patriarcal e hierarquizado) – cedeu espaço à ideia de poder-dever, em que se sobressaem os deveres daquele em relação a estes. O termo *pater potestas*[4] (com raízes no direito romano) – que antes designava o poder absoluto e ilimitado atribuído ao chefe da organização familiar (pátrio) – foi substituído pelo *poder familiar*[5], traduzindo o exercício de autoridade[6] (temporária, ou seja, até a maioridade ou a emancipação do menor) pelos pais sobre os filhos no interesse destes.

No Brasil, antes de 1831, vigorou o Direito Civil português, com forte

---

3 "Família" vem do latim *familia* ou o conjunto dos *famuli*, criados, servos ou domésticos. Do ponto de vista filológico, o termo está relacionado aos que compõem a entidade familiar como seus membros; em sentido histórico (Antigo Testamento), abrange tudo que se concebe como elemento necessário à mantença da vida e da liberdade do clã, e, em uma perspectiva cultural, consiste a célula transmissora de cultura, racionalização e espiritualização de experiências e veículo de aperfeiçoamento de estilos de vida. Juridicamente, é a base da sociedade (art. 226, *caput*, da CRFB), a reunião de pessoas humanas, regida por normas especiais, que compreende "tanto a relação de descendência como a relação de ascendência, bem como o conjunto de pessoas relacionadas, a um casal ou a alguém, por laços de parentesco civil, ou de consanguinidade". Do ponto de vista legal, é um ente sem personalidade jurídica distinta de seus membros (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.283-1.285). Para o Supremo Tribunal Federal, a família é o "espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana" (STF, 1ª Turma, RE n. 397.762-8/BA, voto-vista do Min. Carlos Ayres Brito, j. 03.06.2008).

4 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 17.

5 Conquanto a expressão "poder familiar" não seja a mais adequada, por realçar a ideia de poder, é melhor do que "pátrio poder", mantido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e somente derrogado com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002). (LÔBO, Paulo. *Direto Civil:* Família. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.)

6 Juridicamente, *poder* e *autoridade* são conceitos distintos: o primeiro está vinculado à noção de força por meio da qual se obriga alguém a obedecer; o segundo, ao direito de mandar, dirigir, ser ouvido e obedecido. Ao discorrer sobre o tema, Marcos Alves da

influência romana. À época, o pátrio poder era exercido, exclusivamente, pelo pai em relação ao filho de *justas núpcias* – isto é, oriundo de casamento válido – e durava toda a existência (Ordenações Filipinas, Livro IV, título 81, § 3º), embora a Resolução de 31 de outubro de 1831, combinada com a Lei de 22 de setembro de 1828, tenha estabelecido em vinte e um anos a maioridade.[7] Cessava, no entanto, pela morte do pai ou do filho; pela entrada de um ou outro em religião aprovada; pelo casamento do filho; pela carta de emancipação, passada por juiz de órgãos, em virtude de escritura de demissão do pátrio poder voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho; pelo exercício de cargos públicos, desde que maior de vinte e um anos; pela colação de graus acadêmicos; pela investidura de ordens sacras maiores e por sentença transitada em julgado, compelindo o pai a emancipar o filho (quando, por exemplo, afligia-lhe maus tratos, aceitava legado ou herança como condição para emancipá-lo, forçava a filha a prostituir-se ou enjeitava o filho infante ou, em razão dessa exposição ou abandono, ele era criado por terceiro).[8]

A mulher não exercia o pátrio poder, nem mesmo com a morte do marido. Somente com o Decreto de 24 de janeiro de 1980, tal direito foi concedido à viúva, enquanto não casasse novamente.[9]

O Código Civil de 1916, sob forte influência do Código Napoleônico,

---

Silva pondera que "o poder não pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto para o exercício da autoridade tal relação é necessária e inafastável" (SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental:* repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. São Paulo: Renovar, 2002. p. 4). Já Pontes de Miranda afirma que poder tem o sentido de exteriorização do querer, não de imposição ou violência (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 105).

7 Segundo Pontes de Mirante, Lafaiette Rodrigues Pereira entendia que a norma não contemplava hipótese de emancipação obrigatória, salvo se o filho constituísse economia separada com intenção de viver para si, sem oposição do pai (op. cit, p. 109).

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 109.

9 O Decreto de 24 de janeiro de 1890 também promoveu alterações nas hipóteses de extinção do pátrio poder pela morte do pai ou da mãe; pela contração de novas núpcias pela mãe; quando o pai ou a mãe, que tivesse filho de matrimônio anterior, se casasse antes de fazer o inventário dos bens do casal; pela maioridade do filho; pela emancipação solene; pelo casamento do filho; pela colação de graus científicos ou outros em cursos superiores, e pela sentença de destituição de autoridade paterna (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 110).

conferiu o pátrio poder ao homem como chefe da sociedade conjugal, e, na sua falta, à mulher, de forma supletiva.[10] Em contrapartida, só reconhecia a família originária do casamento. Os filhos nascidos de relacionamentos extraconjugais, considerados ilegítimos, não eram submetidos ao pátrio poder, pois não integravam a família do genitor, ficando sob o poder materno, conforme o disposto no artigo 383.[11]

Em 1949, a Lei n. 883 reconheceu a igualdade de direitos aos filhos ilegítimos, no contexto da ordem jurídico-constitucional vigente desde 1946. Posteriormente, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, a Lei n. 4.121/1962, o pátrio poder foi assegurado a ambos os pais, porém continuou sendo exercido pelo marido, com a colaboração da esposa. E, em caso de divergência, prevalecia a vontade dele, restando a ela recorrer à autoridade judiciária para a solução do litígio.

O Código de Menores – Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 – foi editado com o objetivo de promover a retirada de menores em situação irregular das ruas.[12]

Nesse panorama normativo, o modelo de família patriarcal e hierar-

---

10 Lei n. 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil anterior): "Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores"; "Art. 380. Durante o casamento, *exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher*" (grifei); e "Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade".

11 Lei n. 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil anterior): "Art. 383: O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor".

12 Lei n.º 6.697, de 10.07.1979 (Código de Menores): "Art. 1º. Este código dispõe sobre *assistência, proteção e vigilância a menores*: I. até dezoito anos de idade, *que se encontrem em situação irregular*; II. entre dezoito e vinte e um anos, *nos casos expressos em lei*. Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação"; "Art. 2º. Para os efeitos deste Código, *considera-se em situação irregular o menor*: I. privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II. vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III. em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV. privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V. com desvio de conduta, em virtude de gra-

quizado era predominante e caracterizava-se pelo exercício de poder dos pais sobre os filhos.

1.2 A submissão do menor ao poder familiar no Direito Civil Contemporâneo

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a família foi reconhecida como base (inviolável) da sociedade[13], sendo-lhe conferida especial proteção estatal.[14]

Além disso, adotou-se o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, desde o nascimento até a maioridade ou emancipação[15], consolidando-se a igualdade entre os filhos (art. 227, *caput*, da CRFB).[16]

---

ve inadaptação familiar ou comunitária; VI. autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial" (grifei).

13 A Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 10 de dezembro de 1948) assegurou à pessoa humana o direito de fundar uma família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, a merecer proteção desta e do Estado (art. 16.3).

14 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado* [...]" (grifei).

15 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria"; "Art. 9º. Serão registrados em registro público: I. os nascimentos, casamentos e óbitos; II. a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III. a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV. a sentença declaratória de ausência e de morte presumida"; e "Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I. pela morte dos pais ou do filho; II. pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III. pela maioridade; IV. pela adoção; V. por decisão judicial, na forma do artigo 1.638" (grifei). Ao comentar o parágrafo único do art. 5º do Código Civil, José Augusto Delgado assinala que a Constituição não concede o poder familiar integral ao juiz no caso de ausência dos pais (Cláusulas gerais e conceitos indeterminados: CC e CF. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil:* escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 402).

16 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "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 pro-

Ao influxo dessa nova ordem constitucional, a concepção tradicional de família (modelo hierarquizado e centralizado) foi, progressivamente, flexibilizada com a participação mais efetiva da mulher na esfera econômica (emancipação feminina), a transformação do menor de objeto em sujeito de direito nas relações familiares[17] e o predomínio da afetividade[18], da solidariedade (que inspira as relações de cuidado) e da cooperação. Gradativamente, o casamento foi dissociado da legitimidade dos filhos.[19]

O Estado – antes ausente – passou o intervir de forma mais incisiva no seio familiar, definindo modelos de atuação para seus membros e tutelando os interesses da criança e do adolescente. A proteção estatal tornou-se um direito público subjetivo, sobretudo quando em jogo o interesse social ou público, adquirindo a família *status* de entidade com a posição de sujeito de direitos e deveres e a igualdade entre os gêneros.[20]

Para Paulo Lôbo, a mudança de paradigma transcendeu a mera substi-

---

fissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. […] § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"; Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", e Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

17 Sobre o tema, SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. São Paulo: Renovar, 2002. p. 3.

18 Segundo Paulo Lôbo, na atualidade as relações familiares pautam-se pela solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRFB) como um dos fundamentos da afetividade. Com efeito, "enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida". A família possui duas estruturas associadas: os vínculos que podem coexistir ou existir separadamente são os de sangue, os de direito e os de afetividade; a partir destes, formam-se os grupos conjugal, parental (pais e filhos) e secundários (outros parentes e afins) (LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-2).

19 NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.287.

20 Para Paulo Lôbo, as funções atribuídas à família (religiosa, política, econômica e procracional) variaram ao longo da História. Na família atual, a religiosa e a política

tuição do poder de um dos ascendentes (pátrio) pelo poder compartilhado de ambos (familiar), uma vez que a própria finalidade de seu exercício deixou de ser a realização do interesse exclusivo dos pais para o do filho como pessoa em formação,[21] a partir de seu reconhecimento como ser humano dotado de dignidade e titular de direitos. O que antes era concebido como poder ilimitado, exercido predominantemente pela figura paterna, transformou-se em poder-dever de ambos os pais em relação à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, com vistas ao desenvolvimento integral de sua personalidade.

Nessa perspectiva, o termo "autoridade parental", adotado por algumas legislações estrangeiras,[22] afigura-se mais adequado por expressar uma situação de superioridade do pai em relação filho (conotação relacional), e não um poder físico sobre a sua pessoa e bens. "Autoridade", no âmbito das relações privadas, designa o exercício de uma função ou *munus*, em um espaço delimitado, no interesse do outro; "parental" realça a relação de parentesco entre pais (ambos) e filhos, sem se referir unicamente à figura paterna (pátrio).

A Constituição da República Federativa do Brasil também enumerou, em seu art. 227[23], os deveres da família, da sociedade e do Estado (rol mínimo e não exaustivo), assegurando à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

---

não remanesceram, pelo menos com a mesma intensidade, "na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e a comunhão de interesses e de vida"; já a econômica (que antes justificava a existência de um número maior de membros, principalmente filhos) sofreu grande impacto, uma vez que a família perdeu sua relevância como unidade produtiva e protetiva da velhice (atribuições transferidas para a previdência social), e a procracional, antes influenciada pela tradição religiosa, foi minimizada, com a proliferação do número de casais sem filhos e o favorecimento da adoção (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 2-3).

21 O novo Código Civil brasileiro não incorporou por inteiro a transformação do instituto jurídico, pois manteve, na essência, a disciplina normativa do Código de 1916, com adaptações pontuais (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 268).

22 A Lei francesa de 4 de junho de 1970 introduziu modificações significativas no Direito de Família, ampliadas pela Lei de 4 de março de 2002, adotando o regime da autoridade parental na perspectiva do melhor interesse do filho. O Código Civil Frances, em seu artigo 371-1, conceitua o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres que têm por finalidade o interesse do menor (cuidado e proteção) (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 268-269).

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Consagrou, ainda, a solidariedade e o respeito à dignidade de cada membro do seio familiar como fundamentos[24] dos laços paterno-filiais.[25]

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989[26] (aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21.11.1990), reconheceu à criança e ao adolescente o direito a tratamento diferenciado, em razão de sua maior vulnerabilidade (doutrina da proteção integral), preconizando o princípio do melhor interesse com a proteção especial do menor[27] – posicionado no centro

23 Ver nota n. 15 *supra*.

24 A dignidade da pessoa humana é mencionada no art. 1º, inciso III, da CRFB, e a solidariedade nos arts. 3º, inciso I, e 227 da CRFB. Ver nota n. 15 *supra*.

25 As críticas à expressão "pátrio poder" variam, desde o extremo de considerá-lo um complexo de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens do filho até a concepção de conjunto de obrigações daquele em relação a este. Para Marcos Alves da Silva, o equívoco dessas abordagens reside na redução do conteúdo desse instituto jurídico, pois, fundado em uma relação intersubjetiva, o exercício desse poder/autoridade compreende direitos subjetivos e deveres vinculados a uma mesma ação (SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 9).

26 Após proclamar em seu preâmbulo que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", a Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve, em seus artigos I e XVI, respectivamente: "Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade"; "Artigo XVI 1. Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" (Coleção Saraiva de Legislação. *Legislação de Direito Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397-399).

27 Decreto n. 99.710, de 21.11.1990: "Artigo 3º. 1. *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.* [...]" [e segundo o artigo 1º do referido diploma normativo, "considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcan-

da relação familiar como sujeitos de direitos.[28]

Acompanhando essa evolução, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990[29] – promoveu alterações significativas no instituto jurídico, incorporando a noção de proteção em substituição a de dominação.

No tocante às suas características, o poder familiar é *irrenunciável*, salvo nos casos de adoção; *intransmissível* e *imprescritível*. E o seu exercício persiste, com iguais deveres e direitos, nos casos de separação dos pais, assegurando-se os direitos de visita e de fiscalização de sua manutenção e educação (art. 1.632 do Código Civil).[30]

Os deveres atribuídos aos pais quanto à pessoa do filho estão elencados no art. 1.634 do Código Civil[31]

çada antes"] e "Artigo 9º. 1. Os Estados-Partes *deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.* Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...]" e "Artigo 12 1. Os Estados-Partes *assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões*, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, **se** *proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado*, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional" (Coleção Saraiva de Legislação. Op. cit., p. 521-522). [grifei]

28 (SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 12).

29 O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA) – dispõe sobre o poder familiar no capítulo relativo ao direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e no capítulo que disciplina os procedimentos referentes à perda e à suspensão desse poder (arts. 155 a 163), figurando a legislação processual comum de modo supletivo.

30 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

31 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a criação e educação; II. tê-los em sua companhia e guarda; III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV. nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou

e no art. 22[32] do Estatuto da Criança e do Adolescente[33], dentre eles, o de dirigir a criação e a educação do menor (art. 1.634, inciso I, do CC[34]). A importância desse dever é realçada na Constituição Federal, que, em seu artigo 205, dispõe que a educação, "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa", e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu artigo 55, determina que os pais ou responsáveis devem matricular o menor na rede regular de ensino (pública ou privada), sendo de sua livre escolha o tipo de educação (orientação pedagógica ou religiosa e o modelo escolar mais adequado) a que será submetido.[35]

A extinção do poder familiar pode decorrer de morte dos pais,[36] inclusive presumida com declaração de ausência (arts. 22 e 23 do CC), ou do filho, emancipação (art. 5º, parágrafo único, do CC), maioridade, adoção ou decisão judicial (art. 1.636 do CC).[37]

---

o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".

32 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

33 O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o poder familiar nos capítulos dedicados ao direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e aos procedimentos relativos à sua perda e à sua suspensão (arts. 155 a 163). As regras procedimentais complementam o Código Civil, aplicando-se a legislação processual apenas supletivamente, e as normas de direito material não divergem das normas codificadas (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 272).

34 Ver nota n. 30 *supra*.

35 Carlos Roberto Gonçalves anota que, embora o direito de educar seja intransferível, os pais podem designar pessoa ou instituição para o exercício dessa função, especialmente na sua ausência (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 418).

36 O ECA (arts. 36 a 38) prevê a possibilidade de filhos de pais falecidos serem colocados em família substituta, ainda que a permanência em sua família natural ou ampliada constitua direito garantido a toda criança e e a todo adolescente (art. 19, § 3º). Já a tutela do Código Civil viabiliza a permanência do órfão no núcleo familiar de onde provieram (o núcleo de sangue ou de outra origem, onde ela nasceu e foi educada, antes da causa que justificou a tutela – art. 1.593), mesmo depois da orfandade.

37 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relaciona-

2 AS HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO AO PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2.1 Da suspensão do poder familiar

A Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 227[38] e 229[39], o Código Civil brasileiro, no art. 1.634, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 22[40], elencam os deveres que incumbem aos pais, a serem exercidos no interesse da criança ou do adolescente, independentemente de coabitação.[41] Esses deveres existem mesmo quando o menor nasce em um ambiente familiar não estruturado pelo casamento civil, "mas pelo pacto de solidariedade ou contrato de convivência", que em nada altera o grau de responsabilidade dos pais.[42]

Existindo ilegalidade ou abuso no exercício de poder familiar, o Estado – notadamente o Estado-juiz – está autorizado a intervir de forma direta, suspendendo-o ou até extinguindo-o, sempre em defesa do menor (caráter sanatório), e não para simplesmente impor uma punição aos pais. Com efeito, em tais circunstâncias, a relação paterno-filial, de natureza tipicamente privada e vivenciada na intimidade do núcleo familiar, torna-se pública, porque, mesmo quando não tenha sido cometido ato ilícito, a atuação dos pais causa danos ao filho (ameaça ou violação a direitos seus)[43] e justifica a atuação estatal. Tanto na hipótese de ato comissivo danoso (falta) como na de omissão (conduta negligente ou negativa em relação ao

---

mento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável".

38 Ver nota n. 11 *supra*.

39 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". Com efeito, o constituinte optou por não utilizar a expressão *pátrio poder*, mas atribuir aos pais, sem distinção, os deveres ali elencados.

40 Ver nota n. 19 *supra*.

41 O dever de alimentos, por exemplo, subsiste mesmo em situações de rompimento dos laços de autoridade parental.

42 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.389.

43 SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 7, 109, 113 e 120.

dever legal de agir) ou abuso (atitude indevida ou inércia injustificada[44]), é cabível a adoção de medidas de proteção à criança ou ao adolescente, que extrapolam o campo da mera responsabilidade civil para alcançar outras dimensões mais sensíveis.[45]

A perda ou suspensão do poder familiar não exime os pais da responsabilidade de sustentar ou alimentar o menor (art. 1.634, inciso I, do CC), ainda que ele esteja inserido em família substituta ou sob tutela, pois se trata de dever unilateral, intransmissível, decorrente da filiação.[46] As únicas formas de extinção desse dever são: a) a adoção, que impõe o corte definitivo com o parentesco original,[47] induzindo ao desaparecimento do poder familiar (artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil[48]); e b) a emancipação (renúncia). Na adoção, os pais manifestam sua concordância com a assunção do poder familiar por outrem, mediante declaração escrita ou termo nos autos, ainda que a renúncia não seja espontânea, nem implique transferência direta daquele poder ao adotante;[49] na emancipação, eles reconhecem a desnecessidade de manutenção do exercício do poder familiar, antes da maioridade. De regra, o po-

---

44 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 187.

45 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 98 As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I. por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II. *por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável*; III. em razão de sua conduta." [grifei]

46 DIAS, Maria Berenice (coord). *Incesto e alienação parental*: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 427. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, mesmo na hipótese de perda do poder familiar, o dever de alimentos mantém-se íntegro, ainda que o menor esteja em poder do outro cônjuge, em condições de sustentá-lo. "Não fosse assim, o genitor faltoso seria beneficiado com a exoneração do encargo (que é, antes de tudo, uma punição), que recairia integralmente sobre o outro cônjuge" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 418).

47 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes*, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º. É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária." [grifei]

48 DIAS, Maria Berenice (coord). Op. cit., p. 428.

49 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Op. cit., p. 70.

der familiar é irrenunciável, porém há exceções legais.[50]

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, não mencionadas no Código Civil, as quais estão relacionadas ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (arts. 22 e 24[51]). E só são aplicadas quando o fato ensejador é de tamanha magnitude que ponha em perigo permanente a sua segurança e dignidade.

A suspensão do poder familiar como medida menos grave é cabível nas hipóteses previstas no artigo 1.637 do Código Civil Brasileiro:[52] abuso de autoridade, falta aos deveres a ele inerentes, ruína do patrimônio do filho e condenação judicial por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (sentença transitada em julgado). Ressalve-se, contudo, que a condenação criminal por prática de ilícito pode não ensejar a suspensão do poder familiar, se esta não for a melhor solução para o menor.

Para Pontes de Miranda, há algumas situações que caracterizam a falta de deveres dos genitores inerentes ao poder familiar, podendo fundamentar a suspensão, tais como: a) os maus-tratos que não se enquadram no conceito de castigo imoderado; b) as restrições prejudiciais, como privações de alimentos ou de cuidados indispensáveis, que ponham em perigo a saúde do filho; c) a exigência de prestação de serviços excessivos ou impróprios; d) o emprego em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias a moral e aos bons costumes, ou que envolvam risco à saúde, à vida ou à moralidade; e) a não reclamação do filho de quem o detenha ilegalmente; f) o desleixo, abuso ou descuido; g) a indução ao mal, por incitar, favorecer ou produzir o estado em que se acha, ou

---

50 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Op. cit., p. 70.

51 "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais"; "Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, *bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude o art. 22.*" [grifei]

52 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão."

possa achar-se o filho, ou de qualquer modo concorrer para sua perversão ou para torná-lo alcoólatra ou viciado em drogas; e h) o abandono do filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem ou criminalidade.[53]

A interferência do juiz pode ser provocada por qualquer um dos interessados nominados no artigo 155 do ECA.[54]

2.2 Da destituição do poder familiar

A interrupção definitiva do poder familiar conduz a sua extinção nas hipóteses previstas no artigo 1.635 do Código Civil[55] (a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade, a adoção ou a perda do poder familiar)[56], excluídos os casos de divórcio ou outra situação similar.[57]

A perda ou destituição do poder familiar constitui medida imperativa, que se legitima quando há infringência a um dever mais relevante e o convívio familiar torna-se inviável.[58] É cabível nos casos previstos no artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro[59] ou, ainda, quando for cometido crime doloso contra o filho, punido com pena de reclusão, ou seja, fatos graves que se mostram incompatíveis com o poder familiar.

A primeira hipótese do artigo 1.638[60] é o castigo imoderado.

Para Paulo Lobô,[61] ao vedá-lo, o legislador admitiu, implicitamente, o castigo moderado, porém, na dicção

---

53 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 154.

54 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse".

55 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I. pela morte dos pais ou do filho; II. pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III. pela maioridade; IV. pela adoção; V. por decisão judicial, na forma do artigo 1.638".

56 Ver nota n. 14 *supra*.

57 Ver nota n. 36 *supra*.

58 DIAS, Maria Berenice (coord). Op. cit., p. 429.

59 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I. castigar imoderadamente o filho; II. deixar o filho em abandono; III. praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV. incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente".

60 Ver nota n. 59 *supra*.

61 LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 282.

do artigo 227 da Constituição Federal,[62] a família deve proteger o filho contra qualquer violência,[63] o que, na perspectiva do princípio da dignidade humana,[64] abrange tanto a agressão física como a moral. Nessa linha, o castigo físico – que, na concepção tradicional de pátrio poder era admitido – não pode ser tolerado na dimensão constitucional atual.

Todavia, não é só a violência física que pode configurar castigo imoderado; em alguns casos, a tortura psicológica é tão cruel quanto à física. Logo, cabe ao magistrado, com o apoio técnico de profissionais especializados (psiquiatra e assistente social), avaliar se a criança ou o adolescente está sofrendo algum trauma psicológico provocado pelo exercente do poder familiar, e a gravidade dos fatos, para decidir de que forma irá intervir no núcleo familiar.

Já o inciso III do art. 1.638 do Código Civil[65] dispõe sobre a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, visando a evitar a influência prejudicial de certos atos sobre a personalidade da criança ou do adolescente. Esses atos nocivos podem não ter sido praticados pelos titulares do poder familiar, basta que exponham o menor a tanto.

Outra causa ensejadora da perda do poder familiar é a prática de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o filho.[66] Consoante o disposto no artigo 93 do Código Penal,[67] nesses casos é vedada a retomada do exercício do poder familiar. Entretanto, em

---

62 Ver nota n. 15 *supra*.

63 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "Art. 227. [...] § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

64 Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA): "Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

65 Ver nota n. 59 *supra.*

66 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): "Art. 92. São também efeitos da condenação: [...] II. a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; [...] Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

67 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): "Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, *vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo*". [grifei]

alguns casos o poder familiar pode ser restabelecido, sempre visando o melhor para a criança e o adolescente.

O Código Penal tipifica outras condutas que atentam contra a assistência familiar e, especificamente, o poder familiar.[68]

A perda do poder familiar, sempre imposta por ato judicial, após a ampla defesa e o contraditório, deve observar o mesmo procedimento adotado para sua suspensão, consoante o disposto nos arts. 24 e 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente.[69] Tem legitimidade para propor a ação um dos genitores frente ao outro, qualquer parente do menor ou do Ministério Público, inclusive por iniciativa do Conselho Tutelar, que, apesar de não ser parte legítima para ingressar em juízo pode representar ao órgão ministerial, de acordo com artigo 136, inciso XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.[70]

O menor deve ser ouvido sempre que possível e razoável. Durante a

---

68 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): "Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1º. A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º. Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro"."Art. 247. Permitir alguém menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I. frequente casa de jogo ou mal-afamada ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II. frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III. resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV. mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena: detenção, de um a três meses, ou multa.""Art. 248. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame: Pena: detenção de um mês a um ano, ou multa." "Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena: detenção de dois meses a dois anos se o fato não constitui elemento de outro crime. § 1º. O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. § 2º. No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena."

69 Ver nota n. 54 *supra*.

70 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): "Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: [...] XI. representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão

tramitação do processo, ele é mantido em instituição ou família substituta.

Em qualquer hipótese, a medida extrema só poderá ser aplicada em casos mais graves, em que existe risco à segurança ou à dignidade do menor, estando o núcleo familiar completamente desestruturado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o antigo Código de Menores de 1927, em seu artigo 45, contemplava a possibilidade de reintegração do poder familiar àquele que fora dele destituído, desde que preenchidos determinados requisitos. Atualmente, a legislação silencia a respeito, exceto em relação ao cometimento de infração penal. Todavia, em sendo a perda do poder familiar medida de extrema gravidade, a sua recuperação só poderá ser admitida em caráter excepcional e dependerá de ato judicial, com a manifestação do Ministério Público visando ao melhor interesse do menor.

3 AS RESTRIÇÕES AO PODER FAMILIAR EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

3.1 A constitucionalização do Direito de Família

Com o intuito de estabelecer as bases comuns da regulamentação jurídica das relações privadas, a Constituição contém disposições de conteúdo civilista, aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas, e normas fundamentais relativas à forma de organização e funcionamento da coletividade, às quais é reconduzido o Direito Privado.[71] Nessa perspectiva, as

do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural".

71 Ao discorrer sobre a influência da Constituição no Direito Privado, Ricardo Luis Lorenzetti identifica dois modelos. "O primeiro é o da Constituição minimalista, que contém um projeto de garantias básicas, elementares, sobre as quais há pleno consenso. Disto segue-se a noção restrita de Constituição, como organização das competências do Estado e das garantias do cidadão. São as clássicas Constituições liberais [...], em que o conteúdo de Direito Privado é reduzido, e de caráter declarativo. Um segundo modelo é o das constituições mais atuais, que regulamentam decididamente temas de Direito Privado. Nesta tendência podemos notar, também, gradações. Alguns modelos contentam-se com o desenho de um programa básico de direitos, deixando ao Direito privado a tarefa da especificação. Um modelo maximalista consiste em incorporar dentro do texto da Norma Fundamental regras operativas de Direito comum. Na América Latina, as Constituições afirmam-se na tendência de incorporação de direitos fundamentais e normas de conteúdo privado" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 255).

normas de cunho principiológico estruturaram o modo de atuação do legislador e dos particulares, e exercem funções integradora e interpretativa.[71]

Como resultado da interação entre o público e o privado, o Direito Civil é afetado por normas constitucionais e, ao mesmo tempo, ascende progressivamente, conferindo caráter fundamental a algumas de suas normas, dando origem ao fenômeno da "constitucionalização do Direito Civil".[72]

A despeito do notório distanciamento entre o Direito Privado clássico – formalmente neutro e voltado a um ser impessoal, "praticamente inatingível e com pretensões à perenidade"[74] – e as relações fáticas da

72 Afora a função fundante das normas constitucionais (que consiste em conferir fundamento de validade às normas delas derivadas e assegurar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico), elas exercem "uma função interpretativa, porque servem para orientar a "interpretação correta", adequando-a aos fundamentos do Direito Privado. Do mesmo modo, o intérprete pode valer-se delas para buscar os fins do Direito num determinado conflito de interesses." As normas constitucionais também constituem limites à atuação do legislador e do juiz, e cumprem uma função integradora, "já que são um instrumento técnico para preencher uma lacuna do ordenamento jurídico" (LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 281). Não há como aplicar uma norma codificada, sem considerar a totalidade do Direito.

73 Ao analisar o fenômeno da descodificação do Direito Privado, Ricardo Luis Lorenzetti salienta que, para alguns autores, o surgimento de leis especiais provoca a desintegração do sistema, com o aparecimento de fissuras na ordem axiomática fundada no Código e na estrutura hierárquica das normas; para outros, trata-se de um processo de descodificação e recodificação civil, dentro dos limites do próprio Código. Para ele, o "Código, como tal, vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las [...] ocorre uma ampliação nas fronteiras do Código concebido como lei estatal. [...] As fronteiras da descodificação são estabelecidas pelo próprio sistema que se autorregula, e que cresce até um nível de saturação". Os pontos de instabilidade multiplicam-se, tornando-o mais complexo. "Os microssistemas se comportam como 'estruturas dissipativas' e se convertem em fontes de uma nova ordem", criando um novo sistema, com novas estruturas adaptativas. Para que a sociedade funcione, é necessário que existam regras e que estas assentem em algumas bases, sejam essas um oráculo, máximas transmitidas historicamente ou precedentes judiciais; tem de haver um ou vários dogmas fundamentais, considerados como inquestionáveis. A partir daí a dogmática trabalha como uma opinião jurídica racionalizada, determinando as regras aplicáveis aos casos concretos. A solução tem sido sempre recorrer a uma "ordem superior" ((LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 77-79 e 253).

74 No sistema jurídico clássico, o homem era idealmente livre e dono de suas circunstâncias, titular de uma dignidade jurídica formal e capaz de submeter ao seu domínio o objeto, as coisas e a própria natureza (FACHIN, Luis Edson. Limites e possibilidades

vida, a doutrina e alguns operadores do Direito ainda hoje apegam-se ao valor supremo da segurança jurídica e da pureza conceitual. Todavia, as novas exigências da convivência social da atualidade (limitação à autonomia privada, formulação da noção de função social do contrato etc.) e a real dimensão dos problemas reclamam uma remodelação (ou repersonalização) dos estatutos jurídicos essenciais, voltada à sua utilidade e à reordenação de seus fundamentos.[74]

Essa concepção do ordenamento jurídico permite a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de Direito de Família, que apresentam uma progressiva referibilidade ao público, e o desenvolvimento plural de todo o sistema jurídico.[75] As questões pertinentes às relações familiares têm hoje implicação constitucional, pois deixaram de ser disciplinadas, exclusivamente, por normas de Direito Privado, atuando as normas consagradas na Constituição[76] como substrato nor-

---

da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago. 1995, p. 99-100).

74 Segundo Luis Edson Fachin, o sistema jurídico então engendrado "atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não direito", excluindo o que a ele não interessava. E, mesmo nos casos em que o ingresso da relação de fato impunha-se, isso ocorreria por uma das vias que o próprio sistema escolhia (p. ex. o concubinato). A realidade contemporânea, contudo, reclama a repersonalização ou reetização do direito, com a superação do tecnicismo e do neutralismo (FACHIN, Luis Edson. Op. cit., p. 100-104).

75 Superada a ideia outrora vigente de ordenamento jurídico como mero somatório de disposições normativas geometricamente organizadas no espaço, prevalece, atualmente, a concepção dinâmica do fenômeno jurídico, a refletir-se na estruturação e na funcionalidade de seus elementos. Incorporada a noção de força normativa da Constituição – motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade –, construída por Konrad Hesse, é inequívoca a correlação entre a ordem jurídica e a realidade social e a interação da Constituição com a legislação infraconstitucional, de modo a formarem um complexo de normas que engendram, em sua dinâmica, uma estrutura pautada pela unidade, coerência e consistência, asseguradas por mecanismos eliminadores de antinomias (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991).

76 Seguindo as tendências mais modernas do constitucionalismo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pôs em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, garantindo, em sua essência, a dignidade e a igualdade. Não se limitou a regular a organização do Estado, tendo contemplado disposições sobre direitos da personalidade, da propriedade e da família. Com isso, pretendeu exercer o papel unificador do sistema, em seus aspectos civilísticos e publicísticos, assumindo a função de garantir a unidade de todo ordenamento jurídico. Nesse contexto, o Código Civil per-

mativo na construção de soluções jurídicas,[77] por envolverem direitos e interesses de natureza indisponível, cuja relevância transcende as fronteiras do núcleo familiar.[78] Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "A família é espaço de preservação da vida e da liberdade de seus membros que, em situações emblemáticas da existência humana, precisam de suporte para a sobrevivência".[79]

Como já assinalado em capítulos anteriores, as inovações mais relevantes, promovidas pela Constituição de 1988, são: a igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CRFB[80]) e entre os filhos (art. 227, § 6º, da CRFB[81]) e a ampliação do conceito de entidade familiar, com o reconhecimento, para fins de proteção estatal, da união estável entre o homem e a mulher e da família monoparen-

---

deu a sua tradicional centralidade, passando a exercer os direitos fundamentais, influência decisiva no Direito Privado. A positivação de direitos fundamentais representou a incorporação no ordenamento jurídico de direitos inatos e inalienáveis do indivíduo. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 371).

77 A categoria de "fundamentalidade" indica a outorga de especial dignidade à proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal assinala dimensões relevantes: o grau superior das normas que consagram os direitos fundamentais no ordenamento jurídico; a maior dificuldade e complexidade do processo de modificação; e a sua caracterização como limite material à própria reforma constitucional e parâmetro material de escolha, decisão, ação e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional, dada a sua vinculatividade imediata dos poderes públicos. A fundamentalidade material está relacionada à ideia de que o conteúdo dos direitos fundamentais é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 373).

78 "As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros; os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos como a LMP (Lei Maria da Penha n. 11.340/2006), para esse desiderato" (trecho do voto proferido pela Min. Jane Silva, relatora do REsp 1.050.276/DF, STJ, 6ª Turma, j. 23.09.2008, DJU 24.11.2008).

79 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.389.

80 Vide nota n. 13 *supra*.

81 CRFB, art. 226, § 6º: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

82 Além de assegurar a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CRFB), a Constituição de 1988 ampliou a abrangência jurídica do fenômeno gerador da família, reconhecendo a união estável (art. 226, § 3º, da CRFB) e a comunidade formada por qualquer

tal[82] (art. 226, §§ 3º e 4º, da CRFB[83]). Com isso, foram priorizados os laços socioafetivos (ou emocionais) à luz da dignidade da pessoa humana e da função social da família.[84] Os "laços afetivos e a expectativa de segurança e proteção suscitada pelo convívio afetivo familiar criam também laços jurídicos capazes de impor deveres e obrigações e de gerar direitos e poderes entre os membros do grupo familiar que cultivaram laços de família". A ampliação desse espectro decorreu, em grande parte, da semiabertura do sistema de Direito Privado pela inserção de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos legais determinados pela função (me-

---

dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, c/c art. 227, § 6º, da CRFB). O sistema anterior reconhecia somente a sociedade biparental, formada pelos filhos de pai e mãe, fundada em um modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916). A família monoparental compreende "a situação de quem se encontra sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou mais crianças", ou, ainda, a família constituída por um dos genitores e seus filhos descendentes (sem especificação de um limite etário), "quer eles vivam independentemente quer se integrem no lar de outras pessoas, como, por exemplo, na casa dos avós". Adverte, Nelson Nery Júnior, que "Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para se ter configurada uma família monoparental". A tendência é o alargamento do conceito constitucional para alcançar situações que não envolvam relações de parentesco, como, por exemplo, "a vida em economia comum". Nessa linha, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (outrora concebida pela jurisprudência como sociedade de fato, com efeitos jurídicos mais restritos) (ADPF n.º 132/RJ e ADI n.º 4.477) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.285 e 1.287-1.288).

83 CRFB, art. 226, §§ 3º e 4º: "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" e "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

84 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery salientam que, em diversos julgados versando sobre temas de direito de família, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como implícito na Constituição o direito à busca da felicidade, inerente a todo ser humano (do voto do Ministro Celso de Mello, destaca-se: "[...] o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas, cuja ocorrência possa comprometer, afetar, ou até mesmo, esterilizar

canismos hermenêutico-integrativos) no ordenamento jurídico.[85]

Observam, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que, por implicar a família monoparental interdependência pessoal, deve-se emprestar "a uma comunidade pessoal de afetos, sob o mesmo teto, com interdependência moral e material, a mesma consequência jurídica que decorre das relações familiares".[86] Na realidade, com a noção de entidade familiar (mais ampla do que a de família), a Constituição contempla um novo modelo de amparo à família, voltado ao "acolhimento integral do ser humano no seio dessa célula afetiva, vital para a civilização".[87]

Nessa perspectiva, Maria Celina Morais[88] adverte que:

> a instituição familiar recebe a proteção legal se e enquanto mantém seu caráter de instrumento para o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais, que dizem respeito à personalidade de seus membros, em detrimento das relações de dependência econômica, hoje não mais prioritariamente tuteladas.

---

direitos e franquias individuais" - STF, Pleno ADPF n.º 132/RJ, recebida como ADI n.º 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJe 13.05.2011) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.289).

85 Nelson Nery Júnior menciona, como exemplo, um caso em que uma ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, porque, apesar da existência de laço biológico entre as partes, o autor já havia sido reconhecido jurídica e afetivamente como filho por outro homem: "A paternidade socioafetiva é a decorrente do relacionamento típico entre pai e filho em que existe a confiança, o amor e o afeto, não podem ser simplesmente supridas pela constituição de um novo vínculo, o biológico; a força da natureza não pode ser deixada para trás, mas não tem o condão de revogar a filiação já existente, uma vez que esta é oriunda de vínculo muito mais significativo e digno de ser preservado" (Ação n.º 00108796104, Juíza Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, j. 26.12.2003) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.287).

86 Em inúmeros dispositivos, a Constituição de 1988 emprega o termo "família", adotando o critério econômico de sua formação, e não exclusivamente o critério do parentesco: o direito ao salário-família (art. 7º, inciso XII), a proteção do domicílio (art. 5º, inciso XI), a impenhorabilidade da propriedade trabalhada pela família (art. 5º, inciso XXVI), o direito do preso à comunicação do fato à família (art. 5º, inciso LXII), a usucapião especial (arts. 191 e 201, § 7º, inciso II), o objetivo da assistência social de favorecer a família (art. 203, inciso I), a outorga do título de domínio do imóvel desapropriado, para fins de reforma agrária, ao homem ou a mulher, independentemente do estado civil (art. 189, parágrafo único), a fiscalização dos programas de rádio e televisão (art. 220, § 3º, inciso II) etc. (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.286).

87 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.286.

88 MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 29, jul./set., 1993. p. 29.

A par disso, a busca pelo melhor interesse do menor, em detrimento do interesse dos genitores, impõe-se em decorrência da opção do constituinte pela priorização da tutela daquele que se mostra mais vulnerável (art. 227 da CRFB).[89]

A aplicação do Direito não é uma atividade puramente mecânica, nem se reduz a mera operação de subsunção a uma norma do caso concreto. A análise dos fatos, não raras vezes, é realizada sob diferentes prismas e exige do operador jurídico o domínio da lógica do sistema, pois a norma ordinária deve ser interpretada à luz da norma constitucional que lhe confere validade. A exigência de que, na aplicação da lei, o juiz atenda aos fins sociais e ao bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),[90] abre caminho para a inserção de valores constitucionais na legislação civil.

Além disso, o posicionamento da Constituição no centro do sistema jurídico viabiliza a coordenação dos diferentes microssistemas que compõem o Direito Civil e o fenômeno denominado "diálogo das fontes", a que se refere Cláudia Lima Marques - no caso, a interação entre as disposições do Código Civil e as do Estatuto da Criança e da Adolescente (além de acordos internacionais) que dispõem sobre o poder familiar. Eventuais conflitos normativos não são resolvidos pelos critérios tradicionais - anterioridade, especialidade e hierarquia -, que, de regra, conduzem à exclusão de uma delas, mas pela coordenação funcional de normas e convivência dos paradigmas, ou seja, pela "aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. 'Diálogo' porque há influencia recíprocas". Segundo a referida Professora,[91]

---

89 Constituição Federal (CRFB): "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. [...]". [grifei]

90 Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942 (com alterações da Lei n. 12.376, de 2010): "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

91 Ainda segundo a professora Cláudia, a expressão "diálogo das fontes" é empregada por Érik James, para designar a coordenação flexível e dútil das normas em conflito, "a fim de se restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do "monólogo" de uma só norma possível a "comunicar" a solução justa) à convivência

> [...] diante do atual "pluralismo pós-moderno" de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.

3.2 O poder familiar na visão dos Tribunais

A análise dos precedentes dos Tribunais pátrios denota a ausência de uniformidade na interpretação e aplicação da legislação que disciplina as hipóteses de restrição ao exercício do poder familiar, em parte pela relevância das circunstâncias fáticas, naturalmente variáveis, na solução do litígio e pela necessidade de preenchimento (casuístico) de cláusulas gerais pelo julgador.

Para ilustrar, cumpre destacar algumas decisões judiciais emblemáticas.

Castigar imoderadamente o filho

Dentre os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, o art. 1.634, I, do Código Civil,[92] prevê o de educar os filhos.

A possibilidade de os pais infligirem castigos moderados aos filhos é controvertida na doutrina, em face da existência de vedação constitucional expressa a qualquer espécie de violência física ou moral contra a criança e o adolescente (art. 226, § 8º, e art. 227, § 4º, ambos da CRFB).[93]

A despeito dessa discussão, é fato que, não raras vezes, na atuação dos pais, ocorrem excessos que resultam em lesões corporais nos filhos, não sendo admitida, na jurisprudência, a agressão física como forma de educar:

> DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

---

destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, à finalidade "narrada" ou "comunicada" em ambas" (MARQUES, Cláudia Lima e outros. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 24-26).

92 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a criação e educação".

93 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "Art. 226. [...] § 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" e "Art. 227. [...] § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

RELATOS DE MAUS TRATOS E ABUSO SEXUAL CONFIRMADOS. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DESPROVIMENTO.
1. Recurso contra sentença de procedência que destituiu o poder familiar dos genitores; 2. Os relatos da rede de apoio que cerca a menor confirmam os maus tratos impingidos; 3. É imperativo que se dê oportunidade de a criança encontrar uma família substituta que lhe propicie um desenvolvimento pleno e sadio; 4. Desprovimento do recurso.
(TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 0000495-51.2010.8.19.0014, Relator Des. ADOLPHO ANDRADE MELLO, j. 25/07/2012, DJ 01/08/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Evidenciado o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, consubstanciado na perpetração de castigos imoderados e agressões físicas contra a criança, que culminaram na condenação penal da genitora pelo crime de tortura, e tendo em vista que preenchidos os requisitos exigidos em lei para a adoção, além de se mostrar a medida mais adequada para a preservação do bem-estar físico e psicológico da menor, que já possui forte vínculo com a família substituta, impõe-se a destituição do poder familiar e colocação da criança em adoção por família substituta. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA).
(TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70029253697, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 08/07/2009.)

APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADEQUAÇÃO. De rigor destituir a mãe biológica do poder familiar sobre a filha, porquanto comprovada a extrema violência, abuso e maus-tratos perpetrados pela mãe contra a menina. NEGARAM PROVIMENTO.
(TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70039658083, Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 31/03/2011.)

No esforço para coibir tais práticas foi sancionada a lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, estabelecendo um limite aos castigos dos pais em relação aos filhos. A proposta, contudo, encontrou grande resistência da população em geral, notadamente na definição do limite entre o moderado e o imoderado. Alguns defenderam que qualquer tipo de agressão física pode contribuir para a formação de uma personalidade agressiva e violenta; outros sustentaram que a disciplina legal do tema implicaria intromissão desproporcional na privacidade da família.

O tema é polêmico, porque, se, de um lado, a violência não pode fazer parte do processo de educação e desenvolvimento sadio do indivíduo, devendo ser reprimida pela lei, de outro, pretender que o Estado tome a di-

reção dos lares e diga o que e como a educação deve ser conduzida, é atentar contra a liberdade familiar e colocar em mãos estranhas o destino que se pretende dar a prole.[94]

Abandono material ou intelectual

O art. 1.638, inciso II, do Código Civil, dispõe que é motivo para a perda do poder familiar deixar o filho em abandono. Entretanto, a situação de abandono é de difícil configuração na realidade fática, porque não se subsume a uma simples ausência, nem pode ter seu significado alargado. Com efeito, o magistrado deve atentar-se às circunstâncias de cada situação concreta, não sendo suficiente o afastamento temporário do pai ou da mãe de sua prole.

Ademais, não se pode confundir a falta de condições financeiras com o abandono, uma vez que a pobreza, por si só, não justifica a destituição familiar. Tal solução seria desproporcional e acarretaria um caos na sociedade, porque um mero dissabor financeiro não traduz a falta de cuidado e preocupação com o bem-estar do menor.

Em outra senda, o simples fato de o pai não visitar regularmente o filho não é motivo para privá-lo do poder familiar, devendo-se levar em conta a situação fática da família. Em alguns casos, o afastamento ocorre por motivos pessoais, sabendo o pai que seus filhos estão bem aparados, aos cuidados do outro genitor ou de algum parente. Portanto, para a caracterização do abandono, os pais devem estar ausentes durante toda a vida do menor.[95]

Em casos excepcionais, o padrasto ou a madrasta tem legitimidade para ajuizar ação de adoção, cominada com a destituição de poder familiar. Entretanto, o pedido deve estar fundado em uma das hipóteses elencadas no artigo 1.638 do Código Civil, e o seu acolhimento pressupõe a existência inequívoca de risco social e pessoal de a criança ou o adolescente vir a sofrer lesão a seus direitos.[96] A par disso, deve ser comprovado que o pai ou a mãe biológicos não tem condições psicológicas e morais para a criação do filho, e há reais

---

94 SOUZA, Bianca Silva de; LACERDA, Thone Roberto Nunes. Correção física: há necessidade de lei antipalmada?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3548, 19 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/24008>. Acesso em: 13 maio 2013. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/24008/correcao-fisica-ha-necessidade-de-lei-antipalmada#ixzz2TEK4pWMR>.

95 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.395.

96 Idem.

vantagens para o adotando e não um mero capricho do novo companheiro (REsp n. 1207185/MG).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar e concedeu a adoção da menor, já que os apelados possuem a guarda da menina há mais de dois anos, esta os reconhece como seus pais, que estão devidamente habilitados, e o laudo social é favorável à adoção. Apelação desprovida, de plano.
> (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70047056478, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 28/03/2012.)

O alargamento do conceito de abandono é ilustrado pelo precedente a seguir ementado, no qual era pleiteada a destituição do poder familiar do pai, por ter permanecido longo tempo sem visitar os filhos.

> APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. A prova dos autos, em especial a produzida em sede de diligências no segundo grau, demonstra não ser possível a destituição do poder familiar em relação ao pai, pois, apesar de ter ficado certo tempo sem manter contato com os filhos (justamente no período em que os filhos eram severamente negligenciados pela mãe), hoje possui os filhos sob sua guarda, desempenhando normalmente seu dever de pai. DERAM PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do RS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70043575232, Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 27/09/2012.)

Para o Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, "o abandono que justifica a destituição do poder familiar, consabido, há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo".[97]

A hipótese prevista no art. 1.638, inciso III, do Código Civil – praticar atos contrários a moral e aos bons costumes –, é o que comporta o maior alargamento. O conceito de moral e bons costumes é muito amplo e muitas vezes pode ser alargado pela jurisprudência. Portanto, deve-se ter muito cuidado ao destituir o poder de um pai com base nesse fundamento. Existindo provas concretas de que o filho está sujeito à negligência e ao convívio em um ambiente hostil e inapropriado a sua idade, o magistrado deve interferir com o auxílio de Conselho Tutelar e do Ministério Público. A jurisprudência colacionada abaixo é um

97 Apelação Cível n. 2011.051137-0, de Laguna. Relator: Des. Subst. Gilberto Gomes de Oliveira.

exemplo claro de que os pais submetiam os filhos a um ambiente de prostituição e drogas.

> APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA E INAPTIDÃO DA GENITORA PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DO FILHO. PROSTITUIÇÃO. SITUAÇÃO DE ABANDONO DO MENOR PELO PAI. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Comprovação nos autos de violação e infringência dos deveres inerentes à paternidade. Comprovado nos autos conduta negligente da genitora para com o filho, assim como reiterada prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e ampla negligência e desinteresse pelo pai em relação ao menor, resta configurada situação grave de risco e abandono a autorizar a destituição do poder familiar, possibilitando a inserção da criança família substituta ou à adoção. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Tribunal de Justiça do RS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70024466039, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 16/07/2008.)

Um dos argumentos invocados pelo ilustre colegiado é o de que não faltam apenas condições materiais aos pais, mas também condições psicológicas e maturidade para criar e bem educar o menor, tanto que nunca mais procuraram o juízo para obter informações sobre ele e sequer contestou a ação, apesar de devidamente citado em audiência.

Diante dessas circunstâncias, é impossível deixar o filho sob os cuidados dos genitores, que não se importam com ele, devendo ser assegurado o melhor interesse deste.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1988.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar:* é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DELGADO, José Augusto. Cláusulas gerais e conceitos interminados - CC e CF. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil:* escritos em homenagem ao Ministro José

Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 393-420.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice (coord). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ELIAS, João Roberto. *Pátrio Poder:* guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FACHIN, Luis Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago./95, p. 99-107.

FREITAS, Juarez. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 15.

GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-Sistemas. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 160-170.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. v. 6. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* Família. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Uma conversa sobre Filosofia do Direito com o professor José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso*, n. 4, ano I, São Paulo: Editora Revistas Oficiais, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado:* Parte Especial. Direito de Família: Direito Parental e Direito Protectivo. Tomo IX. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SOUZA, Bianca Silva de; LACERDA, Thone Roberto Nunes. Correção física: há necessidade de lei antipalmada? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3548, 19 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/24008>. Acesso em: 13 maio 2013. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/24008/correcao-fisica-ha-necessidade-de-lei-antipalmada#ixzz2TEK4pWMR>.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. São Paulo: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio. Silvio. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

A VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CASAMENTO CIVIL E OS POSSÍVEIS REFLEXOS NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

Beatriz Helena Braganholo[1]

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O TEMA

Desde que o mundo existe, as relações afetivas entre homens e mulheres são pautadas por uma série de rituais de passagem. Mesmo após tantos anos, o casamento civil, no Brasil, continua sendo o modelo formal da confirmação e do registro de laços afetivos entre homem e mulher. Frisem-se bem, laços afetivos, porém permeados de efeitos patrimoniais, seja relativamente à sociedade conjugal e formação de patrimônio seja como possibilidades de ingresso no direito sucessório.

Ocorre que na fase pré-contratual, ou seja, durante o processo de habilitação para o casamento civil, procede-se a escolha do regime de bens (no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais). Pois bem, a escolha diz respeito aqueles que podem optar, aos sujeitos de direitos que a lei civil concede o exercício e a aplicação do princípio da autonomia de vontades. Nesse sentido, o Código Civil vigente afirma em seu artigo 1.639: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".[2] Merece destaque que "[...] só subsiste o regime eleito por pacto antenupcial, se fir-

1 Advogada. Mestre em Direito. Especialista em Direito Civil. Aluna do Programa PEC/PPGDIR UFRGS.

2 BRASIL, *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

mado por noivos que podem escolher livremente o regime patrimonial".[3]

Pode-se, assim, preconizar que somente os excluídos das situações mencionadas pelo artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro possuem essa capacidade de exercício pleno do direito de escolha do regime matrimonial. Portanto, as pessoas que casarem com inobservância das causas suspensivas do casamento, que possuírem mais de setenta anos e todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial, ao menos no momento da escolha do regime de bens que irá vigorar[4], não podem exercer o seu direito de escolha, por determinação legal, devendo aceitar a obrigatoriedade do regime de separação de bens entre os cônjuges. A seguir, retoma-se a questão proposta, prelecionando o conteúdo dos quatro regimes de bens que vigoram no país.

1.1 Regimes de bens no Brasil: considerações acerca de suas configurações legais

O regime de bens, também chamado de estatuto patrimonial dos cônjuges, advém de sua natureza contratual, conforme manifesta Sílvio de Salvo Venosa: "A união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito 'contrato'".[5]

Considerando-se um contrato, mesmo que eivado de características especiais, como o afeto e a "imprevisão"[6] pelo término, não se pode afas-

3 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; CUNHA, Rodrigo da (Coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 162.

4 Não esquecendo a possibilidade de mutabilidade: alteração do regime de bens entre os cônjuges, mediante autorização judicial, respeitados os elementos do artigo 1.639, parágrafo 2° do Código Civil.

5 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: *Direito de Família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

6 Partindo-se da máxima de que as pessoas, no geral, casam sem se preocupar, naquele momento, com os efeitos patrimoniais de uma ruptura posterior.

tar concepções diversas a respeito da natureza jurídica do casamento. Tal como as concepções de natureza jurídica institucional, admitindo o casamento como algo estabelecido pelas leis de uma nação, por ser uma grande instituição social.

Nas palavras de Arnoldo Wald: "É evidente que a densidade do vínculo existente no casamento e a sujeição a normas de ordem pública, que inspiram todo o direito de família, descaracterizam o casamento como contrato. Não é contrato na sua formação, pois necessita de uma intervenção da autoridade pública que não meramente probatório. Não é contrato nos seus efeitos, pois cria deveres legais, que não têm caráter obrigacional. É, assim, uma verdadeira instituição, à qual não se aplicam as normas gerais referentes ao direito das obrigações".[7]

Entre as posições que revelam a caracterização do casamento diversa do contrato, a natureza dita como mista – "o casamento seria um instituto de natureza híbrida: contrato na formação; instituição no conteúdo"[8] – também não afasta a noção de contrato e seus elementos essenciais, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.

Concluindo-se pela natureza jurídica contratual do casamento civil, verifica-se que no contrato as partes estipulam condições e termos, pois, no pacto antenupcial, podem-se adicionar cláusulas e disciplinar as relações conjugais, porém não de forma contrária à estabelecida em lei.

A amplitude do tema merece uma análise mais aprofundada dos quatro regimes de bens que vigoram no país, concentrando-se, inicialmente, nas características do conteúdo de cada um deles. Observe-se a importância dessas informações para que os nubentes verifiquem qual deles preenche as condições que desejam estipular.

1.1.1 Regime da comunhão parcial de bens

É tido como o regime oficial, também chamado de regime legal de bens, desde o advento da Lei do Divórcio (6.515), em 15 de dezembro de 1977. Segundo o artigo 1.640: "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão

7 WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54-55.

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*: Direito de Família. v. 5. São Paulo: RT, 2005. p. 49.

parcial". No caso deste regime, dispensa-se a realização do pacto antenupcial, advindo "[...] um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro".[9]

Neste regime comunicam-se todos os bens adquiridos durante a vigência da sociedade conjugal, a título oneroso, sendo particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação, sucessão ou sub-rogados a estes, em conformidade com os artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil. Portanto, "formam-se três massas de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns".[10]

Destacando-se o teor do artigo 1.660, incisos I ao IV do Código Civil, ao informar o ingresso na comunhão dos bens a título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges e as benfeitorias em bens particulares de cada um dos cônjuges. E ainda, a incomunicabilidade não alcança frutos dos bens, independente se advindos dos bens particulares ou comuns, em conformidade com o art. 1.660, inciso V do Código Civil.

1.1.2 Regime da comunhão universal de bens

Antes do advento da Lei 6.515, de 1977, era o regime oficial, visto que atendia a uma realidade diversa da atual, qual seja, as pessoas casavam mais cedo e adquiriam seu patrimônio, essencialmente, durante o casamento. Assim, entendia-se como sociedade conjugal a comunhão de todos os bens presentes e futuros, conforme está previsto no artigo 1.667 do Código Civil.

A particularidade do regime leva à noção de que há "[...] praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir especificar ou localizar a propriedade nos bens". Merece ser observado, que essa comunhão de vida e de bens deve ser manifestada por escolha, quando possível, e pela realização de um pacto antenupcial, o qual nada impede, podendo excluir ou incluir alguns bens, sem descaracterizar o curso do regime.

Sem dúvida, os bens mencionados no artigo 1.668, permanecem patrimônio particular de cada um dos consortes, não pertencendo aos dois

---

9 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: Direito de família. 27. ed. Atual. por Francisco José Cahali, com anotação ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206.

10 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; CUNHA, Rodrigo da (Coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 167.

cônjuges nem possibilitando ingresso na sociedade conjugal. Dá-se destaque os gravames restritivos do direito à propriedade, como no caso dos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e todos àqueles sub-rogados em seu lugar (artigo 1.668 e seus incisos), salvaguardados pelo legislador para proteger o sagrado direito à propriedade.

1.1.3 Regime da separação de bens e a separação obrigatória ou legal

Sem dúvida, dos quatro regimes, este é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges. Todavia, duas ressalvas são importantes: primeiramente, a existência do regime de separação total ou absoluta de bens por livre conveniência das partes, disposto no respectivo pacto de bens e passível de várias formas de elaboração do conteúdo desse contrato e suas respectivas cláusulas; outra, a existência da imposição, advinda da lei, quando incorrer nas hipóteses consignadas no artigo 1.641, da separação obrigatória de bens.

Leve-se em consideração a discussão acerca da aplicação ou não da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal que define: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo esclarece: "No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher".[11]

De qualquer sorte, parece que o Código Civil não pretendia seguir o que a jurisprudência já vinha adotando, quando da aplicação da súmula n. 377 do STF, caso contrário, poderia ter excluído os casos de obrigatoriedade do regime de separação legal de bens. Conclusão lógica é de a aplicação da Súmula determinar regime de bens diverso do prelecionado pela legislação infraconstitucional, ou melhor, pelo silêncio da lei civil.

De qualquer forma, autorizada sua aplicação, temos um regime determinante de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, obviamente, resultantes de esforço comum presumido. Não sendo esse somente caracterizado quando decorre de trabalho específico numa atividade econômica, com atuação fora do lar e percepção de remuneração, mas, sim, no apoio emocional, sem atuação

11 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 662.

profissional lucrativa, envolvendo administração da casa, cuidados com os familiares e presença constante na forma de constituir família.

Nesse sentido, fica evidente o dever de atendimento quanto a repersonalização da família, ou seja: "[..]ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito".[12]

No tocante ao livre-direito de escolha, de comum acordo, persistirá a existência de patrimônio distinto, não havendo a construção da chamada *sociedade conjugal* no aspecto patrimonial. Nesse sentido, respeitam-se a autonomia e personalidade de cada um dos nubentes, possibilitando aos noivos, por exemplo, casar pelo regime da separação de bens, mas definindo expressamente que um determinado imóvel seja comum entre ambos. Nesse caso, o oficial registrador, conforme o pacto antenupcial, deverá celebrar o casamento pelo regime base (separação de bens), cabendo aos cônjuges, quando do término ou dissolução da sociedade conjugal,[13] trazer em juízo tal fato para a partilha do bem especificado. Nada impede, se determinados bens forem adquiridos em comum, que seja expressamente estabelecido um condomínio.

Mesmo estabelecido o regime de separação de bens, na forma total, plena ou absoluta, essa não elide o reconhecimento da sociedade de fato, desde que tenha havido esforço comum para a formação do patrimônio, caso contrário, poderia ser considerado enriquecimento indevido. A interpretação pode ser outra, se a disposição em pacto estabelecer forma diversa em caso de atuação comum da esposa e do marido, porém com registro em nome exclusivo de um dos cônjuges.

Resta saber como podem aceitar a imposição do regime de separação nos casos obrigatórios sem compreender as possibilidades posteriores, ou seja, na dependência de uma orientação emanada, futuramente, pelos tribunais. Situação diversa é atribuída àqueles que optam por permanecer, na sociedade conjugal, com patrimônios distintos e particulares (separação absoluta), podendo, inclusive, dispensar a autorização do outro cônjuge para

---

12 OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 248.

13 A sociedade conjugal termina: pelo falecimento, nulidade ou anulação, pela separação ou divórcio – art. 1571, incisos I ao IV; dissolve: morte ou pelo divórcio – art. 1.571, § 1° do NCC.

alienar ou gravar de ônus real bens imóveis, pleitear acerca de seus direitos como autor ou réu, prestar fiança ou aval e fazer doação de seus bens, sabendo-se que não haverá meação decorrente do regime escolhido.[14]

1.1.4 Participação final nos aquestos

Novidade, surgida com o advento do novo Código Civil, já nasce carente de compreensão, situação demonstrada pela realidade fática.[15] Trata-se de um regime misto, de difícil compreensão prática. Assim, durante a constância do casamento, vigora o regime da separação de bens[16], com administração exclusiva do seu próprio patrimônio, podendo livremente os alienar se forem móveis.[17] Entenda-se *patrimônio próprio*, todo aquele que "cada cônjuge possuía ao casar e por ele adquirido, a qualquer título, na constância do casamento".[18]

Entretanto, advindo a dissolução da sociedade conjugal, a lei determina regime diverso, passando-se, em termos gerais, ao regime de comunhão parcial de bens, respeitadas as considerações do artigo 1.674: "Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I. os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II. os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III. as dívidas relativas a esses bens".

É imperioso ressaltar, que salvo prova em contrário, presume-se adquiridos durante o casamento os bens móveis, ou seja, não conseguindo prova em contrário, o bem móvel de patrimônio individual ou próprio, passa a configurar conteúdo dos aquestos.[19] É situação idêntica àquela no regime de comunhão parcial, quando há presunção de aquisição durante a constância do casamento, não se provando data anterior em caso de bens móveis.[20]

No pertinente aos bens imóveis, o teor do artigo 1.681 é taxativo: "Os

---

14 Em conformidade com o teor do artigo 1.647 e incisos do Código Civil.

15 Na cidade de Passo Fundo, RS, até a data de 27 de junho de 2005, só há um pacto antenupcial realizado diante da escolha deste regime.

16 Não se aplicando a incidência do disposto no artigo 1.647 e incisos do Código Civil.

17 Conforme artigo 1.673, parágrafo único, do Código Civil.

18 Conforme artigo 1.673, caput, do Código Civil.

19 Conforme artigo 1.674, parágrafo único, do Código Civil.

20 Conforme artigo 1.661, do Código Civil.

bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro". Segue-se em seu parágrafo único: "Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário prova a aquisição regular dos bens".[21] A inversão do ônus da prova, neste caso, demonstra que o regime, em caso de ruptura conjugal, não adquire feições idênticas ao regime de comunhão parcial de bens. Tendo em vista que os bens imóveis, no conteúdo do regime de comunhão parcial de bens, neste caso, fariam parte da meação dos cônjuges, não importando, de regra, o nome constante no registro, se adquiridos onerosamente na constância do casamento.[22]

É de salientar que as dívidas, sendo superiores à meação, não obrigam o outro cônjuge ao seu pagamento, mormente aos seus herdeiros.[23] Como qualquer forma de ajuda mútua, é entendida em termos de sociedade empresarial, na inteligência do artigo 1.678, "se um dos cônjuges solveu a dívida do outro com bens de seu patrimônio, o valor deve ser imputado e atualizado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge". Por isso, se o casamento perdurar por muitos anos, certamente os bem informados e prevenidos guardarão comprovantes e mais comprovantes a fim de não ter surpresas no final, ou melhor, em caso de dissolução. Pergunta-se: não poderia ser caso de notória alegação de má-fé, pois, tradicionalmente, ninguém, a menos que pretenda romper com a união, acaba por guardar ao longo de uma vida feliz em comum uma série de notas e demonstrativos fiscais?

Por fim, o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial,[24] entendendo-se, portanto, nula cláusula em pacto antenupcial que dispusesse forma contrária.[25]

Para ingressar-se no ponto relativamente a ocorrência de violação das garantias constitucionais, em caso de não atendimento ao dever de informação, deve-se analisar do seguinte prisma: "A Constituição passa a ser o centro do ordenamento e a influenciar a interpretação de todas as normas infraconstitucionais".[26]

---

21 Necessitariam consultar um criterioso advogado familiarista, o que não é praxe no Brasil, antes do casamento, mormente para administrar consequências desta escolha.

22 Em conformidade com o artigo 1.660, inciso I do Código Civil, lembrando que a tradição patrimonialista evidencia o registro no nome do marido, em caso de bens.

23 Conforme artigo 1.686, do Código Civil.

24 Conforme artigo 1.682, do Código Civil.

25 Conforme artigo 1.655, do Código Civil.

26 DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sergio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13.

2. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E CONTRATUAIS

O direito à liberdade e a propriedade inscreve-se na matriz teórica dos direitos e garantias fundamentais, elencados no artigo 5° caput e inciso V, da Constituição Federal de 1988, como garantia constitucional do "direito à liberdade e a propriedade", estabelecendo no inciso XXII o direito a propriedade. Consagra-se, portanto, a inviolabilidade desses direitos, estabelecendo limites dentro do pacto antenupcial/contrato, assegurando a propriedade e a consequente indenização pela violação das cláusulas contratadas, em face dos danos morais, materias ou à imagem provocados.

2.1 Direito à liberdade: atendimento ao princípio da autonomia de vontade e princípio da mutabilidade do regime de bens

O direito à liberdade, ou seja, a liberdade de escolha do regime de bens diante do tema proposto, somente poderá ser pleno se atendido o dever de informar, ainda que na fase pré-contratual, e não havendo inclusão nos casos condicionados às situações do artigo 1.641 da legislação infraconstitucional civil vigente.[27] Assim, podemos concluir que nesses casos não haverá atendimento ao princípio da autonomia de vontade, pois em meio a uma aparência protetiva, lembrando-se das propriedades de cada um dos cônjuges, não do seu direito de escolha, ocorre a violação da liberdade na autonomia de decisão e, ao menos no teor infraconstitucional, impedindo, em alguns casos, a posterior mudança no regime de bens.

As razões para tal encontram respaldo em concepções antigas, resultantes do longo período em que tramitou o projeto do novo Código Civil, agora vigente. Comprovando tal posição, tem-se a imagem traduzida nos casos em que haveria justo motivo para o legislador impor limites quanto à autonomia de vontade, na livre escolha do regime de bens, pelo exclusivo fato da pessoa possuir idade biológica superior aos setenta anos[28].

---

27 Conforme considerações feitas nas noções introdutórias sobre o tema e no item 1.2.3, Regime da separação de bens e a separação obrigatória ou legal, do presente artigo.

28 Isso porque com a edição da lei 12.344 de 2010, a idade para a imposição do regime da separação obrigatória de bens mudou de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos.

É importante ressaltar que "O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral".[29]

Em face ao art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade do art. 1641, inciso II, no atual Código Civil, reafirma-se preconceituosa regra permitida anteriormente pelo legislador brasileiro. Como resultado, chega-se a conclusão de que a restrição imposta é inconstitucional ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana, violando o direito à liberdade e a propriedade. Revela-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

Nesta linha, valem os argumentos extraídos da noção de constitucionalização do direito de família, assim: "Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e as regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta frequente de se ler a Constituição a partir do Código Civil".[30]

Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão posterior a vigência do novo Código, afirmou que "[...] A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente ao inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da

29 LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 30 maio 2004, p. 8.

30 LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 30 maio 2004, p.12-13.

Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade."[31]

O Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, na mesma decisão, afirma em seu voto: "Modestamente aporia mais um elemento nesta linha. É que, inclusive no regime da separação obrigatória, na vigência do antigo Código, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decretado a possibilidade da comunhão dos aquestos, o que representava, mediante a Súmula n. 377, uma verdadeira perfuração da rocha monolítica, como era considerada a separação. Com a entrada em vigor do Novo Código, questiona-se se esta Súmula estaria ainda em vigor, mas a festejada doutrina dos comentadores do Código entende que se manteria, portanto, o regime da comunhão dos aquestos".[32]

Nos demais casos, do art. 1641, no inciso I, do atual Código Civil, observa-se que àqueles que realizarem o casamento com inobservância das causas suspensivas, mencionadas no artigo 1.523[33], por questões práticas, evitando a confusão de patrimônios no momento da identificação, seriam beneficiadas com a determinação legal, portanto, não estando impedidos da alterabilidade do regime de bens, cessadas as causas suspensivas.

Já o inciso II, nos casos em que for concedido suprimento judicial para os menores de dezesseis anos[34], entende-se não existir obstáculo para futura alteração do regime de bens, desde que atendidas as exigências do artigo 1.639, parágrafo 2º do Código Civil.

Inobstante, a posição manifestada pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, é a seguinte: "Não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebram o matrimônio nas circunstâncias do artigo 1.641, incisos, I, II e II, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não aplica-

31 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70004348769, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgada em de 27 de agosto de 2003. [grifo nosso]

32 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, op. cit., 2003.

33 São circunstâncias que permitem o casamento se houver autorização judicial, pois, ainda que infringidas, não constituem invalidação do ato. Adverte-se que às pessoas nestas condições será determinado o regime de separação obrigatória de bens.

34 Em casos excepcionais será permitido o casamento daqueles que não atingiram a idade núbil, conforme teor do artigo 1.520 do Código Civil.

ção das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do artigo 1.523 [...]. Interessante hipótese, no entanto, ocorrerá [...] vindo mais tarde, ao longo do casamento a desaparecer a causa suspensiva (v.g., um divorciado que não realizara a partilha e que venha depois a completá-la). Neste caso, tenho que nenhuma razão haverá que impeça a mudança do regime de bens [...]".[35]

Especificamente, as exceções ao princípio da autonomia de vontades estão apontadas no artigo 1.640: "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial". E também, nos casos em que a lei impõe a submissão, não havendo livre disposição, conforme está disposto no artigo 1.641 do Código Civil: "É obrigatório o regime de separação de bens no casamento: I. Das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II. Da pessoa maior de sessenta anos; III. De todos que dependerem, ara casar, de suprimento judicial".

Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que "Os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando adstritos, sequer, à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública. [...]. Na escolha há liberdade, mas o legislador por motivo de precaução ou para punir os nubentes, impõe, em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório)".[36]

Ressalva-se que somente havendo possibilidade de escolha entre os quatro regimes (ou mesmo combinados entre si)[37], sendo atendido o dever de informação e, portanto, conhecendo as consequências contratuais ou extracontratuais, é possível afirmar pelo respeito ao exercício dos direitos fundamentais, incluindo-se a "[...]autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para liberdade)".[38]

---

35 Artigo de sua autoria veiculado no *site* <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295>.

36 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 172.

37 A exemplo de cláusula em pacto antenupcial determinando a inclusão ou exclusão de algum bem móvel ou imóvel em regime de comunhão universal de bens.

38 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 87.

Como reflexo, para concretização do direito à liberdade pessoal "como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade) reclama-se a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral".[39]

Daí se conclui que o legislador estabeleceu, por meio de critérios sociais, para quem deve vigorar o princípio da liberdade ou é garantido o princípio da autonomia de vontade, quanto à possibilidade de escolha do regime de bens no casamento.

2. 2 Direito à propriedade: respeito ao direito à informação

O inciso XXII, no artigo 5° da Carta Magna, estabelece o direito a propriedade, estando este ponto inteiramente ligado à questão da vocação hereditária. Como se vê, em seu artigo 5°, inciso XXX, preleciona: "é garantido o direito de herança".

Sobre o conceito de propriedade deduzido da Constituição, ensina Luiz Paulo Netto Lôbo: "A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais".[40]

Como se infere, não se deve afastar a possibilidade de total desconhecimento, por parte dos nubentes, de que *o patrimônio amealhado em vida pelos cônjuges e mesmo após o falecimento de um deles, pode não ter o destino imaginado*. Explicando melhor, ao optarem por um dos regimes matrimoniais, *se não seguirem o tradicional regime dito oficial*, portanto, sem a necessidade de pactuar ou de maiores gastos, a construção futura do patrimônio pode ser muito diversa do imaginado inicialmente. É bom lembrar que o conteúdo do regime a vigorar entre eles após a realização das núpcias, bem como as informações a respeito do conteúdo que perfaz os regimes são dadas pelos oficiais de registro civil ou seus representantes do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

---

39 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 94.

40 LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 30 maio 2004, p. 11.

No caso dos regimes de separação convencional de bens absoluta, não há que se falar em patrimônio comum. Nestes casos, temos patrimônios individuais – distintos – e não há patrimônio comum como regra.

Aliás, "meação não é herança".[41] Segue, nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa: "Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencente às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. [...] Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de uma pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque o seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio lhe pertencia".[42]

Por fim, justifica-se que a natural inibição dos nubentes ao tratar questões patrimoniais antes do casamento, pelo constrangimento característico da situação, pode levar a escolhas erradas quanto ao regime, ou melhor, o desconhecimento do conteúdo de cada regime de bens, quais os bens que permanecem como patrimônio particular ou farão parte da meação (se houver). Assim, não seriam atendidos os princípios constitucionais do direito à propriedade e do direito à liberdade, visto que a escolha não seria livre, pelo próprio desconhecimento das características de cada um dos regimes, resultando em importantes consequências na esfera contratual-patrimonial, protegida pelo direito a propriedade, no caso de não atendimento ao princípio da boa-fé.

3. PRINCIPAIS CONCLUSÕES A RESPEITO DO DEVER DE INFORMAR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CASAMENTO CIVIL NO BRASIL

Necessário se faz mencionar que o desconhecimento do conteúdo e as limitações de cada regime acabam por inibir e, consequentemente, por impedir o livre-acesso à informação se a escolha se realizar sem conhecimento real acerca do conteúdo, limites e possíveis consequências patrimoniais de cada regime. Como alguém pode ser

41 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. v. 7. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

42 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. v. 7. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 105.

livre para escolher, nos casos permitidos pela lei (salvo nos casos do regime obrigatório de separação de bens), desconhecendo o teor e as consequências legais de cada regime de bens?

A própria Constituição Brasileira afirma no caput do seu artigo 5°, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade.[43]

Como se vê, para que os nubentes possam fazer escolhas livres é preciso conhecer o conteúdo dos quatro regimes de bens, as possibilidades de conteúdo das disposições contratuais (cláusulas em pacto antenupcial) e, ainda, as possibilidades de inclusão como herdeiro (em caso de falecimento). Resta saber se o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, como órgão competente para tal, está apto a elucidar questões envolvendo tamanha complexidade nos breves momentos anteriores à escolha do regime matrimonial. Aliás, não é demais lembrar que os nubentes maiores de setenta anos não podem, sequer, questionarar a respeito das possibilidades na escolha por um dos quatro regimes (não sendo regime de separação obrigatória de bens).

Destaca-se ainda a evidente e natural inibição no momento da escolha do regime de bens, conforme Débora Gozzo "Os nubentes, na sua grande maioria, se sentem constrangidos para discutir questões de cunho patrimonial antes do casamento. É uma inibição natural, que pode levar a escolhas erradas quanto ao regime [...]".[44]

Na esfera da informação pré-matrimonial, o desconhecimento vicia, gerando uma escolha ou elaboração de pacto antenupcial sem o atendimento ao princípio contratual do dever de informação. Caso fique evidenciado o desconhecimento do conteúdo de cada um dos quatro regimes, a escolha não seria livre, tendo em vista o próprio desconhecimento das características e dos efeitos patrimoniais de cada um dos regimes, gerando, assim, importantes consequências na esfera patrimonial, protegida pelo direito a propriedade.

Com o advento da despatrimonialização e o surgimento do fenômeno da repersonalização tornou-se importante "repor a pessoa como centro do direito civil, passando o patrimônio para segundo plano", porém, não significando "[...] que haja o completo

---

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

44 GOZZO, Débora. *Pacto Antenupcial*. São Paulo. Saraiva, 1992. p. 126.

abandono da regulamentação acerca do patrimônio".[45]

O não atendimento à liberdade individual na possibilidade de escolha consciente, compreendendo os reflexos patrimoniais[46] advindos da relação matrimonial, refletem no não atendimento aos direitos fundamentais preconizados pela Constituição Cidadã de 1988.

Faz-se necessário perceber que, no plano do direito, existem os sujeitos de direito[47] e aqueles com direitos hipotéticos – que apenas são parte de um conceito formal definido pela lei. Isso leva a admitir uma injusta e desigual ordem social, na qual poucos podem figurar em situação de igualdade. Em outras palavras, há uma "igualdade jurídica a que não corresponde uma igualdade real".[48]

Afinal, quem é o sujeito de direito no sistema jurídico brasileiro?

Para o sistema jurídico de direito civil, e, portanto, esse sistema de direito privado codificado e edificado[49], os sujeitos nas suas relações aparecem como pessoas juridicamente iguais[50]. Ocorre que determinados sujeitos podem estar fora dessa classificação: mesmo sendo pessoas, não são, necessariamente, sujeitos de um determinado direito, como ocorre nos casos do casamento os maiores de setenta anos, quando o sistema determina e regula juridicamente os limites da liberdade, oferecendo suposta proteção[50] tão somente aos que não ultrapassam os limites estabelecidos pelo poder público.

Cabe ao Direito estabelecer a concretização dos valores fundamentais do ser humano, com base nos seus instrumentos jurídicos, operacionalizando o alcance dos interesses, a realização de atos e atividades dos

---

45 DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sergio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 14.

46 Entendendo-se que os reflexos extrapatrimoniais não podem ser atribuídos ao serviço notarial.

47 Sujeito de direito: "aquele que tem bens, patrimônio sobre si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias". Conforme FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. In: *Jurisprudência cível e do comércio*, 172, Série. Paraná: Curitiba, 1994, p.49.

48 CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*: seu sentido e limites. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. p. 11.

49 Hoje é inaceitável a rígida contraposição entre o Direito Público e o Privado.

50 Visão ultrapassada diante da realidade da constitucionalização do direito civil.

indivíduos, para que os mesmos "não contrastem com a segurança, liberdade e dignidade humana".[51]

A intervenção estatal nas relações privadas deve vir acompanhada do acesso à informação, impedindo a vitória de uma aparente liberdade e uma autonomia de vontade limitada, zelando pelo direito à informação dos contraentes. Visto que os desfavorecidos não têm consciência da verdadeira justiça e por desconhecerem as limitações do conteúdo dos regimes de bens do casamento civil, esperam benefícios que dificilmente lhes são concedidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (l988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, *Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento, DF: Senado, 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* n. 70004348769 da 7ª Câmara Cível. Rel.: Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 27 ago. 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento* n. 70013119425, Rel.: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 21 dez. 2005.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento* n. 70013227533. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em: 21 dez. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1991.

51 Proteção dita infraconstitucional e no momento de processo de habilitação para o casamento civil, quando não será realizado pacto antenupcial, apenas constando a observação do regime obrigatório de bens.

CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*: seu sentido e limites. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sergio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. In: Jurisprudência cível e do comércio, 172. Série. Paraná: Curitiba, 1994.

GEHLEN, Gabriel Menna B. Von. O chamado Direito Civil Constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do Direito Privado:* Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.174-209.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Forense: Rio e Janeiro, 2002. p. 172.

GOZZO, Débora. *Pacto Antenupcial*. São Paulo. Saraiva, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Temas atuais de direito e processo de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 496- 525.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*: Direito de Família. v. 5. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 30 maio 2004.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA. Rodrigo da Cunha. (Coords.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Introdução ao Direito de Família*. São Paulo: RT, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: Direito de família. 27. ed. Atual. por Francisco José Cahali, com anotação ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A mutabilidade do regime de bens. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295>. Acesso em: 30 junho 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: *Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

UM ESTUDO DA EVOLUÇÃO DA SENTENÇA NO TRANSCURSO DOS TEMPOS, ATÉ SUA PRÁTICA NO DIREITO PORTUGUÊS ANTIGO

Carlos Silveira Noronha[1]

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ao ser iniciado o presente trabalho, faz-se mister seja salientado que o foco e a preocupação a serem empreendidos estarão fixados na evolução da *sentença*, o que implica pesquisar, reexaminar e repensar a projeção deste instituto decisório, no transcurso dos tempos, ao cumprir o seu relevante papel de deslindar os litígios e restabelecer a harmonia entre os litigantes.

E, para conceber-se a historiografia do instituto da *sentença* no andar dos tempos, trazem-se à baila as manifestações de consagrados juristas acerca do tema histórico. A primeira delas é a de Henri de Page, segundo a qual: "A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pedantismo. Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a história, muito mais do que a lógica ou a teoria, é a única capaz de

1 Professor titular de Direito Civil no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS; mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); advogado em Porto Alegre.

explicar o que as nossas instituições são as que são e porque é que são as que existem".[2]

Entre nós, Pontes de Miranda ensina: "O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado; não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se poderia situar, no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico, nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm seus limites marcados pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era".[3]

E esta advertência do preclaro mestre não escapou, também, a aguda percepção de Clóvis do Couto e Silva, segundo a qual: "Para se conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma ideia de seu desenvolvimento histórico, das linhas de influência que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos".[4]

Passando-se à abordagem do tema específico do presente trabalho, que se ocupará do reexame da historiografia do instituto da *sentença*, porfiada em sua andança nos tempos, cabe registrar prioritariamente a concepção da doutrina clássica, de que a atividade processual se constitui sob a forma e o conteúdo de uma *relação jurídica*. E as posições doutrinárias que lhe têm sido opostas ainda não obtiveram, até agora, a fortuna de infirmá-la completamente, não chegando algumas delas a transpor a esfera propositiva.

A teoria da relação jurídica, no âmbito processualista, surgiu na Alemanha, há mais de dois séculos, com Oskar von Büllow, por meio de sua obra *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*, na tradução espanhola, caracterizando-se como relação jurídica trilateral ou triangular, por ser constituída por três sujeitos principais: juiz, autor e réu, e apresentar as singularidades especiais de contar em sua composição com a pre-

---

2 DE PAGE, Henri. Traité de Droit Civil Belge, Tome VI, Bruxelles, 1942. In: GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Introdução, p. 13. Trad. por: A. M. Hespanha e L. M. Macaista Malheiros. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo I, Prefácio, p. XV, Edição Borsoi, Rio de Janeiro, 1970.

4 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de futuro. In: *Revista Ajuris da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, ano XIV, julho de 1987, n. 40, p. 128, Porto Alegre.

sença do Estado-juiz, que a preside, ordena e a decide e, ainda, apresentar as peculiaridades de ser dinâmica, evolutiva, continuada e progressiva, no sentido de alcançar o escopo final de solucionar o litígio e esbater a discórdia entre os litigantes.[5]

Para o autor dessa teoria, surgida em meados do século XIX, revela o processo, por sua própria composição e temática, constituir um *actum trium personarum* e a sua criatura aparece no elenco das instituições jurídicas em geral, não para alterar seus métodos, negar seus princípios ou desviar seus fins. Contrasta, porém, sua estrutura com a da relação jurídica material, por cuja constituição concorrem dois sujeitos que, em tese, são o sujeito ativo ou titular do direito, objeto de sua pretensão, e o sujeito passivo, obrigado ao cumprimento do dever ou da obrigação em sentido estrito, este com o mesmo escopo final de solucionar a relação jurídica material que entre os interessados se trava.

Por outro lado, a *relação processual* tem origem e constrói sua base e seus fundamentos no complexo estrutural da relação jurídica material, pois dela emerge em razão da situação desarmônica gerada no seio da mesma, pela desinteligência dos sujeitos que a compõem. E, note-se, a relação material é formada pelos mesmos sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas que, diante da desinteligência gerada entre ambos, tornam-na patológica e carente da *tutela judicial* que lhe é oferecida pelo Estado, abdicando as partes da *tutela substancial* que se encontra construída no âmago da própria relação jurídica material.

Em realidade, no curial contexto para implementar as soluções das relações jurídicas, convivem, congeminam-se e compartimentam-se as duas vias de tutela dos direitos: a *tutela substancial* e a *tutela judicial*. Esta, regulada e expressamente positivada no sistema estatal, classificada segundo a natureza do bem jurídico do respectivo titular ou de outros bens da vida, pertinentes à sua pessoa, que vêm, em última *ratio*, realizarem-se mediante o exercício da função coercitiva do Estado-juiz.

Por outro lado, dispõem as partes da *tutela substancial*, que é prioritária, porque reside no complexo contexto de direitos, deveres ou obrigações que se abrigam na própria relação de direito material. E esta, embora não seja nominada, nem explicitamente disciplinada na lei nacional, ao nosso ver, por omissão do sistema pátrio, encontra-se implicitamente presente na nossa ordenação e se pratica cotidiana

5 Ver BULLOW, Oskar von. *Excepciones Proesales y Presupuestos Procesales*, trad. espanhola, p. 1-9, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América (EJEA), 1964.

e sistematicamente, tanto na persecução do cumprimento espontâneo do dever ou da obrigação, pelo obrigado, e da satisfação do direito do respectivo titular, por meio da *tutela substancial direta*, como mediante a efetivação da *tutela substancial indireta*, na qual o procedimento se opera pela colaboração do sujeito titular do direito, ou sujeito ativo na relação jurídica material, em acordo com o obrigado, ou sujeito passivo na mesma relação.

Mas, no sistema jurídico brasileiro, embora assista prioridade à *tutela substancial* para resolver a demanda, pelas razões suprarreferidas, não poderá esta atuar em tal sentido, quando a solução dos problemas enfrentados pelas partes apresentarem graus de complexidade e de dificuldade de solução de tal jaez, que venham a tornar imprópria ou inviável a solução suasória pela via da *tutela substancial*, por não dispor esta, insertos nos seus elementos persuasivos e exortativos, o poder de convencimento dos contendores para ajustarem a composição amigável necessária à solução do litígio. E, nesta hipótese, deverá operar-se a *tutela judicial*, em substituição à *tutela substancial*.[6]

É que na relação processual, que tem seu nascedouro na situação de patologia enfrentada pela relação material, ingressa o outro sujeito principal e necessário, do Estado-juiz, para outorgar àquela o poder estatal coercitivo e, assim, impelir a parte vencida ao cumprimento do dever ou da obrigação. Acerca dessa assertiva, assim se manifesta Pontes de Miranda: "O processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo"[7]. Esta é também a doutrina de Dinamarco, sobre esse tema.[8]

Assim, em realidade, a própria composição e inteireza de qualquer sistema normativo estatal de tutelas, deve estruturar-se, necessariamente, por esta forma bipolarizada dos canais de *tutela substancial* e de *tutela judicial*, com o escopo de oferecer efetividade e segurança quanto ao cumprimento espontâneo, negociado ou coativo das relações jurídicas travadas entre os cidadãos nacionais, devendo obviamente, abranger os in-

---

6 Acerca da divisão da tutela consubstancial e Judicial, ver, NORONHA, Carlos Silveira. "Repensando a Tutela dos Direitos". In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 32, p. 76-99. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Tomo I, p. 100. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. In: *Separata da Revista Forense*, v. 334, p. 254, Rio de Janeiro: Cia. Editora Forense.

teresses do titular do direito, e correspectivamente, os do obrigado ao cumprimento do dever ou da obrigação.

Referência especial, nesse particular, merece o Código Civil da Itália, que dedica o Livro VI, integrado pelos artigos 2.643 a 2.969, para a disciplina "Della tutela dei diritti", sede em que distingue as tutelas substancial e jurisdicional.[9]

2 UMA BREVE IDEIA DE SENTENÇA

Etimologicamente, o vocábulo *sentença* vem do verbo latino *sentire* e, segundo alguns, teria derivado de *sentiendo*, gerúndio desse verbo, donde a expressão *sententia* no Direito Romano. Diante de tal origem, não se torna tarefa difícil conceber que a semântica da palavra envolve o sentimento ou a sensibilidade de quem se encontra diante de determinado fato, com o encargo de defini-lo, valorá-lo e atribuir-lhe um comando jurídico.[10]

Todavia, na década dos anos trinta do século passado, Enzo Enriques, em substanciosa monografia, na Itália, concebe a sentença como *fato jurídico stricto sensu*, em contraposição ao *ato jurídico* desta mesma categoria.[11] Este autor peninsular foi seguido por Eduardo Couture, no Uruguai, em duas de suas obras publicadas, uma em 1973[12] e a outra em 1976[13], concebendo a sentença como um *fato jurídico* e como *documento* que emerge de raciocínio crítico-intelectivo, mediante o qual o Poder Judiciário elege a solução que entender mais conforme com o direito e a justiça. Também na Itália, proclama Calamandrei não constituir-se a sentença em ato de exatidão ao teor das ciências exatas, nem num juízo de pura lógica formal, mas é mais que isso, porque no conteúdo da equação silogística estão insertos valores morais que participam da vida humana e que não devem ser ignorados. E em razão dessa profunda visão humana, este insigne processualista italiano considera a sentença "*Il*

---

9 ITÁLIA. *Codice Civile e Leggi Collegate*: Della Tutela dei Diritti. Libro Sesto. Bologna: Ed. Zanichelli, 2007. p. 446-491

10 NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença Civil:* Perfil Histórico-dogmático. São Paulo: Edição Revista dos Tribunais, 1995. p. 274.

11 ENRIQUES, Enzo. *La Sentença come Fatto Giuridico*. Padova, Itália: CEDAM, Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, 1937-XV.

12 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. n. 176-186. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p. 277-297.

13 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976. p. 537-538.

cuore del organismo processuale", na página 12, da obra abaixo referida.[14] Já Alfredo Rocco, em obra publicada em 1985, entende ser a sentença o ato estatal aplicador da norma abstrata ao caso concreto, visando a proteção de um determinado interesse.[15]

Em sua generalidade, os autores modernos definem a sentença como o ato judicial através do qual o juiz aplica a regra abstrata, contida na lei, ao caso concreto que lhe é submetido pelas partes, e o faz mediante uma atividade cognitiva, intelectiva e lógica declarando a norma de conduta a ser observada pelos contendores: ao autor, para praticar os atos de poder visando fazer valer o seu direito, se favorável lhe for o ato sentencial, ou abster-se de tal atitude, se desfavorável lhe for a decisão estatal; ao réu, para submeter-se ao ato de poder do autor, ou manter-se inerte em relação àquele, se a sentença acolher a sua própria defesa.

3. A SENTENÇA NOS ANTIGOS RELATOS HISTÓRICOS

Abandonado o largo período histórico anterior, e se o faz por razões temáticas pertinentes a este trabalho, chega-se ao primeiro sistema jurídico relativamente organizado de que se tem notícia. Comentam os historiadores acerca de uma civilização que teria vivido nos territórios hoje ocupados pelo Iraque e Irã, aproximadamente 4.500 a 4.800 anos anteriormente à era cristã, formando um Estado chamado Suméria. Nessa organização se poderia constatar os primeiros traços da entidade estatal, como é concebida nos tempos atuais.

Tal civilização estabelecera regras sobre sistemas de leis, ouro, moedas, crédito, joias, literatura, astronomia etc. Todavia, foi submetida pela guerra ao povo babilônico, sob o império de Hamurabi. Vencidos os sumérios, teria o vencedor aproveitado as experiências dos dominados para promulgar no ano 2400 ou 1790 a.C., o Código de Hamurabi, considerado pelos tratadistas do direito antigo o monumento jurídico mais importante da antiguidade antes de Roma, promulgado por Hamurabi, rei da Babilônia, provavelmente, segundo outro entendimento, entre os anos de 1726 e 1686 a.C., com seu texto realizado por volta do ano de 1694, estando gravado numa *estela* descoberta em *Susa*, em 1901, e atualmente conservado em Paris, no Museu do Louvre. A codificação

14 CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. v. I. Napoli, Itália: Ed. Morano Editore, 1965. p. 11-54.

15 ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. Tradução espanhola. n. 12 México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985.

compreende 282 artigos, mas muitas outras disposições foram igualmente encontradas em tabuinhas de argila, de um manejo mais prático.

No fim do texto está declarado: "Hamurabi, rei do direito, sou eu a quem *Samas*, o grande juiz dos céus e da terra, ofereceu leis e estas são, portanto, de origem divina". O que é aproveitado em baixo-relevo faz pensar em Jeová entregando o Decálogo a Moisés.

Mas, enquanto o direito de Israel como os da Índia e do Islão são direitos religiosos, dados por Deus, o direito babilônico é, sobretudo, um regulamento da paz, no qual o rei aparece como justiceiro e protetor dos fracos entre os quais os órfãos, as viúvas e os pobres, pois ele deve garantir a liberdade de cada um. Assim, o direito babilônico da época apresenta certas analogias com o direito proveniente do momento de paz dos séculos XI e XII da Europa Ocidental, refere John Gilissen.[16]

O Código de Hamurabi e os numerosos atos da prática no mesmo período proporciona aos juristas o conhecimento de um sistema jurídico muito desenvolvido para a época, sobretudo no domínio do direito privado, notadamente a respeito dos contratos. Os mesopotâmicos praticaram a venda, inclusive a crédito; o arrendamento de instalações agrícolas, de casas e serviços; o depósito; o empréstimo a juros; o título de crédito à ordem, com cláusula de reembolso ao portador; e o contrato social. Eles realizavam operações bancárias e financeiras em grande escala e tinham já a comandita de comerciantes. Graças ao desenvolvimento da economia de troca e das relações comerciais, o direito da época de Hamurabi criou a técnica dos contratos, ainda que os juristas não tivessem chegado a construir uma teoria abstrata do direito das obrigações. Da Babilônia, esta técnica dos contratos espalhou-se por toda a bacia do Mediterrâneo. Os romanos herdaram-na, finalmente, e conseguiram sistematizá-la.[17]

O Código de Hamurabi, embora não contivesse inteiro disciplinamento sobre a ordem processual, assim mesmo, em algumas passagens, referia-se à organização dos juízos, procedimento judicial e extrajudicial, tarifamento probatório etc. Sobre a *sentença*, dispunha expressamente que esse ato

16 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaista Malheiros. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 61-62.

17 GILISSEN, John. Op. cit., p. 63-64.

judicial poderia ser escrito ou oral, recomendando a sua justiça e estabelecendo pesadas penas pecuniárias ao seu prolator em caso de erro, além de declará-lo impedido para funcionar em outros processos (art. 5º).

A *sentença*, nessa codificação babilônica, impunha severas penas pecuniárias, privativas da liberdade e até a pena capital para quem furtasse bens de Deus e da Corte (arts. 7º e 8º).

A *sentença*, por outro lado, que condenasse alguém por furto de um escravo ou de uma escrava pela porta da cidade, imputava ao culpado a pena capital (art. 15).[18]

4 A HISTÓRIA DA SENTENÇA NOS SISTEMAS DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Para o exame e as manifestações acerca de institutos jurídicos e de experiências relativas ao conhecimento histórico-científico de outras áreas, os estudiosos habituaram-se a fixar suas investigações no período denominado, por alguns, como *antiguidade clássica* composta por Grécia e Roma.

4.1 A sentença na Grécia antiga

A Grécia antiga, considerada pátria da cultura universal daqueles tempos, como berço de filósofos, historiadores e teatrólogos, não deixou celebridades de maior expressão no campo da ordem jurídica. À exceção dos nomes de Licurgo e Solon, nessa área, e de Demóstenes, na oratória, poucos são os outros juristas gregos que se destacaram nesse setor do conhecimento humano. Porém, na falta de construções dogmáticas mais apuradas não se tolhia a civilização helênica de cultivar uma profunda consciência de justiça, que se amparava menos na dogmática jurídica, mas, todavia, em arraigados conteúdos éticos, perenemente hauridos e cultivados pelo povo, nas obras filosóficas, na história e na arte dramática.

A Grécia, como o Egito, não deixou grandes produções jurídicas, nem vastas codificações. Mas, com os grandes pensadores, sobretudo Heródoto, Platão e Aristóteles, fundou-se no país helênico a ciência política ou ciência de governo da *polis* ou cidade, e ela foi, desse modo, a base importante do nosso direito público moderno.[19]

---

18 Código de Hamurabi. Uberaba, Minas Gerais: Editora Vitória; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estúdios de Teoria General e Historia del Processo*, Tomo II, p. 295-296; PRATA, Edson. *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. p. 17-22.

19 GILISSEN, John. Op. cit., cap. 2, p. 52.

No plano jurídico, não havia na Grécia antiga um estatuto unitário, apto para congregar, em sua generalidade, os princípios e fundamentos estruturais de um sistema global. Havia apenas uma pluralidade de leis particulares de cada cidade, que versavam tanto sobre direito público como privado, com caracteres específicos e evolução própria. Dentre essas instituições particulares destacavam-se apenas as de três cidades: a de Atenas, pelos numerosos escritos literários, a de Esparta, graças à curiosidade dos Antigos e a de Gortina, graças à epigrafia.

O direito das cidades gregas não parece ter sido formulado nem sob a forma de textos legislativos, nem sob a de comentários de juristas, pois, o direito derivaria mais de uma noção mais ou menos vaga de justiça que estaria difusa na consciência coletiva.[20]

A organização judiciária grega era bastante complexa. Nas instâncias superiores havia três tribunais, sendo dois deles com competência partilhada heterogeneamente entre matéria administrativa e jurisdicional. Eram estes a *Ecclésia*, a *Boulé* e a *Heliéia*.

A *Ecclésia* foi o primeiro órgão na instância superior da organização judiciária grega que atuava praticando um singular procedimento. Em regra, a composição do respectivo colégio julgador abrangia a totalidade dos cidadãos gregos, escolhidos mediante sorteio, preferentemente entre operários e comerciantes, que se reuniam dez vezes por ano. Presidiam-na os Prítanes, magistrados supremos das cidades gregas. Como competência especial, a *Ecclésia* desfrutava de um limitado poder legislativo. No século V, o exercício dessa competência do órgão acontecia raramente, porém, era-lhe outorgado o poder de fazer decretos que suplementassem as leis.

A *Boulé* era uma corte judiciária especializada. A sua competência era restrita, havendo certo compartilhamento com a competência da *Ecclésia*. Mas à *Boulé* era conferida competência judiciária para julgar funcionários nos casos de malversação e prevaricação e, ainda, uma competência administrativa para examinar e censurar registros de estado civil, de cavalaria, de assistência pública, de superintendência das finanças e dos trabalhadores públicos, assim como os problemas de construção e conservação dos edifícios públicos. Todavia, exerceu sempre seus atos de governo de pleno acordo com a *Ecclésia*.

A *Heliéia* estava na organização judiciária da Grécia antiga entre os tribunais populares, e era o órgão de direito comum competente para julgar todos os processos não atribuídos a

20 GILISSEN, John. . Op. cit., p. 75.

outros tribunais, exercendo, portanto, um tipo de competência residual no complexo organizativo grego. Por outro lado, exercia a alta função de julgar os processos encaminhados pela Éfese, isto é, quando um cidadão opunha-se, por meio de um veto, à aplicação de uma decisão que lhe fosse contrária, quer por julgamento de outro tribunal quer em decisão do *Areópago* (tribunal cuja sede foi, por largo tempo, na coluna de Ares-Areios págos) ou dos membros dos *Onze*, ou da sentença de um magistrado.

Em suma, esses atos dos tribunais e juízes tornavam-se aplicáveis e exequíveis se o demandado vencido se conformasse com tais decisões. Apresentada a oposição, por Éfese, de outro cidadão, era lícito também atacar esse veto, e tal situação ensejava a criação de outro processo a ser julgado pela *Heliéia*.

O tribunal da *Heliéia* era constituído por uma fração da *Ecclésia*. A integralidade do órgão era dividida em dez seções denominadas *dicastérios*, isto é, câmaras ou tribunal pleno e, no século V, o número de heliastas era de 6.000, sendo que em cada ano eram sorteados 600 de cada tribo de uma lista elaborada pelos habitantes da localidade, podendo dela participar todo e qualquer cidadão grego. Os heliastas designados prestavam juramento de julgar segundo as leis, de maneira imparcial, não podendo aceitar presentes.

A organização da *Heliéia* foi modificada no ano 376, quando os Heliastas passaram a fazer parte dos juízes permanentes, tornando-se vitalícios.

Na Grécia antiga, a justiça era popular, sendo os juízes pessoas do povo, escolhidos dentro de suas tribos para um mandato de um ano. Contudo, a partir de 376 os Heliastas (juízes da *Heliéia*) passaram a ser vitalícios. Havia apenas a exigência de que contassem 30 anos de idade.

O processo era iniciado com petição escrita, obedecendo essa forma até a instrução, diante do juiz instrutor, perante o qual também devia ser tentada a conciliação. Não alcançada esta, remetia-se o processo ao tribunal da tribo respectiva, que realizava os debates e prolatava o julgamento mediante votação secreta e por maioria simples, sob a presidência do juiz instrutor.

Na organização processual da Grécia antiga, até o século IV, todos os procedimentos que transitavam pela área civil, como na área criminal, eram praticados pela forma escrita, pautando-se pela forma oral a partir do século V. O julgamento nos tribunais realizava-se após os debates dos profissionais de acusação e defesa, não necessariamente por advogados. Após os debates, os juízes *décastés* decidiam a causa por maioria, mediante votos secretos. O julgamento, que era oral, tinha o seu resultado proclamado pelo presidente do órgão jul-

gador, sendo posteriormente reduzido a escrito pelo escrivão.

A *sentença* era, no processo grego, o pronunciamento judicial que decidia a questão principal acerca do caso posto em julgamento perante o colegiado. Era a *sentença*, assim proferida, soberana e irrevogavelmente, estando sujeita apenas à concessão de graça pelo tribunal da *Ecclésia*. Era prolatada oralmente e reduzida a escrito pelo escrivão, isso a partir do século V, quando todo o procedimento pautou-se pela oralidade, substituindo a forma escrita que foi operada até fins do século IV.[21]

4.2 A história da sentença nas instituições romanas

Realizada, ainda que brevemente, a análise dos estilos comportamentais e os objetivos acerca do *instituto da sentença* nos sistemas sócio-jurídicos mais longevos, não há que se constatar nos mesmos influência sensível na vivência moderna dessa instituição que colima resolver o litígio e restabelecer a harmonia entre os contendores. Mas, no período da chamada antiguidade clássica, surgiu e organizou-se o sistema romano que se projetou historicamente ao criar e coordenar seu próprio sistema jurídico, concebendo e disciplinando uma plêiade de institutos jurídicos que até hoje são acolhidos e praticados no mundo ocidental, dentre os quais figura o da *sentença*.

Historicamente, Roma foi fundada, como cidade-estado, no ano 753 a.C., segundo a opinião mais autorizada de historiadores. Politicamente, em sua longa história, o império romano foi dividido em três períodos distintos, correspondendo, de igual modo, a três regimes políticos diferentes: a *Realeza*, da fundação da cidade-estado no ano e 753 até 509 a.C., sendo governada pelos dois primeiros monarcas, o lendário Rômulo e Numa Pompílio; a *República*, aproximadamente a partir do ano 509 até 87 a.C.; e o *Império*, a partir do ano 27 a.C. até 284 d.C., com Diocleciano (284-305), subdividindo-se este em *Alto Império*, de 27 a.C. até 284 d.C. e em *Baixo Império*, de Constantino (306-337)

---

21 UCHOA CINTRA, Geraldo de. *História da Organização Judiciária e do Processo Civil*. v. I. p. 9-32. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1970. Sobre a organização judiciária grega ver também: PAOLI, Ugo Enrico. *Studi Sul Processo Áttico*. Padova: Ed. CEDAM, 1933. p. 4-5; BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Milano: Ed. Giuffrè, s/data. p. 170-173; p. 270-272; AZEVEDO, Luis Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Ed. FIEO – Editora Resenha Universitária, 1980. p. 71.

até Justiniano (525-566), da era Cristã, e se projetou politicamente perante o mundo de então desde o século VII a.C. até o século VI d.C., ao tempo de Justiniano, no Oriente.[22]

Juridicamente, segundo a historiografia mais autorizada, a atuação do direito romano perdurou durante 22 séculos, ou seja, no período em que exerceu politicamente o domínio sobre os territórios conquistados, desde o século VII a.C. até o século VI d.C., no tempo de Justiniano (525-566), como referido acima. Prolongou-se, ainda, a atuação das instituições jurídicas romanistas no império bizantino do oriente, e no ocidente a ciência jurídica romana conheceu um renascimento deveras significativo a partir do século XII da era cristã, de modo que permaneceu consideravelmente efetiva a sua influência sobre todos os sistemas romanistas modernos de direito, notadamente os sistemas europeus continentais filiados à chamada família *Civil Law*.[23]

O primeiro estatuto jurídico instituído em Roma, foi a *Lei das XII Tábuas*, provavelmente no ano 450 a.C., que tem sido referida pelos historiadores por *lei decenviral*, porque elaborada pelos *decenviri*, os 10 cidadãos romanos mais respeitáveis e considerados mais sábios naquele estágio temporal da *Urbis*. E, anteriormente à elaboração daquele estatuto legal, o processo judiciário para decidir as demandas ocorridas entre os *cives* ou *quirites*, estes habitantes de Roma, realizava-se mediante um procedimento inorgânico, como *ius non scriptum*, cuja decisão era proferida por *sacerdotes* em nome da divindade, com base nos costumes praticados pelos *Mos Maiorum*, ou seja, pelos cidadãos mais acatados da cidade-estado. Esse sistema judiciário, que perdurou durante todo o período político da *Realeza* e se estendeu, segundo historiadores romanistas, por mais de três séculos até os primórdios da *República*, extinguiu-se a partir do momento em que os sacerdotes foram substituídos por *magistratus publici populi romani*, que não mais passaram a julgar em nome da divindade, mas em nome do povo romano, eis que eleitos pelos romanos para o exercício de um mandato de um ano. O primeiro magistrado eleito seria o *praetor urbanus*, criado no ano 367 a.C., porque o *praetor peregrinus* teria sido criado no ano 240 a.C.

Ao ver de certos autores, como Carlo Augusto Cannata, a transformação do *iuditium sacramentale* pelo

22 GILISSEN, John. Op. cit., p. 80-84.

23 GILISSEN, John. Op. cit., p. 80.

iuditium laicum trouxe grandes vantagens ao processo da época, pois substituiu o procedimento sacramental sob a regência dos sacerdotes, limitado ao *utrius saramentum iustum, utrius iniustum sit*, com participação mínima das partes na investigação da verdade, pelo procedimento laico, mais racional, introduzindo-se a *peroratio* dos advogados na instrução probatória e o debate oral perante o juiz com objetivos decisionais.[24]

Efetivamente, com a vigência da Lei das XII Tábuas, o sistema judiciário romano foi dividido em três grandes períodos, o da *legis actiones*, o do formulário o *per fórmulas* ou *per concepta verba* e o da *cognitio extra ordinem*.

4.2.1 A instrumentalidade da sentença nas ações das lei

No regime das *legis actiones*, a atividade processual era exercida por meio de modelos prefixados na Lei (Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C.), constituídos, segundo revela Gaio, pelas seguintes ações: *legis actio per sacramentum, legis actio per iudicis arbitrive postulationem, legis actio per condictionem, legis actio per manus iniectionem e legis actio per pignoris capionem*.

Segundo Gaio, a *actio sacramentum* era a de emprego mais generalizado que qualquer das outras, *sacramenti actio generalis erat* (Inst. 4.3).[25] Essa generalização, além de torná-la a mais importante, significava que qualquer pretensão ou qualquer situação podia ser ajuizada pelas formas do *sacramentum*, eis que o seu rito era adequado para qualquer situação. Assim, esta ação era exercitada sempre que a lei não tivesse previsto outra, segundo Gaio (4.13), pois só era limitada pelo conteúdo e pelo escopo das demais ações.[26]

Como se pode notar, a descrição gaiana não se reporta à expressão mais antiga do processo *per sacramentum*. E é essa a primeira manifestação do processo sacramental, cuja existência não se pode negar, que revela a mais profunda generalidade a que se refere Gaio.[27]

---

24 CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo Istituzionale del Processo Privado Romano*. I Legis Actiones. n. 22. Turim: Giappichelli Editore, 1980. p. 61-62.

25 GAIO, Instituciones. Ed. Bilíngue (latim-espanhol); trad. espanhola por Manuel Abellan Velasco e outros. Madri: Ed. Civitas, 1985. p. 307-309.

26 GIOMADO, Anna Maria. *La Tipicitá delle Legis Aziones e la Nominatio Causae*. Milano: Ed. Giuffrè, 1988. p. 4; notas 4 e 5.

27 LÉVY-BRUHL, Henri. *Recherches sur les Actions de la Loi*. Paris: Edicion Sirey, 1960. p. 37 e ss.; BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico*. Turim: Giappichelli Editore, 1968. p. 66 e 77.

Além da *actio sacramentum* as duas seguintes, na ordem acima especificada, figuravam como ações de cognição, enquanto as duas últimas eram ações de execução, mais tarde substituídas pela *actio iudicati*, isto a partir da humanização do processo executivo através da *Lex Poetelia Papiria*, aproximadamente em 326 a.C.[28]

Nesse período, o processo era rigorosamente formalístico, devido ao fato de que as ações da lei estavam estritamente ajustadas às palavras contidas no texto legal e, por isso, imutáveis, obrigando as partes a observá-las literalmente. Essa característica foi de certo modo justificada por Ihering sob o argumento de que o formalismo é o *palladium* da liberdade (Gaio, inst. 4.11).

Dividia-se o *iter* processual em duas fases: *in iure* e *apud iudicem*, e isso passou a ocorrer, segundo alguns autores, a partir do momento em que os sacerdotes, que vinham exercendo funções judiciárias há mais de dois séculos, foram substituídos por *magistratus publici populi romani*, que julgavam não mais em nome da divindade, mas em nome do povo romano.[29]

A cisão dos dois procedimentos decorria de um ato solene – a *litiscontestatio* – que não era nem um contrato nem uma novação, mas que da sua existência, já então no período das ações da lei, não se pode duvidar, segundo a opinião de tratadistas autorizados (Scialoja e Luzzatto).[30]

Após, o processo passava às mãos do *iudex unus*, ou de juízes agrupados nos *collegia*, tais como o dos "recuperatores'' constituído por pessoas do povo, à semelhança dos jurados modernos e os tribunais permanentes, que podiam ser dois, às vezes três: *centumviri*, *decemviri* e *triumviri*. O primeiro era o mais importante, o segundo com atuação menos frequente e do último se tem notícia por uma referência feita por Tito Livio.

A *sentença* definitiva que deslindava o litígio e encerrava o processo de cognição, não sofria qualquer influência da *litiscontestatio*, porquanto esta era de caráter meramente formal e declaratório, razão porque não operava qualquer modificação da situa-

---

28 ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. esp. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1952. p. 157.

29 CRUZ e TUTTI, José Rogério. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Edição Saraiva, 1987. p. 16-17; COSTA, Emilio. *Storia delle Fonti del Diritto Romano*. Milano; Turim; Roma: Fratelli Bocca Editori, 1909. p. 46.

30 SCIALOJA, Vittorio. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*. Roma: Ed. Anonima Editoriale, Roma, 1934. p. 195-196; LUZZATTO, Giuseppe Ignacio. *Procedura Civile Romana*: Parte II, legis Actiones. Bolonha: Ed. UPEB del Dott. Cesare Zuffi, 1948. p. 311-314.

ção jurídica enfrentada pelas partes, pois seus caracteres não condiziam com os de uma sentença de condenação, segundo Cannata. A tal conclusão pode-se chegar por meio de uma expressão de Gaio (institutas 4.48), quando este explica que a condenação nas ações e sentenças do processo clássico recaia sempre numa soma em dinheiro, ao inverso do que se costumava fazer no passado. Assim, para Cannata, o advérbio de tempo *olim*, empregado por Gaio, que tem o significado de "passado" ou de "outrora", é uma referência clara às *legis actiones*, nas quais, consoante o comentário deste jurisconsulto, não havia condenação.[31]

4.2.2 O plano da sentença no sistema formular

O processo formulário ou *per formulas* ou *per concepta verba*, recebeu da doutrina romanista a qualificação de "clássico" em razão do método que o fez nascer como processo próprio da ciência jurídica romana laica, ou seja, aquela que, se desenvolvendo em certo período e militando sob a disciplina de determinado método, recebeu essa mesma qualificação, assim como as *legis actiones* representavam a ciência jurídica de conteúdo divino ou pontifical para o período histórico anterior. Este sistema tem o seu primeiro gérmen nos albores da República, juntamente com a jurisciência laica matura-se durante séculos de república – quando perfeccionou seu próprio método – e atinge o ápice de sua expansão no epílogo desse estilo de governo do povo romano e acaba por conviver com a nascente *cognitio extra ordinem* com Dioleciano (285-305), ao final do terceiro século da era cristã.[32]

O surgimento desse novo sistema não resultou de uma concomitância puramente cronológica em relação às mudanças político-sociais e econômicas experimentadas pela realidade romana, mas sofreu uma forte influência da orientação e do método seguidos por uma casta de juristas que nos estudos jurídicos da época entenderam de imprimir à criação e interpretação dos direitos subjetivos. Assim, se ao teor da definição de Celso (D. 44,7, 51) o direito da ciência clássica era um sistema de ações e o processo formular significava o aparato proces-

---

31 CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo del Processo Privato Romano*. n. 20. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982. p. 51-57.

32 Sobre essa síntese descritiva do sistema *per formulas* no complexo do Ordo: CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo del Processo Privato Romano.* II Processo Formulare. n. 1. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982. p. 1-2.

sual próprio de tal sistema de ações, este procedeu-se com um altíssimo tecnicismo substancial de definição das pretensões e de um reduzidíssimo tecnicismo procedimental, segundo a opinião de Cannata.[33]

A criação do processo formular *(agere per concepta verba)* está ligado a dois eventos legislativos ocorridos, respectivamente, no terceiro quartel no século II a.C. e no segundo decênio da era Cristã. Efetivamente, com a edição da *Lex Aebutia*, entre os anos 149 e 126 a.C., passou-se a permitir a utilização do processo formulário como forma alternativa mais moderna, menos formalística, mais ágil e funcional a ser utilizada nos casos para os quais não estava prevista uma *actio legis* do sistema então em vigor. A partir das *leges Juliae* e, especialmente, da *Lex Julia iudiciorum privatorum* no ano 17 a.C., restou proscrito o sistema das ações da lei, tornando-se obrigatório o sistema formular mediante a substituição da *actio* pela *formula*, redigida pelo pretor com a colaboração das partes.[34]

De um modo geral, os romanistas costumam fundar a adoção do sistema formular nas limitações constatadas na vivência prática do sistema anterior. Além de sua aplicação restrita aos cidadãos romanos, deixando desprovidos de tutela a plebe e os estrangeiros, contava ainda com elenco limitado de ações – apenas cinco, sendo três de conhecimento e duas de execução –, deixando, inclusive, em razão dessa limitação, de tutelar alguns interesses dos próprios cidadãos romanos para os quais o sistema das *legis actiones* não encontrava solução, não só por inexistência de uma *actio* própria, mas também devido à sua inflexibilidade formal. Assim, segundo a doutrina, as principais causas que fomentaram o aparecimento do sistema *per formulas*, teriam sido essas duas graves insuficiências das ações da lei.

O processo clássico conservou a divisão do procedimento em duas fases: *in iure e apud indicem*, cuja partilha já vinha sendo adotada desde o período anterior do *lege agere*. Mas, o instrumento de cisão que estabelecia um verdadeiro "divisor de águas" entre os dois procedimentos no processo clássico, era a *litiscontestatio*, ao ensejo da laicização do procedimento das *legis actiones*, quando a jurisdição pontifical foi substituída pela jurisdição laica, consoante posi-

33 CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo del Processo Privato Romano.* II Processo Formulare. n. 1. p. 2; n. 2. p. 3-4. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982.

34 CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo del Processo Privato Romano.* II Processo Formulare. n. 12-14. p. 46-67; e espec. p. 58. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982.

ção doutrinária de reconhecida autoridade a que se filia o professor José Rogério Tucci, da USP. Esta corrente alude, como um dos argumentos em que embasa a sua convicção, o fato da criação do *praetor urbanus* em 367 a.C., salientando que não seria lógica a divisão do procedimento perante os *pontifices*, porque, se a *litiscontestatio* que aí se operasse, não passaria de um ato meramente formal, sem conteúdo substancial, e, portanto, sem nenhuma eficácia sobre a *res in indicio deducta* (ver nota 32, supra).

Efetivamente, a *litiscontestatio* do procedimento do *agere per concepta verba*, ou formulário, é bem distinta da que ocorria no sistema anterior das ações da lei. A expressão *litiscontestatio*, tem origem na época arcaica do sistema das *legis actiones* e vem de construção semântica semelhante, a *contestari litem*, enunciada por Festo: *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*. Nesse estágio, o dito ato constava de um cerimonial solene de uma *legis actio* realizado com a presença de testemunhas (testes), chamadas para controlar o empenho ou a manifestação de vontade das partes perante o magistrado, de remeter à pronúncia do juiz a sua controvérsia e a esta se submeterem.[35] Encerrava-se aí o procedimento correspondente à fase *in iure*, das ações da lei, com o ato da *litiscontestatio*, através do qual não se operava nenhuma modificação na situação substancial, de modo a novar a *res in iudicio deducta*, pois esta se trasladava para a fase *in iudicio* em sua versão originária. A *litiscontestatio* do período *per formulas* era diferente. Era o ato através do qual, sem a presença de testemunhas, o demandado aceitava a fórmula redigida pelo pretor, a pedido do autor, na qual se espelhava a controvérsia sustentada pelas partes em face da versão por estas oferecida ao magistrado *(res in iudicio deducta)*, bem como a indicação do juiz *(dare iudicem)*. Com este ato, em que as partes convencionavam acerca do conteúdo da fórmula, dos limites da controvérsia e dos cometimentos atribuídos pelo magistrado ao juiz e que afinal era por aquele aprovado, encerrava-se a fase *in iure* do processo formular.[36]

---

35 Sobre a *litiscontestatio*, no sistema arcaico: COSTA, Emilio. *Profilo Storico del Processo Civile Romano*. Roma: Ed. Athenaeum, 1918. p. 39-40.

36 Acerca da *litiscontestatio* no processo formular: COSTA, Emilio. *Storia delle fonti del Diritto Romano*. Milão; Turim; Roma: Ed. Fratelli Bocca, 1909. p. 40-41; CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo del Processo Privato Romano.* II Processo Formulare. n. 4. p. 7-11; n. 3. p. 163-165; n. 40. p. 175-181. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982.

A fórmula do pretor era composta por partes essenciais e acessórias. Essenciais eram a *demonstratio*, a *intentio*, a *adiudicatio* e a *condemnatio* (Gaio, 4.39); acessórias eram as *exceptiones*, as *praescritiones*, a *replicatio*, a *duplicatio* e a *triplicatio* (Gaio, 4.126-129).

Na *demonstratio* como a própria expressão está a indicar, o autor fazia a enunciação do fato que constituía o fundamento do litígio. Na *intentio* expunha-se a pretensão e a sua abrangência, de modo a que fossem revelados os limites da controvérsia e se estabelecesse a *res in iudicio deducta*; e na *condemnatio* o pretor manifestava o seu poder de ordenar a condenação ou a absolvição do demandado, com o escopo de alcançar-se um resultado tendente à satisfação do direito através da execução. Com tais objetivos, eram incluídas na fórmula as seguintes expressões dirigidas ao *iudex*: Si paret (tudo o que se contém na *demonstratio* e na *intentio*), *condemna*; *Si non paret, absolve* (Gaio, IV, 43).

Esses elementos inseridos no conteúdo da fórmula faziam com que a *litiscontestatio* produzisse efeitos de ordem substancial e de ordem processual.

Os efeitos substanciais decorriam do fato que, declarada na *demonstratio* com todas as suas especificações, a relação jurídica ou a obrigação em torno da qual se havia gerado o litígio e deduzida na *intentio* a pretensão do autor relativamente ao seu direito, ocorria uma consumação da situação anterior, transfundida na fórmula em situação nova, devido à convenção em tal sentido realizada pelas partes perante o pretor. Realizada a fórmula, subsumia-se nela a obrigação originária, em razão da *novação* que aí se operava, cujos efeitos eram de ordem substancial. A maioria dos romanistas entende que esse ajuste modelador da relação jurídica anteriormente estabelecida entre os sujeitos e tornada patológica pela desavença, tem a natureza e os efeitos de *novação*. Assim já a proclamava Gaio, em suas *Institutas* (IV, 180 e 181), incluindo-se nessa mesma linha ponderável parcela da doutrina romanista.[37]

Esse fato da consumação do direito anterior na fórmula que era objeto da *litiscontestatio* e que o absorvia completamente, impedia o credor de voltar a propor a realização de qualquer outra maneira de efetivar o seu direito, porque a *litiscontestatio*, além da sua

37 Dentre muitos outros: COSTA, Emilio. Ibidem. p. 41-42; SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. § 30. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América (EJEA), 1954. p. 235-240.

eficácia material ou substancial, gerava ainda um impedimento a um novo processo, ou um *non bis in idem*, fato que no direito moderno chamamos "proclusão processual". Este, o efeito processual que daquele importante ato do sistema formular resultava.[38]

A *sentença definitiva* no processo formulário era essencialmente de condenação, devido à cláusula alternativa hipotética contida na *intentio* e ratificada na *condemnatio*, segundo a qual *Si paret, condemna*; *si non paret, absolve* (Gaio.IV; 4l e 43), pois só a condenação levava à efetiva satisfação do direito, devendo tal condenação ser em dinheiro. Isso só não ocorria quando o *iudex unus* ou os *collegia* não conseguiam formar um convencimento firme acerca dos fatos e do *diretio* do autor, quando podiam abster-se de julgar mediante juramento da cláusula *sibi non liquere*, providenciando o pretor na substituição do juiz ou dos membros dos *Collegia* dos *recuperatores, centumviri, decenviri*, quando substituíam o *iudex unus* em tal situação.[39]

A *sentença definitiva*, como antes se referiu, era de natureza condenatória no processo formular ao pagamento de uma quantia em dinheiro.

Na prolação da *sentença*, não estava o juiz sujeito a formas solenes como no período anterior, não havendo nem sequer exigência de motivá-la, pois seu dever limitava-se a exercitar o *iussus indicandi* recebido do magistrado, pronunciando o comando *si paret, condemna; si non paret, absolve*. O professor José Rogério Cruz e Tucci, com arrimo em Biondi, concebe uma atividade intelectiva no livre convencimento do juiz que diz com o elemento lógico, presente na proposição da fórmula gaiana *si paret, non paret*, enquanto no seu resultado *condemna, absolve* (Gaio, IV, 43) está o comando jurídico que confere ao ato a eficácia desejada. É deste, segundo a distinção de Biondi, que emerge a *obligatio iudicati* em favor do autor vencedor.[40] Passado o *tempus iudicati* de trinta dias, estava o autor habilitado a promover a execução, mediante a propositura da *actio iudicati*, por-

38 Sobre o efeito processual da *litiscontestio*: CANNATA, Carlo Augusto. Op. cit., n. 40, p. 175-181.

39 SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Trad. espanhola. v. I. Buenos Aires: Edificiones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1949. p. 131-139.

40 Sobre a estrutura lógico-funcional da sentença: BIONDI, Biondo. Appunti Intorno alla sentenza nel Processo Civile Romano. In: _____. *Scritti Giuridici II*. Direito Romano. Milano: Ed. Giuffrè, 1965. p. 442-448; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 28-31.

quanto da *sententia iudicis* não havia recurso no processo privado romano, eis que aí o juiz julgada *in nomine populi romani*.[41]

Existe certa dúvida na doutrina sobre se a *sentença*, no período *per formulas*, era prolatada oralmente ou por meio da escrita. Cannata, pronunciando-se sobre o assunto, conclui pela oralidade: *Quale fosse Il regime romano, non* è *possibile stabilirlo com certezza: ma vari indici suggerirebbero l´oralità della sentenza, al meno per quelle dell´ordo iudiciorum privatorum*.[42]

Proferida a *sentença*, cumpria o juiz e esgotado restava o seu ofício, não podendo mais, em circunstância alguma, ser o ato alterado. Não competia ao *iudex* realizar a execução por não dispor do poder de *imperium* que se incluía nas atribuições do pretor.

Como se viu, o modelo primordial de provisão judicial para decidir os litígios entre cidadãos romanos, *cives* ou *quirites*, no período *per formulas*, era mediante uma *sentença condenatória*, para a prolação da qual o *iudex unus* ou os *collegia* fundavam-se no esquema lógico alternativo que lhes era proposto pela fórmula gaiana *si paret (sententia)*, para chegar ao comando jurídico *(iudicatum) condemna, absolve* (Gaio, IV. 43).

4.2.3 *A projeção da sentença no período da* cognitio extra ordinem

Ainda no período do *agere per formulas*, desenvolvia-se inteiramente perante o magistrado ou funcionário imperial investido da *iurisdictio* o processo da *extraordinaria cognitio*.

Apesar de haver autores que sustentam a coexistência da *cognitio extra ordinem* desde as primeiras manifestações dos sistemas que a antecederam, afirmando que a mesma foi obra lenta e sucessiva cuja sedimentação se operou por muitos séculos,[43] a maioria da doutrina entende que a

41 LA ROSA, Franca. *L´actio Iudicati nel Diritto Romano Classico*. Milão: Ed. Giuffrè, Milão, 1963. p. 53-57. Acerca desse tema, ver ainda o nosso trabalho *Actio iudicati*. Um instrumento de humanização da execução. In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.) et alii. *O processo de execução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1995. p 95-126.

42 Sobre a oralidade ou a escritura da sentença no sistema do "ordo": CANNATA, Carlo Augusto. Op. cit., nota 2, p. 186-187. Turim: Giappichelli Editore, 1982.

43 CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. n. 135; 138. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa – America, 1957. p. 124-126.

sua origem esteja nos processos que se desenvolviam nas províncias, onde aos súditos não cidadãos romanos não era acessível o recurso ao processo do *agere per formulas* do período clássico. A argumentação era ainda a de que os governadores que exerciam as funções jurisdicionais nos territórios por eles governados, acostumados a exercer mais o *imperium* que propriamente a *iurisdictio*, pelo despotismo de seus métodos muito frequentemente deixavam de nomear o juiz que no sistema clássico decidia o processo na fase *apud iudicem*, restando, assim, o mesmo unificado em suas mãos, como *iudex unicus*, para decidi-lo unipessoalmente.[44] Essa expansão provincial da *cognitio* teria ainda como argumento em seu favor a transformação política sofrida por Roma a partir de Constantino, no sentido de que a *Urbs deixara de ser Roma-Cidade que obrigava os quirites*, para tornar-se a Roma-Estado, plena de estrangeiros que mudavam toda a ordem social e que, em razão disso, vieram a ter seus direitos reconhecidos, principalmente após a constituição do Imperador Caracala, estendendo a cidadania a toda a população.

Segundo a versão mais atual acerca da origem do processo público é que se teria iniciado ao fim do *Principado*, quando o Imperador, assumindo o poder, pretendeu irradiar a sua autoridade quanto ao mister de administrar a justiça a todas as províncias romanas, delegando-a aos funcionários imperiais; mas, conservando em seu poder, a condição de *iudex-Supremus*.[45] Esse argumento tem em seu favor uma máxima de sabedoria milenar *divide et imperat*, mas encontra também apoio num elemento de psicologia sociopolítica de que toda a autoridade é sequiosa de poder. Esses dados de natureza sociológica e psicológica dão muito conforto a essa corrente de opinião acerca da origem do processo público.

Em 294 d.C., Diocleciano (284-305) expediu uma constituição criando os *iudices pedaneus* que se dirigiam ao local dos litígios para conhecer dos respectivos processos, em *iudex únicus*, integralmente, desde o libelo até a sentença final, na qualidade de delegados do príncipe, identificando-se já aí, oficialmente, o novo processo das *cognitiones extra ordines* em plano localizadamente provincial. Questio-

---

44 LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il Problema D´Origine del Processo Extra Ordinem*. Bolonha: Ed. Casa Editrice Prof. Ricardo Patron, 1965. p. 15-16; COSTA, Emilio. Op. cit., p. 152; ARANGIO RUIZ, Vicenzo. *Storia del Diritto Romano*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1985. p. 323-325.

45 PALAZZOLO, Nicola. *Processo Civile e Politica Giudiziaria del Principato*. Turim: Giappichelli Editore, 1980. p. 57-85.

nam alguns autores o objetivo real da constituição diocleciana-maximianea, se teria se destinado à abolição da *datio iudicis* do sistema formulário ou se efetivamente centrava seu escopo numa melhor distribuição de justiça, pela criação dos *iudices pedaneus*, prevalecendo afinal este último entendimento, isto é, de que com esse ato imperial instalara-se, de direito, a era do processo público. Assim, a *cognitio* passou a desenvolver-se concomitantemente com o *agere per formulas*. Porém, na concorrência com o novo sistema, que se mostrava mais acessível ao povo por sua unidade, simplificação e intervenção direta e decidida de um funcionário delegado do Imperador, começou a conquistar as preferências de todos os romanos *quirites, cives, non cives* e estrangeiros (*hostes*), até que uma constituição do ano 342 d. C., de Constâncio e Constante (filhos de Constantino), dirigida a Marcelino, governador da Fenícia, ab-rogou completamente o sistema clássico ou *per concepta verba*, proscrevendo-o aproximadamente com as seguintes, palavras: "sejam cortadas absolutamente, desde a raiz, as fórmulas de direito insidiosas, verdadeiras sutilezas verbais, em vista do perigo de que, ao errar na forma exterior da fórmula, chegue-se a golpear o verdadeiro conteúdo da relação que se quer fazer valer.[46]

Neste período, o magistrado, que era um funcionário imperial, não agia em nome próprio, mas em nome do imperador de quem havia recebido a delegação, ficando a este subordinado.

Caracterizou-se a *cognitio* pelo desaparecimento da divisão do processo nas fases *in iure e apud iudicem*; a administração da justiça passa a ser exclusividade do Estado, sendo o processo dirigido *ex auctoritate Principis*, coordenado pelo impulso oficial e não mais sujeito ao princípio dispositivo; o magistrado estava obrigado a solucionar o processo, não lhe sendo mais permitido o juramento *sibi non liquere*, do sistema *ordo*. Não obstante, embora a *litiscontestatio* conservasse a mesma nomenclatura do sistema formular, tinha na *cognitio* caráter apenas formal, sem conteúdo substancial. A citação do demandado não era mais realizada pelo autor, mas pelo magistrado, sendo o processo instaurado com o *libellus convencionis* do autor, comunicando-se o ato ao réu pelo executor do magistrado mediante ato equivalente à *in ius voca-*

---

46 SCIALOJA, Vittorio. Op. cit. § 50, p. 365-368; BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*, v. I, § 102-103. Padova: Ed. CEDAM, 1941. p. 346-351; DE FRANCISCI, Pietro. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Trad. espanhola de Ursicino Alvarez. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954. p. 595-599.

tio. O demandado poderia discordar pelo *libellus contradictiones*, devendo comparecer perante o magistrado no prazo de dez dias, aumentado para 20, por Justiniano e, não comparecendo, o réu seria considerado contumaz. A prova continuava a ser tarifada, dando-se grande importância aos documentos públicos ou particulares, admitindo-se as presunções absolutas.

A *sentença definitiva*, julgadora da demanda, era prolatada pelo magistrado, condenando ou absolvendo o demandado após a produção e valoração da prova, porquanto as questões prévias já haviam sido resolvidas no andar do processo. Todo o objeto principal da demanda deveria ser abrangido pela *sentença final*, mas poderia ser ampliada a via procedimental na hipótese de reconvenção do réu, admitida pelos romanos a partir da constituição C.7.45.14 e a Novela 96.2.1, quando se tratasse do mesmo negócio.[47]

A partir de uma constituição de Valentiniano e Valente, na segunda metade do século IV da era Cristã, a *sentença* do sistema da *extraordinaria cognitio* era prolatada por escrito, ato por excelência público porque proferido pelo *magistratus populi romani*, que evocava a autoridade do príncipe, na pessoa do seu delegado que poderia também ser o prefeito, o governador da província ou o juiz pedâneo, representando o interesse público do Estado romano.

Assim, em muitos pontos divergia a *sentença* do sistema da *cognitio extra ordinem* da proferida no âmbito do sistema formulário ou *per formulas*, pois perante este último a *sentença* não era mais uma opinião do juiz diante da alternativa *condemna, absolve*, pois na *cognitio* era prolatado um provimento jurisdicional do magistrado que aplicava a lei ao caso concreto, aliás, como é na atualidade a concepção generalizada do direito moderno. É que, no sistema da *cognitio*, a sentença deixou de ser um ato fundado na *litiscontestatio*, para constituir-se em ato formal declaratório da vontade da lei, emanado do poder de julgar que o magistrado recebia diretamente do príncipe, então executor exclusivo da lei.

Deste modo, proferida a *sentença*, era emitido um comando imperativo (*iudicatum*), emergente da vontade da lei, pronunciado por um magistrado funcionário do Estado que se encontrava investido das funções de *iurisdictio* e de *imperium*. Com o ato decisório dava-se por cumprida a ati-

47 Quanto à reconvenção no sistema romano: CRUZ e TUCI, José Rogério. *Da Reconvenção*. São Paulo: Edição Saraiva, 1984. p. 1-11.

vidade de cognição do magistrado, mas devia permanecer consigo, segundo corrente doutrinária liderada por Eisele (*Ueber Actio Judicati*, p. 154), a sua atividade executiva, para dar prosseguimento e completar a tutela do direito do credor.[48]

Todavia, poderia o magistrado não se considerar apto para julgar a causa, seja porque havia se apercebido de sua incompetência, seja porque diante da imprecisão de alguns fatos não havia chegado a um convencimento satisfatório acerca da verdade que se buscava perquirir. Nestas hipóteses, era-lhe facultado provocar uma consulta perante o tribunal imperial, mediante comunicação aos litigantes, realizando, no prazo de dez dias, uma síntese completa acerca do estado e das circunstâncias da controvérsia que provocaram esse ato consultivo. Cientificadas do episódio, facultava-se às partes formularem observações e objeções sobre o relato do magistrado, devendo-se encaminhar tudo à apreciação do príncipe, que, em razão disso, reassumia definitiva e com exclusividade a função de julgar a causa.

Essa providência, como se constata, não deixava de guardar similitude com o juramento *sibi non liquere* facultado ao *iudex unus* e aos membros dos *collegia*, no sistema anterior *per formulas*.

Por fim, o que se pode observar no sistema romano, é que o processo translada-se paulatinamente, transformando-se de um sistema privado para um processo público, mediante uma progressiva publicização das funções processuais com reflexos acentuados no conteúdo da *sentença*.

5 A HISTÓRIA DA SENTENÇA NO SISTEMA CANÔNICO

A Igreja Católica caracteriza-se por formar uma sociedade fundada na ordem sobrenatural, constituída por uma comunidade universal de seres humanos que a ela se incorporam pelo sacramento do batismo, passando a formar, a partir daí, o chamado povo de Deus. Dotada, no plano humano, de estrutura semelhante a do Estado, embora com este não se identifique, no plano espiritual possui a Igreja o poder de instituir as suas próprias leis para definir o comportamento, os direitos e deveres da comunidade cristã que a compõe.

48 Mais recentemente, a teoria de Eisele foi seguida por CUENCA, Humberto. Processo Civil Romano. Op. cit., n. 166, p. 172-174.

Duplo papel exerce a Igreja: o de instituição divina e sobrenatural como criação do próprio Deus, para cumprir os seus desígnios; e como entidade terrena, temporal e profana, emergente da própria contingencialidade social e humana do homem no concerto do universo. Embora o aparente antagonismo entre os dois papéis, no exercício da função divina, de ordem sobrenatural, e no desempenho da ação humana, na ordem terrena, na realidade ambas não se repelem, antes se integram e se completam.

E no complexo da realidade terrena, a postura assumida pela canonística, especialmente na convivência com as instituições romanas, veio oferecer subsídios para a formação do moderno direito europeu-continental, filiado à chamada família *Civil Law*, como afirmam historiadores especializados.[49] E que se estende aos sistemas jurídicos da América Latina em razão dos descobrimentos de ultramar realizados por espanhóis e portugueses.

Embora tenham a doutrina e as codificações canônicas oferecido contribuições a instituições de direito material, notadamente no âmbito do direito de família, às codificações modernas, é no campo da jurisdição e do processo que a canonística tem oferecido paradigmas modelares, ocorridos no andar dos tempos a essa área do direito público estatal. Há que se lembrar que o primeiro órgão judiciário, na esfera canônica, foi a *episcopalis audientia*, ou tribunal do Bispo, criado no início da cristandade como foro judiciário para julgar as demandas dos fiéis que inicialmente se reuniam nas "masmorras" de Roma, para furtar-se à perseguição imposta aos cristãos pelos imperadores romanos da época; de modo que o dito órgão judiciário canônico só passou a exercer publicamente suas funções a partir de Constantino (306-337), convertido ao cristianismo no Edito de Milão, no ano 313 d.C.[50]

A *sentença canônica*, que decidia a demanda mediante o procedimento da *episcopalis audientia*, era proferida *in nomine Dei*, pelo Bispo (*episcopus*) que governava uma diocese, cujo procedimento judicial devia ancorar-se no *animus* e na *tranquillitas mentis* e, ainda, sujeito ao requisito da *certeza moral* do seu prolator.

---

49 MERRYMANN, John Henry. *La Tradición Juridica Romano-Canónica*. Trad. espanhola de Carlos Sierra. México: Ed. Mexico Fundo de Cultura, 1971. p. 29.

50 ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cânones de la Iglesia em el Derecho Romano*. Madri: Instituto Editorial Réus, 1954. p. 299-304.

5.1 A situação peculiar da sentença no Decreto de Graciano

A seguir, transcorridos cerca de oito séculos, ou seja, do século IV até o século XII da era cristã, surgiu no ano 1140 o *Decreto de Graciano*, ou simplesmente *Decretum*, compilação organizada pelo monge Camaldulense Graciano de S. Feliz e Nabor, professor de direito canônico na Escola de Bolonha (ano 1088), auxiliado por Rolando Bandinelli, que, no ano de 1159 d.C., tornou-se o Papa Alexandre III, quando foi, por esse Decreto, inteiramente renovado o tribunal canônico da *episcopalis audientia*, criado no início da cristandade.

A *sentença definitiva*, perante o *Decretum* era o provimento judicial que decidia a demanda travada entre as partes e decretava a fase final do processo de cognição, devendo ainda estar exornada pelos princípios da espiritualidade e da moralidade, pois prolatada *in nomine Dei* e observado o requisito da *certeza moral*.

Além da *sentença definitiva*, que figurava como o principal ato da processualística, as provisões do magistrado ainda incluíam a *sentença interlocutória* que decidia os incidentes que surgiam no seio dos procedimentos, e o *decretum*, com o qual era o processo ordenado e desenvolvido. A *sentença definitiva* era impugnável pela *appelatio*, tanto as injustas ou iníquas e também as nulas, pois segundo a doutrina de Liebman, por longo tempo tanto no direito romano quanto no direito medieval as sentenças inquinadas de *errores in iudicando* e as com *errores in procedendo*, eram passíveis do recurso de apelação,[51] completando-se a assertiva com Della Rocca, para quem a *querella nullitatis*, para atacar a sentença nula, só teria surgido da confluência da *exceptio nullitatis* das Decretais com a *actio nullitatis* do processo comum.[52]

A *sentença interlocutória* era apelável no Decreto graciânico por disposição expressa (c.38.q.6.C.II), que a identificava com a *sentença definitiva*.[53]

---

51 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apunti Sule Impugnazioni*. XIII ristampa. Gulliardica, Milão: Ed. Cisalpino, 1961. p. 1-3.

52 DELLA ROCCA, Fernando. *Instituciones de Derecho Procesal Canónico*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Ed. Deselée de Brouwer, s/d. p. 348-349; DELLA ROCCA, Fernando. *Saggi di Diritto Processuale e Canónico*. Appunti sui Gravami nel Processo Canónico. Padova: Ed. CEDAM, 1961. p. 17.

53 PELLEGRINO, Piero. *II Provedimenti Interlocutori nella Teoria Canonistica delle Impugnazioni*. Padova: Ed. CEDAM, 1969. p. 17.

Aliás, tal posição assumida na dita compilação não era de se estranhar, porque essa era a regra no processo canônico desde que, em contato com o processo germânico antigo, teve o seu procedimento dividido em fases estanques, em *termini* ou *estadia*, com provisão judicial, que no processo romano chamava-se *interlocutio* e, no processo canônico, passou a denominar-se *sententia interlocutoria*.

Para o trânsito em julgado da sentença era exigida uma *tríplex sententia conformis*, pois quanto a esse requisito a situação da época pré-graciânica se mantinha inalterada, de vez que a *triplicidade* de sentenças conformes para a *duplicidade* só ocorreu com a primeira codificação canônica oficial de 1917.[54]

O recurso de apelação para impugnar a *sentença definitiva* e a *sentença interlocutória* devia ser formulado no prazo de dez dias, dirigido ao órgão judicial imediatamente superior ao que as havia decidido inicialmente, salvo os recursos para a Sé Apostólica (Rota Romana e Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica ou diretamente ao Romano Pontífice), casos em que poderia ser *per saltum*.

5.2 As inovações da sentença nas Decretais de Gregório IX

Outra obra de alta significação no âmbito do direito canónico foram as *Decretais de Gregório IX*, promulgadas no ano de 1234 pelo então Sumo Pontífice Gregório IX, sucessor de Honório (1216-1227) e sobrinho de Inocêncio III (1198-1216), obra organizada a título de consolidação autêntica e exclusiva para reunir e ordenar as respostas pontificais e consultas formuladas pelos Bispos e doutores da cristandade existentes na época. O encarregado de compilar a obra foi o confessor de Gregório IX e destacado professor de lógica na Escola de Bolonha (1088), o dominicano Raimundo Peñafort, posteriormente canonizado Santo da Igreja. Realizado o trabalho, foi a compilação promulgada por Gregório IX pela Bula *Rex Pacificus*, de 5 de setembro de 1234, sob o título de *Decretais*; sendo declaradas universais e exclusivas, revogando todas as compilações anteriores, com exceção do Decreto de Graciano, promulgado no ano de 1140.

As Decretais gregorianas foram também conhecidas por *Liber Extra*

54 Sobre a tríplice sentença conformes: HENRIQUEZ, Miguélez Moreno. *Derecho Procesal canónico*. Madri: Ed. Aquilar, 1956. p. 334-336.

e tiveram grande aceitação, não se limitando a cuidar apenas dos assuntos do clero. Elas influíram, também, nas legislações laicas que surgiram no futuro – os governantes usavam-nas como parâmetro para a elaboração das próprias codificações, devido à unidade, à garantia e à segurança que revelavam em sua estrutura –, quando também passaram a adotar a sistemática das Decretais, de dividir as respectivas codificações em cinco Livros, como ocorre até hoje, tornando-se, assim, a codificação de Gregório IX o parâmetro de grande valia para a formação do direito medieval e também do direito moderno.

Autores há que as consideram "a pedra angular de edifício canônico até o Código".[55]

A obra estava dividida em cinco livros, enquanto a matéria pertinente ao *iudicium* encontrava-se no Livro II, dividido em 90 títulos e 421 capítulos. No título XXVII, composto por 26 capítulos, eram tratados os institutos da *sententia* e da *res iudicata*.

Para iniciar-se o procedimento, o autor comparecia perante o juiz e apresentava-lhe uma *postulatio*, ordenando-se a citação do réu, a *in ius vocatio*, para comparecer perante o juiz e apresentar a sua defesa e as provas para sustentar suas razões. Com o libelo do autor e a defesa do réu, chegava-se à *litiscontestatio*, mas por meio desse ato não se registrava nenhuma convenção entre as partes, para modificar a posição inicial da demanda, como ocorria no processo clássico romano. Desse modo, a *litiscontestatio* não influía na decisão da demanda.

Realizada e encerrada a fase probatória, o juiz prolatava a *sentença definitiva*, condenando ou absolvendo o réu, iniciada com a invocação *in nomine Dei* e ainda exornada pela c*erteza moral* do magistrado, quanto à justiça desse provimento por ele proferido.

A *sentença* devia ser escrita, pois todos os atos procedimentais nas Decretais obedeciam ao princípio da escritura, ou se em certos casos fossem realizados oralmente deviam reduzir-se a escrito para se perpetuarem nos autos *(quod non est in actis, non est in mundo)*, por exigência da Bula, *Quoniam Contra*, do ano de 1210, de Inocêncio III (1198-1216), anterior, portanto, às Decretais gregorianas.

A *sentença* atingia a autoridade de coisa julgada após alcançar três sentenças conformes, fenômeno que a doutrina canônica denominou *triplex sententia conformis*.

---

55 MARTINS GIGANTE, José Antonio. *Instituições de Direito Canônico*. v. I. n. 23. Braga, Portugal: Ed. Escola Tip. da Oficina São José, 1951. p. 27-29.

A *sentença definitiva injusta* estava sujeita ao recurso de apelação para o juízo imediatamente superior ao que a havia proferido e, a *sentença válida*, transitada em julgado se por algum motivo devesse ser rescindida – poderia sê-lo pelo recurso extraordinário da *restitutio in integrum*.

Devido ao fato do procedimento do sistema canônico dividir-se tradicionalmente em períodos estanques, denominados *termini* ou *stadia*, cada uma dessas fases devia encerrar-se com uma *sentença interlocutória*, que já vinha sendo admitida pela canonística desde o Decreto de Graciano, por disposição expressa (c.38.q.6.C.II), que a identificava com a *sentença definitiva*. O processo canônico, em contato com o processo germânico antigo, como já se referiu antes, teve o seu procedimento dividido e encerrado nas duas fases estanques, classificadas como *terminum* ou *stadium*, sendo que esse ato judicial, então chamado *interlucutio* no processo romano, passou a chamar-se *sententia interlocutória* no processo canônico, tornando a impugnação desta passível do recurso de apelação, dirigido ao órgão judicial imediatamente superior ao que havia inicialmente proferido a decisão, salvo se, em face da categoria especial do tema decidido, fosse determinado pela canonística o cabimento de um dos recursos extraordinários para a Sé Apostólica, já antes mencionados, podendo ser, nessa hipótese, *per saltum*, o recurso.

No entanto, há autores, como SURGIK, que entendem devesse ser a sentença nula, no regime das Decretais gregorianas, impugnada pelo recurso de cassação, por ser a posição que se coadunava com a doutrina que assimilava um pelo outro instituto.[56]

5.3 O procedimento de sentença na codificação canônica de 1917

A Igreja Católica do Ocidente, no âmbito de sua estrutura espiritual e temporal, pratica ou coordena a prática de fatos e atos jurídicos de toda ordem, tanto relacionados com as autoridades eclesiásticas como pertinentes à comunidade de fiéis, recebendo todos a regência da ordem jurídica canônica, situando-se tais fatos no campo direito material ou na seara da processualística.

Diante de tais realidades, a Igreja, desde a sua fundação por Cristo, ao início do principado romano, procurou estabelecer a sua própria conduta normativa. No primeiro milênio e até a obra de Graciano, as fontes do direto canônico eram emanadas das Encíclicas, Bulas papais, ordens dos concílios e em coleções privadas, sendo a última desta categoria, mas modelarmente organizada, o Decreto de Graciano do ano de 1140 d.C. A partir daí, passou a Igreja a tomar o caminho

da sistematização da normatividade celesiástica, já com a intervenção do Romano Pontífice, expressando uma visão político-religiosa dos seus próprios desígnios. Uma destas foram as Decretais de Gregório IX, antes referidas, seguidas pela compilação de Bonifácio VIII, no ano de 1298, com a denominação de Livro Sexto, para reunir as leis que tivessem surgido após as Decretais gregorianas e, ainda, ocorreu a promulgação da *Clementina Saepe Contingit*, pelo Papa Clemente V (1305-1314), instituindo o processo sumário, cujo procedimento devia desenvolver-se *simpliciter, breviter*, de plano *ac sine streptu ac figura judicii*, publicada pela Bula *Clementina Saepe Contingit*, em março de 1306 ou em 21 de março de 1314, sendo posteriormente republicada pela Bula *Quoniam Nulla* de 25 de outubro de 1317, por João XXII.[57]

Assim, transcorridos cerca de seis séculos da vigência das Decretais gregorianas e das disposições legislativas esparsas que lhe seguiram, chegou a Igreja Ocidental à codificação unificada, sistematizada e autêntica do direito eclesiástico, com a promulgação do primeiro *Codex Canonici de 1917*, após quinze séculos de militância terrena, partindo daí para o amadurecimento da ideia de uma codificação unitária e universal, que já fora concebida no Concílio de Trento (1545-1563) e nos Concílios posteriores, e realizada por uma comissão de varões doutíssimos, sob a presidência do canonista Pietro Gasparri. Com a colaboração conjunta de todo o episcopado do universo, o trabalho de codificação estendeu-se por dez anos, estando já quase completo em 1914, quando faleceu Pio X. O Papa Bento XV, seu sucessor, concluiu a obra, anunciando-a ao mundo, pelo *Consistorium* de 4 de dezembro de 1916, que estava ultimada a codificação, promulgando-a no dia de Pentecostes, pela constituição *Providentíssima Mater Ecclesia*, de 27 de maio de 1917, com *vacatio legis* de um ano, havendo entrado em vigor na mesma festa de Pentecostes do ano seguinte, ou seja, em 19 de maio de 1918.[58]

Foram, na codificação, definidos os Tribunais eclesiásticos, sua estrutura, seu grau hierárquico e sua competência, tendo como ato relevante

---

56 SURGIK, Aloisio. *Compêndio de Direito Processual Canônico*. Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 1988. p. 34 e 380.

57 Acerca dos processos das Decretais de Gregório IX e das demais disposições legislativas esparsas que lhes seguiram: SURGIK, Aloísio. Op. cit., p. 29-36.

58 MARTINS GIGANTE, José Antonio. Op. cit., v. I, p. 29-34.

de sua promulgação a substituição da multissecular *episcopalis audientia* pelo Tribunal Ordinário de primeira instância cânones 1.572-1.593). Os Órgãos de segunda instância (cânones 1.594-1.596) eram a Rota Romana e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, como instâncias ordinárias e especiais, às vezes extraordinárias, e como Juiz Supremo, situado no vértice da pirâmide hierárquica, estava o Romano Pontífice (cânones 1.597-1.605).

O processo, em sua estrutura funcional, seguia o sistema do direito comum ou romano-canônico, esboçado ao final da Alta Idade Média, a partir do *Studium Cívile*, de Bolonha (1.088), dominado pela forma escrita (Cânon 1.706), imprimindo-se no procedimento certo rigorismo formal, inquisitoriedade na produção da prova, com a observância dos princípios do segredo e do inquisitivo, a exemplo do que exigiam os evangelhos dos primeiros tempos da cristandade, quando o cristão, para assistir a missa dominical, teria que, antes de tudo, conciliar-se com o irmão desafeto. Também o princípio da conciliação era de exigência fundamental.

O processo judicial era dividido em ordinário, especial e administrativo, devendo ser observado este último com rito sumário para a remoção de párocos (cânones 2.162-2.167); o processo ordinário utilizado para as causas em geral; o especial, para as causas matrimoniais; e, o administrativo, também chamado processo governativo, dizia respeito às causas sobre a beatificação de servos e a santificação de beatos, de competência exclusiva da Sé Apostólica (cânones 1.999-2.141). Também administrativos eram os processos disciplinares contra clérigos irresidentes e concubinários (cânones 2.168-2.181). Aos analfabetos, era deferido o processo oral, devendo a pretensão do autor ser registrada na ata do ofício pelo notário (cânon 1.707) que exercia as funções de auxiliar judiciário.

Os provimentos judiciais dividiam-se em *sentenças definitivas*, *sentenças interlocutórias* (cânon 1.868, § 1º) e *decreto*, este último definido por critério de exclusão, isto é, era utilizado o decreto para o provimento judicial destinado a resolver questões incidentes que não pudessem ser resolvidas nem por *sentença definitiva*, nem por *sentença interlocutória* (Canon 1.868, § 2º).

As *sentenças definitivas* eram, na vigência da codificação canônica de 1.917, os provimentos judiciais que decidiam as questões principais arguidas pelos litigantes durante o desenvolvimento procedimental do processo e, para a justiça e eficácia destas, exigia a lei a *certeza moral* (cânon 1869) do seu prolator acerca da procedência ou não dos temas questionados pelos intervenientes na relação processual; aliás, esse requisito da certeza moral vem sendo exigi-

do pela canonística desde as Decretais gregorianas, como se viu.

Quando injusta a *sentença definitiva* era a mesma passível de ser impugnada pelo recurso de apelação (cânon 1.879), mas, quando viciada por *errores in procedendo*, estava sujeita a impugnação pela *querella nullitatis* (cânon 1.892), expressamente admitida pela codificação de 1917, espancando-se, desse modo, a dúvida que vinha desde as Decretais gregorianas, do ano de 1.234. Ainda, quando essa decisão sentencial prejudicasse interesse de terceiro, era lícito ao prejudicado impugná-la pelo recurso da oposição de terceiro (cânones 1.898-1.901).

Alcançava a autoridade de coisa julgada, a *sentença*, quando ocorrida a *duplex sententia conformis*, reduzindo-se, na codificação canônica de 1.917, a exigência anterior da *triplex sententia conformis*. Mas a sentença válida, transitada em julgado, estaria sujeita à rescisão por meio da *restitutio in integrum*, se presentes estivessem os pressupostos integrativos desse reurso extraordinário (cânones 1.905-1.907), isto é, quando a *sentença* causasse *grave dano* a um dos litigantes e *manifesta a sua injustiça*.[59]

Quanto às *sentenças interlocutórias*, como tais vêm sendo qualificadas pela tradição do direito canônico ao dividir o procedimento em períodos estanques, denominados *termini* ou *stadia*, cada uma dessas fases encerrada por uma *sentença interlocutória*. Assim, a partir das Decretais de Gregório IX, do ano de 1.234, seguindo a tradição, passou a canonística a admitir esse instituto decisório para resolver as questões incidentes surgidas no procedimento, admitindo também a sua recorribilidade mediante o recurso de apelação. Acontece que, segundo tem registrado a história, desde o Concílio de Trento (1545-1563), encontram-se as *interlocutiones* classificadas em *interlocutoriae* símplices e em *interlocutoriae vim definitivam habentes*, cujos cânones daquele conclave foram aprovados pela *Bula Renedictus Deus*, de 25 de janeiro de 1564, do Papa Pio IV.

Diante de tal situação, a doutrina e a legislação canonista, segundo o disposto no Canon 1.880, § 6º, da codificação de 1917, passaram a acolher o recurso de apelação para impugnar as *sentenças interlocutórias com força de definitivas*, também chamadas *sentenças interlocutórias mistas*, assim consideradas as terminativas do processo e as que produzissem dano irreparável ou de difícil reparação ao

59 Sobre a "*restitutio in interum*" na codificação canônica de 1917, ver DOMINGUEZ, Lorenzo Miguélez et al., *Código de Derecho Canónico Comentado*. Comentários al cânon 1.906, p. 725, Edición Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Novena Edición, Madri, 1976.

vencido, mantendo irrecorríveis as *sentenças interlocutórias* simples.

5.4 A dinâmica da sentença na codificação canônica de 1983

Como se tem referido em manifestações precedentes, vem a Igreja Católica do Ocidente renovando as suas leis e as demais disposições canônicas, sempre com a finalidade não só de estatuir instrumentos adequados de autorregulamentação de suas atividades no cumprimento da missão salvadora do povo cristão, como também para continuar a desenvolver um complexo normativo capaz de reger as suas próprias atividades como a dos fiéis. O vigente código canônico de 1983 é a segunda codificação oficial da Igreja Ocidental. Sensível aos desígnios reformatórios que sempre estiveram presentes no corpo da Igreja, vinha o episcopado de todo o mundo advertindo o Romano Pontífice da necessidade de promover-se nova reforma do ordenamento canônico, pois o estatuto então vigente, devido à sua estreita vinculação ao sistema de direito comum emergente da Escola de Bolonha (1088) e de suas disposições mais voltadas para a disciplina exegético-normativo do que propriamente para os conteúdos de direito divino e de direito apostólico, traziam algumas dificuldades ao desempenho dos papéis da Igreja, diante das novas circunstâncias históricas que se abriam à humanidade após o término da Segunda Guerra Mundial encerrada em 1945.

Assim, em 25 de janeiro de 1959, o Papa João XXIII reabriu o Concílio Vaticano I, que anteriormente havia sido suspenso em razão das belicosidades da Guerra franco-prussiana e o fez alterando a denominação daquele conclave para Concílio Vaticano II, com a participação superior a dois mil Bispos de todo mundo.

Decorrido quase quinze anos dos trabalhos de revisão, a nova codificação foi entregue ao Sumo Pontífice, em 29 de junho de 1980, na Festa dos Apóstolos Pedro e Paulo e, realizadas as revisões necessárias, foi o texto novamente editado em 22 de abril de 1982, sendo o novo *Codex Iuris Canoníci* promulgado por João Paulo II, pela Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, de 25 de janeiro de 1983, na mesma data em que, vinte e quatro anos antes, o Papa João XXIII havia lançado a ideia de criar o Consílio Vaticano II.[60] O novo Código entrou em vigor no primeiro dia do Ad-

60 ECHEVERRIA, Lamberto de. et al. *Código de Derecho Canónico* (de 1983). Prefácio. Ed. comentada bilíngue (latim-espanhol). Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1985. p. XXXIX até LII.

vento, na época, em 27 de janeiro de 1983, como determinara a dita Constituição Apostólica que o promulgou. Compõe-se a codificação de 1.752 cânones, sendo mais sintético e concentrado que o estatuto anterior de 1917, que era composto por 2.414 cânones. Divide-se a vigente codificação em sete livros, disciplinando em cada um deles todas as funções, os encargos, direitos e deveres da Igreja, dos clérigos e do tratamento do Povo de Deus, a respeito do qual se destacam as funções de *ensinar* e *santificar*.

No que se refere à *jurisdição eclesiástica*, o Código trata especialmente da organização dos tribunais, pois esses constituem os órgãos da jurisdição da Igreja, encarregados dos misteres do processo canónico. E na linguagem canonística, o vocábulo *tribunal* não tem a mesma significação da linguagem do direito secular, em que a expressão sempre identifica um órgão colegiado. Na jurisdição canônica, o tribunal pode ser composto por *iudex unus* ou por um *collegium*, segundo as circunstâncias, sendo este colégio formado por clérigos e outros membros, como o relator, o auditor, o assessor, o defensor do vínculo, o notário e o oficial de justiça, embora nem todos tenham a função de julgar. Juiz nato em cada diocese é o Bispo, o qual, além da potestade estritamente judicial, dispõe também da função governativa sobre os tribunais e, em razão disso, dirige o processo, nomeia o relator e os demais auxiliares, fiscaliza e disciplina as atividades do tribunal.

Na primeira instância, está o Tribunal Diocesano ou Tribunal do Bispo (cânones 1.419-1.426), que na codificação anterior de 1917 denominava-se Tribunal Ordinário de Primeira Instância (cânones 1.572-1.593) e que naquele passo substituiu a ultramilenar *episcopalis audientia*, que vinha operando desde o início da cristandade, figurando como tribunal de primeiro grau. E pode haver um tribunal diocesano para abranger mais de uma diocese (cânon 1.423).

Na segunda instância, situam-se o Tribunal Metropolitano, também chamado Tribunal do Arcebispo (cânones 1.438-1.441), podendo ser designado outro tribunal para julgar a apelação quando o metropolitano tiver decidido a causa como instância originária (cânon 1.438, § 2º). O tribunal de segunda instância para o julgamento, em grau de recurso, é sempre colegiado (cânon 1.441).

Na terceira instância estão os Tribunais da Sé Apostólica, constituídos pela Rota Romana e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica (cânones 1.442-1.445). A Rota Romana muitas vezes se constitui em tribunal ordinário de segunda instância (cânones 1.443-1.444), ou até como tribunal originário de primeira instância nas causas criminais contra os Bispos, bem como nas que o Romano

Pontífice, tanto *motu proprio*, como à instância de parte, tenha avocado ao seu tribunal e a tenha encaminhado à Rota Romana para julgamento inicial (cânone 1.444, § 2º).

É sempre de *instância extraordinária* o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica. O Romano Pontífice é o juiz para todo o orbe católico pertinente à Igreja do Ocidente ou Igreja Latina (cânones 1.404 e 1.442).

A processualística, na codificação canônica atual, de 1983, está dividida em contencioso ordinário, em contencioso oral, em contenciosos especiais, em contencioso administrativo e em contencioso penal. Cada qual dos cinco tipos de contenciosos encontram-se discriminados e especificados nos procedimentos constantes nos cânones 1.671 a 1.731 da codificação vigente, dispostos segundo o direito e/ou interesse dos intervenientes nas respectivas demandas, deixando de ser aqui especificados, por não constituírem o principal objeto deste trabalho. Nos atos procedimentais realizados na área processual sob a vigência desta codificação, deve ser obedecido o *princípio da escritura*, que vem sendo exigido na processualística canônica desde a promulgação da *Bula Quoniam Contra*, do ano de 1210, por Inocêncio III (1198-1216), anteriormente às Decretais gregorianas de 1234, sob o fundamento de que tais atos devem perpetuar-se nos autos, inclusive os ritualizados pelo contencioso oral (cânones 1.656-1.670), pois estes devem ser reduzidos a escrito pelo notário, sob pena de nulidade (cânon 1.437, §§ 1º e 2º).

A fase decisória do processo, sob a regência da atual codificação em vigor, encontra-se disciplinada no Título VII, que trata genericamente "Dos Pronunciamentos do Juiz", incluindo dentre tais as *sentenças* e os *decretos* (cânones 1607-1618). As sentenças dividem-se em *sentença definitiva e sentença interlocutória* como dispõe o cânone 1.607, que devem ser proferidas pelo juiz, consciente em sua mente da *certeza moral* sobre a questão a ser definida no provimento sentencial, determinando a lei que essa *certeza* deve ser haurida *ex-actis et probatis* (cânon 1.608, §§ 1º e 2º).

A *certeza moral*, que é um dos requisitos internos indispensáveis da sentença canônica, resulta da inabalável convicção judicial acerca da verdade insculpida no complexo probatório (cânon 1.608). É a *certeza*, afirma a doutrina canônica, que exclui toda a dúvida fundada ou imaginável acerca dos fatos da causa, que elimina a probabilidade de incerteza, ainda que não a possibilidade desta vir a ocorrer. Diz-se, pois, que a *certeza moral* exclui a probabilidade de errar, mas não a possibilidade de ser cometido o erro. Considera que o erro é improvável, ainda que possível.

Outro requisito interno da *sentença canônica* é o da *motivação*, que na

vigente codificação de 1983 constitui agora exigência legal expressa (cânon 1.611, § 3º), atendendo, aliás, os reclamos da doutrina especializada na vigência das Decretais de Gregório IX, de 1234[61], omissão legal que também ocorreu na primeira codificação civil oficial de 1917.

A *sentença definitiva* é o ato judicial que decide a questão principal, como dispõe o cânon 1.607, da codificação vigente na atualidade. Caracteriza-se como o ato culminante do processo, no qual o juiz exerce a plenitude da potestade jurisdicional de que está investido, declarando o direito em concreto como meio de satisfação do direito divino, natural ou positivo, reclamado pelo fiel ou pelo clérigo. E, a par de constituir-se a *sentença definitiva* no ato que transcende amplamente a ideia pura e simplesmente contida na norma positiva, é também a que ilumina as trevas da controvérsia e põe termo à demanda travada pelos litigantes.

A *sentença transita em julgado* após a ocorrência de duas sentenças conformes *(duplex sententiae conformis)* (cânon 1.641, § 1º), na vigência da codificação canônica de 1983, ratifica a exigência da duplicidade de sentenças conformes durante a vigência da codificação anterior de 1917 (cânon 1.902). Deste modo, o requisito das tríplices sentenças conformes, para o trânsito em julgado desse provimento decisório da demanda foi mantido pela canonística até a vigência das Decretais gregorianas, do ano de 1234, excluindo-se tal requisito a partir da codificação anterior.

A *sentença viciada* por *errores in procedendo*, isto é, viciada por nulidade insanável, é impugnada pelo recurso extraordinário da *querella mullitatis* (cânones 1.619-1.627), no prazo de 10 dias como ação e, permanentemente, como exceção (Canon 1.621). A *sentença válida*, mas injusta, que padece de *errores in iudicando*, está sujeita ao recurso de apelação, que se realiza em duas etapas: a primeira, no prazo de 15 dias úteis, estipulado para o apelante formular o pedido perante o juiz que prolatou a sentença (cânon 1.628-1.640); a segunda, dentro de um mês, quando o recorrente deve apresentar as razões do recurso perante o tribunal competente para julgá-lo (Canon 1.633). A *sentença válida, transitada em julgado*, está sujeita à

61 Acerca da motivação da sentença canônica: CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, p. 37-47; Tratam ainda da motivação da sentença canônica: ABADIA, Jesus Lalinde. *Derecho Histórico Español*. Barcelona: Ed. Ariel, 1974. p. 566; GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madri: Edição Institutos de Estúdios Políticos, 1968. p. 75.

rescisão pelo recurso extraordinário da *restitutio in integrum*, se estiverem presentes para o seu cabimento os requisitos legais (cânon 1.645-1.648). Entre os requisitos fundamentais para embasar o recurso, devem estar a iminência de grave dano a um dos litigantes e a manifesta injustiça da sentença, como é o caso desse ato decisório ser obtido com dolo de uma parte, que venha acarretar prejuízo à outra parte.[62]

A *sentença interlocutória* constitui a categoria de provimento judicial adequado, por seu modo de atuar efeitos, para decidir uma questão incidente ou terminativa da relação processual devido às características do processo canônico de dividir o seu procedimento em *termini* ou *stadia* estanques, cada um encerrado por uma *sentença interlocutória* ou por um *decretum*.

Esse modo de atuação da canonística, que vem desde a vigência das Decretais gregorianas, transitou pela codificação de 1917 (cânones 1.840 e 1.880, § 6º) e se mantém na atual de 1983 (cânones 1.607, 1.613, 1.617 e 1.618); foi herdado do processo germânico antigo, que tornava recorríveis as decisões referidas, para afastar a preclusão dos atos procedimentais mencionados. Esses dois atos supra referidos, que pertencem à tradição do direito da Igreja, vinham provocando perante este uma ampla recorribilidade, com sérios prejuízos para o seu andamento, de tal modo a provocar a preocupação das autoridades eclesiásticas reunidas no Concílio de Trento (1545-1563), para que optassem por realizar uma classificação das interlocutórias em *senentiae interlocutoriae vim definitivam habentes* e em *sententiae interlocutoriae símplices*, subdividindo-se as primeiras em *interlocutórias terminativas do processo* e em *interlocutórias que causam irreparável dano ou de difícil reparação ao vencido*. Como até então todas as sentenças interlocutórias eram apeláveis indistintamente, os conciliares tridentinos limitaram o recurso de apelação às primeiras e o proscreveram para as segundas, por entenderem ser estas últimas apreciáveis pelo juiz durante a marcha do processo até a decisão final, porquanto sobre elas não se operava a preclusão, conforme os cânones do mencionado Concílio, aprovados pelo Papa Paulo IV, na Bula *Benedictus Deus*, de 25 de janeiro de 1564.

Desse modo, na vigência do presente código Canônico de 1983, são

62 JESUS HORTAL, Padre. *Código de Direto Canônico de 1983 Comentado*. Trad. portuguesa. Comentários aos Cânones 1.645 e 1.648. São Paulo: Edições Loyola, 1987. p. 704-706.

atacáveis pelo recurso de apelação, além das *sentenças definitivas,* que resolvem a questão principal, também as questões incidentes decididas por *sentença interlocutória* classificada como *sentença interlocutória com força de definitiva*, restando inapelável por ser revogável pelo juiz a qualquer tempo, até a prolação da sentença final, a *sentença interlocutória simples*, como dispõem os Cannes 1.591 e 1629, § 4º.

Situação paralela a das *sentenças interlocutórias* é a do *decretum*, que na sistemática da codificação é o provimento judicial próprio para decidir ou encerrar as fases introdutória, probatória e de discussão do processo de conhecimento na primeira instância. A contrário senso, do que dispõe o Cânon 1.629, § 4º, só é apelável o decreto com força definitiva, restando irrecorrível o decreto de expediente ou de mero expediente.

Por fim, como já se referiu anteriormente, todas as disposições canônicas supra mencionadas dizem respeito ao Direito Canônico da Igreja Ocidental ou Latina, pois acerca do Direito Canônico Oriental ainda não há codificação própria, embora se tenha notícias de haver propostas para a sua instituição.

6 A HISTÓRIA DA SENTENÇA PERANTE O DIREITO PORTUGUÊS ANTIGO

A formação da monarquia portuguesa teve, como fato precedente, o episódio da outorga da concessão do então Condado Portucalense, por Afonso VI, rei de Leão, em 1095, ao casal constituído por sua filha nascida de união extraconjugal do monarca outorgante, dona Teresa, com o nobre francês D. Henrique de Borgonha, devido ao casamento de ambos; eis que já havia confiado a Galiza a D. Raimundo, também nobre francês, em 1092, pelo casamento deste com dona Urraca, filha legítima de Afonso VI e sua sucessora no trono.[63] Do casamento de dona Teresa com D. Henrique de Borgonha nasce o filho Afonso Henriques.

Em 1112, três anos após o falecimento de Dom Afonso VI, morre D. Henrique de Borgonha, e dona Teresa assume o comando do Condado Portucalense.

---

63 CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. v. I. n. 43, p. 136-144; n. 44, p. 177 e ss. Lisboa: Editorial Verbo, 1906; Rio de Janeiro: Editora Verbo, 1980; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. n. 26. Coimbra: Editora Almedina, 1989. p. 159 e ss.; GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 99-105.

Todavia, duraria o governo de dona Teresa apenas até o ano de 1128, pois nesta data, Afonso Henriques, que três anos antes, em Zamora, se armara de cavaleiro a si próprio – *sécus moris est Regibus facere* – afasta sua mãe, pela força das armas, da chefia do Condado. Possivelmente, pouco tempo antes de Afonso Henriques se tornar o único Senhor de Portugal, teria havido uma repartição territorial entre mãe e filho: Afonso Henriques teria ficado a governar ao norte do Douro e, Dona Teresa, ao sul.

A partir do ano de 1140, passa Afonso Henriques a intitular-se rei de Portugal, sendo reconhecido como tal por D. Afonso VII, mas a Santa Sé lhe reconhece apenas o título de *dux* e só no papado de Alexandre III (1159-1181), pela Bula *Manifestus Probatus Est*, de 1179, o monarca português recebe a dignidade real e Portugal erige-se em reinado.[64]

6.1 O estágio da sentença nos primeiros séculos da monarquia

O período de estabilização da monarquia portuguesa, não só no terreno político, mas também no plano jurídico, foi naturalmente iniciado com a fundação da nacionalidade no século XII e tem seu aprimoramento e o registro de uma relativa autonomia em meados do século XIII, quando, a partir daí e especialmente com o reinado de Afonso III (1245-1279), pode-se verificar uma acentuada tendência para a personalização do direito português, não se podendo ignorar, inclusive, que o país resultou de um desdobramento do Reino de Leão, e em razão desse fato não é de causar surpresa que as fontes do direito leonês tenham vigorado, também, no Estado português, nos primórdios de sua independência. Cabe apenas distinguir as disposições leonesas que se conservaram em vigor das que não foram acolhidas, pois é frequente a sua citação em documentos anteriores e posteriores à fundação da nacionalidade, com informações formais ou genéricas à dita codificação, designada por *Lex gothorum* ou *forum iudicum*. Na primeira metade do século XIII, com Fernando III, deu-se uma revitalização desse corpo legislativo leonês, quando recebeu a denominação de *Fuero Juzgo*.

As alusões a essa codificação nos alvores da monarquia portuguesa configuram-se como naturais, pois era o Código Visigótico considerado pelos historiadores o único corpo de legislação geral capaz de, ao tempo,

64 GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. Op. cit., p. 99-105; CAETANO, Marcello. Op. cit., n. 43, I e II, p. 136-139; n. 44, I, p. 177.

servir de lastro jurídico comum ou ponto de referência dos povos peninsulares, devendo-se notar que a codificação gozou de vigência prolongada em Leão e Castela.[65]

A processualística, que ainda guardava muitos caracteres do sistema germânico-visigótico pautava-se pelos princípios da oralidade, da publicidade, da concentração e da lealdade, fazendo-se tudo às claras, perante a comunidade, "à luz do dia, até que o sol se pusesse no horizonte". Para a realização da prova, recorriam frequentemente às ordálias, ou juízos de deus, segundo os quais o vencedor do duelo ou o que o suportasse e sobrevivesse aos atos cruéis, tinha a proteção divina e, em consequência, a verdade sobre os fatos alegados. Desse modo, o julgamento da causa realizava-se perante a assembleia, cuja decisão constituía mero ato homologatório do resultado da prova, aliás, característica fundamental do processo barbárico, denotando o apego às arraigadas tradições, crenças e aos costumes germano-visigóticos predominantes na época, que ainda não haviam sido superados pela novel civilização portuguesa.

Aos poucos, porém, o direito local, por meio dos forais, e o geral, mediante as leis gerais dos primeiros monarcas, foram se firmando no consenso da população, verificando-se, em contraposição, um paulatino abandono das fontes do passado, e uma progressiva integração às novas perspectivas propostas pelo novo Estado que então se instalara na Península.

Essa tomada de posição inovadora em relação ao passado foi sobremodo favorecida e impulsionada pelas novas concepções do direito canônico, emergentes das Decretais de Gregório IX, oferecidas ao povo lusitano pelas Concórdias e Concordatas com as autoridades eclesiásticas, bem como pela admissão do direito romano que então renascia como consequência da reconquista.[66]

A partir daí, alteram-se os modos de conceber o processo. No que pertine à prova, abandonando o sistema das ordálias e do tarifamento, passando ao sistema da sua valoração pelo juiz, segundo a sua pertinência com o objeto e as circunstâncias em que era produzida.

Os procedimentos decisórios das demandas, no período de formação do direito lusitano, operava-se por meio

---

65 ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 183-194; GOMES DA SILVA, Nuno I. Espinosa. Op. cit., p. 112-114.

66 A respeito das influências das Decretais de Gregório IX e das concórdias e concordatas das autoridades eclesiásticas no período de formação do direito português: ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 258-263.

de dois institutos em geral adotados pelos sistemas jurídicos do passado e do presente, entre tais, as *sentenças,* divididas em *sentença definitiva* e em *sentença interlocutória*.

A *sentença definitiva* readquire nesse estágio de formação da processualística portuguesa todo o valor do seu tradicional conteúdo substancial e a eficácia de ato definidor da questão principal do litígio, enquanto a *sentença interlocutória*, de igual modo, tem restabelecida a sua função específica de resolver as questões incidentes produzidas durante o ritual do procedimento, acolhendo a processualística lusitana tal modelo de provisão judicial, que se postava na sistemática processual desde suas origens no processo romano-canônico sob a influência do antigo processo germânico.

E a importância registrada pela adoção desses dois institutos decisórios pelo antigo processo lusitano está patenteada nas definições de Jácome Ruiz, a seguir expressas, na língua vernácula antiga.

Dyffinitiva e a sentença que determinha ha principal demanda e dá acabamento a todo o *pleyto assy* como quando disse o juiz damos à parte por *uençuda*.

Interlocutoria é aquella que nõ e dada subre lla demanda principal mays subre algunas douidas que acaeçen eno pleyto assy come subre carta de persoarya e se e ualeduyra ou se nõ ou subre libello se e bem formado ou se nõ ou subre outras douidas semellaues que acaeçen e no pleyto.[67]

6.2 A temática da sentença nas Ordenações Afonsivas

Sob o governo de D. João I (1385-1433), no início do século XIV, deliberou a dinastia portuguesa ordenar a legislação esparsa que vinha sendo adotada desde a independência, em meados do século XII, concentrando-a em uma compilação única, destinada a atender os interesses políticos e jurídicos da nacionalidade.

É que, naquele estágio da civilização lusitana, muitos forais promulgados nas épocas de D. Afonso III (1245-1279) e de D. Diniz (1279-1325), ainda eram observados, concorrendo estes com as leis régias criadas desde o início da organização estatal e, ainda, com as compilações privadas elaboradas no período. A todo esse caudal de diplomas oficiais e oficiosos também se juntavam as contribuições do direito romano renascido na Península e do direito canônico renovado, a partir das Decretais de Gregório IX, promulgadas por decreto papal, no ano de 1234.

---

67 MERÊA, Paulo. *Flores de das Leyes de Jacome Ruiz.* Versão portuguesa: “Flores de Direito”. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918. p. 39.

Diante, pois, de tal cópia de diplomas legislativos, aplicáveis às atividades estatais e às relações de ordem privada entre os súditos, era natural o estado de perplexidade que naquele passo era sentido pela nação portuguesa, não só quanto ao conhecimento, mas também quanto à aplicação das normas adequadas às situações experimentadas ante os mencionados acontecimentos. Era sentida a necessidade de elaborar para a monarquia uma codificação que representasse unidade legislativa, não só para reunir em consolidação os textos legais do passado ainda com aplicação eficaz, como para abrigar disposições novas, então desejadas pela comunidade nacional. Era necessária, por fim, para estabelecer uma determinada hierarquia de fontes entre o diploma pátrio e as contribuições recebidas de sistemas jurídicos alienígenas, especialmente do direito romano e do direito da Igreja.[68]

Foi diante de tais circunstâncias que D. João I (1385-1433) encarregou a João Mendes a elaboração de uma compilação das leis em vigor, a partir do reinado de Afonso II (1211-1223). Com a morte de D. João I (1385-1433), seu filho D. Duarte (1433-1438), continuou o trabalho e o entregou aos misteres de Rui Fernandes. Morto D. Duarte, logo depois, foi a tarefa prosseguida durante a regência de D. Pedro, em face da minoridade de D. Afonso V (1446-1481), havendo o autor considerado o encargo concluído em 28 de julho de 1446, na Villa da Arruda, hoje Arruda dos vinhos.

Após revista e emendada por uma comissão de juristas, dentre os quais o próprio autor, Lopo Marques, Luís Martins e Fernão Rodrigues, foi o diploma promulgado, provavelmente em 1446, ou um ano depois, em 1447, ainda antes de D. Pedro deixar a regência. Atribuída à obra então realizada a D. Afonso V (1446-1481), foi-lhe conferida a denominação de Ordenações Afonsinas.[69]

A codificação obedeceu à estrutura das Decretais de Gregório IX, promulgadas dois séculos antes, dividindo-se, como aquelas, em cinco livros que eram subdivididos em títulos. As regras pertinentes ao processo civil estavam dispostas no Livro III, que estava subdividido em 128 títulos.

As *sentenças* estavam disciplinadas nos Títulos 67 a 70 do Livro III, que se dividiam, em *sentenças definitivas* (III, 69) e em *sentenças interlocutórias* (III, 67), observando o códi-

68 GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. Op. cit., p. 185-193.

69 ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 269-271.

go afonsino a classificação realizada a partir da prática do processo comum italiano do século VII, época em que foi criada a *sentença interlocutória sobre a prova*[70], com a formidável ampliação que lhe foi dada pelo processo alemão e canônico intermédios.[71]

A *sentença definitiva* projetava-se no código afonsino como o provimento judicial de conteúdo substancial, que resolvia a questão principal pondo termo ao litígio e encerrando a relação processual travada entre os contendores. Era decretada a sua irrevogabilidade como regra, mas permitia-se-lhe fosse corrigida de imperfeições materiais, quando contivesse palavras *escuras* e *intrincadas* (III, 67,4). Do mesmo modo, era permitido fossem supridas, por meio de recurso, omissões formais do procedimento, com a finalidade de evitar nulidade e perda do processo com prejuízo para as partes (III.68.3 a 6).

Estava também vedada pela ordenação a prolação de *sentença extra* e *citra petita*, ao dispor que o juiz devia proferir a sentença em estrita conformidade com o pedido do autor e a defesa do réu (III.69.1). Era, ainda, vedado ao juiz prolatar *sentença incerta*, quando se tratasse de *pedido certo*, permitindo-se, porém, a *sentença condicional*, nos casos em que a Ordenação o permitisse (III.69.2).

A *sentença interlocutória*, que era admitida pela codificação afonsina, estava dividida em *sentença interlocutória simples* e em *sentença interlocutória mista*, segundo a prática que já vinha sendo admitida no direito intermédio. Acerca da primeira, não era admitido o recurso de apelação, por ser de caráter exclusivamente processual, ao passo que a segunda era recorrível pelo dito recurso, conforme autorização em lei de D. Afonso IV (1325-1357).

6.3 A evolução da sentença nas Ordenações Manuelinas

Embora tivessem as Ordenações Afonsinas solucionado os problemas da disseminação das legislações esparsas, que vinham sendo adotadas desde os primeiros tempos do novel império português, reunindo-as em codificação única, experimentou a referida codificação uma curta duração, eis que já em 1505, criava D. Manuel (1495-1521) uma comissão composta por destacados juristas para reformar o estatuto anterior. Dita comissão fora

70 CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensaios de Derecho Procesal Civil*. Trad. espanhola. v. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1949. p. 251.

71 BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. n. 5-6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 23-24.

composta por Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim, com a missão ampla de realizarem o que fosse necessário para o sucesso do empreendimento.

Acerca dos móveis que levaram o monarca determinar a realização da nova codificação estavam, na época, cercados de conjeturas, tais como uma melhor divulgação da obra com a descoberta da imprensa em fins do século XV, que ensejaria melhor divulgação do estatuto no seio da população, sendo de toda conveniência que o fosse atualizado; a de que o empreendimento estaria ligado à empolgação de D. Manuel em razão dos eventos culturais, artísticos e científicos que contemporaneamente se realizavam na Europa; e, por fim, o desejo do monarca ter seu nome ligado a uma obra jurídica de tomo, que entendia necessária, à realização da justiça.[72]

Há suposições fortes de que as Ordenações Manuelinas teriam sua primeira edição publicada já em 1514, havendo como principal argumento em favor dessa hipótese a existência de uma ordem de pagamento passada pelo Rei ao livreiro-editor Valentim Fernandes Alemão, naquela data.[73] No entanto, a versão até hoje oficial é a de que foram as Ordenações publicadas integralmente no ano de 1521.

Trouxe a codificação manuelina grandes transformações de forma e de conteúdo em relação à anterior, pois enquanto no estatuto afonsino era feita a transcrição integral dos textos legais anteriormente compilados, para após serem confirmados, alterados ou revogados, nas ordenações de D. Manuel foi usado o *estilo decretatório*, sendo a matéria versada originariamente, isto é, como se se estivesse legislando naquela oportunidade pela primeira vez.[74]

Quanto à sua estrutura, a codificação manuelina em nada difere da afonsina. Foi distribuída em cinco livros, sendo estes subdivididos em títulos e também em parágrafos.

O processo civil continuou a ser tratado no Livro III, que foi dividido em noventa títulos. De um modo geral, a matéria processual afastou-se um pouco mais das linhas do processo comum, em relação a codificação antecedente, ainda assim, a ordem do juízo foi parcialmente afetada pelo

---

72 Sobre o assunto: ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 276-277.

73 Sobre o assunto: BRACA DA CRUZ, Guilherme. O Direito Subsidiário na História do Direito Português, n. 7, nota 1, p. 309-335. In: *Obras Esparsas*. v. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1981.

74 BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *História do Direito Português*. Coimbra: Ed. Editora Coimbra, 1955. p. 390-392; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O Direito de Ser Citado*. São Paulo: Edição FIEO, Editora. Resenha Universitária, 1980. p. 287-296.

formalismo do direito comum do século XIII.

No que pertine às *sentenças*, disciplinadas nos Títulos 48 a 52 da mencionada codificação, há uma desordenada sistematização da matéria, pois a *sentença definitiva*, que resolve o mérito, qualificada como a principal provisão do juiz no âmbito processual, encontra-se disciplinada posteriormente à *sentença interlocutória*, repetindo-se o equívoco verificado também na codificação afonsina, em que havia inversão topológica entre a decisão final de mérito e a interlocutória incidente e intermediária.

A *sentença definitiva*, no código manuelino, declarava e textualmente ratificava a sua qualidade e eficácia de sentença de mérito, pois em realidade estava configurada nessa provisão judicial, quanto ao seu conteúdo, a questão principal da demanda, que já vinha sendo como tal considerada pela doutrina e pelas legislações anteriores em geral. E, para obter tais objetivos, devia o juiz observar integralmente o respectivo rito procedimental e, bem assim, analisar com seguro critério os fatos invocados pelo autor e pelos contraditados pelo réu, em face do complexo probatório, para produzir uma decisão justa. Em contraposição, era-lhe vedado proferir sentença *extra petita*, porque só ao Príncipe conferia a lei da faculdade de julgar segundo a sua consciência (III. 50.pr.).

Ao prolatar a sentença devia o juiz condenar o vencido ao pagamento das custas processuais em favor do vencedor (III.51), continuando o código manuelino a contemplar o *princípio da sucumbência*, já acolhido nas Ordenações Afonsinas.

A *sentença interlocutória*, que já vinha sendo acolhida pelos sistemas processuais anteriores, destinava-se a decidir as questões incidentes que se plantassem no transcurso do procedimento e foram, de igual modo, adotadas pelo código manuelino, acolhendo este a divisão em *sentença interlocutória simples* e em *sentença interlocutória mista*, assim classificadas por decisões do Concílio de Trento da Igreja Católica (1545-1563), que restaram aprovadas pelo Papa Paulo IV, na *Bula Benedictus Deus*, de 25 de janeiro de 1564.

Nas Ordenações de D. Manuel, seguindo a linha tradicional estabelecida pelas legislações anteriores, eram recorríveis mediante o recurso de apelação tanto as *sentenças definitivas* como as *sentenças interlocutórias mistas*, restando irrecorríveis as *sentenças interlocutórias simples*, práticas que também já vinham sendo ocorridas no passado.

6.4 O trânsito da sentença nas Ordenações Filipinas

Após à promulgação do Código Sebastiânico e ainda vigentes as Ordenações Manuelinas, surgiram as leis de 18 de novembro de 1577 e ou-

tra de 1582, que alteraram sensivelmente a ordem dos juízos, derrogando a lei de D. João III (1521-1557), sobre a matéria naquela codificação compilada. Antes, porém, já havia-se realizado o Concílio de Trento (1545-1563), no qual se manifestara pelos conciliares uma profunda preocupação da Igreja em reformar o Direito Canônico com o objetivo de fortalecer as instituições religiosas. As transformações assim votadas e aprovadas acerca da canonística foram recebidas em Portugal, devido às ligações de D. João III (1521-1557) com o clero e a presença na Corte do Cardeal D. Henrique (1578-1580), proclamado rei de Portugal, após a morte de D. Sebastião (1568-1577), neto de D. João III, em Alcácer Quibir, no ano de 1577.

Todavia, a interferência acentuada da influência canônica derivada do Concílio tridentino começava a criar obstáculos ao direito português, no âmbito da administração da justiça, recomendando a realização de uma reforma nesse setor da vida nacional. Foi assim que, assumindo D. Felipe II de Espanha e I de Portugal o governo português, devido à morte de D. Sebastião (1568-1577), e logo em seguida a do Cardeal D. Henrique, nomeava o novo monarca uma comissão de juristas composta por Jorge Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro e Duarte Nunes do Lião, em 1581, para a elaboração de novas Ordenações. Foram os trabalhos iniciados entre 1583 e 1585, segundo as conjecturas mais aceitas.

A nova codificação ficara concluída em 1595, e por lei de 5 de junho de 1595 recebia aprovação, mas esse ato não chegou a produzir efeitos. Passados mais oito anos, já então sob o reinado de Felipe II de Portugal e III de Espanha, e por lei de 11 de janeiro de 1603, era a nova compilação promulgada sob a denominação de Ordenações Filipinas.

O novo diploma legislativo declarava revogadas todas as normas legais não incluídas na compilação, ressalvadas as transcritas em livro conservado na Casa da Suplicação, das Ordenações da Fazenda e dos Artigos das Sisas.[75]

Pretenderam os compiladores do código Filipino uma simples atualização das Ordenações Manuelinas, mas o trabalho de transposição da antiga para a nova codificação não obedeceu a uma formulação adequada, daí restarem subsistentes normas revogadas ou caídas em desuso, falta de clareza em disposições remodeladas, bem como contradições entre normas novas incluídas e normas antigas que não foram eliminadas. A falta de originalidade e os defeitos apresentados pela codificação rece-

75 ALMEIDA DA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 285-287.

beram a designação de *filipismos*, em fins do Século XVIII, havendo o apelido acompanhado até o final de sua vigência.[76]

As Ordenações de Felipe II seguiram o sistema tradicionalmente adotado pelas anteriores, mediante a divisão em cinco livros, estes subdivididos em 98 títulos e parágrafos.

O processo civil encontrava-se ordenado no mesmo sistema das ordenações portuguesas anteriores, como regra geral, disciplinado no Livro III da codificação, apresentando quatro tipos de procedimentos: o procedimento ordinário, o procedimento sumário, o procedimento sumaríssimo e os procedimentos especiais. Cada um deles ritualizava-se mediante modos e formas diversas, segundo o tipo de demanda, seu valor maior ou menor e as categorias dos direitos e interesses das partes a serem tutelados.

As *sentenças* estavam classificadas em *sentenças definitivas* e em *sentenças interlocutórias*, seguindo, de igual modo, as experiências que já vinham sendo adotadas desde as codificações canônicas, herdadas estas do processo germânico antigo, como anteriormente foi neste trabalho referido.

As *sentenças definitivas* eram, na codificação de D. Felipe II, as provisões judiciais que definiam e decidiam a questão principal da demanda e encerravam a relação processual travada pelas partes. Eram proferidas pelo juiz pela forma escrita, em todos os tipos de procedimento, ou seja, no ordinário (III, 20), no sumário (III, 30.1), no sumaríssimo ou verbal (I.65.7) e nos especiais (III.25.pr.), amparando-se a decisão na prova colhida e valorada, segundo os elementos constantes nos autos, ou, como dito na linguagem da época, segundo a verdade que nos processos for *provada e sabida*. No que concerne ao conteúdo, devia a *sentença* ser *certa e determinada*, expressando-se nos limites da demanda, em obediência ao princípio de que *sententia debet esse conformis libello*. E, por adotarem tal orientação, as Ordenações de D. Felipe II vedavam expressamente ao juiz prolatar *sentença ultra, extra petita e citra petita* e, como tais, consideradas anuláveis. Além desses requisitos, era de igual modo exigida a presença do requisito interno da *motivação* (III.66.7).[77]

À *sentença definitiva anulável,* era dada pelo código filipino, em geral, a mesma solução das Ordenações anteriores, pois nesse caso a sentença *não será considerada per Direito ne-*

76 ALMEIDA DA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 287-288.

77 Sobre o tema: CRUZ e TUCI, José Rogério. Op. cit. p. 50-51.

nhuma, mas he valiosa. Em razão disso, devia ser impugnada pelo recurso de apelação pelo interessado no prazo de 10 dias, para impedir que viesse a produzir a eficácia de sentença válida e firme (III.75.2).

Inobstante, não resultava anulável a sentença pronunciada com *palavras escuras* ou *intrincadas*, pois, nesse caso, a decisão poderia ser corrigida pelo juiz prolator *ex officio*, ou mediante pedido da parte interessada (III.66.6).

Adotando disposição legal semelhante a que se continha nas codificações afonsinas e manuelinas, as Ordenações de D. Felipe II admitiam o *benefício comum* no juízo de apelação, o que significava oportunizar uma *reformatio in peius* contra o apelante e em favor do apelado (III.72.pr.).

A *sentença* proferida pelos juízes ou pelos ouvidores, devido à alta hierarquia de que estavam investidos, não era apelável, mas sujeita ao recurso de *agravo ordinário*, que anteriormente se chamou *sopricação* (III.84).

Nas Ordenações Filipinas, a *sentença* em que o juiz, ao proferi-la, tivesse se fundado em falsa prova ou a tivesse sido prolatada por juiz subornado ou peitado, estava sujeita ao recurso de *revista de justiça*, ou à *revista de graça especial*, fundada exclusivamente na autoridade e mercê do rei, na qualidade de juiz supremo (III.95.pr.).

As *sentenças interlocutórias*, que se destinavam a decidir as questões incidentes que se plantavam no transcurso do procedimento, foram, a exemplo e semelhança das ordenações portuguesas anteriores, divididas em *sentenças interlocutórias simples* e em *sentenças interlocutórias mistas*, sendo estas últimas subdivididas em *sentenças interlocutórias terminativas* e em *sentenças interlocutórias causadoras de dano irreparável ao vencido*.

As *sentenças interlocutórias simples*, que se tornaram irrecorríveis pelas decisões do Concílio de Trento (1545-1563), no âmbito da canonística, e *ab initio* no contexto do direito lusitano, com a lei de D. Afonso IV (1325-1357), passaram, quando não revogadas pelo juiz prolator, a ser impugnadas a partir das Ordenações Manoelitas pelos recursos de *agravo de instrumento* e de *agravo de petição*, fazendo-se a distinção entre esses dois recursos pelo critério geográfico ou territorial das cinco léguas da sede do juízo *a quo* ao juízo *ad quem* (III.65).[78]

78 Sobre este tema: NORONHA, Carlos Silveira. *Do Agravo de Instrumento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 27-28.

As s*entenças interlocutórias mistas*, no regime da codificação filipina, mantiveram a situação anterior, pois continuavam a ser impugnadas pelo reurso de apelação, tanto as *terminativas do processo* (III.65.1), como as *causadoras de dano irreparável ao vencido* (III.65.5).

Esgotadas as vias recursais ou na hipótese de ser a decisão irrecorrível, ou, ainda, se o vencido viesse a aquiescer à sentença que lhe fosse gravosa, transitava em julgado a decisão, tornando-a firme e imutável.

As Ordenações Filipinas, apesar de haverem sido promulgadas por um monarca espanhol, D. Felipe II, de Portugal, e D. Felipe III, de Espanha, que na época reinava sobre o Império Português, sobreviveram à Revolução de 1640, que restaurou o Reino de Portugal quando D. João IV confirmou toda a legislação castelhana, sendo o Código Filipino expressamente revigorado pela lei de 29 de janeiro de 1643.[79]

As Ordenações de D. Felipe II constituiram-se na codificação da mais extensa vigência no reino português, pois estiveram em vigor no país de origem até a edição do Código Civil Lusitano de 1º de julho de 1867. No Brasil, regeram os destinos do nosso País no período colonial até a Independência, em 7 de setembro de 1822, e, a partir da independência, prolongaram sua vigência, quando a Assembleia Constituinte e Legislativa nomeada por D. Pedro I, em data de 3 de maio de 1823, promulgava uma lei de 20 de outubro de 1823, determinando a vigência das Ordenações Filipinas para reger a vida deste País, até que leis nacionais próprias fossem pelo novo Estado organizadas e aprovadas. Como a primeira codificação civil brasileira foi editada em janeiro de 1916, com *vacatio legis* até 1º de janeiro do ano seguinte, a codificação filipina restou em vigor em nossa pátria até 31 de dezembro de 1916, referentemente à área de Direito Civil material ou substantivo (como dizem alguns), então disciplinada no Livro IV da mencionada codificação portuguesa.[80]

---

79 BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Op. cit., p. 394-400; ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 287-289.

80 ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 285, nota 2; p. 288; NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença Civil. Perfil Histórico-dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), 1995. p. 250-251.

REFERÊNCIAS

ABADIA, Jesus Lalinde. *Derecho Histórico Espanhol*. Barcelona: Edição Ariel, 1974.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudio de Teoria General e Historia del Proceso*. Tomo II. México: Edição UNAM, 1974.

ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *História de Direito Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

ARÂNGIO-RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Edição Depalma, 1952.

_____. Storia del Diritto Romano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1985.

ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cánones de la Iglesia em el Derecho Romano*. Madrid: Ed. Instituto Editorial Réus, 1954.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. Edição FIEO. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1980.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. v. I, §§ 102-103, p. 346-351. Padova: Ed. CEDAM, 1942.

BIONDO BIONDI. Appunti Intorno alla Sentenza nel Processo Civile Romano. In: *Scritti Giuridici II*. Milano: Ed. Giuffrè, 1965.

BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Milano: Ed. Giuffrè, s/data.

_____. *Lezioni sul Processo Romano Antico e Clássico*. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1968.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O Direito Subsidiário na História do Direito Português. In: *Obras Esparsas*. v. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1981.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *História do Direito Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 1955.

BÜLLOW, Oskar von. *Ecepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América (EJEA), 1964.

BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. Lisboa: Editorial Verbo, 1980.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. v. I. Napoli: Edicion Morano Editore, 1965.

CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*. I Legis Actiones. Turim: Giappichelli Editore, 1980.

_____. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*. II Processo Formulare. n. 1, p. 1-2. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1982.

_____. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*. II Proces-

so Formulare. n. 2, p. 3-4; n. 4, p. 7-11; n. 12-14, p. 46-67; n. 20, p. 51-57; n. 38, p. 163-165; n. 40, p. 175-187, nota 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. espanhola. v. III. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América (EJEA), 1949.

CÓDIGO DE HAMURABI. Babilonia. Texto traduzido em Português. Uberaba, Minas Gerais: Editora Vitória, s/d.

COSTA, Emilio. *Profilo Storico del Processo Civile Romano*. Roma: Ed. Athenauem, 1918.

_____. *Storia delle Fonti del Diritto Romano*. Milano-Turim: Ed. Fratelli Booca Editore, 1909.

COUTO e SILVA, Clóvis Verissimo do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. In: revista *Ajuris*, da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano XIV, jul. 1987, n. 40, Porto Alegre.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. n. 176. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

_____. *Vocabulário Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976. p. 537-538.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Edição Saraiva, 1987.

_____. *Da Reconvenção*. São Paulo: Edição Saraiva, 1984.

_____. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Edição Saraiva, 1987.

CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires: América (EJEA), 1957.

DE FRANCISCI, Pietro. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Trad. espanhola de Ursicino Alvarez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954.

DE PAGE, Henri de. Traité de Droit Civil Belge. Tome VI. Bruxelles, 1942.Apud: GILISSEN, John, op. cit., Introdução, p. 13.

DELLA ROCCA, Fernando. *Instituciones de Derecho Procesal Canónico*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Ed. Deselée de Brouwer, s/data.

_____. *Saggi di Diritto Processuale e Canonico*. Appunti sul Gravami nel Processo Canonico. Padova: Ed. CEDAM, 1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. *Separata da Revista Forense*, v. 334, p. 25, Cia. Editores Forense, Rio de Janeiro.

DOMINGUEZ, Lorenzo Miguélez et al. *Código de Derecho Canónico Comentado (de 1917)*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1976.

ECHEVERRIA, Lamberto et al. *Código de Derecho Canónico (de 1983)*. Prefácio. Edición comentada bilíngue (latim-espanhol). Madrid: Ed. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1985.

ENRIQUES, Enzo. La Sentenza Come Fatto Giuridico. Padova: Ed. CEDAM, 1937-XV.

FRANCA, La Rosa. *L´actio Iudicati nel Diritto Romano Classico*. Milano: Edizione Giuffrè, 1963.

GAYO. *Instituciones*. Edición Bilíngue (latim-espanhol). Trad. espanhola: Manuel Abellan Velasco et al. Madrid: Edição Civitas, 1985.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. portuguesa: A. M. Espanha; L. M. Macaista Malheiros. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

GIOMARO, Anna Maria. *La Tipicitá delle Legis Actiones e La Nominatio Causae*. Milano: Ed. Giuffrè, 1988.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Edição Instituto de Estúdios Políticos, 1968.

HERNANDEZ, Miguel Moreno. *Derecho Procesal Canónico*.Madrid: Editora Aguilar, 1956.

ITÁLIA. *Codice Civile e Leggi Collegate*. Libro Sesto: Della Tutela dei Diritti. Bologna: Ed. Zanichelli, 2007. p. 446-491.

JESUS HORTAL, Padre. *Código de Direito Canônico de 1983 comentado*. Trad. portuguesa. Comentários aos cânones 1.645 e 1.648. São Paulo: Edições Loyola, 1987. p. 704-706.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Recherces sur les Actiones de la Loi*. Paris: Edicion Sirey, 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti Sule Impugnazioni*. XIII Ristampa. Milano: Ed. Cesalpino--Galliardica, 1961.

LUZZATTO, Giuseppe Ignacio.Procedura Civile Romana. Parte II – Legis Actiones. Bologna: Ed. UPEB del Dott. Cesare Zuffi, 1948.

_____. *Il Problema d´Origine del Processo Extra Ordinem*. Bologna: Ed. Casa Editrice Prof. Ricardo Patron, 1995.

MARTINS GIGANTE, José Antonio. *Instituições de Direito Canónico*. v. I-II. Braga: Ed. Escola Tip. da Oficina São José, 1951.

MERÊA, Paulo. *Flores de das Leyes de Jacome Ruiz*. Versão portuguesa: “Flores de Direito”. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918. p. 39.

MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Juridica Romano-Canónica*. Trad. espanhola: Carlos Sierra. México: Ed. México Fundo de Cultura, 1971.

NORONHA, Carlos Silveira. Repensando a Tutela dos Direitos. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 32. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014. p. 76-97.

_____. A "Actio Iudicati" – Um Instrumento de Humanização da Execução. In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.) et al. In: *O processo de execução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 95-126.

_____. *Do Agravo de Instrumento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Sentença Civil*: Perfil Histórico-dogmático. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), 1995.

PALAZZOLO, Nicola. *Processo Civile e Política Giudiziária del Principato*. Turim: Ed. Giappichelli Editore, 1980.

PAOLI, Ugo Enrico. *Studi Sul Processo Áttico*. Padova: Ed. Cedam, 1933.

PELLEGRINO, Piero. *II Provedimenti Interlocutori nella Teoria Canonistica delle Impugnazini*. Padova: Ed. CEDAM, 1969.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo I, Prefácio. Rio de Janeiro: Edição Borsoi, 1970. p. XV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Tomo I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

PRATA, Edson. *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. Trad. espanhola. n. 12. México, D.F.: Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, 1985.

SCHIALOJA, Vittorio. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*. Roma: Ed. Anonima Romana Editoriale, 1908.

_____. *Procedimiento Civil Romano*. Trad. espanhola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1954.

SURGIK, Aloisio. *Compêndio de Direito Processual Canônico*. Curitiba: Edição Livro é Cultura, 1988.

ULHOA CINTRA, Geraldo de. *História da Organização Judiciária e do Processo Civil*. Tomo I. São Paulo/Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1970.

SOCIEDADE DIGITAL E OS NOVOS RUMOS DO DIREITO SUCESSÓRIO

Cristiano Colombo[1]

1 INTRODUÇÃO

A evolução do processo comunicacional, partindo da oralidade à era digital, estabeleceu novos desafios na construção da hodierna sociedade, exigindo sério debruçar-se pela ciência jurídica. À luz da interdisciplinaridade, a História e a Sociologia permeiam o trilhar deste estudo, a fim de enxergar o futuro do direito sucessório.

Questões como: O que fazer com as informações, os arquivos, as fotografias, quando os usuários morrem? Como sopesar o interesse privado e o interesse coletivo? Como os direitos de personalidade, inclusive o direito de privacidade, poderão contribuir para este estudo?

Dividir-se-á o presente estudo em dois capítulos: o primeiro, em que se buscará descortinar aspectos históricos, bem o atual estágio da sociedade digital; no segundo capítulo, estudar-se-á a história do direito da sucessão, e, ao final, buscar-se-á trazer propostas acerca dos próximos passos a serem perseguidos, harmonizando a sociedade digital ao direito sucessório.

---

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 1999; e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2004. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu, bem como no Curso Verbo Jurídico.

Nesse sentido, o presente tema, que aproxima a tecnologia da morte, representa o momento de sedimentação do estudo histórico e sociológico, no rumo de uma *lege ferenda.*

2 DA SOCIEDADE DIGITAL

2.1 Da história à sociologia: a construção da sociedade digital

Para a hodierna intelecção da Ciência Jurídica, é mister valer-se de um olhar interdisciplinar, ou seja, ultrapassar o horizonte teórico[2] delineado somente por uma área do saber, apropriando-se de seus mais variados campos.[3] É debruçar-se sobre a História e a Sociologia, reconhecendo a primeira como aquela que diz respeito ao passado e a segunda que se concentra nas ações do presente.[4]

A análise desprovida de seu viés histórico deságua, desafortunadamente, na "perda da dimensão sapiencial do direito", como acentuou Grossi:[5]

> Acredito piamente – e escrevi muitas vezes nos últimos tempos, tornando-me quase monótono – que um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequação cultural. [...] O direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária; essa visão, consolidada, mesmo recentemente pelo furor da influência kelseniana, tem um custo que, na nossa opinião, é altíssimo: a perda da dimensão sapiencial do direito.

---

2 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso.* Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em dezembro de 1970. Trad.: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

3 ARAÚJO, Inês Lacerda. Formação discursiva como conceito chave para a arqueogenealogia de Foucault. *Revista Aulas*, Campinas, n. 3, p. 1- 24, dez. 2006/mar. 2007.

4 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia.* Trad.: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

5 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade.* Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 13-15.

Nesse sentido, afastando-se de uma visão meramente legalista, é que se passa a estudar a evolução histórica-social da humanidade em direção à sociedade digital, para, a partir daí, construir o discurso jurídico, resgatando:

> O caráter ôntico do direito como fisiologia da sociedade, a ser descoberto, lido na realidade cósmica e social e traduzido em regras. [...] liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro.[6]

Observa Azambuja[7] que a sociedade dos insetos vale-se de uma interação química para estabelecer laços interrelacionais, o que se denomina de "trofolaxe", enquanto o ser humano vale-se da linguagem, ou seja, a "trofolaxe social" humana. No transcurso dos tempos, a linguagem tomou diferentes formas. Mais remotamente, pautava-se pela oralidade, sem a intervenção da escrita.[8] Acentua Azambuja:[9] "Assim, em tais sociedades toda a produção e transmissão do conhecimento, a organização da memória e inteligência coletiva e dos valores ancestrais dependiam quase que exclusivamente da oralidade". Inclusive, mesmo na antiguidade clássica, em uma época de transição, existiam grandes defensores da comunicação oral, podendo-se relacionar entre eles o filósofo grego Sócrates, que se negou a escrever os seus estudos, tendo suas lições chegados até os dias de hoje pelas mãos de Platão.[10]

Nem os ideogramas, tampouco os hieróglifos, foram tão importantes para o fenômeno da "destribalização" da comunicação, em matéria escrita, como o alfabeto fonético.[11] Os desenhos eram compreendidos no âmbito

---

6 Ibidem, p. 25.

7 AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo Digital Sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital.* Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012.

8 Nas palavras do autor: "Socrates stood on the border between that oral world and the visual and literate culture. But he wrote nothing. The Middle Ages regarded Plato as the mere scribes or amanuensis of Socrates" (MACLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy.* The making of Typographic Man. Toronto: Toronto University Press, 2011. p. 23).

9 AZAMBUJA, op. cit., p. 435.

10 Nas palavras do autor: "Socrates stood on the border between that oral world and the visual and literate culture. But he wrote nothing. The Middle Ages regarded Plato as the mere scribes or amanuensis of Socrates" (MACLUHAN, op. cit., p. 23).

11 Nas palavras do autor: "No pictographic or ideogrammic or hieroglyphic mode of writing has the detribalizing power of the phonetic alphabet" (Ibidem, p. 22).

dos pequenos grupos, enquanto o alfabeto fonético venceu as fronteiras, alastrando-se pelo mundo. Na lição de Azambuja:[12] "A invenção da escrita dá à memória e ao pensamento humano um novo suporte físico, além dos recursos da oralidade".

No século XV, com a disseminação da imprensa, de "modo massivo e dominante",[13] opera-se a denominada "Galáxia de Gutenberg", estabelecendo a grande metamorfose.[14] A invenção da tipografia trouxe uma emergente tecnologia mecânica com a escrita impressa,[15] modificando, mais uma vez, o comportamento social. O conhecimento se expande para localidades distantes, para os tradicionais centros de estudo e pesquisa.[16] O livro e o jornal passam a ser as "interfaces privilegiadas de comunicação".[17]

Outro elemento importante para difusão do conhecimento foi o desenvolvimento tecnológico em matéria de meios de transportes, o que, sem dúvida, influenciou o meio social:

> Nos tempos (não tão antigos, para falar a verdade) em que eram os pés humanos ou as patas de cavalos os únicos equipamentos de viagem, a resposta à pergunta "O quão distante é daqui a vila seguinte?" seria "Se partir agora, estará lá por volta do meio-dia"; ou "Você não chegará antes do crepúsculo. É melhor pernoitar na pensão". [...] A distância transformou-se, então, em uma questão de meio de transporte a ser usado, que não era sempre o mesmo e dependia de ter recursos para viajar de trem, ônibus, automóvel e avião. [...] Podemos falar que, durante a maior parte da história da humanidade, não havia muito a distinguir entre transporte e comunicação.[18]

Nesse sentido, Bauman[19] identifica o surgimento da era do "software", com a invenção do rádio e do telégrafo:

> Contudo, em paralelo a essas invenções, germinava uma nova era de "software", com descobertas como o telégrafo e o rádio – neles encontramos os meios de transmitir informação pura a longas distâncias sem

12 AZAMBUJA, op. cit., p. 268.

13 Ibidem.

14 MACLUHAN, op. cit.

15 Ibidem.

16 AZAMBUJA, op. cit..

17 Ibidem, p. 499.

18 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia.* Trad.: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 176-177.

19 Ibidem, p. 176-177.

> necessidade de uma pessoa ou qualquer outro corpo físico mover-se de um lugar para outro.

A revolução tecnológica existente, em matéria de transporte de informação, diminuindo as distâncias e propulsando o deslocamento, de igual forma representa um novo cenário:

> Enquanto um jornal impresso deveria ser entregue um a um, ser transportado de casa em casa, de cidade em cidade, de país a país, de mão em mão, o rádio vai permitir um deslocamento, em tempo real, da informação e sua possibilidade de transmissão e consumo instantaneamente.[20]

Lentonturier,[21] por sua vez, referindo-se às "galáxias", sinaliza a denominada "Galáxia de Marconi", diante da utilização do rádio como meio de comunicação que acabou por conformar a tribo mundial:

> Dans le développement du processus de communication, on peut distinguer trois étapes: le stade primitif de la société sans écriture, dans lequel lusage de la parole fait prédominer l'ouïe; la "galaxie Gutenberg", où l'imprimerie multiplie les informations visuelles, mais parcellise linformation et la nature humaine (ce qui entraîne le travail à la chaîne, le nationalisme en politique, etc.; la "galaxie Marconi" ou ère électronique, qui propose un message simplifié mais global et reconstitue la famille humaine en une seule tribu mondiale.

No tocante à sociedade digital, estágio atual do desenvolvimento humano, todos são "atores individuais" e participantes de uma "rede de interdependência",[22] sendo o próprio objeto do estudo sociológico.

Dessa forma, cresce a importância da sociologia, na medida em que "pensa de forma relacional", como

---

20 AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo Digital Sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital.* Nova Petrópolis: Editora Nova Harmonia, 2012. p. 511.

21 Tradução livre do autor: "No desenvolvimento do processo de comunicação, pode-se distinguir três etapas: o estado primitivo da sociedade sem escrita, na qual o costume da palavra faz predominar a oralidade; a "Galáxia de Gutenberg", onde a imprensa multiplicou as informações visuais, mas parcelou a informação e a natureza humana (este que treinou o trabalho em canais, o nacionalismo em política, etc.); a "Galáxia de Marconi" ou era eletrônica, que propõe uma mensagem simplificada, mas global, e reconstituiu a família humana em uma só tribo mundial" (LETONTURIER, Éric. *Fiche de Lecture*. Paris: Encyclopaedia Universalis France S.A., 2013. p. 80).

22 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia.* Trad.: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 17.

"rede de relação social".[23] O crescimento das redes sociais, propulsado pela franca aceleração da comunicação, por meio da tecnologia da informação, acaba por trazer efeitos diretos sobre as pessoas, modificando o seu sentido de "espacialidade dos locais" e, por conseguinte, seus hábitos e comportamentos.[24] A própria ideia de distância, "de afastamento ou proximidade",[25] leva em conta o tempo, quanto ao número de horas, minutos, ou mesmo, segundos para alcançar.

É o que se depreende das lições de Lorenzetti:[26]

> O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade e à liberdade. O caráter aberto, interativo e global da internet, somado aos baixos custos da transação que apresenta como tecnologia, produzem um grande impacto em uma ampla categoria de questões pertencentes à sociologia jurídica e, logo, na dogmática: a noção de tempo, espaço, fronteira estatal, lugar, privacidade, bens públicos e outras que aparecem igualmente afetadas.

Portanto, sobretudo a noção de tempo, de espaço e, principalmente, de privacidade, deve ser objeto de cuidadosa apreciação pelos que se dedicam ao estudo do Direito.

Na sociedade digital, a informação move-se independente dos corpos físicos, permitindo que grupos de pessoas se comuniquem, vencendo a distância geográfica.[27] A velocidade da comunicação dá-se no tempo de transmissão dos sinais eletrônicos.[28] A "Word Wide Web" acaba por se tornar uma nova forma de "trofolaxe humana", fazendo com que o consumidor seja proativo, produzindo e consumindo a comunicação.[29]

As atividades que ocorriam tão somente fisicamente passam a ser eletrônicas: surge a comunicação por e-mail, bem como o Facebook, substituindo o correio convencional; o Skype, como

---

23 Ibidem, p. 26.

24 Ibidem.

25 Ibidem, p. 176.

26 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

27 BAUMAN, op. cit.

28 Ibidem.

29 AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo Digital: Sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital.* Nova Petrópolis: Editora Nova Harmonia, 2012.

sucedâneo das reuniões e dos encontros presenciais; e, ainda, a "cloud computing", para armazenamento de informações (imagens, fotografias, documentos, músicas, etc.), otimizando o arquivamento de dados, a saber:

> Many of the activities that once occurred solely in the physical world, including communications with one another, are increasingly moving to the digital world. What was once a letter to a friend is now a Facebook message a call to a loved one is now a Skype chat; a private meeting with a business partner is now a video conference call. In short, the cloud is revolutionizing not only how we compute, but also how we live. Where individuals once locked personal or business papers solely in a desk drawer or filing cabinet, they now also store them on someone else's computer.[30]

É o que leciona Edwards e Waelde,[31] identificando o crescimento do meio digital: "The enormous success of eBay, Facebook, Google, Second Life or Amazon illustrates how consumers and businesses alike have embraced electronic commerce and the Internet in the last decade".

Crítica bastante pertinente é que novas habilidades, com novas ferramentas, acabam por afastar as antigas habilidades, e, se por um lado, é possível realizar as tarefas com mais rapidez (ou autonomia), por outro, acaba por aumentar a dependência do ser humano às novas tecnologias.[32]

Importante destacar que, nos primeiros anos da internet, parte considerável dos operadores do Direito eram defensores de um ambiente livre de regulação, sem leis, como noticia Edwards e Waelde:[33]

> The early years of the Internet saw, on the part of some advocates at least, a brave vision of cyberspace as a lawless anarchic frontier free of the deadening hand of the lawyer and the industry monopolist, in no need of the laws and regulations that tie us down in the physical world.

Assim, identifica Lorenzetti,[34] ao tratar acerca do caráter refratário do ciberespaço às regras legais:

---

30 THOMPSON, Richard. M. *Cloud Computing:* Constitutional and Statutory Privacy Protections. Washington: Congressional Research Service, 2013. p. 5.

31 EDWARDS, Lilian; WAELDE, Charlotte. *Law and Internet.* Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 89.

32 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia.* Trad.: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

33 EDWARDS, op. cit., p. 4.

34 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.50.

> Existe um novo espaço: o cibernético (ciberespaço), diferente do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o que converte em um objeto refratário às regras legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos.

Todavia, neste novo cenário apresentado pela sociedade digital, sensível ao operador do direito no que concerne ao estudo da sociologia, é que se observa um campo de conflitos normativos, inclusive, muitas vezes, de autonomia, devendo-se questionar acerca de sua regulação ou de livre atuação.

2.2 Da era da desordem

Ulpiano estabelecia fronteiras bastante delimitadas entre o campo do Direito Público e o do Direito Privado, conforme a intitulada Teoria dos Interesses. Nesta linha, quando a finalidade interessava ao Estado, tratava-se de Direito Público, por outro lado, ao se voltar a interesses individuais, tratava-se de Direito Privado.[35] Conforme os ensinamentos de Silva:[36]

> [...] o Direito Constitucional e o Direito Privado eram considerados territórios autônomos, incomunicáveis, consequência natural da separação nítida entre o Estado e a sociedade, própria à concepção liberal então dominante; por outro lado, porque vigorava uma neutralidade valorativa que definia o Direito Privado.

Ao utilizar o Código Civil, fechava-se a Constituição, e vice-versa. Tratava-se do denominado "mono-sistema".[37]

Lorenzetti[38] intitulou o momento histórico supramencionado, como a "era da ordem", a saber:

> Já houve uma "era da ordem", na qual o âmbito do direito público estava perfeitamente diferenciado do âmbito do direito privado, de tal modo que podia ser desenvolvida uma dogmática baseada em ambas as esferas

---

35 "Ius publicum, dizia Ulpiano (D.I,1,1,2), est quod ad statum rei Romanae spectat, priuatum quod ad singulorum utilitatem" (direito público é o que diz respeito ao interesse do Estado Romano; direito privado o que se refere ao interesse dos particulares" (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 85).

36 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 21.

37 IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

38 LORENZETTI, op. cit., p. 39.

> independentes. As fontes eram autônomas e únicas: o direito público era tratado na Constituição, e o direito privado nos Código Civil e Comercial. As esferas de ambos continham pressupostos claros e princípios autônomos e tinham autossuficiência, de modo que não precisavam uma da outra.

Por outro lado, prosseguiu o mesmo autor, na atualidade estabeleceu-se a "era da desordem",[39] uma vez que cada vez mais o direito público dialoga com o direito privado, por sua constitucionalização, assomado à descodificação, inclusive, por meio do que intitulou de "big bang legislativo", com a implosão da visão totalizante do Código Civil.[40] De tal arte, opera-se a criação de microssistemas, a saber:

> O Código, concebido como totalidade, enfrenta o surgimento dos microssistemas, caracterizados por normas com grande grau de autonomia, já que apresentam fontes próprias, leis, regulamentos, interpretação, congressos científicos, com uma especificidade que se acentua até se constituírem como subsistemas regulados.[41]

Importa destacar que novos fatos jurídicos merecem novas soluções jurídicas, não podendo ser resolvidas a partir das receitas já conhecidas, segundo leciona Rodotà:[42] "L'intreccio tra innovazione tecnologica, mutamento sociale e soluzioni giuridiche pone ogni giorno problemi di fronte ai quali spesso appaiono del tutto improponibili i vecchi criteri, le ricette conosciute".

Para que as inovações legislativas sejam implementadas, haverão de se observar características próprias desta sociedade digital, reconhecendo suas peculiaridades que apontam para a criação de um microssistema próprio. É o que Lorenzetti[43] aponta:

> Há certo consenso de que existe crise das visões totalizadoras, e que o fenômeno do multiculturalismo é inegável. No plano jurídico surgem interesses individuais que entram em conflito horizontal de grande complexidade, na medida em que fazem explodir todo o texto unificador. O legislador enfrenta problemas para manter o caráter "geral", que é próprio da lei, já que em muitos temas sensíveis teria de fazer uma lei para cada um dos indivíduos que postu-

---

39 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

40 Ibidem.

41 Ibidem, p. 44.

42 RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti.* Bologna: Il Mulino, 1995. p. 9.

43 LORENZETTI, op. cit., p. 53.

> la seus interesses. No plano setorial acontece algo similar: o problema das denominadas "leis promocionais", que subsidiam alguma atividade específica, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais para alcançar equiparação com o obtido por outro grupo ou superá-lo.

Completa o mesmo autor:

> É um espaço do anonimato, um não lugar, pela despersonalização que apresenta, em que o indivíduo ingressa sem que sua história individual interesse suas características, e onde prolifera o simulacro das identidades. É um "não lugar global", no sentido da transnacionalidade e atemporalidade, já que parecem indiferentes à história e ao futuro. [...] É um espaço com todas as características da pós-modernidade, e fraturado em múltiplos territórios caracterizados pela diferença: clubes, grupos, subgrupos, reunidos em torno de todo tipo de interesse hiperespecializado; domínios, subdomínios, nacionais, educativos ou comerciais. Parece, pois, não ter a característica essencial para se definir como tal; na tradição se estende o espaço como "continente de todos os objetos sensíveis que existem", mas no caso da internet não há continente nem objetos sensíveis.[44]

Ademais, valores constitucionais devem permear a análise da sociedade digital, conforme Marques,[45] que assim se refere à teoria de Erik Jayme, demonstrando o liame entre o Direito Público e o Direito Privado:

> O Leitmotive, elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caso legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que é real. Os direitos humanos seriam as "normas fundamentais" e estes direitos, incluídos na Constituição, influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas também como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.

Nessa linha, Rodotà[46] reconhece que, nesta seara, a intervenção do Estado deve proteger a privacidade das pessoas, à luz do princípio da

---

44 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

45 MARQUES, Laudatio. Para Erik Jayme: memórias e utopia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar. 2003. p. 61.

46 RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti.* Bologna: Il Mulino, 1995. p. 111-113.

dignidade da pessoa humana e do direito de privacidade:

> L'alternativa, a questo punto, è quella bem nota tra accetazione incondizionata della logica del mercato e creazione di un quadro istituzionale caratterizzato anche della imposizione di forme di tutela delle informazioni personali; tra diritto alla privacy come vincolo al gioco spontanteo delle forze e diritto alla privacy como mera attribuzione di titoli di proprietà liberamente negoziabili sul mercato; tra situazioni di inalienabilità dei diritti individuali e possibilità di disporre di tali diritto attraverso il consenso informato. [...] Qui non si tratta di respingere 'il paternalismo' del legislatore, invocando la libertà di scelta di ciascuno: si trata, allo stesso tempo, di registrare realisticamente i limiti del consenso individuale, inevitabili quando si è in presenza di forti disvelli di potere nelle relazioni di mercato, e di determinare gli standard minimi per la protezione effettiva di diritti fondamentali.

Importa destacar, ainda, que assim leciona Limberger:[47]

> Pode-se concluir que a tutela dos direitos da pessoa deve ser compatibilizada com as exigências do mundo atual, que almeja a liberdade de informação e a livre circulação dos dados. Em última análise, a informática é algo que já se incorporou na vida quotidiana moderna. Hoje, não se vislumbra retrocesso. O desafio é como proteger os dados informatizados frente a uma sociedade e um mercado cada vez mais livres de fronteiras. A globalização pressupõe e propõe uma economia sem fronteira e sem regulamentação. No entanto, não se pode desprezar anos de construção de direitos fundamentais e mudar isso por uma única lei, a lei de mercado, e a ilusão que o mercado tudo regulará.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade devem ser sopesados na construção e aplicação de regras que tratem acerca da sociedade digital.

3 NOVOS RUMOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA ERA DIGITAL

3.1 Da história do Direito das Sucessões

Se a sociedade evoluiu da comunicação fundada na oralidade para a era digital, de igual forma também há que se tecer novos rumos ao direito sucessório. Na antiguidade clássica, os gregos identificavam a morte como

47 LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

uma mera mudança da existência, uma nova condição, inclusive roupas, armamentos e vasos eram deixados nos túmulos.[48] As oferendas afastavam o morto da fome perpétua.[49] A sucessão tinha como finalidade a continuação do culto, a partir da hereditariedade, em que o sucessor passa a ter a administração dos bens que eram de seu pai. De igual forma, os romanos compreendiam que o sucessor era o "continuador da própria pessoa do falecido",[50] passando a tomar o "lugar do causante".[51] Scialoja[52] lecionou que a morte do *pater* tornava o grupo acéfalo, figurando o seu herdeiro na direção familiar, administrando "elementos ativos e passivos de seu patrimônio". Ademais, três eram as funções da sucessão: não permitir que os credores do morto vendessem o seu patrimônio para saldar as dívidas, o que geraria difamação à memória do falecido; o continuador da sucessão era um novo devedor; teria a função de sacerdote da religião familiar.[53] Entre os teutões, os bens deveriam permanecer em condomínio,[54] servindo à comunidade familiar.[55] O povo germânico primitivo não elaborou uma "ideia endogênica de transmissão de bens".[56]

No Direito Medieval, a sucessão significava a continuidade do feudo,

---

48 COULANGES, Numa Denis Fustel de. *Cité antique*. p. 8-10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ga000425.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

49 Ibidem.

50 PETIT, Eugène. *Traité élémentaire de droit romaine*. Paris: Rosseau, 1925. p. 560-561.

51 KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste, 1999. p. 365.

52 SCIALOJA, Vittorio. *Diritto ereditario romano*: concetti fondamentali. Padova: CEDAM, 1934. p. 7.

53 "Quand un chef de famille mourait, il était donc essentiel que ses sacra privata ne fussent pas interrompu. Pour en assurer la perpétuité, les pontifes avaient décidé que l'héritier aurait, avec la fortune du défunt, la charge du culte privé" (PETIT, Eugène. *Traité élémentaire de droit romaine*. Paris: Rosseau, 1925. p. 540).

54 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Leçons de droit civil:* successions – libéralités. v. 4. Paris: Montchrestien, 1999.

55 SILVA, João Gomes da. *Herança e sucessão por Morte*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

56 NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária.* Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 77.

com base na masculinidade e na progenitura do filho.[57] O feudo era indivisível, dada a sua função militarizada.[58] A sucessão, portanto, tinha como fundamento a família e a propriedade. Na Revolução Francesa, os privilégios da primogenitura e da masculinidade cessaram.[59] Dessa forma, estabeleceu-se tratamento igualitário entre os herdeiros.[60] Com o Código Civil Napoleônico, preservou-se o princípio da igualdade entre os filhos, no entanto, ressalvas aos filhos adulterinos.[61]

Em Portugal, buscava-se manter os bens na família, a partir do conceito de troncalidade, estabelecendo uma reserva sucessória.[62] Havia ainda o regime dos morgados, quanto aos bens da Coroa Portuguesa, no sistema de manutenção da unidade da casa familiar.[63] Com o Código Civil Português de 1867, a partir da solidariedade familiar, houve o reconhecimento do direito de suceder, estendido aos filhos naturais.[64] O vigente direito sucessório português, a partir

57 MAZEAUD, op. cit.

58 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad.: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste, 1995.

59 SAVATIER, René. *Cours de Droit Civil.* Paris: Librairie Generale de Droit e de Jurisprudence, 1951.

60 "Enfin, elle superposa à ces directrices une véritable mystique égalitaire, obligeant, dans tous le cas, le père ou la mère à ne faire, dans l'attribution de leur succession, aucune différence entre leurs enfant legitimes, et même naturels, si du moins, la filiation de ces derniers était régulièrement prouvée" (Ibidem, p. 196).

61 Ibidem.

62 Ibidem.

63 Ibidem.

64 A saber: "O phenomemo natural da procreação já nos vimos, que originava a família natural, porque também é fonte das relações necessarias de mutua condicionalidade entre procreador e procreado. Na hypothese, portanto, em que procedencia dos filhos naturaes ou legitimos é egualmente consanguinea e uterina, o facto da procreação é comum a todos e identico na pessoa do procreador. Logo, com relação a este, uns e outros filhos pertencem á mesma familia natural: logo devem succeder egualmente nos bens do procreador comum" (CALLISTO, Avelino Cesar Augusto Maria. *Os filhos naturaes, legalmente perfilhados ou reconhecidos, antes ou depois do matrimonio, devem ter uma legítima egual á dos filhos legítimos, de qualquer dos paes perfilhantes.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1871. p. 33-35. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1201.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013).

de uma codificação de 1966, à luz da Constituição Portuguesa, de 1976,[65] passou a tratar de forma igualitária os seus filhos, havidos ou não dentro do casamento.[66]

No Brasil, a legislação precodicista refletia a legislação reinícola das ordenações e dos alvarás, que refletia uma visão patrimonialista. Com o advento do Código Civil de 1916, estabeleceu-se um diploma com base na sociedade patriarcal:

> A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico.[67]

Sendo assim, Gomes[68] referiu que:

> No campo do direito hereditário, a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostenta-se em traços berrantes. Para facilitar a conservação do patrimônio formado pelo chefe de família e atender à preocupação, muito difundida, de garantir o futuro dos filhos, preservando-os da adversidade ou prevenindo-lhes a estroinice, permite a substituição fideicomissária, considerada obsoleta já naquele tempo, e confere ao testador o direito incondicionado de gravar os bens dos herdeiros, mesmo os que constituem a legítima, com a cláusula de inalienabilidade vitalícia.

A partir deste escorço histórico é que se pôde verificar que o direito sucessório refletiu os valores implementados para cada época, em que a terra, o patrimônio, era o centro. Contudo, não se pode julgar os momentos históricos passados com os olhos do presente sem sopesar a sua situação social peculiar, sob pena de pecar pelo anacronismo. Pois então, questiona-se: Como deve ser a construção do direito sucessório diante da sociedade digital?

3.2 Novos rumos do Direito das Sucessões frente à sociedade digital

Segundo Lorenzetti,[69] tem-se que "todos os campos do Direito Priva-

65 TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*. Coimbra: Coimbra, 1996.

66 VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 5.

67 GOMES, Orlando. *Direito Privado (Novos Aspectos).* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 94.

68 Ibidem, p. 89.

69 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 254.

do" devem guardar uma "perspectiva constitucional",[70] tendo a Constituição como o "Sol" e centro do "novo sistema solar".[71]

Nesse sentido, a sucessão também deve estar sob o amparo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da solidariedade social, nos veios dos artigos 1º, III, e 3º, I da Constituição Federal, voltando-se a uma visão existencialista. Tepedino[72] aponta esta evolução no direito sucessório do patrimonialista para os valores socialmente relevantes:

> Por fim, a forma dos atos jurídicos que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situação de vulnerabilidade.[73]

Portanto, o direito sucessório, na era digital, deve ser visto sob uma visão "constitucionalizada" e "despatrimonializada".[74] Os bens, atualmente, não são tão somente físicos, pois: a) nas nuvens, estão armazenados inúmeros dados (profissionais, pessoais, obras intelectuais), com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial;[75] b) nos e-mails, informações sigilosas, de hábitos e costumes, sexuais, de saúde, envolvendo, inclusive, terceiros; c) no Facebook, não é incomum identificar perfis de pessoas mortas, que mesmo passados anos, seus dados são de possível acesso.

Assim, o que fazer quando os usuários morrem? Como lidar com o direito de personalidade e de privacidade? Até que ponto a constitucionalização irá pautar este tratamento legislativo?

A resposta poderia ser simples: se o falecido deixou a senha tudo certo,

---

70 Ibidem, p. 252.

71 Ibidem, p. 145.

72 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 14.

73 Idem, p. 15.

74 Ibidem.

75 "Cloud computing is fast becoming an integral part of how we communicate with one another, buy music, share photos, conduct business, pay our bills, shop, and bank." (THOMPSON, Richard. M. *Cloud Computing:* Constitutional and Statutory Privacy Protections. Washington: Congressional Research Service, 2013. p. 4).

acesso irrestrito, caso contrário, não. Este raciocínio não é cabível, pois nem todas as pessoas deixam a chave de seus apartamentos ou cofres, e, contudo, não há qualquer dúvida no que toca ao acesso de seus familiares.

Não há dúvida que se verifica uma imensa dificuldade em tratar acerca da morte, o que também se verifica na relação da tecnologia, como ensina Seminerio:[76]

> A finitude é uma realidade, é nossa própria realidade como seres humanos, como seres existentes, porque tudo o que existe apresenta esta condição. No entanto, no ser humano há um conflito permanente, que é a tentativa contínua em todo os seus atos de a ultrapassar, de a transcender. Deste conflito resultam dois aspectos também contraditórios e conflitantes: por um lado, um desejo à ação, à realização – é aquilo que cria a história e a cultura, e, por outro, uma sensação de desespero, de desânimo ao verificar os limites que lhe são impostos.

O que na verdade há que ser desenvolvida é uma cultura que enfrente a morte, na área da tecnologia, criando setores ou formulários em que o usuário possa dar o adequado destino aos seus dados.

Nesse sentido, há que se ponderar a necessidade da regulação legislativa, visto que os serviços informáticos estão marcados pela disparidade de poderes, no confronto entre o fornecedor e o consumidor, como leciona Rodotà,[77] a saber:

> Si può aggiungere più in generale, che l'utente di servizi informatici e telematici si trova in una situazione di marcata disparità di potere nei confronti del fornitore di tali servizi, così che non si può a rigore parlare di un consenso liberamente manifestato per le transazioni riguardanti la privacy.

Rodotà[78] acentua quatro tendências para os dados, desde a liberdade ao controle total:

> L'ambiente nel quale opera la nozione di privacy viene così ad essere caratterizzato dai tre paradossi già enunciati e da quatro tendenze che possono essere così sintetizzare: 1) dal diritto d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla privacy al diritto all'autodeterminazione

---

76 SEMINERIO, Franco Lo Presti. Existência e Finitude. In: PY, Ligia (org.). *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999. p. 9; 21-30.

77 RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti.* Bologna: Il Mulino, 1995. p. 55.

78 Ibidem, p. 108.

informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controlo.

Assim, o direito de intimidade/privacidade, a *privacy*, deve ser reconhecido como um direito fundamental, acompanhado de um regime de exceções.[79] Afastando-se de uma visão eminentemente utilitarista.[80]

Sob este ponto de vista, no que toca às "cloud computing", ou seja, às nuvens que armazenam dados, incumbe destacar que se poderia estabelecer diferentes grupos de dados, incluindo desde setores personalíssimos, em que seria imediatamente destruído, quando da morte do usuário, bem como setores de informações profissionais, intelectuais, cujo acesso seria franqueado aos seus sucessores, inclusive visto terem repercussões econômicas. O que não poderia acontecer é ver o direito de privacidade violado, tendo como argumento único o econômico. Isto representaria a contramão da história até então desenvolvida.

De tal arte, o usuário, como condição para utilização desses recursos, já se manifestaria acerca de suas opções, sendo aplicada uma regra padrão em caso de silêncio.

O mesmo quanto aos e-mails, visto que seria possível criar caixas acessíveis e inacessíveis aos seus sucessores.

No que toca ao Facebook, já há um formulário próprio acerca da temática, para que familiares avisem da morte, transformem o perfil em um memorial, bem como serviços como "If I die", que se aplica a situações em que as pessoas, em falecendo, deixam mensagem aos seus amigos.[81]

Enfim, há muito que se desenvolver.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, tornou-se possível tecer as seguintes considerações finais:

A uma, identifica-se, no transcurso histórico, a evolução da comunicação da linguagem oral para a linguagem escrita, até atingir o digital;

---

79 Ibidem.

80 "Críticos do utilitarismo apontam esses episódios como provas de que a análise de custo e benefício leva a enganos e que atribuir um valor monetário à vida humana é moralmente errôneo" (SANDEL, Michael J. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 59).

81 SAIBA como desativar perfil de usuário do Facebook que morreu. *G1 on line.* 25 abr. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/saiba-como-desativar-perfil-de-usuario-do-facebook-que-morreu.html>. Acesso em: 24 jul. 2013.

A duas, estabeleceu-se uma sociedade digital, com novos desafios, que destoam do tradicional tratamento legislativo, sobretudo no que tange ao tempo e ao espaço;

A três, o direito das sucessões deve acompanhar a evolução digital, buscando dar-lhe adequado tratamento;

A quatro, o direito das sucessões deve, à luz da ordem constitucional, determinar a regulamentação no mundo digital, sobretudo, atenta ao direito de personalidade e "privacy";

A cinco, para cada ferramenta tecnológica deve o legislador dar o seu enfrentamento, respeitando as suas peculiaridades, criando setorizações de informações;

A seis, deve o mundo digital, tão avançado, estar sensível à relação entre a tecnologia e à morte.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Formação discursiva como conceito-chave para a arqueogenealogia de Foucault. *Revista Aulas*, Campinas, n. 3, p. 1-24, dez. 2006/mar. 2007.

AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo Digital Sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Trad.: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CALLISTO, Avelino Cesar Augusto Maria. *Os filhos naturaes, legalmente perfilhados ou reconhecidos, antes ou depois do matrimonio, devem ter uma legítima egual á dos filhos legítimos, de qualquer dos paes perfilhantes.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1871. p. 33-35. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1201.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *Cité antique*. p. 8-10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ga000425.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

EDWARDS, Lilian; WAELDE, Charlotte. *Law and Internet*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso:* aula inaugural no Collège de France, pronunciada em dezembro de 1970. Trad.: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad.: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste, 1995.

GOMES, Orlando. *Direito Privado (Novos Aspectos).* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade.* Florianópolis: Boiteux, 2007.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

KASER. Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste, 1999.

LETONTURIER, Éric. *Fiche de Lecture*. Paris: Encyclopaedia Universalis France S.A., 2013.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy.* The making of Typographic Man. Toronto: Toronto University Press, 2011.

MARQUES, Laudatio. Para Erik Jayme: memórias e utopia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar. 2003.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Leçons de droit civil:* successions – libéralités. Paris: Montchrestien, 1999. v. 4.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária.* Rio de Janeiro: Forense, 1957.

PETIT, Eugène. *Traité élémentaire de droit romaine*. Paris: Rosseau, 1925.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti.* Bologna: Il Mulino, 1995.

SAIBA como desativar perfil de usuário do Facebook que morreu. *G1 on line.* 25 abr. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/saiba-como-desativar-perfil-de-usuario-do-facebook-que-morreu.html>. Acesso em: 24 jul. 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SAVATIER, René. *Cours de Droit Civil.* Paris: Librairie Generale de Droit e de Jurisprudence, 1951.

SCIALOJA, Vittorio. *Diritto ereditario romano:* concetti fondamentali. Padova: CEDAM, 1934.

SEMINERIO, Franco Lo Presti. Existência e Finitude. In: PY, Ligia (org.). *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999. p. 21-30.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e.; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, João Gomes da. *Herança e sucessão por Morte*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*. Coimbra: Coimbra, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THOMPSON, Richard. M. *Cloud Computing:* Constitutional and Statutory Privacy Protections. Washington: Congressional Research Service, 2013.

VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*. v. 5. Coimbra: Coimbra, 2010.

ALIENAÇÃO PARENTAL E MEDIDAS COERCITIVAS

Dani Niderau Camargo Machado[1]

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, abordaremos a alienação parental e as medidas coercitivas que a Lei da Alienação Parental traz em seu texto como forma de cessar os atos alienatórios praticados pelo genitor alienante. Analisaremos se as medidas elencadas no artigo 6º da Lei 12.318/2010 são realmente eficazes no combate à prática de alienação parental, verificar a possibilidade da aplicação de mais de um meio coercitivo, conforme o grau de alienação parental existente no caso concreto.

Na primeira parte do trabalho, abordaremos alguns aspectos da alienação parental, na segunda, trataremos das medidas coercitivas que a Lei da Alienação Parental traz como forma de cessarem os atos de alienação parental.

Inicialmente, faremos um breve histórico da alienação parental, desde a sua primeira abordagem pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner no ano de 1985, bem como definiremos alguns atos característicos de alienação parental e os motivos que levam um genitor a tentar afastar o filho do outro genitor. Muitas vezes, utiliza-se de falsas denúncias de abuso sexual para tentar destruir a relação de afeto existente entre o filho e o outro genitor, pois, com a repetição dessas notícias, as crianças realmente passam a crer na história contada pelo genitor alienador, levando para o resto da vida esse trauma desnecessário.

---

1 Advogado especializado em Direito Processual Civil.

Trataremos dos objetivos que a Lei da Alienação Parental quer trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como inibir e punir o genitor alienante para que não pratique os atos de alienação parental, proteger o melhor interesse da criança ou do adolescente para que tenha um convívio sadio com ambos os genitores. Para isso, a lei traz ao magistrado diversos instrumentos para garantir que os atos cessem e seja retomada a convivência do genitor alienado com o filho.

Analisaremos a eficácia da Lei da Alienação Parental como medida coercitiva, pois, se no decorrer do processo restar comprovada a existência dos atos de alienação parental, o magistrado deverá adotar medidas para anular os efeitos já produzidos no caso concreto. O magistrado poderá utilizar as medidas coercitivas que a lei prevê, de forma isolada ou combinada, a fim de solucionar e cessar os atos de alienação parental praticados pelo genitor alienador.

Abordaremos neste trabalho os sujeitos que integram a alienação parental, falaremos do sujeito como instrumento de vingança (o filho), quando um dos genitores tenta afastá-lo da vida do outro genitor. Trataremos do sujeito alienador, que é aquele que pratica os atos de alienação parental, e, por último, o sujeito alienado, que é o genitor que recebe as condutas difamantes do genitor alienador e se vê privado do convívio saudável com o filho.

Por fim, trabalharemos as medidas coercitivas elencadas no artigo 6º, da Lei da Alienação Parental, que visam cessar os atos de alienação parental.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental foi tratada pela primeira vez pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, no ano de 1985, indicando a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treinava com o intuito de romper os laços afetivos em relação ao outro cônjuge ou companheiro, criando sentimentos de ansiedade e temor perante o outro genitor. Esse tema era uma referência às ações de guarda que existiam nos tribunais americanos, onde, claramente era percebida a alienação parental.[2]

A alienação parental consiste em um processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores (genitor alienado) sem justificativa, esse processo é influenciado pelo outro genitor (genitor alienante), com quem a criança cria uma espécie de vínculo de dependência afetiva,

2 ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 42-43.

assim, estabelecendo um pacto de lealdade de forma inconsciente com o genitor que as promove. Após a formação da alienação parental, o vínculo da criança com o genitor alienado torna-se irremediavelmente destruído. Porém, para que se configure efetivamente a alienação parental, é necessário estar seguro que o genitor alienado não mereça ser rejeitado e odiado pela criança, por meio de comportamentos depreciáveis.[3]

O fenômeno da alienação parental normalmente está relacionado a uma situação de ruptura da unidade familiar, causada pela separação dos genitores. Com a separação, um dos genitores, geralmente aquele que detém a guarda do infante, começa a fomentar inverdades, ilusões, criadas para intervir negativamente na formação psicológica do filho, visando dificultar a relação que existe com o outro genitor.[4]

Com a separação dos genitores, muitas vezes, um deles não consegue suportar adequadamente esse fato, o sentimento de rejeição, a raiva pelo fato de uma traição, surgindo, assim, um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito em relação ao outro genitor. Então, é realizada uma espécie de "lavagem cerebral" feita pelo genitor guardião, comprometendo seriamente a imagem do outro genitor, ao narrar de forma maliciosa fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme o relato do genitor alienador. Aos poucos, a criança e o adolescente passam a se convencer da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera a destruição dos sentimentos e do vínculo entre o genitor e o filho, restando órfão do genitor alienado, e se identificando com o genitor alienador, aceitando os fatos narrados como verdadeiros.[5]

Não raro, um dos genitores, até mesmo de forma involuntária, tenta implantar na criança ou no adolescente (o seu próprio filho, neto, enteado) a sua verdade dos fatos sobre o relacionamento que não prosseguiu e que restou fracassado, creditando ao outro cônjuge ou companheiro a responsabilidade exclusiva, denegrindo a personalidade alheia e passando à

---

3 SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada*: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011. p. 207.

4 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-47.

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 451-452.

imagem de vítima. É um processo que estabelece o comportamento de "lobos e cordeiros". Uma perturbação da relação afetiva que existe entre a criança ou do adolescente e um (ou ambos) dos genitores ou entes da família.[6]

Muitas vezes, por se tratar de chantagens de extrema violência mental, sem a criança ter o mínimo de defesa, acredita piamente que o genitor visitante não lhe faz bem, e a criança expressa isto de forma exagerada e injustificada para rejeitar o contato com o genitor alienado. Há casos mais severos em que o genitor alienante acrescenta uma falsa acusação de agressão ou abuso sexual. Uma mãe ou um pai paranoico, que aos poucos programa no filho sentimentos igualmente paranoicos em relação ao genitor alienado, provavelmente terá desenvolvido elos psicológicos mais fortes com seu filho; esse vínculo não será sadio e sua presença doentia é um grande argumento para recomendar a troca de guarda da criança.[7]

O processo de denegrir a imagem moral do genitor alienado perante os filhos é uma espécie de abuso psicológico – sutil, subjetivo e difícil de mensurar de forma objetiva, mas poderá trazer consequências psicológicas e gerar problemas psicológicos pelo resto da vida. Em contrapartida, a principal acusação contra o genitor alienado é que o mesmo tenha praticado abuso sexual, especialmente se os filhos são pequenos e de fácil manipulação. Outras acusações de abusos, como as que deixam marcas (como a física), são menos frequentes.[8]

É muito difícil a identificação da existência ou não dos episódios de alienação parental. Há dificuldade em se reconhecer que se está diante da alienação parental e que a denúncia de abuso foi levada a efeito por um espírito de vingança, para, assim, acabar com o relacionamento existente entre o genitor alienado e o filho.[9]

Pode ser agente da alienação parental não apenas a figura dos pais, mas a do avós ou de quaisquer pessoas que tenham de alguma forma a responsabilidade sobre a guarda ou vigilância da criança ou do adolescente. Pode ocorrer o caso de a criança estar na guarda de uma família acolhedora

---

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57.

7 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 449.

8 SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada*: conquistas para a família. p. 209.

9 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 453.

ou por ato de uma babá, estando qualquer um deles ou em abjeto e malicioso concerto de usurpação da inocente vontade da criança, estabelecendo uma campanha de desqualificação do genitor alienado. A prática da alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de uma convivência familiar saudável, gerando prejuízo para a realização de afeto nas relações com o genitor alienado e o grupo familiar.[10]

A alienação parental pode ser evidenciada de diversas formas, uma delas está na contínua desautorização promovida pelo genitor alienante quanto às determinações e condutas promovidas pelo genitor alienado, tirando a autoridade parental que existe perante este, criando no filho a imagem de que tudo que o genitor alienado faz é errado e que não deve ser realizado, sendo que somente as condutas e os comportamentos que deverão ser respeitados é o da figura do genitor alienador. Tais atitudes do genitor alienador culminam com a dificuldade do exercício da autoridade parental do genitor alienado e, como consequência, determina o seu afastamento da vida do filho, que é o principal objetivo do genitor alienador.[11]

Como consequências dos atos praticados pelo genitor alienador, surgem diversos problemas na criança ou no adolescente vitimado pela alienação parental. Podem aparecer sintomas como depressão, ansiedade, pânico, desatenção, uso de drogas e álcool, tendência ao suicídio, dificuldade de relações estáveis na fase adulta, problemas quanto à sexualidade, falta de sensibilidade mora, falta de remorso, com propensão à psicopatia, sérios problemas de agressões físicas e morais nas escolas.[12]

A alienação parental quando levada ao Poder Judiciário, gera situações das mais delicadas. De um lado, há o dever do magistrado de imediatamente tomar uma atitude e, de outro, surge o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que não lhe causou nenhum mal e com quem mantém excelente convívio. Mas, como o magistrado tem o dever de assegurar a proteção integral, de modo frequente reverte a

---

10 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 451.

11 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. p. 54.

12 VIEIRA, Patrício Jorge Lobo. O Dano Moral na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 31. ed. dez./jan. 2013. p. 97.

guarda ou suspende as visitas e determina a realização de estudos sociais e psicológicos. Esses procedimentos muitas vezes são demorados, o que faz cessar a convivência entre pais e filhos durante esse processo.[13]

3 OBJETIVO DA LEI 12.318/2010

Com a dura realidade da alienação parental, em que pais que jogam com a estrutura psíquica dos filhos para confundirem e atordoarem, com as suas desinteligências mentais, a harmonia familiar, urgentes demandas devem interromper tal círculo criminoso. A sociedade, em geral, necessita de pais vigilantes e juízes atentos, na busca da eficiente correção processual desses covardes desmandos contra a inocência e impotência de uma criança. Devem ser priorizadas as decisões judiciais capazes de preservar a estabilidade emocional e a formação espiritual dos filhos, vítimas inocentes e indefesas dos atos de alienação parental.[14]

Muito embora, antes do advento da Lei da Alienação Parental já fosse possível utilizar outros instrumentos no ordenamento jurídico para inibir e punir os atos do genitor alienador, a norma especial traz em seu corpo possibilidades específicas de regramento em auxílio ao magistrado. A correta utilização e a compreensão da interdisciplinaridade de sua aplicação determinarão a plena eficácia da norma.[15]

A Lei da Alienação Parental não tratou de síndrome, como, em regra, vinham fazendo os autores, ainda influenciados pelos estudos de Richard Gardner. Uma decisão acertada, já que síndrome é conceituada como conjunto de sintomas e manifestações. A Lei da Alienação Parental, em vez de falar em síndrome, tratou de prática de "ato de alienação parental" e o fez propositalmente com o intuito de que a constatação e o enfrentamento da alienação parental se deem muito antes de instaurada uma síndrome. Tanto é que a Lei da Alienação Parental cuidou de exemplificar em seu texto diversos atos que caracterizam a alienação parental e, consequentemente, fere direito fundamental da criança ou do adolescente de conviver em uma família saudável, prejudica

---

13 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 452.

14 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. p. 449-450.

15 DUARTE, Marcos. *Alienação Parental*: Comentários Iniciais à Lei 12.318/2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/697>. Acesso em: 08 abr. 2015.

as relações de afeto com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente, ainda caracteriza descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. Dessa forma, o legislador intentou que houvesse o enfrentamento e a inibição de todo e qualquer ato caracterizador da alienação parental, uma vez que esta se evidencia em diversos níveis, pois toda e qualquer conduta de um genitor (ou responsável) que tenha como objetivo impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos do filho com o outro genitor deve ser tido como ato de alienação parental, independentemente de a conduta ser exercida em contexto de disputa pela guarda.[16]

Assim, como praticamente impossível, ou muito difícil, determinar os motivos que levam a prática da alienação parental, o legislador buscou ao elaborar um rol meramente exemplificativo de condutas promovidas pelo genitor alienador que podem caracterizá-la, pois, o objetivo maior da norma é a proteção do interesse da criança e do adolescente que ficam privados, de alguma forma, do convívio com o genitor alienado. Diante da extrema gravidade das consequências impostas ao genitor alienador, bem como da potencial realidade dos fatos depreciativos impostos ao outro genitor, as condutas descritas na Lei da Alienação Parental não têm o condão de tornar objetivas as situações caracterizadas, podendo, algumas delas, serem promovidas como uma real forma de proteção da criança e do adolescente.[17]

A Lei da Alienação Parental destaca formas exemplificativas e genéricas sobre a alienação parental. Releva o poder discricionário do magistrado que poderá declarar outros atos percebidos no contato com os pais ou analisados em perícia interdisciplinar. Nesse patamar estão as formas mais comuns de identificação da alienação parental. A campanha de desqualificação da conduta do genitor alienado no exercício da paternidade ou maternidade; os impedimentos causados pelo genitor alienador ao exercício da autoridade parental, ao contato do filho com genitor, exercício da convivência familiar; a omissão de informações pessoais relevantes sobre o filho, inclusive escolares, médicas e altera-

16 COSTA, Sirlei Martins da. Violência Sexual e Falsas Memórias na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 26. ed. Fev/Mar 2012. p. 74.

17 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental.* p. 52.

ções de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor alienado, contra familiares deste ou contra avós, para dificultar a convivência deles com o filho e mudar o domicílio para local distante, sem qualquer justificativa, no intuito de dificultar a convivência do filho com o outro genitor e com os demais familiares deste.[18]

Constatada a alienação parental ou outra conduta que dificulte a convivência entre um dos genitores e o filho, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal contra o genitor alienador, poderá o magistrado advertir o genitor alienador; ampliar o regime de convivência familiar em prol do genitor alienado; aplicar multa ao genitor alienador; inverter a guarda ou alterá-la para guarda compartilhada. O magistrado poderá até suspender o poder familiar contra o genitor alienador.[19]

A Lei de Alienação Parental, assim como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 visam proteger a criança e seus direitos fundamentais, preservando, dentre vários direitos, o seu convívio com a família e a preservação moral dela, diante de um fato que por si só os atinge. Existindo indícios da prática de alienação parental, a lei prevê a instauração de procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária, adotando as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica da criança. Verificada a realização da perícia psicológica ou biopsicossocial, o laudo deverá ser apresentado em até 90 dias.[20]

O magistrado deve ficar atento na aferição da existência ou não da alienação parental, por maior e mais vasta seja a sua experiência, pois, muitas vezes no caso concreto é difícil essa percepção, vez que podem ser passadas por situações corriqueiras, se analisadas isoladamente, mas que, no fundo, conjugadas, mostram a voracidade da alienação parental. Nesse sentido, a Lei da Alienação Parental reforça o enfoque multidisciplinar, para que através dos laudos técnicos, estudos e testes, seja promovida a análise cuidadosa do caso, tão logo perceba (provocado pelas partes

---

18 DUARTE, Marcos. Op. cit.

19 DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental*: uma nova lei para um velho problema! Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>. Acesso em: 08 abr. 2015.

20 ARAÚJO, Ynderlle Marta de. *A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/876>. Acesso em: 08 abr. 2015.

ou por dever de ofício) indícios que possam levar à existência da alienação parental.[21]

Primeiramente, se os peritos estão autorizados pela Lei da Alienação Parental a terem acesso ao histórico completo da separação e/ou dos conflitos que existem entre o casal ou pelos membros da família que estejam praticando atos de alienação parental, é evidente que no momento da audiência, quando muitas vezes os ânimos se acirram, poderão fornecer elementos úteis à formação da convicção sobre o caso concreto. Além do mais, a doutrina reconhece que tanto o magistrado como o membro do Ministério Público e os advogados normalmente não têm um conhecimento técnico adequado referente a matérias estranhas ao Direito e, dessa forma, a presença de técnicos especializados poderá ser de grande valia.[22]

Assim, Denise Maria Perissini da Silva defende que os integrantes da equipe biopsicossocial participem das audiências em que figurem casos de alienação parental, nas quais poderão observar as partes. Lembrando que há delimitações do campo de atuação destes profissionais, cuja violação prejudica a amplitude da Psicologia e das competências dos operadores do Direito, pois o laudo pericial é apenas mais um elemento de prova dentro dos autos, e não se constitui no julgamento final do caso concreto.[23]

A Lei da Alienação Parental esclareceu, também, como o Poder Judiciário poderá agir para tentar reverter a situação de alienação cometida pelo genitor alienador. O magistrado pode, por exemplo, afastar o filho da convivência da mãe ou do pai, mudar a guarda e o direito de visita e até impedir a visita. Como última solução, o magistrado pode ainda destituir ou suspender o exercício do poder parental.[24]

A Lei da Alienação Parental se constitui, induvidosamente, em um significativo avanço e uma importante ferramenta jurídica para buscar minimizar os efeitos destrutivos da

---

21 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. p. 67-68.

22 MOLD, Cristian Fetter. Reflexões Sobre a Lei n. 12.318/2010. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 58.

23 SILVA, Denise Maria Perissini da. A Ética do Psicólogo Jurídico em Acusações de Abuso Sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: IBDFAM/RT, 2010. p. 274.

24 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

alienação parental, pois pela mecânica legal, mesmo havendo um indício leve da prática de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em ação própria ou em qualquer ação incidental, como, por exemplo, em processos de divórcio, de disputa de guarda, de alimentos, uma vez ouvido o Ministério Público, podem ser tomadas medidas de urgência para preservar a integridade psicológica do filho, inclusive para assegurar a convivência deste com o genitor alienado ou efetivar a reaproximação entre ambos. Deve ser assegurado ao filho e ao genitor alienado a garantia mínima de visitação assistida, salvo em casos de risco iminente que possam causar à criança prejuízo físico ou psicológico, atestado por profissional designado pelo magistrado para o acompanhamento das visitas.[25]

4 A EFICÁCIA DA LEI 12.318/2010 COMO MEDIDA COERCITIVA PARA CESSAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Antes da Lei da Alienação Parental, era comum que o genitor alienado ficasse vários anos sem contato com o filho, ou seja, o genitor alienador atingia, dessa forma, seu intuito de anular a participação do outro genitor na vida do filho. Atualmente, todos os processos em que forem detectados indícios de alienação parental terão prioridade na tramitação do processo, com isso, visando trazer celeridade à demanda.[26]

Se diante das provas produzidas no decorrer do processo restar configurada a prática da alienação parental por um dos genitores, deverá o magistrado tomar providências objetivando cessar os efeitos já produzidos, bem como evitar que a prática continue, de modo a preservar a relação existente entre a criança ou o adolescente e o genitor alienado. As providências judiciais que poderão ser tomadas dependerão do grau em que se encontre o estágio da alienação parental praticada. Todas as medidas coercitivas postas à disposição do magistrado são para atender o melhor interesse da criança ou do adolescente, afastando os malefícios que a alienação parental proporciona, sendo que, passado o mal, ou seja, não havendo mais a ocorrência da alienação parental, poderá o magistrado suspender a res-

25 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. p. 451-452.

26 ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando Nós e Criando Laços*: os novos desafios da alienação parental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 120.

trição imposta ao genitor alienador, diante da dinâmica da própria vida.[27]

Qualquer que seja a determinação perante os atos de alienação parental, ou qualquer ato que venha embaraçar o direito de convivência entre pais e filhos, mostra-se importante que a prova pericial produzida indique a melhor forma possível de combater os malefícios causados na criança ou no adolescente e ao genitor alienado. Assim, o magistrado terá a liberdade de estabelecer, mediante análise técnica promovida pelos profissionais que atestaram a presença de alienação parental, a solução mais adequada ao caso, segundo o nível de gravidade de cada caso concreto, utilizando-se de medidas processuais e materiais que estão exemplificadas na Lei da Alienação Parental. Apesar de ser possível enxergar na lei certa graduação referente à gravidade da medida imposta, não há como evidenciar uma sequência rígida para a sua aplicação, ou seja, para que se tenha uma medida mais robusta, como, por exemplo, a modificação de guarda, o juiz não está condicionado a antes ter promovido a advertência quanto a prática da alienação parental. Assim, o magistrado tem total liberdade para determinar a medida mais adequada ao caso, ou a conjugação de medidas que entenda se encaixar ao caso em questão.[28]

As consequências da alienação parental são angustiantes até para o magistrado, pois, além dos dramas decorrentes das práticas dos atos de alienação parental, em muitos casos haverá dano psicológico até por decorrência de medidas adotadas pelo juízo, quando, em casos excepcionais, mesmo por falta de oitiva da parte contrária em nível de contraditório diferido, houver, por exemplo, suspensão de visitações até conclusão da perícia multidisciplinar, ou visitas monitoradas, no fórum. Nesses casos, e, também, em várias outras situações que podem ocorrer, como se recuperar o tempo perdido? Como se resgatar meses e anos sem contato do genitor alienado e o filho? E os problemas pessoais gerados na criança ou no adolescente e no próprio genitor alienado?[29]

---

27 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. p. 70-72.

28 Idem.

29 VIEIRA, Patrício Jorge Lobo. O Dano Moral na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 104.

O uso de qualquer medida exige cautela do magistrado e mesmo a medida legal (ou judicial) deve, se possível, ser discutida com a equipe multidisciplinar selecionada ao caso, pois, em algumas situações pode até acirrar a disputa, como ocorre algumas vezes com a fixação de multa – a partir de um montante exigível, instaura-se mais um litígio, cujo fim é o recebimento do valor. Por outro lado, outras medidas podem ser adotadas, embora não previstas na lei, mas autorizadas no ordenamento jurídico, sempre com a finalidade de despertar no genitor alienador a autocrítica capaz de fazê-lo perceber o mal que causa ao filho. A especialização dos operadores do direito acerca da alienação parental constitui verdadeiro mecanismo de combate ao problema. Ademais, deve se esgotar todas as possibilidades de diminuição do dano, evitando, assim, medidas drásticas, pois, apesar de todas as dificuldades e do mal que a alienação parental representa, é necessário tomar cuidado para que as medidas adotadas não se tornem, a longo prazo, verdadeira efetivação de outra alienação: agora do genitor que um dia foi o alienador. A medida que se torna mais eficaz é sempre aquela que busca conscientizar e promover uma mudança de postura no genitor alienador.[30]

5 SUJEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

5.1 O sujeito enquanto instrumento de vingança

Como reflexo dos atos da alienação parental, a criança poderá desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional das crianças, já percebidos pelos estudiosos na fase adulta, em vítimas de alienação parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal-estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por

30 COSTA, Sirlei Martins da. Violência Sexual e Falsas Memórias na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 79.

ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado.[31]

A criança manifesta ódio pelo genitor alienado, fazendo falsas acusações contra o genitor, pelas quais não demonstra nenhum remorso, e faz questão de não ser cooperativo ou amigável durante os momentos da visita, ou, tem crises de cólera ou raiva em algum momento, sem razão aparente. A criança mente, exagera ou disfarça a verdade, tentando manipular o interlocutor, e trata o genitor alienado como um verdadeiro inimigo ou um simples desconhecido cuja proximidade é recebida como agressão.[32]

Outro elemento bastante comum da existência de alienação parental é que o sentimento de repulsa ou animosidade desenvolvido contra o genitor alienado atinge também toda a sua família e amigos. A criança tem um discurso pronto, com termos inadequados para sua idade, e no qual os genitores são descritos de modo maniqueísta: um é inteiramente bom e o outro inteiramente mau. Apesar disso, a criança afirma que ninguém a influencia e que chegou sozinha a todas as suas conclusões. A criança aprende cedo a manipular, mencionando apenas meias verdades, enredando-se em mentiras e falsas emoções e torna-se prematuramente apta a decifrar o ambiente emocional.[33]

Na alienação parental é possível destacar três estágios, o leve, o médio e o grave. No estágio denominado leve, o filho convive com o genitor alienado sem grandes dificuldades. Nesse estágio, acontecem apenas alterações naturais que ocorrem após a separação dos genitores.[34]

Pois, uma vez distante do genitor alienador, a criança cessa ou torna bem raras e discretas o conjunto de manifestações de desmoralização do outro genitor, mantendo sua ambivalência e sentimentos de culpa ou remorso normais, e tendo uma convivência normal para a família e amigos

---

31 PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Identificação, Tratamento e Prevenção. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 19. ed. dez./jan. 2011. p. 9.

32 Idem, p. 11.

33 Idem, p. 12.

34 LIMA, Carmem Tassiany Alves de. *A Síndrome de Alienação Parental:* um novo enfrentamento para o assistente social do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.ambito-juridico. com. br/site/ ?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11079&revista_caderno=12>. Acesso em: 26 mai. 2015.

do genitor alienado. Os laços da criança com ambos os genitores são ainda fortes e sadios e seu comportamento durante a visita é considerado bom.[35]

O estágio considerado médio é marcado pela constante provocação do genitor alienante, que usa de falsas histórias e as repete com frequência, atuando na depreciação do genitor alienado, induzindo o filho a nutrir sentimentos de rancor, ódio e medo perante o outro genitor.[36] Em razão da natureza repetitiva e intensa dos atos do genitor alienante, o filho apresenta confusão diante da "realidade" mostrada pelo genitor alienante e daquela que ainda enxerga, além de apresentar sentimentos de culpa pelos atos que pratica contra o genitor alienado.[37]

A criança, sem nenhuma culpa ou ambivalência, e negando qualquer influência externa, recusa-se a ir com o genitor alienado, diversificando argumentos e absurdos. A criança vê os genitores de forma maniqueísta; generaliza sua animosidade com todos os familiares do outro, bem como para seus amigos; simula situações e sentimentos inexistentes; e mantém um comportamento hostil e provocador durante as visitas, muito embora, depois de algum tempo afastado do genitor alienador, possa ir se tornando mais cooperativo. Nesse estágio, os laços com ambos os genitores ainda permanecem fortes, embora já considerados patológicos.[38]

No terceiro estágio, denominado grave, o filho sofre de fortes perturbações mentais e crises de alucinação, dispensando a figura do genitor alienante para continuar nutrindo o ódio e o medo pelo genitor alienante. Isso acontece porque o filho já está totalmente corrompido e mantém sentimentos negativos face ao outro genitor, tornando impossível e/ou insuportável a realização de visitas nesta fase da alienação parental, devido à agressividade da criança.[39]

---

35 PAULO, Beatrice Marinho. Op. cit., p. 12.

36 LIMA, Carmem Tassiany Alves de. *A Síndrome de Alienação Parental:* um novo enfrentamento para o assistente social do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.ambito-juridico. com. br/site/ ?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1 1079&revista_caderno=12>. Acesso em: 26 mai. 2015.

37 DIAS, Arlene. *Lei da Alienação Parental é Realidade.* Disponível em: <http://www.oabpa.org.br/ index.php?option=com_content&view=article&id=383:.>. Acesso em: 26 mai. 2015.

38 PAULO, Beatrice Marinho. Op. cit., p. 12.

39 LIMA, Carmem Tassiany Alves de. Op. cit.

A própria criança faz forte campanha de desmoralização do genitor alienado, não demonstrando culpa ou ambivalência; simula situações e sentimentos inexistentes; recusa-se a fazer qualquer ato com o genitor alienado, utilizando justificativas diversas e fúteis; nega qualquer influência do genitor alienador em suas opiniões e reações em face do alienado; generaliza a animosidade para qualquer pessoa que tenha alguma relação com o genitor alienado. O laço afetivo com o genitor alienador permanece forte, embora patológico, mas o que havia com o genitor alienado parece desfeito, em meio à patologia e à paranoia.[40]

Em geral, os filhos estão perturbados e frequentemente fanáticos, compartilham as mesmas paranoias que o genitor alienador tem em relação ao genitor alienado. Podem ficar em pânico apenas com a ideia de ter que visitar o outro genitor. Todos esses sintomas reforçam o laço patológico que têm com o genitor alienador.[41]

Nesse estágio, o filho compartilha da mesma posição do genitor alienante em relação ao genitor alienado, colaborando com seus atos. Muitas vezes, o afastamento atinge o seu pico, levando ao rompimento total dos vínculos afetivos, os quais podem não ser restabelecidos com o tempo.[42]

5.2 O sujeito alienador

Os motivos que podem levar o genitor ao comportamento alienador são diversos, vão desde ciúmes pelo fato do ex-companheiro começar um novo relacionamento amoroso, inconformismo pelo rompimento do relacionamento e consequente declínio no padrão socioeconômico comparado ao que tinha pela ocasião do relacionamento, até pela simples maldade, característica da personalidade perversa. Há diversas características marcantes na personalidade de um genitor alienador, podemos destacar: pais ansiosos, egocêntricos, agressivos, instáveis, controladores, apresentando em muitos casos personalidade perversa.[43]

Em alguns casos podemos encontrar nos genitores alienadores caracte-

---

40 PAULO, Beatrice Marinho. Op. cit., p. 13.

41 LONGANO, Vanessa Arruda. *Formas de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.fmr.edu. br/npi/npi_alienacao_parental.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

42 DIAS, Arlene. Op. cit.

43 MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 42.

rísticas de personalidade psicopática, evidenciada pela satisfação com o resultado gerado pela prática dos atos de alienação parental, mesmo diante do sofrimento do filho. Nesses casos, os genitores alienadores sentem-se vitoriosos em momentos estressantes e dolorosos em que a criança está recusando-se aos gritos em acompanhar o genitor alienado ou manter-se no mesmo ambiente que ele para que possa ser examinado o vínculo por ocasião da perícia multidisciplinar.[44]

Com manifestações de grande egoísmo, o alienador não visa o melhor interesse da criança, mas, a satisfação de seus sentimentos pobres, como de vingança e punição ao ex-companheiro. O genitor alienador apresenta muitas vezes frieza emocional, que são demonstradas ao relatar situações que deveriam trazer-lhe sofrimento e dor, como se a ele não dissessem respeito ou como se não percebesse o sofrimento causado a criança.[45]

5.3 O sujeito alienado

Ao genitor que está sofrendo a alienação, deve ser explicado, minuciosamente, os mecanismos pelos quais a alienação parental se desenvolve, para que o genitor entenda que o inverso do amor não é o ódio, mas sim a indiferença, de modo que a animosidade da criança encobre, em verdade, sua afeição reprimida, por mais estranho que possa aparecer. Assim, ele deve aprender a não dar muita importância aos ataques que lhes são dirigidos pela criança, entendendo-os como resultado da programação que feita pelo genitor alienador. Deve lhe ser apresentado pelo terapeuta que, se as visitas continuam acontecendo, por mais difíceis que estejam acontecendo, é porque existe ainda o desejo por parte da criança, pois, quando ela realmente não quiser mais ir, como no estágio grave de alienação parental, elas não acontecem. Quando necessário, o genitor pode se fazer acompanhar pela polícia, no momento da busca do filho, para legitimar seu direito e justificar a ida da criança perante o genitor alienador. O terapeuta também deve advertir que os momentos de cólera que os filhos têm durante a visita são muitas vezes necessários para que eles tenham o que contar ao genitor alie-

---

44 MOTTA, Maria A. P. A síndrome da alienação parental. In: Associação de Pais e Mães Separados (organização). *Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 42.

45 MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 43.

nador, como síntese da visita, ainda que ignorando os outros 95% de bons momentos vividos com o outro genitor. Os momentos de cólera podem também ser manifestação da confusão interna vivida pelo filho, devido ao conflito que existe entre os genitores.[46]

Em casos de denúncias falsas de abuso sexual, o genitor alienado pode perder a confiança social, pois, passa a ser considerado um "monstro", uma pessoa indigna de confiança, constrangido, pode perder amigos, trabalho e ameaça da perda da liberdade por encarceramento. Muitas vezes, ocorre a desestruturação emocional, profissional e familiar. Situação esta que pode ser devastadora, devendo ser a investigação minuciosa e sem parcialidade primordial em casos de acusações deste tipo.[47]

O genitor alienado deve aprender que o melhor antídoto para falsas alegações é uma vivência real e sadia e que uma relação baseada em amor verdadeiro é mais sólida que uma relação baseada no medo. O genitor deve procurar, assim, gerar um ambiente oposto ao ofertado pelo genitor alienador, onde o filho possa manifestar todas as suas impressões e sensações, quer sejam estas positivas ou negativas, com relação a ambos os genitores. Para que isto aconteça, o genitor alienado, durante as visitas da criança, não deve pensar em nada além de se divertir com o filho, conversando sobre os bons tempos vividos juntos, multiplicando as atividades compartilhadas, os intercâmbios e as brincadeiras "secretas", como decifrar palavras em um código que apenas eles têm acesso ou descobrir as músicas preferidas uns dos outros.[48]

6 MEDIDAS COERCITIVAS

Sendo identificada a prática de alienação parental, torna-se imprescindível que o magistrado impeça o seu desenvolvimento, impedindo que a síndrome da alienação parental venha se instalar posteriormente. Não é possível exigir do magistrado uma formação em psicologia, mas o que não se pode tolerar é que diante de algum elemento de identificação de alienação parental, não atue com máxima urgência, devendo adotar

46 PAULO, Beatrice Marinho. Op. cit., p. 20.

47 LONGANO, Vanessa Arruda. *Formas de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.fmr.edu. br/npi/npi_alienacao_parental.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

48 PAULO, Beatrice Marinho. Op. cit., p. 20.

medidas cabíveis para minimizar este problema.

A Lei da Alienação Parental determina que estando o magistrado munido do laudo psicológico ou biopsicossocial deverá se pronunciar sobre a configuração ou não dos atos alienação parental. Se estiverem comprovados tais atos, poderá o magistrado cumulativamente, ou não, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal aplicável ao caso concreto, adotar medidas coercitivas disponíveis na lei, objetivando anular os efeitos promovidos, bem como evitar que a conduta do genitor alienante se agrave.[49]

6.1 Advertência

A Lei da Alienação Parental tem o intuito de manter os laços familiares, protegendo o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente. Para isso, o magistrado poderá, após a oitiva do Ministério Público, declarar a ocorrência de alienação parental e promover a advertência ao genitor alienante, quando informará sobre as consequências dos atos por ele praticados, bem como dos prejuízos ao desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente. Assim, podemos notar que esta medida, que possui caráter preventivo e assecuratório, poderá ser aplicada isoladamente, quando o magistrado confrontar-se com uma situação mais simples, ou, poderá ser o início do combate à alienação parental, sendo, posteriormente, aplicados outros mecanismos, igualmente previstos na Lei.[50]

Ao perceber os atos de alienação parental promovida pelo genitor alienador, poderá o magistrado apenas declarar a sua ocorrência e adverti-lo quanto aos atos praticados, para que estes terminem, sendo que tal procedimento poderá ser suficiente para que se restabeleça a normalidade na relação com o genitor alienado. A advertência consiste em advertir o genitor alienador no esclarecimento dos malefícios que acarretam a prática da alienação parental, principalmente em relação ao filho envolvido, bem como

---

49 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação Parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

50 LOUREIRO, Daniele de Almeida Bezerra. *A Eficácia da Lei 12.318 de 2010*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-da-lei-12318-de-2010>. Acesso em: 26 mai. 2015.

advertir sobre as consequências que a reiteração dos atos de alienação parental pode causar ao alienante, aplicando outros meios de coerção que estão previstos na Lei da Alienação Parental.[51]

Esta medida coercitiva é recomendada nos casos em que o processo de alienação parental é diagnosticado precocemente, pois, pelo simples fato da sua aplicação, o genitor alienador poderá cessar os atos de alienação contra o genitor alienado.[52]

Em termos práticos, essa medida poderá não atingir o resultado almejado, que é cessar os atos de alienação parental. Pois, para que um caso de alienação parental seja levado ao Judiciário, a conduta do genitor alienador muitas vezes já é tamanha, que uma simples advertência não alcançaria o efeito almejado, devendo, nesses casos mais graves, a aplicação de outras medidas coercitivas de forma simultâneas.[53]

6.2 Ampliação da convivência

Outro meio que poderá ser adotado como medida coercitiva é ampliação da convivência familiar em favor do genitor alienado. O legislador tentou buscar uma forma de restabelecer o convívio do filho com o genitor alienado, desfazendo o distanciamento ocasionado em razão das práticas de alienação parental. A ampliação da convivência também poderá ser adotada nos casos de alienação parental contra algum parente da criança.[54]

Deve o magistrado ampliar a convivência, restaurando de imediato o convívio parental, antes que o pior aconteça, qual seja o estado de higidez mental da criança, que pode ser tornar irreversível. A ampliação da convivência deverá ser a primeira medida a ser tomada pelo magistrado, quando houver indícios de disputa pela presença da criança, até mesmo

---

51 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. p. 72-73.

52 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação Parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

53 VIEIRA, Ketti. *A Regulamentação do Direito de Visitas:* uma forma de alienação parental? Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11586>. Acesso em: 30 mai. 2015.

54 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação Parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <on line>. Acesso em: 26 mai. 2015.

quando as visitações estão sendo dificultadas pelo outro genitor que detém a guarda da criança.[55]

Os atos de alienação parental podem se mostrar caracterizados pelas resistências geradas pelo genitor alienador no exercício do direito convivencial do genitor alienado. Uma das formas de tentar afastar os malefícios dessa falta de compartilhamento da vida entre o genitor alienado e a criança é a fixação de uma ampliação do regime de visitas anteriormente firmado entre os genitores. Assim, busca-se propiciar à criança o restabelecimento do convívio com o genitor alienado, para que, através dessa medida, o distanciamento promovido diante da alienação parental seja desfeito.[56]

6.3 Estipulação de multa

A Lei da Alienação Parental traz a possibilidade de ser estipulada multa ao genitor alienador. Este preceito está em consonância com o Código de Processo Civil, que trata da tutela específica, fixando a multa, que serve como método alternativo ou cumulativo às demais medidas previstas na lei. O valor deverá ser compatível com as condições do genitor alienador. O legislador não especificou para quem será revertido o valor, de acordo com a melhor interpretação deverá ser revertido ao genitor alienado, por ter sido ele quem sofreu os efeitos da prática de alienação parental.[57]

Inicialmente, devemos mencionar que é prudente, antes da eventual aplicação da referida medida coercitiva, que o magistrado verifique a situação econômica do genitor alienador, com o intuito de evitar o seu empobrecimento ou o enriquecimento do genitor alienado. Dessa forma, a aplicação da multa, que pode ser feita de forma alternativa ou cumulativa, é uma medida que visa inibir a manutenção da conduta do genitor alienador e fazer com que este, sentindo o prejuízo financeiro, facilite o convívio entre o genitor alienado e o filho.[58]

A estipulação de multa tem o objetivo de o genitor alienador sentir diretamente em seus rendimentos

---

55 CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

56 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. p. 73.

57 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

os efeitos da sua conduta, que busca privar o genitor alienado do convívio com a criança, todavia, deixou o legislador de determinar qual o destino do valor da multa aplicada e recolhida pelo genitor alienador.[59]

Cabe ao magistrado, com base no caso concreto, com critérios sóbrios e comedidos, atentando-se à proporcionalidade e à prudente escolha da sanção coercitiva, deliberar pela conveniência ou não da aplicação da multa. O magistrado deve ser cauteloso a não gerar efeitos danosos mais graves que os já existentes em decorrência da prática de alienação parental, até porque, em casos singulares, a adoção de outras medidas coercitivas permitirá maior celeridade e efetividade em nível de tutela de urgência, diferentemente da multa, posto que esta dependa do trânsito em julgado para sua implementação e cobrança, digladiando-se, o processo, pois, com o efeito-tempo.[60]

6.4 Acompanhamento psicológico

O magistrado poderá determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial ao genitor alienador para que, com o tratamento adequado, seja possível readequar o comportamento deste em relação ao filho e ao genitor alienado. O magistrado poderá determinar que o tratamento seja realizado de forma compulsória através da fixação de multa diária caso haja descumprimento por parte do genitor alienador.[61]

O acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial do caso poderá ser determinado quando o magistrado necessitar de um laudo pericial. Essa perícia, de acordo com a Lei da Alie-

---

58 LOUREIRO, Daniele de Almeida Bezerra. *A eficácia da Lei 12.318 de 2010*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-da-lei-12318-de-2010>. Acesso em: 26 mai. 2015.

59 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental.* p. 74.

60 VIEIRA, Patrício Jorge Lobo. O Dano Moral na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. p. 98.

61 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação Parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

nação Parental deverá ser finalizada em noventa dias, somente prorrogável este prazo, baseado em justificativa circunstanciada. Pode-se analisar essa medida como não eficiente, pelo motivo de estar diante de um sistema judiciário carente de pessoal qualificado, bem como de aparelhamento físico. O grande número de ações de guarda e afins que tramitam nas varas de família já as superlotam. Parece-nos que o legislador quis impor prazo no intuito de acelerar uma decisão que carece de urgência, mas sem manifestar interesse em conhecer a real situação.[62]

Com o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, o genitor alienante passará a ter conhecimento das implicações decorrentes da sua conduta, sobretudo perante a construção da personalidade da criança ou do adolescente. Esta medida, por ter cunho terapêutico, pode se tornar bastante relevante, considerando que é embasada em um trabalho de conscientização do genitor alienante, bem como serve para abarcar e proteger todos os envolvidos no processo de alienação parental.[63]

6.5 Alteração de guarda

Outra medida coercitiva que poderá ser adotada é a possibilidade de a guarda ser invertida ou ser adotada a guarda compartilhada. A guarda unilateral não atende às necessidades da criança ou do adolescente, uma vez que não se deve dispensar a presença de um dos genitores diariamente durante a formação dos filhos. Ademais, tem-se que, normalmente, o genitor guardião é o responsável pelos atos de alienação parental em detrimento do outro genitor. Por isso, é compreensível que a Lei da Alienação Parental incentive a modalidade da guarda compartilhada, uma vez que possibilita a aproximação dos filhos a ambos os genitores. No entanto, se, apesar de ocorrer a guarda compartilhada, for observado prejuízo para o filho em razão de um dos genitores praticar atos de alienação parental, a própria lei permite a conversão em guarda unilateral sempre observando o melhor interesse da criança ou do adolescente.[64]

---

62 CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

63 LOUREIRO, Daniele de Almeida Bezerra. *A Eficácia da Lei 12.318 de 2010*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-da-lei-12318-de-2010>. Acesso em: 26 mai. 2015.

64 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar

As medidas mais severas de coerção disponíveis pelo Judiciário seriam a alteração da guarda ou até mesmo a suspensão da autoridade parental. Importante salientar que a síndrome da alienação parental, como consequência patológica do fenômeno da alienação parental não se encontra ainda descrita no DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais), o que poderá entravar o processo, sendo alegado pela outra parte não se constituir um caso patológico e tentar afastar a incidência das sanções.[65]

Em geral, a alienação parental é praticada pelo genitor que detém a guarda da criança, ou seja, o genitor alienador aproveita o fato de estar sob a sua autoridade a criança, tendo uma maior proximidade, uma relação de confiança estabelecida, para buscar o afastamento do genitor alienado do convívio com a criança. Agindo assim, o genitor alienador guardião não está promovendo a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por conta dessa situação poderá ser promovida a alteração de guarda, para forma compartilhada, ou, sendo inviável a promoção de guarda, ser invertida a guarda da criança.[66]

O poder familiar é um instituto de proteção derivado do antigo *pátrio poder*, que consiste em um conjunto de atribuições que os genitores detém em relação aos filhos, com o intuito de dar-lhes uma formação pessoal. A guarda, por sua vez, é considerada um dos atributos do poder familiar. Assim, estes institutos primam pelo enraizamento da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes. O que se observa na atualidade é que o genitor guardião exerce o poder familiar a revelia do outro genitor, dando ensejo a diversos tipos de traumas e implicações. A suspensão da guarda ou até a inversão em guarda compartilhada poderá ser uma saída determinada pelo magistrado, de maneira a contribuir para a sanidade física e psicológica da criança. Porém, essa inversão também deve ser monitorada e acompanhada por equipe multidisciplinar, o que já vem ocorrendo há

---

por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

65 CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

66 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental.* p. 75.

alguns anos no judiciário brasileiro, em consonância com a jurisprudência mais abalizada na matéria. O que se pode notar em uma acirrada disputa judicial pela guarda da criança, é que não há apenas um algoz, e que a própria guarda não é questão primordial naquele momento. O que os genitores querem discutir seria mesmo a relação outrora não resolvida, colocando a criança como "meio de troca". Uma decisão judicial pondo termo a este conflito, quando se arrasta por muitos anos, não tem como preservar aquelas pessoas envolvidas.[67]

Dessa forma, o genitor alienador que detém a guarda da criança, mas que promova atos de alienação parental para com o genitor alienado, ou qualquer parente deste, não demonstra ter a melhor aptidão para o exercício da guarda da criança. Podendo, assim, ser alterada a guarda da criança, ou, nem sequer chegar a exercer a guarda, quando perceptível o processo de alienação parental na própria fixação de guarda, ou mesmo posteriormente à sua fixação, possibilitando ao magistrado, enquanto a menoridade do filho perdurar, a alteração de guarda.[68]

6.6 Suspensão da autoridade parental

Outra medida coercitiva que a Lei da Alienação Parental traz, é a possibilidade de ser declarada a suspensão da autoridade parental, ainda que o genitor alienador não seja o detentor da guarda, pois, mesmo neste caso, ele ainda exerce autoridade sobre o filho. O intuito de retirar a autoridade do alienador é corrigir os efeitos da alienação parental. Apesar de a Lei trazer a expressão "autoridade parental" é oportuno ressaltar que se trata do instituto do poder familiar; assim, tem-se que a alienação parental deve ser inserida dentre as causas de suspensão do poder familiar. Ocorre que a Lei da Alienação Parental apenas enfatizou o que já consta no Código Civil de 2002, que traz o abuso de autoridade como uma forma de suspensão do poder familiar.[69]

---

67 CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

68 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental.* p. 78-79.

69 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação Parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

A suspensão da autoridade parental como meio de coerção da alienação parental, só deve ser aceita em casos realmente extremos, e depois de verificadas todas as possibilidades de conciliação do conflito existente. Isso por ser uma medida de coerção muito severa, que traz sequelas para toda a família e, em especial, para a criança, como principal vítima deste ato.[70]

Essa medida coercitiva é a sanção mais grave arrolada pela Lei da Alienação Parental, devendo ser aplicada pelo magistrado nos casos em que a prática dos atos de alienação parental já tenha trazido consequências graves à criança ou ao adolescente e, às vezes, de difícil reparação tanto para o filho quanto para o genitor alienado. Assim, praticando o genitor alienador, ou quem detenha a guarda, atos para afastar o outro genitor do convívio com a criança ou o adolescente, terá como possibilidade de coerção a suspensão da autoridade parental.[71]

7 CONCLUSÃO

A Lei da Alienação Parental introduziu no sistema jurídico brasileiro o conceito de alienação parental, e listou os atos típicos praticados pelo genitor alienador. A lei menciona que o processamento dos casos e a sua verificação, devem ser feitos mediante laudo pericial de avaliação psicológica da criança ou do adolescente, pois, por meio de laudo pericial, é possível julgar se estamos diante de um caso de implantação de falsas memórias, cometido pelo genitor alienador.

Diante dos malefícios que a prática da alienação parental desencadeia, a Lei da Alienação Parental estabeleceu medidas coercitivas ao genitor alienador, que vão desde a advertência até a alteração da guarda e a suspensão do poder familiar conferido a este, cabendo ao magistrado decidir quais medidas coercitivas serão adotadas no caso concreto, de forma cumulativa ou não.

---

70 CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

71 BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2013.

Assim, concluímos que a Lei da Alienação Parental traz uma série de mecanismos aptos a combater a prática da alienação parental, e que deve haver sensibilidade do magistrado ao aplicar as medidas coercitivas, trabalhando em conjunto com a equipe multidisciplinar.

O magistrado deve estar atento às particularidades de cada caso, analisar o nível de alienação parental que existe no ambiente familiar e usar as medidas coercitivas que melhor se encaixe ao caso concreto. A Lei da Alienação Parental, com certeza, é um grande avanço jurídico para cessar os atos de alienação parental. Com a sua correta utilização, muitas famílias poderão voltar a conviver em um ambiente saudável, mesmo que separados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ynderlle Marta de. *A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/876>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. SILVA, Virgínia Resende. *Alienação parental:* considerações sobre o instituto e abordagens quanto a perda do poder familiar por força de sua ocorrência. Disponível em: <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05 VELASCO02.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. A Reconstrução dos Vínculos Afetivos pelo Judiciário. *Revista Brasileira de Direito Das Famílias e Sucessões*. 13. ed. dez./jan. 2010.

CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/713>. Acesso em: 26 mai. 2015.

COSTA, Sirlei Martins da. Violência Sexual e Falsas Memórias na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 26. ed. Fev/Mar 2012.

DIAS, Arlene. *Lei da Alienação Parental é Realidade.* Disponível em: <http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id= 383>. Acesso em: 26 mai. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental:* uma nova lei para um velho problema! Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>. Acesso em: 28 abr. 2015.

DUARTE, Marcos. *Alienação Parental:* Comentários Iniciais à Lei 12.318/2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/697>. Acesso em: 08 abr. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental.* São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONDIN, Frederick. *Alienação Parental:* a impropriedade do Inciso III do artigo 6º da Lei n° 12.318, de 26 de Agosto de 2010 (Lei da alienação parental). Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/31094>. Acesso em: 16 mai. 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Carmem Tassiany Alves de. *A Síndrome de Alienação Parental:* um novo enfrentamento para o assistente social do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.ambito-juridico. com. br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1 1079&revista_caderno=12>. Acesso em: 26 mai. 2015.

LONGANO, Vanessa Arruda. *Formas de Alienação Parental.* Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao_parental.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

LOUREIRO, Daniele de Almeida Bezerra. *A eficácia da Lei 12.318 de 2010*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-da-lei-12318-de-2010>. Acesso em: 26 mai. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 21. ed. abr./mai. 2011.

MOLD, Cristian Fetter. Reflexões Sobre a Lei n. 12.318/2010. *Revista Brasileira de Direito das Famí-*

lias e Sucessões. 25. ed. dez./jan. 2012.

MOTTA, Maria A. P. A síndrome da alienação parental. In: Associação de Pais e Mães Separados (coordenação). *Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Identificação, Tratamento e Prevenção. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 19. ed. dez./jan. 2011.

RESENDE, M. SILVA, E. L. Síndrome da alienação parental: a exclusão de um terceiro. In: Associação de Pais e Mães Separados (coordenação). *Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando Nós e Criando Laços*: os novos desafios da alienação parental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. A Ética do Psicólogo Jurídico em Acusações de Abuso Sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coordenação). *Incesto e alienação parental*: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: IBDFAM/RT, 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada*: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Ketti. *A regulamentação do direito de visitas: uma forma de alienação parental?* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11586>. Acesso em: 30 mai. 2015.

VIEIRA, Patrício Jorge Lobo. O Dano Moral na Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 31. ed. dez./jan. 2015.

A EXCLUSÃO DOS HERDEIROS NO PROCESSO SUCESSÓRIO POR PRÁTICAS DE ATOS ILÍCITOS AO PROPRIETÁRIO DA HERANÇA

David Adriano Nota[1]

INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões é a parte do Direito Privado que regula as relações jurídicas de uma pessoa depois de sua morte. O termo sucessão, de forma genérica, significa o ato jurídico pelo qual uma pessoa substitui outra em seus direitos e suas obrigações, podendo ser consequência tanto de uma relação entre pessoas vivas quanto da morte de alguém.[2] A sucessão decorre por atos entre pessoas vivas ou mesmo por causa da morte do titular dos bens.[3]

A origem deste ramo do direito vem muito antes do direito romano, pois, desde o direito egípcio, hindu e babilônico, ou seja, bem antes da Era Cristã tem-se a ideia de transmissão de bens do "*de cujus*" de modo a se preservar os bens adquiridos pelo falecido e que esses bens continuem dentro da família.[4]

---

1 Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Licenciado em Ciências Policiais pela Academia de Ciências Policiais (ACIPOL), Moçambique. Bolsista da CNPq/MCT. Pesquisador do grupo Ciências Penais Contemporâneo (PORPESQ/ CNPq)/UFRGS. E-mail: davidadrianonota@gmail.com

2 CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das sucessoes*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

3 Ibidem.

4 SEKII, Rodrigo Takatsugu Silva. *Exclusão da capacidade sucessória:* indignidade e deserdação. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1278>. Acesso em: 22 nov. 2014.

Na antiguidade, a sucessão tinha como base a preocupação dos chefes de família para proteger os bens da mesma e, principalmente, os rituais necessários após a morte dos mesmos. Acreditava-se que o filho mais velho, o herdeiro, deveria rezar pelos seus antecedentes, e a família que fosse levada ao fim teria seus antepassados em esquecimento.[5]

O medo de perder os bens adquiridos com muito trabalho, sacrifício e suor, o medo de perder as heranças de família, o medo de ser esquecido, o medo de não dar continuidade à família foi o que culminou no surgimento da sucessão. Desta forma, somente os filhos de sexo masculino podiam herdar os bens, já que as mulheres, casando, renunciavam à casa paterna e se incorporavam à família do esposo.[6] Contudo, se tivessem herdado, não iriam conseguir manter os bens da família, dado que não conseguiriam manter os dois lares; desta forma, as filhas não tinham direito a herança.[7] Também o medo de que os bens iriam ser isufruídos pela família alheia levou, na antiguidade, com que as mulheres não tivessem o direito de herdar os bens.

A partir da Lei das Doze Tábuas[8], o *pater familias* tinha absoluta liberdade de dispor dos seus bens para depois da morte, mas, se falecesse sem ter deixado o testamento, a sucessão se desenvolvia a três classes de herdeiros: *Sui*, *agnati* e *gentilis*.[9] Portanto, na classe dos *Sui* herdavam todos os herdeiros, sendo em primeiro lugar os filhos de sexo fasculino, começando pelo mais velho. Com a inexistência do grupo *Sui heredes* eram chamados os *agnati*, pessoas da mesma família, do sexo masculino, que, sendo do mesmo *pater familias*, tornavam-se, por sua morte, *Sui júris*. Finalmente na ausência dos *agnati*, chamavam-se

5 CATEB, Salomão de Araujo. Op. cit.

6 Idem.

7 COULANG, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. ed. São Paulo: Humus, 1975.

8 A Lei das Doze Tábuas constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum* (antigas leis não escritas e regras de conduta). A tabua V tratava da sucessão e das tutelas, estabelecia que, se alguém morrer sem deixar testamento, indicando um herdeiro seu impúbere, o agnado mais próximo seria o seu tutor; e, se alguém tornar-se louco ou pródigo e não tiver tutor, que a sua pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não houver agnados, à dos gentis.

9 GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

os *gentiles*, familiares mais afastados, a quem a posse do mesmo nome da família faziam parte do *pater família* do falecido.[10]

Isso aconteceu muito antes do surgimento de Roma como ela é conhecida atualmente, mas acabou perdurando através do tempo até ser oficializada e legalizada posteriormente por meio das leis romanas, embora boa parte da doutrina acredite que a mesma tenha surgido anteriormente, em outros povos, como os gregos e os egípcios.

Contudo, Justiniano veio estabelecer na *novella* 117[11] a primeira ordem sucessória: descendentes, ascendentes e irmãos germanos, irmãos unilaterais, colaterais que não fossem irmãos, cônjuges sobreviventes.

Em Roma, o herdeiro substituía o falecido em todas as relações jurídicas (direitos e obrigações), assim como na religião, na medida em que era o continuador do culto familiar.

Entretanto, atualmente o sucessor não pode herdar mais dívidas do que bens, ou seja, o herdeiro não pode herdar mais prejuízo do que vantagens (art. 1.792 CC/2002).

Feita essa parte introdutória, podemos dizer que considera-se aberta a sucessão no instante da morte ou no instante presumido da morte de alguém. No momento da morte do proprietário da herança, nasce o direito hereditário e ocorre a substituição do falecido pelos seus sucessores nas relações jurídicas em que o falecido figurava.

O patrimônio do *de cujus* adquire caráter indivisível chamando-se de espólio[12], que é representado pelos sucessores.

A fórmula que regula essa transmissão é chamada *droit de saisine*, uma ficção legal segundo a qual a morte e a transmissão legal coincidem em termos cronológicos, presumindo a lei que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio. O patrimônio mencionado é a herança, composta pelos bens, direitos e pelas obrigações do *de cujus*.

---

10 CATEB, Salomão de Araujo. Op. cit.

11 *Novellas* do Justiniano são constituições, na maioria escritas em língua grega, baixadas por Justiniano de 535 a 564 que contêm reformas fundamentais do direito hereditário e do direito matrimonial. CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. n. 4744, séries “Cadernos Didáticos”, livros. Cadernos Ltda.

12 O espólio: Há um termo proveniente do latim *spollium* que significa o conjunto dos bens que integra o patrimônio deixado pelo *de cujus*, e que serão partilhados, no inventário, entre os herdeiros ou legatários.

No entanto, a legitimidade do direito de suceder inicia com a morte, e se perde em decorrência de alguns casos, como, por exemplo, a indignidade ou deserdação, que é o centro focal deste artigo.

Assim, na sucessão ou no direito de transmissão dos bens temos casos em que o herdeiro é excluído, se mostrando não merecedor da herança, pois a sucessão hereditária assenta na afeição real ou presumida do defunto pelo sucessor, afeição essa que deve despertar neste último um sentimento de gratidão. A quebra desse dever de gratidão acarreta a perda da sucessão – nisso se combinam a indignidade e a deserdação. Tais hipóteses decorrem de inúmeros fatores, os quais passaremos a analisar no decorrer deste estudo. Embora haja exclusão da sucessão por premoriência, comoriência, renúncia, indignidade e deserdação, abordaremos somente os dois últimos, pois esse é nosso objeto principal. Se versássemos sobre todas as causas de exclusão de sucessão antes enumeradas, perderíamos o foco deste trabalho, razão que nos leva a tratar somente da deserdação e indignidade, deixando as outras formas de exclusão de sucessão para próximos exames.

Importa realçar que a indignidade e a deserdação são sanções civis aplicáveis àqueles que não se comportaram bem com o autor da herança. Indignos e deserdados são considerados incompatíveis com a herança.

O que motivou o pesquisador a estudar essa temática é o fato de, no dia a dia, presenciarmos casos em que filhos matam os seus progenitores, ou mesmo casais, em que uma das partes mata o outro com o intuito de ficar com a herança do finado. Esses casos são cada vez mais frequentes, fazendo com que a ganância pelo bem alheio gere crimes com a intenção de se apoderar de bens. O objetivo desse estudo é trazermos mais subsídios doutrinários para ajudar os operadores do direito das sucessões a ter uma visão ampla no entendimento e na resolução dos conflitos relacionados com essas situações.

Como metodologia, o artigo baseou-se numa pesquisa bibliográfica, que consistiu no levantamento e na leitura de diversas obras de caráter científico de diferentes autores que abordam essa temática, tais como: (Maria Helena Diniz, 2013[13]; Sílvio de Salvo Venosa, 2011[14]; Carlos Roberto Gonsalves, 2007[15]; Orlando Gomes, 1997[16]). Também foram objeto

13 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11. Ed. São Paulo, 2011.

15 GONSALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões*. v. VII. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

de análise leis, legislações e códigos que versam sobre a exclusão do direito de suceder por indignidade e deserdação (Constituição Federal do Brasil de 1988 e Código Civil de 2002). Sem esquecer da jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e da apelação da câmara de Passo Fundo: A apelação civil AC 70040516312 RS da sétima câmara civil do TJ-RS e A apelação civil AC 70046924858 da oitava câmara civil de Passo Fundo.

O método usado para se chegar às conclusões constantes neste artigo foi o método dedutivo.[17] Assim, o artigo está estruturado em cinco capítulos, a saber: o primeiro capítulo é o da introdução, no qual, de forma resumida, debruçou-se sobre o tema em estudo, a justificativa da escolha do tema e o objetivo geral que se pretende alcançar; o segundo capítulo incide sobre os conceitos da sucessão; o terceiro debruçou-se sobre a perda da legitimidade sucessória (indignidade e deserdação); e, o quarto, se detém nas considerações finais.

1. CONCEITO DE SUCESSÃO

Para melhor nortearmos o estudo, achou-se necessário primeiro conceitualizar a palavra sucessão. Carvalho Santos define a palavra sucessão em sentido estrito como a transferência, total ou parcial, de herança do proprietário da herança, falecido, para outra pessoa viva, ou a uma ou mais pessoas vivas que se chamam de herdeiros ou legatários; é a sucessão causa *mortis* que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cujus*, que ficaram com seus direitos e encargos. Em sentido amplo, o mesmo autor define a sucessão como sendo todos os modos derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam; trata-se de sucessão inter-vivos.[18]

Segundo Barros, a palavra sucessão é usada quando há transmissão

16 GOMES, Orlando. Op. cit.

17 Método dedutivo consiste na modalidade de um raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas (GIL, António Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994).

18 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos S.A., 1963.

de direitos passivos e ativos de uma pessoa falecida a outra pessoa viva, ou seja, o sucessor que vai assumir as obrigações e adquirir os direitos do falecido.[19]

Para Galvão Telles, juridicamente sucessão é a transmissão de um conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa falecida para outra pessoa viva, sendo que os direitos e as obrigações do novo sujeito são considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais.[20]

A partir das definições acima referidas podemos fazer três observações: (i) o termo sucessão implica a transferência de direitos passivos e ativos entre pessoas vivas ou de uma pessoa falecida para uma pessoa viva: (ii) deve existir um patrimônio que será o objeto de transferência: (iii) a pessoa que sucede assume deveres e adquire direitos.

Assim, pode-se definir sucessão como sendo a transferência de um patrimônio entre pessoas vivas ou de uma pessoa falecida para outra pessoa viva, sendo que a pessoa que sucede assume não só direitos, mas também obrigações.

Contudo, a sucessão pode ser legítima ou testamentária (art. 1786, CC/2002). A sucessão legítima caracteriza-se pela transferência do patrimônio adquirido em vida a certas e determinadas pessoas, nomeadas pela lei, sem qualquer interferência da vontade do titular. Desta forma, essa forma de sucessão verifica-se quando o autor do patrimônio morre sem deixar testamento ou quando os bens não tiverem sido testados, ou mesmo se o testamento caducar ou for declarado nulo (art. 1788, CC/2002).

A ordem de vocação hereditária das pessoas que são chamadas a suceder o falecido, na sucessão legítima está claramente estabelecida pela lei (art. 1798 e 1799, CC/2002), consistindo na distribuição dos herdeiros baseados em relações familiares e de sangue:

> I. aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou na separação obrigatória de bens (art. 1.641, CC/2002); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II. aos ascendentes em concorrência com os cônjuges;
> III. ao cônjuge sobrevivente;
> IV. aos colaterais;
> V. aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

---

19 BARROS, Amilton de Moraes e. *Comentários ao Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 1962.

20 TELLES, Galvão. *Direito das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editoras, 1985.

Por sua vez, a sucessão testamentária se caracteriza pela livre e espontânea vontade do titular do patrimônio, que, em vida, testa em parte ou na sua totalidade a pessoa que lhe parece merecedora de herdar o seu patrimônio. Mas essa vontade do testador ou titular do patrimônio encontra o seu limite na lei, dado que a metade do patrimônio vai para os herdeiros legítimos e a outra metade fica para quem o testador achar conveniente atribuir.

Não se pode dispor de mais da metade dos bens havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente), salvo se os mesmos forem indignos e deserdados, pois, nesses casos, não merecem herdar o patrimônio do falecido. As disposições que excederem a metade disponível serão reduzidas ao limite dela. Reduzem-se também as doações feitas em vida, que atingiram a legítima dos herdeiros necessários (são chamadas doações inoficiosas).

2. PERDA DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

Como já nos referimos anteriormente, a legitimidade de suceder se perde por indignidade ou deserdação. Desta forma, nesse subcapítulo iremos tratar exclusivamente da perda de legitimidade de suceder por indignidade e deserdação, com o intuito de trazer mais esclarecimentos e subsídios acerca desses institutos.

2.1 Exclusão da legitimidade sucessória por indignidade

A palavra *indignidade* deriva do latim *indignitas*, significando falta de dignidade, desonra, injúria afrontosa, demérito ou mesmo relativa a crime cometido contra um conhecido. Na acepção jurídica, entretanto, indignidade possui significado diverso, indicando uma pena civil contra uma pessoa por ter mostrado um comportamento reprovável na sociedade. No direito sucessório, a prática de ato representativo de indignidade contra o dono da herança leva o sucessor à perda do direito hereditário.[21]

De acordo com os artigos 1.814 a 1.818, CC/2002, a indignidade é a exclusão de suceder que um herdeiro sofre em virtude deste ter sido autor, coautor ou partícipe em crime de homicídio doloso, ou tentativa de homicídio, ou, ainda, se houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança. É indigno de suceder

21 POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade, acessoria e deserdação*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/indignidade-sucessoria-e-deserdacao/11251>. Acesso em: 12 dez. 2014.

também aquele que incorrer em crime contra a honra do proprietário da herança (calúnia, difamação e injúria), de seu cônjuge ou sua companheira, por violência ou fraude, que inibiram ou obstaram o autor da herança de livremente dispor dos seus bens por ato de última vontade.

Zannon define a indignidade como a privação de direito hereditário estabelecido por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos a pessoa ou aos interesses do *de cujus* (homicídio ou tentativa de homicídio, calúnia, difamação e injúria).[22]

Para a respeitosa professora Maria Helena Diniz, a indignidade é a exclusão do herdeiro ou do legatário no processo sucessório que o impede de receber o acervo hereditário, dado que se tornou indígno. Ela acontece quando o herdeiro ou o legatário comete uma injustiça ou um crime grave contra o autor da herança e/ou pessoas de sua família.[23]

Senise considera a indignidade uma pena civil causada por ato reprovável cometido contra o autor da herança, em desfavor do herdeiro ou legatário, o que significa que poderá ser aplicada tanto na sucessão legítima como na testamentária.

Os autores acima citados são unânimes nos seus fios de pensamento, ao considerar indigna uma pessoa excluída do processo hereditário por ter mostrado um comportamento desviante contra o autor da herança.

Temos a destacar que a indignidade é uma pena civil, criada pelo legislador, e que essa pena atinge os herdeiros legítimos e os testamentários. Contudo, a pena de indignidade só alcança o indigno, sendo representado por seus sucessores, como se morto fosse (art. 1.816, CC/2002).

Os descendentes do indigno herdam como se ele fosse falecido (representação). O indigno não terá direito ao usufruto nem à administração dos bens que seus filhos menores herdaram. A exclusão do herdeiro, ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença em ação ordinária, movida por quem tenha interesse na sucessão (art. 1.815, CC/2002). O prazo é de quatro anos, sob pena de decadência. Os efeitos da sentença declaratória de indignidade retroagem (*ex tunc*) à data da abertura da sucessão, considerando o indigno como pré-morto ao *de cujus* (parágrafo único do art. 1.815, CC/2002).

---

22 ZANNON, Eduardo. *Derecho de las sucessiones*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1976.

23 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

O art. 1.818, CC/2002, permite ao ofendido reabilitar o indigno, desde que o faça de forma expressa em testamento ou outro ato autêntico. É o perdão do indigno.

Na indignidade não é permitida a interpretação extensiva, devem existir fatos concretos e típicos que possam levar a um herdeiro ser considerado indigno. Nesse sentido estar-se-ia a evitar a má-fé. A apelação civil AC 70040516312 RS, da sétima câmara civil do TJ-RS, diz que:

> AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO. CONDUTAS ILÍCITAS PRATICADAS ENTRE DESCENDENTES. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO AUTORIZADOR DA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A indignidade é uma pena aplicada ao sucessor que pratica atos indignos contra o autor da herança, taxativamente previstos em lei, não sendo permitida interpretação extensiva. Inteligência do artigo 1.814 do Código Civil 2. É inviável a exclusão de herdeiro pela suposta prática de atos ilícitos em relação à outra herdeira, diante da ausência de fato típico autorizador da declaração de indignidade. Recurso desprovido (apelação civil AC 70040516312 RS da sétima câmara civil do TJ-RS).[24]

Para que o herdeiro ou legatário seja excluído da herança por indignidade pela prática de crimes contra a honra do autor da herança, seu cônjuge ou companheiro exige prévia condenação no juízo criminal, isso para evitar a exclusão do herdeiro ou legatário no processo sucessório por má-fé, pois, como bem no pensamento do Arnaldo Rizzardo, “somente depois de passar em julgado a ação ofensiva da honra ou de qualquer crime, com a definição da culpabilidade, o fato será considerado crime”. A apelação civil AC 70046924858 da oitava câmara civil de Tribunal de Justiça do RS, diz que:

> APELAÇÃO CÍVEL. EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR INDIGNIDADE. ART. 1.814, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.
> O reconhecimento da indignidade do herdeiro pela prática de crimes como calúnia, difamação ou injúria perpetrados contra o extinto, seu cônjuge ou companheiro exige, consoante o disposto no art. 1.814, II, do CPC, prévia condenação no juízo criminal. Manutenção da sentença que extinguiu o feito, na forma do art. 267, VI, do CPC. APELAÇÃO DESPROVI-

24 BRASIL. TJRS. Disponivel em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20445183/apelacao-civel-ac-70040516312-rs/inteiro-teor-20445184>. Acesso em: 4 dez. 2014.

> DA. (Apelação Cível 70046924858, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.)[25]

Desta forma, a exclusão da herança do herdeiro ou legatário pela prática de crimes como calúnia, difamação ou injúria perpetrados contra o proprietário da herança, seu cônjuge ou companheiro exige a condenação criminal prévia, de modo que se prove o envolvimento criminal desse herdeiro ou legatário por um lado e, por outro, para evitar exclusão dos herdeiros por má-fé, não podendo a exclusão da herança dos herdeiros ou legatários prosseguir na área cível sem a comprovação da prática criminal pelo julgamento do juiz criminal. É preciso ter em conta que as causas previstas no art. 1.814 do CC/2002 sobre a indignidade não admitem interpretação extensiva.

O pensamento acima referido ganha peso na medida em que há uma influência da decisão judicial criminal em relação a decisão civil, quer dizer, a decisão criminal pode influenciar no civil, o contrário não pode acontecer. A decisão criminal prevalece em caso de incongruência com a ação civil. Desta forma, a ação civil pode ser suspensa para que o processo penal possa se decidir.

Para Eduardo de Oliveira Leite:

> [...] a condenação criminal é necessária para a exclusão dos herdeiros no processo sucessório, visto que a lei se refere aos herdeiros que incorreram em crime contra honra. [...] É necessário ser o culpado condenado, antes, no foro criminal, por denúncia, calúnia ou injúria? A resposta afirmativa se impõe bastando para tanto levar-se em consideração o cotejo dos dois parágrafos sob exame; no primeiro caso de indignidade, crime de homicídio, o Código se refere à tentativa ou a consumação do crime; no segundo, atentado contra a honra, só se refere ao crime, excluindo-se na hipótese sob apreço, a mera tentativa.[26]

2.2 Casos julgados de indignidade que ajudam a melhor perceber a teoria tratada anteriormente

Para dar mais ênfase ao que foi dito anteriormente, escolhemos alguns casos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a indignidade para secundar a teoria tratada anteriormente, no sentido de

---

25 BRASIL. TJRS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21441309/apelacao-civel-ac-70046924858-rs-tjrs>. Acesso em: 4 dez. 2014.

26 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil***.** v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 162.

deixar cada vez mais claro o que a doutrina diz com a ajuda da jurisprudência, pois estamos convictos que é sempre bom auxiliar a teoria com a prática para trazer fatos concretos que comprovem questões teóricas.

Entendimento da Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a exclusão dos herdeiros por indignidade por ter atentado contra a vida do proprietário da herança, um caso julgado em 9 de abril de 2003:

> **Ementa:** MEAÇÃO. DIVÓRCIO. INDIGNIDADE. QUEM MATOU O AUTOR DA HERANÇA FICA EXCLUÍDO DA SUCESSÃO. ESTE É O PRINCÍPIO CONSAGRADO NO INC. I DO ART. 1.595 DO CC, QUE REVELA A REPULSA DO LEGISLADOR EM CONTEMPLAR COM DIREITO SUCESSÓRIO QUEM ATENTA CONTRA A VIDA DE ALGUÉM, REJEITANDO A POSSIBILIDADE DE QUE, QUEM ASSIM AGE, VENHA A SER BENEFICIADO COM SEU ATO. ESTA NORMA JURÍDICA DE ELEVADO TEOR MORAL DEVE SER RESPEITADA AINDA QUE O AUTOR DO DELITO NÃO SEJA HERDEIRO LEGÍTIMO. TENDO O GENRO ASSASSINADO O SOGRO, NÃO FAZ JUS AO ACERVO PATRIMONIAL DECORRENTE DA ABERTURA DA SUCESSÃO. MESMO QUANDO DO DIVÓRCIO, E AINDA QUE O REGIME DO CASAMENTO SEJA O DA COMUNHÃO DE BENS, NÃO PODE O VARÃO RECEBER A MEAÇÃO CONSTITUÍDA DOS BENS PERCEBIDOS POR HERANÇA. APELO PROVIDO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (SEGREDO DE JUSTICA) (Apelação Cível 70005798004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 09/04/2003).

A jurisprudência acima traz a ideia de que a exclusão da legitimidade de herdar por práticas de crime de homicídio ou tentativa de homicídio contra o proprietário da herança, não deve ser aplicada somente aos herdeiros legítimos; mesmo os não legítimos devem ser excluídos de herdar quanto atentarem contra a vida do autor da herança.

Essa jurisprudência veio acrescer a visão no campo jurídico aos operadores de Direito das Sucessões na medida em que traz mais um subsídio nesse campo de direito, ao considerar que, mesmo quando do divórcio, o genro que mata o sogro não tem direito de receber a herança que a esposa herdou do pai, mesmo que o regime do casamento seja da comunhão total de bens.

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA RECONHECIMENTO. SUSPEITA DE HOMICÍDIO DO COMPANHEIRO. ALEGAÇÃO DE INDIGNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPEN-

> SÃO DA AÇÃO PARA AGUARDAR SOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL SOBRE O CASO. O relacionamento amoroso com os requisitos objetivos exigíveis para constituição de família (Leis 9.278/96 e 8.971/94, atual art. 1723 do CC/02), constitui união estável para os efeitos que a lei confere. Provas testemunhal e documental comprovando o relacionamento afetivo entretido entre a autora e o *de cujus*, assim como demonstrada a coabitação e publicidade da relação, satisfazendo os requisitos legais para reconhecimento da união estável. Pedido de suspensão da ação até conclusão do inquérito policial que investiga o homicídio sofrido pelo *de cujus*, de alegada autoria da apelada, sem amparo legal. A hipótese de a companheira vir a ser responsabilizada pela morte do *de cujus* não obstaculiza o reconhecimento da união estável entretida entre o casal, podendo, nessa hipótese, ser objeto de ação própria pela sucessão, visando reconhecimento da indignidade (art. 1.814, inc. I, do CCB). NÃO CONHECERAM DA APELAÇÃO DE ANA LÚCIA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DE CELSO E CLÁUDIO. (Apelação Cível 70032855272, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em: 07/07/2010.)

Ainda a Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na ementa acima referida, sobre um caso julgado em 7 de julho de 2010, entende que a exclusão da herança por prática de crimes de homicídio ou suspeita da prática de homicídio contra o autor da herança exige prévia condenação no juízo criminal para que se apure a veracidade dos fatos.

Depois de analisadas essas duas ementas acima referidas da Sétima Câmara do Tribunal de Justiça Gaúcha, podemos salientar que, no campo do direito, no geral, essas jurisprudências vão ajudar no combate a crimes, pois, conforme já comentamos na introdução, é comum presenciarmos casos em que filhos matam os seus progenitores ou mesmo casais, em que uma das partes comete homicídio com o intuito de ficar com a herança do finado. Em função do crescimento e da frequência de casos deste tipo, em que a ganância pelo bem alheio é causa de cometimento de crimes com a intenção de se apoderar dos bens, que nos sentimos motivados a estudar essa temática sobre a exclusão do direito de suceder por indignidade e deserdacao. Nosso intuito é trazer mais subsídios doutrinários para ajudar os operadores do direito das sucessões a ter visão mais ampla na resolução dos conflitos relacionados com essas situações.

2.3 Exclusão da capacidade sucessória por deserdação

A palavra deserdação deriva do verbo deserdar, negar ou mesmo excluir, que no senso comum significa exclusão ou privação da herança. Na técnica jurídica, contudo, a palavra

exprime uma realidade mais restrita, designando a privação do direito de legítima, que consiste no autor dos bens excluírem da herança os herdeiros necessários pelo fato de que esse herdeiro praticou um ato reprovável ao autor da herança, como, por exemplo, a injúria, a calúnia, ou a desonra em público, do proprietário da herança ou dos membros da sua família.[27]

Entende-se por deserdação o afastamento, a exclusão ou a privação dos herdeiros necessários de sucessão, ordenada em testamento, com expressa declaração da causa devidamente fundamentada pelo testador, cujas causas que levam à deserdação do herdeiro estão previstas no código civil de 2002, nos seus artigos 1.961, 1.962, 1.963 e incisos.

Trata-se da exclusão dos herdeiros necessários feita pelo autor da herança, tendo em vista o fato de que esse herdeiro praticou um ato reprovável definido em lei. Essa manifestação da vontade tem que ser feita por testamento, no qual existirá a declaração expressa da causa. Não pode ser o mero desejo do testador de excluir os herdeiros, principalmente os herdeiros necessários, os quais a lei considera como herdeiros prioritários na sucessão dos bens. Exige a lei que, ao herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveita a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador (art. 1965 do CC/2002).

Contudo, não se provendo a causa invocada para a deserdação pelo herdeiro instituído, é nula a instituição, e nulas as disposições que prejudiquem a legítima do deserdado (art. 1965, CC/2002).

Para Carlos Roberto Gonsalves, deserdação é o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiros necessários, mediante testamento, motivada por estes terem praticados crimes ou atos desonrosos contra si, sua família ou cônjuge.[28]

Por sua vez, Silvio Rodrigues diz que a deserdação é “o ato através do qual alguém, apontando como causa uma das razões permitidas em lei, afasta de sua sucessão, e por meio de testamento, um herdeiro necessário”.[29]

---

27 POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Op. cit.

28 GONSALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

29 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 7. São Paulo: Max Limonad, 1967.

30 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11. ed. São Paulo, 2011.

Sílvio de Salvo Venosa conceitua deserdação como sendo a forma que tem o testador de afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, o cônjuge, os descendentes e ascendentes. O cônjuge também, no sistema do mais recente Código, pois este é herdeiro, sob determinadas condições.[30]

A partir das definições acima referidas podemos fazer três observações: (i) a deserdação exige a prática de um crime contra o proprietário da herança ou ao seu familiar; (ii) os motivos conducentes à deserdação devem estar expressos em testamento pelo proprietário da herança; (iii) as causas da deserdação devem ser expressas na lei.

Das observações acima, podemos sintetizar o termo deserdação no direito sucessório como sendo a exclusão da legitimidade de suceder de um herdeiro por ter praticado um determinado crime ao autor da herança ou ao seu familiar, em que os motivos da exclusão devem estar expressos no testamento e previstos na lei.

O comportamento desviante do herdeiro ou do legatário sem dúvida tira a confiança do proprietário da herança contra esses, porque se presume que a transmissão de um patrimônio para a outra pessoa é feita por confiança do proprietário do patrimônio para com a pessoa que vai sucedê-lo, no sentido deste continuar a cuidar dos bens deixados e manter o bom nome do autor da herança. Este, tendo se mostrado indigno, não seria capaz de continuar a manter o bom nome do proprietário da herança e o bem como símbolo maior, de modo a imortalizar a figura e o nome do proprietário originário da herança.

Como podemos ver nessa ação da apelação civil do Tribunal Judicial da Santa Catarina:

> AÇÃO DE DESERDAÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL NO JUÍZO *A QUO*. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. Próprio autor da herança requer exclusão dos pretensos herdeiros. Ausência de manifestação testamentária. Sucessão não aberta. Ação judicial possível somente após o falecimento do autor da herança e desde que tenha havido expressado manifestação em testamento pela exclusão do herdeiro. Legitimidade conferida ao herdeiro instituído ou àquele que aproveite a deserdação. Sentença mantida. Recurso desprovido.[31]

Os efeitos da deserdação são pessoais, intransmissíveis e inalienáveis,

31 Apelação Cível AC 579661 SC 2010.057966-1, da oitava do Tribunal Judicial da Santa Catarina

quer dizer, é aplicado só e somente ao herdeiro que cometeu o crime ou que desonrou o autor da herança, o deserdado é excluído como se ele morto fosse. Mas os seus descendentes herdam por representação, e o excluído não tem direito aos frutos provenientes dos bens herdados pelos seus descendentes.

Não basta que o testador deserde o herdeiro. Ao herdeiro instituído ou aquele que promove a deserdação incumbe provar a veracidade da causa de exclusão alegada pelo morto no prazo máximo de quatro anos, contados a partir da abertura do testamento (art.1964 do CC/2002). O deserdado terá o direito de defesa, como uma das garantias constitucionais de todo indivíduo que é acusado de ter praticado um ato ilícito ou condenável pela lei (direito de defesa), e também para garantir a transparência, evitando desta forma a má-fé. Não se provando o motivo da deserdação, o testamento produzirá efeitos em tudo o que não prejudicar a legítima do herdeiro necessário.

Contudo, a deserdação pode ser extinta com o perdão do testador ao deserdado, e essa revogação da deserdação deve ser feita por testamento. Mera reconciliação do testador com o deserdado não gera ineficácia da deserdação.

Jurisprudência: ação da apelação civil MG 1.0707.01.033170-0/001(1) do Tribunal Judicial de Minas Gerais.

> CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO. CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. 1. Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. 2. É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC . V.V. (apelação civil número MG 1.0707.01.033170-0/001(1) do Tribunal Judicial de Minas Gerais).[32]

2.4 Causas de deserdação

As causas da deserdação são, na maior parte, as mesmas da indignidade descritas nos artigos 1.814 a

32 BRASIL. TJMG. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXCLUSAO+E+DESERDA%C3%87%C3%83O>. Acesso em: 4 dez. 2014.

1.818, CC/2002. São elas: tendo sido o herdeiro necessário autor, coautor ou partícipe em crime de homicídio doloso, ou tentativa de homicídio, ou, ainda, se houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança. É deserdado da herança também aquele que incorrer em crime (calúnia, difamação e injúria) contra o autor da herança.

O testamento não pode prever causas de deserdação posteriores ao ato ou à morte do testador. As causas da deserdação devem ocorrer antes da escrita do testamento pelo testador.

Para além dessas causas, acrescentam-se as seguintes: o artigo art. 1.962, CC/ 2002, autoriza a deserdação dos descendentes por seus ascendentes pelos seguintes motivos:

1. ofensas físicas ao proprietário da herança;
2. injúrias graves proferidas ao proprietário da herança;
3. desonestidade da filha que vive na casa paterna;
4. relações íntimas com a madrasta ou o padrasto;
5. desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

O artigo art. 1.963, CC/ 2002, autoriza a deserdação dos ascendentes pelos descendentes pelos seguintes motivos:

1. ofensas físicas ao proprietário da herança;
2. injúrias graves proferidas ao proprietário da herança;
3. relações íntimas com a mulher do filho ou neto ou com o marido da filha ou neto;
4. desamparo do filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade.

2.5 Diferenças fundamentais entre indignidade e deserdação

A indignidade é estabelecida por lei, diferentemente da deserdação que decorre da vontade expressa do falecido descrita em testamento, com explícita declaração da causa, devidamente fundamentada pelo testador. É importante salientar que as causas que levam a deserdação devem ser bem fundamentadas.

Qualquer sucessor (seja herdeiro ou legatário) pode ser indigno, enquanto que somente o herdeiro necessário pode ser deserdado.

A indignidade é reconhecida por ato praticado antes ou depois da abertura da sucessão, mas a deserdação se dá por ato praticado antes da abertura da sucessão.

As causas de indignidade estão previstas no art. 1.814. Entretanto, as causas de deserdação são as mesmas de indignidade (art. 1.814, CC/ 2002) combinadas com as previstas nos arts. 1.962 e 1.963.

Na indignidade, a exclusão da herança do herdeiro ou legatário pela prática de crimes como calúnia, difamação ou injúria perpetrados contra o proprietário da herança, seu cônjuge ou companheiro exige a condenação criminal prévia de modo que se prove o envolvimento criminal desse herdeiro ou legatário.

No caso da deserdação, não é necessária a condenação criminal prévia do deserdado, mas sim ao herdeiro instituído ou aquele que promove a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa de exclusão alegada pelo morto no prazo máximo de quatro anos, contados a partir da abertura do testamento. (art. 1964 do CC/2002). O deserdado terá o direito de defesa, como uma das garantias constitucionais de todo indivíduo que é acusado de ter praticado um ato ilícito ou condenável pela lei, e também para garantir a transparência, evitando desta forma a má-fé. Não se provando o motivo da deserdação, o testamento produzirá efeitos em tudo o que não prejudicar a legítima do herdeiro necessário.

A indignidade tem como base a aplicação da sanção dirigida a qualquer herdeiro ou legatário, somente aplicável após a abertura da sucessão. No entanto, a deserdação só atinge os herdeiros necessários e é praticada antes da abertura da sucessão, em disposição de última vontade.

2.6 Um caso julgado da exclusão da herança por deserdação

"A exclusão de herdeiro da sucessão deve decorrer da indignidade ou da deserdação, que são penas aplicadas aos sucessores em razão da prática de certos fatos típicos taxativamente previstos em lei contra o autor da herança [...]" (Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, presidente, apelação cível 70040516312, Tribunal Judicial de Porto Alegre).[33]

Caso julgado em 24 de agosto de 2011, apelação cível 70040516312, comarca de Porto Alegre. Trata-se da irresignação de Daniela S. P. com a r. sentença que julgou improcedente a ação de exclusão de herdeiro que move contra Eduardo S. P.

---

33 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=indignidade+e+deserdacao&btnG=buscar&entsp=a_politica-site&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=%28s:civel%29&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.40.136.35,10.202.24.80&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=20&aba=juris&site=juris#main_res_juris>. Acesso em: 4 dez. 2014.

Sustenta a recorrente que a prova das atitudes ilícitas praticadas pelo recorrido em desfavor do patrimônio da autora da herança é motivo suficiente para que seja excluído da sucessão. Alega que o recorrido utilizou a procuração que lhe outorgou para finalidade diversa, vendendo bem inventariado e, após a venda, cedendo os direitos hereditários sem o seu conhecimento e consentimento. Aduz ser evidente que os atos do recorrido ferem o padrão da moral e a vontade presumida da *de cujus*, sendo cabível a penalização por indignidade. Pretende seja o recorrido excluído da sucessão. Pede o provimento do recurso.

Intimado, o recorrido ofereceu suas contra-razões, sustentando que os casos de exclusão de herdeiro são *numerus clausus* e não permitem interpretação extensiva. Alega que os fatos narrados na inicial descrevem condutas que teria praticado contra a irmã e não em desfavor da autora da herança, razão pela qual não se enquadra nas hipóteses de indignidade ou deserdação. Pede o desprovimento do recurso.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça deixou de lançar parecer, por entender que o caso não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas no art. 82 do CPC.

Considerando que esta Câmara adotou o procedimento informatizado, friso que foi observado o disposto no art. 551, § 2º, do CPC.

É o relatório. VOTOS: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Relator). Estou confirmando a douta sentença hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Com efeito, pretende a recorrente a exclusão do recorrido da sucessão de Eliana M. J. S., que é genitora de ambos os litigantes, sob o argumento de que ele teria se utilizado de uma procuração que lhe outorgou, após a morte da mãe, a fim de resolver questão relativa a uma multa de trânsito, mas ele fez uso indevido do instrumento de mandato, apropriando-se indevidamente de valores que lhe pertenciam e passou a dilapidar o patrimônio inventariado.[34]

Desta forma, acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Contudo, podemos voltar a dizer que, a exclusão de herdeiro da sucessão deve decorrer da indignidade ou da deserdação, que são penas aplicadas aos sucessores, em razão da prática de certos fatos típicos previstos e punidos pela lei contra o autor da herança.

---

34 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=indignidade+e+deserdacao&btnG=buscar&entsp=a__politica-site&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=%28s:civel%29&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.40.136.35,10.202.24.80&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=20&aba=juris&site=juris#main_res_juris>. Acesso em: 4 dez. 2014.

Como já referimos anteriormente, a deserdação é uma cláusula testamentária, através da qual o testador afasta de sua sucessão herdeiros necessários, mediante uma declaração escrita da causa responsável pela deserdação, e que essa causa esteja expressa na lei, art. 1.961 e seguintes do Código Civil de 2002.

Só para frisar, também o instituto da indignidade está relacionado à sucessão legítima (herdeiros e legatários), sendo que a lei estabelece os fatos típicos que autorizam a sua declaração de forma taxativa, não permitindo interpretação extensiva. Essas causas estão elencadas no art. 1.814, do Código Civil de 2002, e nelas não se insere, obviamente, a situação descrita na peça exordial.

Diante disso, é forçoso reconhecer que, no caso julgado em 24 de agosto de 2011, da apelação cível 70040516312, comarca de Porto, estão ausentes quaisquer das hipóteses descritas da deserdação, pois a deserdação depende de testamento e as hipóteses de indignidade estão postas na lei *numerus clausus*, sendo que os atos que autorizam o afastamento do sucessor devem ser praticados em desfavor do próprio autor da herança.

Assim sendo, não merece qualquer reparo a sentença hostilizada ao desacolher o pedido de exclusão do recorrido da sucessão de sua genitora, pois é absoluta a ausência de previsão legal, e eventual responsabilização cível e criminal do recorrido pelos atos que a recorrente alega ter ele praticado, deve ser objeto de discussão nas vias próprias.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo não é um trabalho acabado e nem teve a pretensão de esgotar o tema, mas, sim, estimular os operadores de Direito das Sucessões para novas pesquisas relacionadas com o tema em estudo de modo a melhorar a sua compreensão do ordenamento jurídico desta temática.

Como especificado anteriormente, a sucessão é um ato de transferência de um patrimônio entre pessoas vivas ou uma pessoa viva que sucede em termos de bens a outra pessoa já falecida, mas tudo regulado por lei

Contudo, os herdeiros ou legatários podem perder a legitimidade de suceder por prática de alguns atos criminosos contra o autor do patrimônio ou por proferir palavras injuriosas, caluniosas ou mesmo por desonrar o autor da herança em público. Desta forma, a legitimidade de suceder se perde por indignidade ou deserdação.

No decorrer da pesquisa, constatou-se que, para que um herdeiro seja deserdado ou considerado indigno, é imperioso que as causas da exclusão de herdar ou os crimes cometidos pelo herdeiro ou pelo legatário que se alega a causa da perda de legitimidade de herdar, antes de qualquer coisa deve ser um caso julgado e transitado

em julgado. Na indignidade, o ilícito praticado pelos herdeiros ou legatários excluídos de suceder não deve ser de natureza civil, mas exclusivamente de natureza penal. Deve-se evitar a interpretação extensiva e devem existir fatos concretos e típicos que possam levar um herdeiro a ser considerado indigno, nesse sentido estar-se-ia a evitar a má-fé. Contudo, não se provendo a causa invocada para a deserdação pelo herdeiro instituído, é nula a instituição e nulas as disposições que prejudiquem a legítima do deserdado.

Na deserdação, para que exista a perda da legitimidade de suceder, não é necessária a condenação criminal prévia do deserdado, mas o mero testamento deixado pelo proprietário da herança. Cabe aos herdeiros instituídos ou ao que promove a deserdação provarem a veracidade da causa de exclusão alegada pelo morto no prazo máximo de quatro anos contados a partir da abertura do testamento (art.1964 do CC/2002), sem prejuízo do direito de defesa do deserdado para garantir transparência, evitando, desta forma, a má-fé. Não se provando o motivo da deserdação, o testamento não produzirá nenhum efeito negativo ao sucessor.

REFERÊNCIAS

BASIL. TJRS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20445183/apelacao-civel-ac-70040516312-rs/inteiro-teor-20445184>. Acesso em: 4 dez. 2014.

BASIL. TJRS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=indignidade+e+deserdacao&btnG=buscar&entsp=a_politica-site&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=%28s:civel%29&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.40.136.35,10.202.24.80&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=20&aba=juris&site=juris#main_res_juris>. Acesso em: 4 dez. 2014.

BASIL. TJMG. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXCLUSAO+E+DESERDA%C3%87

%C3%83O>. Acesso em: 4 dez. 2014.

BARROS, Amilton de Moraes e. *Comentários ao Curso de Direito Civil*. Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. 6. ed. Câmara dos deputados. Brasília: Edições câmera, 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Editora tecnoprint S.A., 1988.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1963.

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COULANG, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. ed. São Paulo: Humus, 1975.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1997; 1995.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989;

EQUIPE RT. *Código civil. Constituição Federal. Legislação civil.* 18. ed. Revista, ampliada e atualizada ate 20.12.2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONSALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões*. v. VII. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil***.** v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 162.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões.* v. 5. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo: 2004.

_____. *Lei da Família*. Lei n. 10/2004, de 25 de agosto. Moçambicana: 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

OLIVEIRA, Euclides. *Direito de Herança, a nova ordem da sucessão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/indignidade-sucessoria-e-deserdacao/11251>. Acesso em: 12 dez. 2014.

RIBEIRO, Benedito Silveiro. *Cautelares em Família e sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 7. São Paulo: Max Limonad, 1967.

SEKII, Rodrigo Takatsugu Silva. *Exclusão da capacidade sucessória: indignidade e deserdação*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1278>. Acesso em: 22 nov. 2014.

TELLES, Galvão. *Direito das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editoras, 1985.

TELLES, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

A POLÊMICA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Felipe Cunha de Almeida[1]

INTRODUÇÃO

O objetivo traçado para o presente trabalho é o de analisar a polêmica obrigatoriedade que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil impõe aos maiores de setenta anos, no sentido da incidência do regime da separação absoluta de bens.[2]

Enfrentaremos, desta maneira, o contexto da norma no ordenamento jurídico, buscando encontrar fundamento constitucional que, nos dias atuais, autorize e justifique a manutenção da norma em comentário**.** Assim, dada a relevância e controvérsia que circunda o tema, enfrentaremos aspectos constitucionais a seu respeito, tais como o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Somam-se, também, a análise da boa-fé objetiva em relação ao cônjuge ou companheiro que não tem a idade mínima, além da questão acerca da capacidade do maior de setenta anos no sentido de praticar os atos da vida civil, sem interferências em proporções desiguais, considerando-se, evidente-

1 Mestrando em Direito Civil pela UFRGS, especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil com ênfase em Direito de Processo Civil, advogado, professor.

2 Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I. das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II. da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III. de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

mente, a sua plena capacidade. Ainda, traremos a crítica de parte da doutrina em relação à vontade, quando ausente pacto antenupcial sobre o regime da separação convencional e a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e os efeitos dela decorrentes.

Antes, porém, importante referir que a Lei n. 12.344/2010 elevou a idade mínima para setenta anos quando, originariamente, o Código Civil de 2002 previa sessenta anos: "A mudança de idade teve em conta a evolução da medicina e da qualidade da saúde, que trouxe avanços na integridade física e mental do ser humano, apesar de atingir setenta anos ou mais".[3]

Portanto, em que pese o aumento do limite mínimo de idade, ainda assim esta é critério objetivo no sentido da imposição do regime de bens, para a hipótese do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Como se não bastasse, outra questão que pode tornar-se tormentosa guarda relação com a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e a ausência de pactuação para a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, segundo a crítica de Silvio Rodrigues, que também será aqui debatida. A seguir, passaremos, então, ao enfrentamento do tema ora proposto.

1 ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL

Clóvis Beviláqua comentou sobre separação obrigatória então prevista no art. 258, inciso II, do Código Civil de 1916, que a previa, entre outros, para o homem maior de sessenta anos e para a mulher maior de cinquenta anos. O autor referia e justificava a imposição em razão de idade. Observemos as suas palavras: "Essas pessôas já passaram da edade, em que o casamento se realiza por impulso affectivo". A lei, admitindo a hipótese que o casamento viesse a ser realizado através de interesses subalternos, especulações pouco escrupulosas, previu, então, "que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão". A questão da doação *inter vivos*, entre o casal, também foi vedada, eis que, caso tal providência não fosse prevista, a lei, segundo o autor, seria facilmente burlada.[4] Inclusive, Carvalho Santos explicava que "o Código não admitte a comunhão em alguns casos como penalidade, em outros como

3 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 598.

4 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Rio, 1975. p. 641-645.

medida acauteladora dos próprios interesses dos conjuges", fazendo ainda o autor menção à justificativa antes trazida por Clóvis Beviláqua.[5]

O regime de bens relativo à separação pode ser por exigência da lei ou por convenção. San Tiago Dantas, ao tratar do regime da separação de bens por idade, ponderava que:[6]

> O natural não é que se contraia matrimônio por motivos de interesse econômico; o interesse econômico é subalterno e, por conseguinte, o regime de bens, a título de transmissão dos interesses entre os cônjuges, está atualmente submetido a uma defesa dos fins morais do casamento que a própria lei incumbe de promover.

Paulo Lôbo assevera que há circunstâncias que o regime de bens é imposto, eis que o Direito entende como relevantes certas situações. Portanto, não há livre escolha aos nubentes quando: a) ocorrer alguma causa suspensiva; b) um dos nubentes tiver idade igual ou superior a setenta anos; c) quando o nubente precisar de suprimento judicial para o casamento. Explica, também, que "o direito se vale de variadas consequências jurídicas para reprimir o comportamento indesejado".[7] Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias, ao explicarem sobre esse regime, lecionam que "[...] impõe a lei civil restrição de liberdade de escolha do regime de bens do casamento quando um dos nubentes tiver a idade mínima (atualmente, setenta anos)."[8]

Silvio Rodrigues, ao fazer um histórico do Direito de Família brasileiro, tratando da discriminação que havia entre filhos legítimos e ilegítimos, explicava que tal situação foi sendo paulatinamente abandonada, dando lugar a uma legislação mais humana, menos conservadora.[9] Sabemos que o mestre referia-se à filiação, todavia, gostaríamos de aproveitar do seu ra-

---

5 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico*. v. V. Arts. 255-367. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934. p. 52.

6 DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões.* 2. ed. Rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 257-258; 289.

7 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

8 JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao código civil brasileiro.* Do direito de família: direito patrimonial: v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

9 RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP*, v. 88. São Paulo: 1993, p. 242.

ciocínio antes mencionado e aplicá-lo ao regime da separação de bens. Infelizmente, não poderemos fazer isso, eis que a questão econômica e patrimonial parece ainda estar presente para o regime em questão.

Antônio Chaves comentou sobre a restrição imposta em decorrência da idade. Em primeiro lugar, fez referência ao então art. 45 da Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio. O art. 45 da referida legislação determinava que:[10]

> quando o casamento se seguir a uma comunhão vida entre os nubentes, existente antes de 28.6.1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, § único, n. II, do Código Civil.[11]

"Por que será que o legislador lhes impõe, aos demais casos, um tanto vexatoriamente, o regime de discriminação de haveres?" Esta foi a indagação de Antônio Chaves a tal preceito, dizendo ser muito antigo, eis que já previsto na Lei Papia Poppaea. Explicou o autor que, "preso a conceitos tão remotos, entendia Clóvis Beviláqua que as pessoas que tivessem alcançado essa quadra de vida, teriam, por si só, passado da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo".[12]

Outra razão foi trazida para a imposição desse regime: a de ordem moral. Dirigindo-se especialmente à mulher, houve o entendimento de que:[13]

> em decorrência de sua natureza frágil e suscetível de deduções, mais a elas está sujeita pelo avançamento da idade. Não será difícil sugestionar a quem, já sendo naturalmente fraca em razão do sexo, o é ainda mais pela idade.

Paulo Lôbo acentua que basta apenas um dos pretendentes ao alcançar a idade mínima prevista, que a norma incide determinando o regime mencionado. Todavia, a posição do autor é de descontentamento. É que tal dispositivo atenta para a dignidade da pessoa humana, além de restringir

---

10 CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. v. 5. Direito de família. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 485.

11 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

12 CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 485.

13 CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 486.

a sua autonomia como pessoa e a sua liberdade de contrair matrimônio, imposição esta não prevista constitucionalmente.[14]

Francisco José Cahali, atualizando a obra de Silvio Rodrigues, também enfrenta a questão, observando que tal limitação "se mostra atentatória da liberdade individual", ressaltando que a tutela do Estado em face das pessoas com a idade referida pela lei, capazes e maiores é, além de injustificável, descabida. E, como se não bastasse:[15]

> Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

A doutrina acima vai mais além no sentido de combater tal norma, com base na Lei do Divórcio, especificamente em seu art. 45 que chegou a flexibilizar esta regra. É que havia a possibilidade de se permitir aos nubentes, quando o casamento "seguisse uma comunhão de vida por mais de dez anos, ou da qual tivesse resultado filhos". Todavia, tratava-se de disposição transitória, eis que estabelecia e exigia como requisito, que a convivência fosse anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 9/77.[16]

Não há razão para a discriminação por idade em relação ao regime de bens, não entendemos uma justificativa objetiva e razoável para tanto. Afasta-se, portanto o legislador do princípio da igualdade, eis que a norma em comento cria diferenciações abusivas e arbitrárias, ainda sem qualquer finalidade lícita, circunstância esta que contraria a Constituição Federal.[17]

Segundo a doutrina, era vedado ao Poder Público intervir nas atividades jurídicas estabelecidas entre particulares e, como consequência, não era possível a violação da autonomia privada. A justificativa para tanto era a de que a livre expressão da vontade humana, como elemento criador do direito, não era passível de intervenção autoritária destinada a limitá-la,

---

14 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

15 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. Atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144.

16 RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 145.

17 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

já que a referida intervenção era considerada como um atentado odioso a um atributo da vontade humana.[18]

De acordo com o princípio da autonomia privada, é dada a possibilidade de se praticar um ato jurídico com a determinação da forma e dos seus efeitos. Vimos anteriormente que o instituto passou a ser aceito como um princípio de direito contratual, portanto, é o particular estipulando um pacto em um chamado ordenamento jurídico menor.[19] Entendemos que tal raciocínio pode ser aplicado, perfeitamente, à escolha de regime de bens para o maior de setenta anos. Observamos, contudo, que não é nosso objetivo questionar os regimes existentes, mas, sim, buscar a possibilidade, aos que atingem a idade mínima legal, de optar pelo regime, por exemplo, da comunhão parcial. Afinal, estas pessoas podem livremente pactuar diversos contratos que não sofrem limites, como, por exemplo, uma compra e venda, que acontece sem restrição em razão de eventual idade mínima de setenta anos.

Vejamos, por outro lado, que para os menores de dezoito anos, o Código Civil apresenta um número de hipóteses que regulamentam a cessação da sua menoridade, ou seja, estamos tratando dos casos de emancipação.[20] E, interessante também é, para os casos de casamento, cuja ocorrência da emancipação se verifica, que, na hipótese de dissolução de sociedade conjugal, ainda assim subsiste a emancipação. Inclusive para os casos de nulidade ou anulação do casamento, caso contraído de boa-fé.[21]

---

18 NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá, *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2007, p. 131.

19 NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Idem, p. 132.

20 Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

21 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156.

César Fiuza tece severas críticas à norma do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Alerta o autor que a constitucionalidade de tal imposição é objeto de discussão, desde que entrou em vigor. Todavia, apenas alertamos que o mestre refere a idade de sessenta anos, eis que a sua obra data do ano de 2009, quando, por outro lado, a Lei n. 12.344, de 2010, aumentou o limite mínimo inicial para setenta anos, como anteriormente apontado. Importante, para tanto, a transcrição de suas palavras: "De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de sessenta anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 60 anos ainda é jovem, pelo menos para efeito de casamento".[22]

Maria Helena Diniz, de modo mais tranquilo, também entende que o nubente sofre a *capitis diminutio*, em decorrência da imposição pelo Estado. A autora pondera que aquele "tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é plenamente capaz de exercer os atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do chamado "golpe do baú".[23] A autora, ainda, utiliza-se da seguinte frase: "Embora os nubentes tenham liberdade na escolha do regime matrimonial de bens, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos excepcionais, um regime obrigatório, que é o da separação de bens".[24]

A expressão acima trazida por Maria Helena Diniz, "golpe do baú", também é utilizada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Os autores aduzem que "A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretende aplicar o 'golpe do baú' não convence". E são firmes ainda quando referem que a

22 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo.* 13.ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009. p. 965.

23 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210.

24 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1169.

hipótese do inciso II do art. 1.641 é "absurda e inconstitucional".[25]

Os autores acima referidos ponderam que não há como se extrair da norma em comentário uma interpretação conforme a constituição, eis que viola, "escancaradamente", o princípio da isonomia". Ressaltam que a lei resguarda "uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros". Ponderam que a idade avançada, por si só, não é causa a justificar a incapacidade, sugerindo procedimento de interdição, se na condição de enfermo ou deficiente mental. Finalizam, ainda, ressaltando que o limite de idade imposto pela lei não impede a pessoa de ser Presidente da República ou de integrar a Câmara dos Deputados.[26] Em relação à incapacidade mencionada, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que a limitação em relação à liberdade de escolha quanto ao regime de bens, nessa hipótese em decorrência de idade, faz com que "homens e mulheres sofram uma interdição parcial ao se verem com a liberdade limitada na escolha de seu regime de bens".[27] Arnaldo Rizzardo também segue a linha de pensamento sobre a interdição: "No entanto, permanece a ofensa em a pessoa dispor de sua vida. É incontroverso que se impôs uma parcela de interdição às pessoas com tal idade".[28]

Paulo Lôbo em seus comentários ao art. 1.641, inciso II, elucida ainda mais a questão a respeito deste ponto, com base em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Apelação Cível n. 007.512.4/2-00[29], entendeu que "o

---

25 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Idem.

27 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor.* 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 138.

28 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 598.

29 Ementa: 1. DOAÇÃO. Contratos celebrados entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art. 312, cc, art. 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexa-

preceito equivalente no Código Civil de 1916 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I e X".[30] Como se não bastasse, o autor menciona que a hipótese da lei é inconstitucional, eis que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, reduz a sua autonomia como pessoa e reduz sua liberdade. Como consequência, entende pela inconstitucionalidade da norma.[31]

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentarem as hipóteses do art. 1.641 do Código Civil, alertam que a vontade das partes não pode interferir na obrigatoriedade do regime da separação de bens, eis que a sua liberdade sofre restrições. Mencionam os autores, especificamente quando analisam o inciso II do art. 1.641, que o legislador tinha intenção de proteger os interesses da prole, de evitar que o outro nubente tivesse em mente apenas vantagens financeiras. Ressaltam uma visão "despreocupada com aspectos existenciais", apenas uma visão patrimonialista.[32] Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias têm entendimento idêntico no sentido de que a disposição aqui analisada fere o princípio da dignidade da pessoa humana "[...] por reduzir sua au-

---

genário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1°, III, e 5°, I, X e LIV da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 007.512.4/2-00. Re. Des: Antonio Cezar Peluso. Julgado em: 28/08/1998. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&cdForo=0&vlCaptcha=zynvn>. Acesso em: 06 mar. 2015).

30 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

31 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado.* Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 242-243.

32 BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO; Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 266-267.

tonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz".[33]

Mais uma vez buscamos alicerce em Arnoldo Wald, quando o autor reflete sobre o Direito Civil. O mesmo refere que, em relação à análise econômica do direito:[34]

> Com a evolução tecnológica, especialmente a das comunicações e a globalização, a realidade econômica foi se impondo cada vez mais aos juristas, obrigando o magistrado e o advogado a reconhecerem a transformação fática que estava ocorrendo, influenciando as decisões judiciais.

Mas a I Jornada de Direito Civil, STJ 125,[35] veio a brindar o nosso trabalho e esforço para a superação da questão da idade, que força aos maiores de setenta anos a adotarem o regime da separação obrigatória, no sentido da revogação do dispositivo.[36] Todavia, Regina Beatriz Tavares da Silva explica que a manutenção do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil foi justificada pelo Senador Josaphat Marinho, não por haver suspeita de casamento por interesse, e nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.[37] A autora, em conjunto com Washington de Barros

---

33 JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao código civil brasileiro*. Do direito de família: direito patrimonial. v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

34 WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

35 Jornadas de Direito Civil: I, III, IV e V: enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 18 ago. 2014.

36 Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: "da pessoa maior de sessenta anos". Proposta: Revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que tem-se alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses**.**

37 SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código civil comentado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.641.

Monteiro, segue posição de entender pela aplicação da restrição imposta pelo regime da separação por idade. O fundamento vem de que, em que pese a Constituição Federal tutelar sobre o direito de liberdade, deve-se atentar para as seguintes lições:[38]

> [...] é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.

Com o maior respeito aos argumentos acima trazidos, entendemos como equivocados e, como se não bastasse, inconstitucionais e ilegais: quanto ao primeiro, por ferir o princípio da igualdade e da não discriminação em razão da idade; quanto ao segundo, por presumir a má-fé daquele que se casa com o idoso. Em tópico próprio, mais adiante, vamos esmiuçar estes conceitos.

Como visto, a grande maioria concorda que a norma aqui analisada está em descompasso com o presente. Não é à toa que Caio Mário Pereira da Silva já criticava o anteprojeto de Código Civil, desde a Parte Geral até o Direito de Família e Sucessões. Eis suas palavras:[39]

> A visão panorâmica do Direito de Família, no Anteprojeto, oferece aspectos desoladores. Desconhece ele os problemas jurídico-sociais dos tempos presentes. Conserva soluções superadas.

Entretanto, há, na doutrina e na jurisprudência, entendimento que a imposição aqui verificada foi solucionada, ou parcialmente solucionada, através da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, como no próximo subcapítulo iremos demonstrar e analisar. Por outro lado, também veremos que existem severas críticas à normatividade do referido enunciado.

---

38 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292.

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de código civil. In: *Revista Forense*, abril//maio/junho de 1973, ano 69, fascículos 838 a 840. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 23.

2 SÚMULA N. 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como estudado até este momento, praticamente todo o entendimento doutrinário critica, severamente, a norma do inciso II do art.1.641 do Código Civil, pelos motivos e justificações que trouxemos.

Todavia, o Superior Tribunal Federal, no ano de 1964, buscou corrigir as distorções, as situações de injustiça que observamos pelas críticas da doutrina, de modo que editou a Súmula n. 377, cuja importância acabou na alteração do regime de bens então imposto pelo Código Civil. É que "Ao ser autorizada a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou a jurisprudência por transmudar o regime da separação total dos bens para o regime da comunhão parcial".[40]

Assim, importante para a continuidade deste estudo é sabermos a origem da mencionada Súmula bem como o seu contexto em nosso ordenamento jurídico. Silvio Rodrigues, em um primeiro momento, ensinou sobre a natureza das súmulas para, depois, posicionar-se sobre o enunciado do Supremo Tribunal Federal:[41]

> Em rigor, a Súmula não tem natureza normativa, pois o juiz não fica adstrito a aplicá-la. Entretanto, na prática, ela funciona como norma, porque, no mais das vezes, será inútil desprezá-la, pois as instâncias superiores – e quando não o Supremo – certamente modificarão o julgamento rebelde.

Em continuidade, o mestre acima referia que a Súmula apoiou-se, teve origem, em quatro julgamentos, nos anos de 1943, 1946, 1947 e, por último, em 1948, girando a controvérsia em torno do art. 259 do Código Civil[42] à época vigente. A primeira decisão que entendeu pela comunhão dos aquestos derivou da ideia de que houve uma sociedade de fato entre os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, considerando a conjugação de esforços comum. A ju-

---

40 DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: *Questões controvertidas no código civil*. Série Grandes Temas do Direito Privado. v. 2. Atualizado por Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2004. p. 271.

41 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnoldo (coord). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 175.

42 Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

risprudência vinha observando situações injustas, especialmente quanto a casais estrangeiros, principalmente italianos. É que na época da emigração para o Brasil, o regime de bens vigente na Itália era o da separação. "Assim, como no Brasil se aplicava, então, o *jus sanguinis*, em caso de dissolução de casamento daqueles casais (em geral pela morte de um dos cônjuges)", cujo matrimônio fora em terras italianas, aplicava-se a lei daquele país. A injustiça: os bens, fruto dos trabalhos de ambos os consortes estavam em nome do marido e, no caso de seu falecimento, nada cabia à viúva, eis que o acervo era passado à prole. A situação relatada, em sua maioria, acontecia no Estado de São Paulo.[43]

Nádia de Araújo e Daniela Trejos Vargas também discorrem sobre a questão dos italianos, naquela época, em nosso país:[44]

> Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era agora e de um país distante de sua realidade pessoal (ou seja, vieram já casados e obtiveram seu patrimônio no país adotado, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face da imutabilidade do regime). [...] Havia hipóteses em que a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Em razão desse contexto, os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em alguma hipótese, como a dos maiores de sessenta anos.

As autoras supra referidas concluem, então, com base no raciocínio acima, que o tema foi consolidado por meio da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal.

O segundo julgamento tratou de invocar a norma do então art. 259, que previa a comunicação dos aquestos, independentemente do esforço comum. Houve controvérsia:[45]

---

43 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnoldo (coord). Op. cit., p. 175.

44 ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Ano 3, v. 11, julho a setembro de 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2002. p. 123.

45 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: Op. cit., p. 178.

> Note-se que a viúva, nesse caso, ao propor ação reivindicatória da metade dos aquestos, alegou que eles tinham sido adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges; a contradita negou a existência da sociedade de fato entre os cônjuges, de modo que a controvérsia se fixou nesse ponto. A sentença de primeira instância acolheu o pedido por reconhecer a existência daquela sociedade, e o Tribunal do Rio de Janeiro reformou tal decisão, por entender que não se lograva provar a sociedade de fato.
>
> O julgamento do STF é curioso, pois o Min. Relator, entendendo que a decisão era de fato, eis que se cogitava da existência ou não de sociedade de fato, não conheceu do recurso. Entretanto, a maioria, inovando a controvérsia, decidiu contrariamente, proclamando que a tese era de direito, não de fato, pois se tratava saber da aplicação, ou não, à hipótese, do art. 259 do CC. Entendendo ser aplicável aquele dispositivo, o STF, por maioria de votos, deu provimento ao recurso.

O terceiro julgamento, a seu turno, foi em sentido contrário, eis que a maioria entendeu que o art. 259 do revogado Código Civil era somente aplicado aos casamentos realizados pelo regime convencional da separação, e não para a separação obrigatória. O voto vencedor foi no sentido da ideia de contrato que o dispositivo previa: na ausência de vontade das partes no sentido de comunicação dos aquestos, não existe contrato, pois ausente a vontade, como determinante.[46]

Já o derradeiro acórdão renovou o debate, com a sustentação da aplicação do art. 259 e, por outro lado, de sua negativa. Contudo:[47]

> [...] mas a ementa do acórdão volta a falar em "comunhão de aquestos, que se funda na cooperação de ambos os cônjuges". E se completa: "Esta sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infligir lesão injusta aos cônjuges, que, pelos esforços e indústria comuns, obtiverem bens, que devem formar um caixa social [...].

Francisco Jose Cahali, analisando a Súmula n. 377 e o art. 259 do Código Civil revogado, em artigo homenageando Silvio Rodrigues, traz as palavras do mestre acerca de tais disposições:[48]

---

46 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: Op. cit., p. 179.

47 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: Op. cit., p. 180.

48 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado.* Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Ano XXIV, junho de 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004. p. 28.

> Este parágrafo, que se encontra nas 25 primeiras edições deste volume, teve sempre por escopo comentar o artigo 259 do Código Civil e a Súmula n. 359 do Supremo Tribunal Federal. O artigo 259 representava um aleijão em nossa legislação civil e a Súmula n. 377, que ampliava injustamente o alcance daquele infeliz dispositivo aos casamentos realizados pelo regime legal da separação, também não merecia maiores encômios.

Gustavo Tepedino também alerta para a controvérsia relevante que a Súmula veio a trazer no meio jurídico. Afirma o autor, também, que tal preceito não foi reproduzido no Código Civil de 2002, situação esta que acarreta dúvidas quanto à aplicabilidade daquela, em que pese haver entendimentos no sentido de manter a Súmula, mas também em posição contrária. Todavia, ressalta o autor que o fundamento do enunciado baseia-se nos princípios da solidariedade social e no enriquecimento sem causa.[49]

Portanto, da narrativa anterior, através da doutrina de Silvio Rodrigues, pudemos observar o nascedouro da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, passando, neste momento, a sua análise em épocas atuais.

Milton Paulo de Carvalho Filho, em obra coordenada pelo Ministro Cesar Peluso, analisa, de forma breve, o entendimento relativo à Súmula n. 377. Em que pese a Súmula dispor que os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se, o Superior Tribunal de Justiça passou a exigir prova do esforço comum do casal na aquisição dos bens, na constância do casamento, ou seja, "amenizou o entendimento sumulado". Todavia, esclarece que o entendimento do Supremo permanece em vigor:[50]

> Contudo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade social, do enriquecimento sem causa e da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento sumulado permanece em vigor, devendo ser levado em consideração para os casos de separação obrigatória de bens, ou seja, aqueles previstos no artigo comentado. Enquanto se verificarem as causas estabelecidas pela lei para a aplicação do regime de separação total, aplica-se a Súmula n. 377.

A crítica ao artigo 259 do então Código Civil vinha no sentido de que tal norma destoava do sistema. É que

---

49 TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008. p. 12-13.

50 FILHO, Milton Paulo de Carvalho. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência.* 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 1.771.

a previsão anterior era no sentido de que mesmo com o regime da separação, o silêncio das partes no pacto antenupcial em relação aos bens adquiridos na constância do casamento fazia com que houvesse a comunicação. O preceito em questão, segundo Francisco José Cahali não figura no projeto elaborado por Clóvis Beviláqua. Assim, o que destoava do sistema era a comunicação dos bens adquiridos, eis que desvirtuava a natureza do regime da separação. Vamos às palavras do autor ora referido:[51]

> Ora, aplicando-se a regra do artigo 259 ocorre o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comunicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens; e que os bens aquestos *também* não se comunicam.

Portanto, a doutrina de Silvio Rodrigues trazida por José Francisco Cahali é clara no sentido da crítica aqui demonstrada. E, como se não bastasse, a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal restaria revogada por não ter sido recebida pelo atual Código Civil. É que "não mais se admite a prevalência dos princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento pelo regime da separação obrigatória". Portanto, passa a ser a separação obrigatória o regime da efetiva separação e não mais um regime da comunhão simples, quando admitida a meação sobre os aqüestos.[52]

Todavia a fundamentação acima exposta admite uma exceção: a comprovação do esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens. Nesse caso, está caracterizada uma sociedade de fato "sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento".[53]

---

51 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: In: *Revista do Advogado.* Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Ano XXIV, junho de 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004. p. 28.

52 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Op. cit., p. 28-29.

53 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Op. cit., p. 29.

Rolf Madaleno é expresso ao referir e apontar a discriminação, por parte da lei: "Era esperado fosse modelo definitivamente extirpado do Direito Civil brasileiro, tanto quando faz incidir o regime legal da separação de bens sobre casamentos cobertos pela áurea suspensiva do art. 1.523 do Código Civil, quando aplica a mesma forma para discriminar pessoas que casam com mais de setenta anos [...]". O referido autor menciona que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal[54] já havia afastado de nosso ordenamento jurídico o regime obrigatório da separação de bens. Os efeitos de tal regime, segundo Rolf Madaleno, eram os de apenas "desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação formal e espiritual e para o crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar".[55]

Maria Berenice Dias afina-se com a posição acima trazida. Podemos observar que a Magistrada referiu, expressamente que, mesmo para os casos do regime da separação absoluta por idade, ao patrimônio adquirido através do esforço comum incidem os efeitos da Súmula n. 377[56] do Supremo Tribunal Federal.[57] Ainda, refere injustiça, ressaltando que edição da

---

54"No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento."

55 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 733-734.

56 NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 09 mar. 2015.

57 Ementa: APELAÇÃO. [...]. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. Impositivo o reconhecimento da união estável quando a prova colacionada aponta para a existência de uma relação que atende aos requisitos legais. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Art. 1641, II, CC. DESCABIMENTO. SÚMULA 377 DO STF. De todo descabido aplicar à união estável a restrição imposta no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, seja em razão do atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, seja em razão da vedação do uso da analogia para o fim de se restringir direitos. Ao depois, ainda que considerada a prevalência do regime obrigatório, admite-se a partilha igualitária do patrimônio comum, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro, por força da Súmula 377 do STF. [...]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara

Súmula ora em estudo corrigiu distorções.[58]

Mas importante é a observação que faz o autor acima mencionado, acerca da prevalência dos princípios do regime da comunhão parcial à separação obrigatória por idade, haja vista o reconhecimento "à companheira participação nos bens adquiridos durante o concubinato". Como se não bastasse, a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal vem em socorro à hipótese trazida.[59] Inclusive, Carlos Alberto Bittar leciona que "em havendo omissão no pacto antenupcial, prospera o entendimento de que ocorre a comunhão de aquestos, pois se entende que adquiridos os bem por esforço comum".[60]

O Superior Tribunal de Justiça analisou caso análogo. Todavia, restou consignado que, ante à ausência da prova do esforço comum para aquisição de determinado bem, este ficou excluído da partilha.[61]

Maria Berenice Dias, na então condição de Desembargadora, assim decidiu em caso envolvendo a

---

Cível. Apelação Cível n. 70014925432. Rel. Des: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/07/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014925432%26num_processo%3D70014925432%26codEmenta%3D1497909+regime+de+bens+e+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+s%C3%BAmula+n%C2%BA.+377++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014925432&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=12/07/2006&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 09 mar. 2015).

58 DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord). *Questões controvertidas no novo código civil*. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 2. São Paulo: Método, 2004. p. 269.

59 GOMES, Orlando. *Direito de família.* 12. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

60 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família.* 2. ed. Atualizada por Carlos Alberto Bittar FIlho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janiero: Forense, 2006. p. 126.

61 Ementa: CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA. BEN-

separação total de bens, adotado pelas partes.[62]

Por último, Silvio Rodrigues destaca a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo em decorrência da Súmula ora analisada, eis que aquela "cria ou pode criar um Direito que se afasta do editado pelo legislador".[63] Novamente, aí, reside a irresignação do autor, ou seja, a ausência

---

FEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Devem ser estendidas aos companheiros as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha. 4. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1369860/PR. Rel. Min: João Otávio de Noronha. Julgado em: 19/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302102&num_registro=201300679867&data=20140904&formato=HTML>. Acesso em: 09 mar. 2015).

62 Ementa: REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PROVA DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. Em que pese as partes tenham adotado o regime da separação total de bens, revela-se impositivo reconhecer à virago direito a montante correspondente a 50% do patrimônio amealhado na vigência do casamento, porquanto manifestamente comprovada sua efetiva contribuição para a aquisição dos bens, sob pena de enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento do outro. [...] (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70016610651. Rel. Des: Maria Berenice Dias. Julgado em: 11/04/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70016610651%26num_processo%3D70016610651%26codEmenta%3D1839829+regime+da+separa%C3%A7%C3%A3o+total+de+bens+e+efetiva+contribui%C3%A7%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70016610651&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=11/04/2007&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 01 jun. 2015).

63 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnoldo (coord).*O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 175.

de manifestação de vontade. Carlos Roberto Gonçalves, quanto a esta, ainda nos ensina sobre a questão do silenciar que, como regra, "nada significa, por constituir total ausência de manifestação de vontade e, como tal, produzir efeitos".[64]

3.1 União estável iniciada e reconhecida cujo um dos companheiros tem o mínimo de setenta anos: qual o regime a ser adotado – comunhão parcial ou separação obrigatória?

Questão também de extrema importância em relação à separação obrigatória em decorrência da idade guarda relação direta com outro dispositivo do Código Civil: o artigo 1.725. Ao tratar do regime dos companheiros, silencia quanto à obrigatoriedade da separação, bem como não impõe idade, assim como, na ausência de contrato, adota o regime da comunhão parcial ao regime de bens.[65]

Mas em que pese o silêncio da lei referente às relações envolvendo os maiores de setenta anos, como na hipótese da referida norma do art. 1.725 do Código Civil, a jurisprudência tem interpretação no sentido de que, para pessoas acima do limite da lei (setenta anos), mesmo nas uniões estáveis, cuja regra, insistimos, cala quanto à idade, o regime a ser adotado deve ser o da separação obrigatória.

Álvaro Villaça Azevedo entende que deve ser aplicada a regra da separação absoluta de bens, em decorrência da idade, prevista para o casamento e também para os casos de união estável que do mesmo modo incorrem na idade de setenta anos, de forma análoga. A justificativa do autor vai no sentido de que "[...] na união matrimonial, após essa idade, muitos direitos já se consolidaram na família dos cônjuges ou conviventes, que merecem ser respeitados [...]".[66]

Milton Paulo de Carvalho Filho, ao discutir a questão da obrigatoriedade do regime de bens imposta aos maiores de setenta anos (sessenta, quando discorreu sobre o tema, eis que antes da alteração legislativa que aumentou a idade para setenta anos), aduz que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil prevê a obrigatorie-

---

64 GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro*. v. 1. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352.

65 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.

66 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil.* São Paulo: Atlas, 2013. p. 296.

dade do regime, apenas para os cônjuges, bem como que a dicção do artigo 1.723 também do Diploma Civil não faz qualquer menção à idade dos companheiros, assim como qualquer outro dispositivo do Código. Portanto, conclui que, nos casos de união estável, não restaria aplicada a obrigatoriedade do regime da separação de bens imposta ao casamento.[67]

Entretanto, o referido autor cita os ensinamentos de Zeno Veloso, que possui entendimento em sentido contrário, ou seja, de que não cabe tratamento diferenciado à união estável à lei conferida ao casamento, tendo incidência àquela das prescrições contidas no artigo 1.641, inciso II, do Código. Tal argumento é reforçado, ainda, com o objetivo de se evitar tratamentos diferenciados para a imposição do regime da separação obrigatória de bens, seja no casamento seja na união estável. Busca-se evitar relações exclusivamente interesseiras.[68] Respeitado o posicionamento de Zeno Veloso, ocorre que, relações interesseiras, termo este usado pelo autor, podem ocorrer em qualquer circunstância da vida, bem como em qualquer idade.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a decisão foi no sentido de que "Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta",[69] e, no mesmo sentido, o jul-

---

67 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; PELUSO, Cezar (orgs.). *Código Civil comentado.* 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 1.927.

68 Idem.

69 Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. [...] 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que

gamento em questão.[70] Na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça perfilha o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual também determinou a aplicação do regime da separação por idade, vejamos: "Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia)".[71] Este julgamento, também da Corte Gaúcha, registrou a obrigatoriedade da separação obrigatória de bens em relação à união estável, ressaltando, igualmente

---

o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. [...] 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1171820/PR. Rel: Min. Sidnei Beneti. Rel. para acórdão: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 07/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1016979&sReg=200902413116&sData=20110427&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

70 Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n. 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 646259/RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014.

71 Ementa: AGRAVO RETIDO. [...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. CONVIVENTE SEPTUAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 377 DO STF. PARTILHA DE BENS E DE VALORES. 1. [...]. 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum, que é presumido. Precedentes do STJ. 3. Ausente comprovação de que, com exceção dos R$ 45.000,00, fruto da venda de um apartamento que o convivente possuía antes do início

a anterior decisão trazida e comentada, o início do tempo da relação, cujo idoso já contava com mais de oitenta anos de idade.[72]

---

da relação estável, a aquisição dos demais bens imóveis que o substituíram ocorreu com a utilização de recursos exclusivamente seus, resta demonstrada a parcial sub-rogação, devendo ser mantida a sentença no ponto. 4. Não tendo sido demonstrada a ocorrência de sub-rogação, deve ser reconhecida a comunicabilidade da integralidade do box n. 5, em relação ao qual não foi demonstrada a ocorrência de sub-rogação. Sentença reformada, no ponto. 5. Idêntica solução deve ser dada em relação ao automóvel adquirido na constância da união, sendo comunicável, em razão da parcial sub-rogação comprovada, o percentual de 48,12% do bem. Sentença reformada, no ponto. 6. Devem ser partilhados os valores depositados em conta poupança em nome do companheiro, na medida em que não restou afastada a presunção de que representam economias do casal, não revelando as declarações de renda acostadas ao feito que são frutos de bens de titularidade exclusiva do varão, devendo, todavia, ser abatida do valor depositado ao tempo do óbito aquela quantia já existente ao tempo do início da relação. Sentença reformada, no ponto. 7. Inviável a inclusão na partilha do valor de R$ 47.000,00, pois ausente comprovação de que, assim como declarado junto ao fisco no ano de 2010, tal quantia estivesse efetivamente em seu poder na data do óbito, inexistindo, ademais, indícios de que a companheira tenha se apropriado de tal valor. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 70051216505. Rel: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 28/02/2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051216505%26num_processo%3D70051216505%26codEmenta%3D5125442+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C 3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70051216505&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-02-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl >. Acesso em: 24 abr. 2014).

72 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. CONVIVENTE OCTAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. PARTILHA DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O VEÍCULO TENHA SIDO ADQUIRIDO EXCLUSIVAMENTE COM O PRODUTO DA VENDA DE BEM EXCLUSIVO DO CONVIVENTE. BENS MÓVEIS QUE GUARNECIAM A RESIDÊNCIA DO CASAL. PARTILHA DE UM FOGÃO À LENHA E DE UMA CAMA. 1. Não há falar em ausência de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória de união estável *post mortem*, sob o argumento de que aplicável ao caso o regime da separação obrigatória de bens, uma vez que a declaração perseguida independe da questão patrimonial, que é apenas uma sua consequência lógica (meação/herança). 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação,

Portanto, seja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aquela revela-se pacífica e maciça quanto a sua aplicação,[73] não abrindo, deste modo, margem para maiores discussões,[74] ou seja: é aplicado o regime da separação

---

considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 80 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum. Precedentes do STJ. 3. Em que pese isso, não se desincumbiram os recorrentes (sucessores do convivente falecido) de comprovar a alegação de que para a aquisição do veículo, no curso da união, foram utilizados exclusivamente os recursos da venda de bem particular do falecido, razão por que corretamente reconhecido o direito de meação da recorrida sobre diferença investida por ambos nessa aquisição. 4. À exceção de um fogão à lenha e de uma cama, os demais bens móveis que guarneciam a residência do casal não integram o acervo partilhável, pois, consoante admitido pela própria convivente em seu depoimento pessoal, já pertenciam ao convivente antes do início da relação. Ponto parcialmente acolhido. PRELIMINAR REJEITADA, APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047381082. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 14/06/2012. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047381082%26num_processo%3D70047381082%26codEmenta%3D4749360+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70047381082&comarca=Comarca+de+Taquari&dtJulg=14-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

73 Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n. 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 646.259 – RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

74 STJ, REsp 918643/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 26/04/2011, DJe 13/05/2011; REsp 1171820 / PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 07/12/2010, DJe

absoluta de bens por razão de idade, mesmo para as hipóteses envolvendo a união estável.

Maria Helena Diniz, ao comentar a respeito da Súmula aqui analisada, faz menção ao Enunciado n. 261 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: "A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade".[75] No mesmo sentido noticiou Milton Paulo de Carvalho.[76]

Por fim, em termos de união estável, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que àquela relação não se aplicam as disposições do art. 1.641 e seus incisos, "dada a inequívoca ausência de previsão legal nesse sentido".[77]

3 DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE

A maior parte dos doutrinadores atuais busca identificar as bases da fundamentação da discriminação verificada, por força do inciso II, do art. 1.641 do Código Civil, também na dignidade da pessoa humana, e na discriminação do idoso.

Entendida como a base da sociedade, a família tem especial proteção do Estado. Quanto aos idosos, vários dispositivos referem a velhice como objeto de direitos específicos, tais como o direito previdenciário,[78] o direito assistencial.[79] Todavia, dois

---

27/04/2011; REsp AgRg no REsp 194325/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª Turma, j. 08/02/2011, DJe DJe 01/04/2011; REsp REsp 471958 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18/12/2008, DJe 18/02/2009.

75 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1169.

76 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; PELUSO, Cezar (org). Op. cit., p. 1.928.

77 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 326.

78 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I. cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada [...].

79 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I. a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...]".

dispositivos constitucionais merecem destaque, eis que o objeto de sua consideração é a pessoa na terceira idade.[80]

A Constituição Federal, em seu artigo 230,[81] refere que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparo às pessoas idosas, e assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e seu bem-estar, e garantindo o direito à vida. Como se não bastasse, a Lei de n. 8.842/94, que dispõe sobre a política nacional do idoso, criando também o Conselho Nacional do Idoso, busca assegurar os seus direitos sociais, criar condições para a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.[82] Por outro lado, a Carta tem como direito fundamental o princípio da igualdade[83] e, como se não bastasse, veda discriminações, entre outros aspectos, em razão da idade, eis que tal disciplina é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.[84]

Cristiano Heineck Schmitt, ao tratar do idoso, ensina que o Estatuto do Idoso, em seus arts. 8º e 9º, respectivamente, tratam do envelhecimento como direito personalíssimo, sendo a sua proteção direito social, bem como ser obrigação do Estado a garantia à pessoa idosa de proteção à saúde, à vida. A obra ora citada relaciona-se com a proteção do idoso no mercado de consumo, todavia, é de importância ímpar à presente dissertação, especialmente neste ponto do trabalho, senão vejamos: "Assim, se há discriminação com o idoso, esse não detém uma representatividade de seus interesses, o que lhe impõe um isolamento, uma exclusão social, estar-se-

---

80 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 851-852.

81 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

82 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 852.

83 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:

84 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

-á diante de uma sociedade que não reflete suas necessidades nas leis que faz promulgar e cumprir".[85]

Mas, além da proteção aos direitos dos idosos, é importante ressaltar, também, a limitação da capacidade que a lei impõe àqueles, explica-se.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho alertam que a questão inerente à personalidade jurídica é das mais importantes no tocante à Teoria Geral do Direito Civil.[86] A nossa intenção é associar o conceito à pessoa natural, em que pese salientarmos a importância da personalidade no que se refere às pessoas jurídicas. Todavia, quanto a essas, especificamente, não são objeto deste estudo e, por razões de delimitação do tema, não serão abordadas. Os autores referidos assim conceituam personalidade jurídica: "[...], é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos",[87] de acordo com o Código Civil,[88] passando a surgir após o nascimento com vida (teoria natalista)[89], nos termos da legislação ora mencionada.[90]

Para o caso da imposição ao regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, vejamos as seguintes lições acerca da aptidão das pessoas para a realização, para o exercício dos seus direitos: "Nem toda a pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos em razão de limitações orgânicas ou psicológicas".

Mas uma das causas de emancipação nos levanta curiosidade, ou seja, a emancipação voluntária, prevista pelo artigo 5º, § único, incisos I a V do Código Civil.[91] Segundo Carlos

---

85 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

86 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127.

87 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Idem

88 Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

89 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 131.

90 Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

91 Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os

Roberto Gonçalves, a emancipação é, independentemente de sua forma, irrevogável.[92]

Pode o menor ser emancipado, mas não pode o adulto experiente dispor do melhor regime que lhe aproveitar. Além de tudo, para este confronto específico entre incapacidade e capacidade, a contradição é transparente. Até porque, se a emancipação é concedida ao menor de dezesseis anos e, como consequência, a lei o antecipa a ter aptidão, como vimos, para os aptos da vida civil, faticamente a pessoa continua sendo menor, tendo uma mente ainda não adulta. Por outro lado, quanto mais experiente o idoso vai ficando, ao completar setenta anos, em que pese faticamente esteja mais experimentado, a lei lhe restringe tal capacidade.

3.1 Boa-fé objetiva e presunção

Como estamos sustentando, entendemos que a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória, se sob a perspectiva do idoso, induz a uma incapacidade presumida, também, pela ótica do companheiro(a) ou cônjuge daquele, induz à presunção de má-fé deste, como veremos a seguir, segundo nossa posição.

Já no período do Direito Romano:[93]

> a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentius*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius gentium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio *do iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves que o princípio da boa-fé divide-se em: a) boa-fé subjetiva; b) boa-fé objetiva, ou então também denomina-

---

menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

92 GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro*. v. 1. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

93 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 32.

da de ética da boa-fé.[94] Em relação à boa-fé subjetiva, o autor referido assinala que tal instituto esteve presente no Código Civil de 1916, "com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico". A boa-fé subjetiva, por assim dizer, guarda relação com o conhecimento ou a ignorância da pessoa sobre certos fatos, havendo a consideração do direito, para os fins específicos da situação a ser regulada. Melhor explicando, serve de tutela para aquele que "tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade". "A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória." Resumindo: a expressão "subjetiva" leva o intérprete, na sua aplicação, para o campo da interpretação em relação à intenção daquele que integra a relação jurídica, ou seja, o seu estado psicológico ou então a sua convicção íntima. Significa, portanto e em um primeiro momento, a "noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante".[95]

Sendo a boa-fé objetiva regra de conduta e preceito geral de direito, noções mínimas do que sejam estes conceitos devem ser estudadas. Alimentamo-nos, para tanto, da doutrina de Miguel Reale acerca dos princípios gerais de direito.

Mas vamos, inicialmente, à previsão legislativa da disciplina. O Código Civil aborda a questão da cláusula feral da boa-fé em três dispositivos, a saber: artigos 422[96], 113[97] e 187[98]. Segundo as lições de Carlo Roberto Gonçalves, das três normas previstas, a de maior repercussão vem no art. 422. Tal dispositivo é norma legal aberta, acolhendo princípio ético, e fundada na lealdade, confiança e probidade.[99]

---

94 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

95 GONÇALVES, Carlos Roberto. Idem, p. 55-56.

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

97 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

98 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

99 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

Carlos Roberto Gonçalves ainda ensina que, em relação ao papel do juiz, cabe ao magistrado "estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado". Portanto, os ensinamentos vão no sentido de que no caso de determinada conduta ser contrária ao estabelecido acerca do que se entende pelo modelo adotado, a conduta será considerada como ilícita, haja vista que violou cláusula da boa-fé.[100]

Como se não bastasse, mostra-se relevantíssimo, quando se cogita da boa-fé objetiva, invocar a sua característica quanto à presunção. Ou seja, "recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provocada por quem a alega".[101] Não é por menos que Clóvis do Couto e Silva sinaliza sobre a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos e, segundo as palavras do autor, "é algo que não se pode desconhecer ou desprezar".[102]

CONCLUSÃO

Realmente, a doutrina é majoritária quanto à limitação que o Código Civil impõe aos maiores de setenta anos, quando os obriga ao casamento sob o regime da separação obrigatória de bens.

Todavia, tal medida, entendemos assim, não tem mais cabimento no atual contexto histórico e normativo: limita, sem mais qualquer justificativa, a autonomia privada. Portanto, chega o momento de, mais do que nunca, questionarmos a norma ora estudada, no sentido de arejar as restrições aqui verificadas, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a capacidade e a boa-fé.

Assim, de acordo com toda a gama de normas e princípios trazidos, realmente não encontramos em nosso ordenamento jurídico espaço para as restrições e limitações previstas no inciso II, do art. 1.641, do Código Civil.

---

100 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57-58.

101 GONÇALVES, Carlos Roberto. Idem, p. 54.

102 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 32.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 3, v. 11, jul./set. 2002. Rio de Janeiro: Padma.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil.* São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família.* 2. ed. Atual. por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janiero: Forense, 2006.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. DF, 01 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071impressao.htm>.

_____. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF, 01 jan. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. *Revista do Advogado*, ano XXIV, jun. 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO, Cezar (org). *Código Civil comentado.* 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência.* 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico*. v. V. Direito de família (arts. 255-367). Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. v. 5. Direito de família. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões.* 2. ed. Atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (atual). *Questões con-*

trovertidas no código civil. Série Grandes Temas do Direito Privado. v. 2. São Paulo: Método, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo.* 13. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. *Direito de família.* 12. ed. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

_____. *Direito civil brasileiro*. v. 6. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JORNADAS de Direito Civil: I, III, IV e V: enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 18 ago. 2014.

JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords). *Comentários ao código civil brasileiro*: *do direito de família*. Direito patrimonial. v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. Arts. 1.591 a 1.693. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008.

NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2007.

RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos

últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP,* v. 88, São Paulo, 1993.

_____. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnoldo (coord). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo.* São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). *Código civil comentado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Natalie Cafruni di Giorgio[1]

INTRODUÇÃO

Dentre as relações de parentesco, a filiação é o mais importante e sólido vínculo de união entre as pessoas,[2] devendo, assim, ter especial atenção dentro do sistema jurídico. Afinal, por meio da parentalidade e da filiação é que se constrói o vínculo de perpetuação da família.

Através dos nossos filhos que construímos gerações e trocas de aprendizado. Somente a parentalidade irá proporcionar o maior e mais sólido vínculo que o ser humano pode experimentar, qual seja, a relação de carinho, cuidados, troca de ensinamentos e principalmente de afeto – entre pais e filhos.

A filiação, conceituada como a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, ou ainda, designada, do ponto de vista dos pais, a relação estabelecida como relação de paternidade e maternidade,[3] hoje referida como parentalidade por alguns autores,[4] não é tratada, atualmente, como um mero vínculo consanguíneo.

No atual Direito de Família, consagra-se a concepção de que até mes-

---

1 Advogada especialista em Direito Processual Civil.

2 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 338.

3 BOEIRA. José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade.* Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 29.

4 O autor adota o termo “Parentalidade” que para melhor descrever a relação entre pais e mães para com seus filhos. CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva:* efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9 e ss.

mo o puro afeto pode criar relações jurídicas de parentalidade, conhecidas como vínculos de filiação sociafetiva, qual seja, aquela filiação em que não existe qualquer vínculo biológico com o pai ou a mãe, todavia, existe posse de estado de filho.

Ultrapassadas barreiras biológicas pelo Atual Direito de Família, em que os filhos seriam somente aqueles com ligação consanguínea, valioso referir que com as inovações trazidas pela ciência, criaram-se, nas novas formas de concepção, que o filho não detém, necessariamente, vínculo biológico com os pais.

Se possibilitou, mediante reprodução assistida, novas formas de reprodução, inovadoras, as quais atingem circunstancialmente as antigas concepções de estrutura familiar, as quais, por nítida necessidade, receberam tratamento legislativo especial.

A reprodução assistida heteróloga, tema deste artigo, é o clássico caso de filiação socioafetiva, eis que, pelo menos um dos familiares do núcleo básico – pai e mãe – não terá vínculo sanguíneo com a criança, estabelecendo com ela somente um *status de familiae*, uma posse de estado de filho, que garantirá a proteção jurídica da relação paterno-filial ou materno-filial por meio da socioafetividade.

Ainda, além do vínculo afetivo, a filiação proveniente da reprodução assistida heteróloga ainda detém uma presunção de parentalidade, conforme será estudado.

Sendo a filiação questão essencial ao Direito de Família, com as transformações sociais pertinentes a cada momento histórico, seu disciplinamento legal obteve significante evolução legislativa no Brasil, refletindo as questões sociais pertinentes ao núcleo familiar.

Apesar do tratamento legislativo próprio dado a este tema, por ser tão novo e científico, a expressividade da legislação própria sobre o tema é fraca, eis que a reprodução assistida heteróloga somente aparece no sistema jurídico brasileiro em duas leis – Código Civil de 2002 e nas Resoluções Médicas que regulamentam a Reprodução Assistida, ou seja, o tema se encontra pouco regulamentado.

Este artigo visa levantar dúvidas e tentar encontrar as soluções pertinentes ao tema, no que tange às relações socioafetivas criadas com o cônjuge não doador, e que ainda estão em aberto, tais como a extensão da presunção de paternidade constante no Código Civil para uniões estáveis, a possibilidade de presunção de maternidade em casos que o não doador seja o cônjuge virago, ou ainda, até mesmo a discutida possibilidade de investigação de paternidade/maternidade para fins genéticos, entre outros conteúdos pertinentes.

A fim de responder tais questões, necessária uma evolução legislativa da asserção, bem como igualmente necessário que se discorra sobre so-

cioafetividade e sobre as principais técnicas de reprodução assistida atualmente utilizadas.

1 BREVE HISTÓRICO

Diante das novas estruturas familiares regulamentadas nas últimas décadas, é de se referir que a filiação é um estado, que se trata de um *status familiae*, exprimindo uma relação filial construída mediante nascimento biológico – dos pais que realmente o geraram ou não.[5]

Assim, filiação é o vínculo consanguíneo entre filhos e pais, chamada de filiação biológica, bem como o vínculo socioafetivo proveniente da posse de estado de filho em relação à figura paterna ou materna, sem que exista qualquer relação consanguínea.

Todavia, nem sempre este foi o tratamento dado ao tema. A evolução histórica do Direito de Família, na legislação brasileira, apresentou profundas modificações no que tange ao tratamento dos filhos entre o Código Civil de 1916 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo necessária sua abordagem.

Inicialmente, tem-se como marco de evolução legislativa a Lei n. 4.737 de 27.09.1942, que em seu artigo primeiro permitiu o reconhecimento do filho havido fora da constância do casamento após o desquite do genitor, seguida da Lei 4.883 de 21.10.1949, abrangendo para tanto para qualquer um dos pais, tanto para o filho, a possibilidade de reconhecimento da filiação, através de ação declaratória própria.[6]

A partir do advento da Lei do Divórcio, Lei n. 6.515 de 26.12.1977, surgiu a garantia a todos os filhos do direito à herança, em igualdade de condições, existindo até mesmo a previsão de reconhecimento do filho fora do casamento por meio de testamento cerrado, ainda que na constância do casamento, reconhecimento este a ser dado por qualquer um dos cônjuges.

A partir de então, todos os filhos ilegítimos poderiam ser registrados, por mais que ainda permanecesse vigente, no Código Civil de 1916, o artigo 358, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos, o qual só veio a ser revogado com a Lei n. 7.841 de 17.10.1989.[7]

Expressiva modificação (não apenas no Direito de Família, mas no

---

5 VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família***.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 342.

6 RIZZARDO, Arnaldo**.** Op. cit**.**, p.339.

7 DIAS, Maria Berenice**.** *Manual de Direito das Famílias***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.327.

panorama jurídico em geral), contudo, surgiu apenas com a Constituição Federal Brasileira de 1988. A Carta Magna de 1988 igualou os direitos entre homem e mulher, reconheceu a união estável e proteção a todos os tipos de família, bem como a mudança mais pertinente ao nosso tema, consagrou igualdade entre filiações.[8]

Seguindo as novas constituições democráticas do século XX, como a espanhola de 1978, entre outros países europeus tais como França, Itália, e Alemanha, que abandonou a influência do Código de Napoleão no que se refere à filiação (que discriminava os filhos que eram concebidos fora da constância do casamento, não existindo isonomia de tratamento jurídico entre as filiações),[9] a Constituição Federal de 1988 ultrapassou as denominações de prole legítima ou ilegítima.

Desse modo, todos os filhos são considerados iguais, especialmente em razão do artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, tendo todos os mesmos direitos e as qualificações, proibida qualquer discriminação entre estes.

Ao vedar o tratamento discriminatório dos filhos, pode-se referir que a nova Carta Magna consolidou o afeto como elemento de maior importância, introduzindo-se na Constituição o que estava sendo reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência,[10] indo de encontro com antigas premissas que regulavam a família tradicionalmente matrimonial e unida unicamente pelo parentesco consanguíneo, incluindo, assim, na filiação, o afeto como centro das relações formadas entre pais, mães e filhos.

Seguindo os mesmos passos no referente aos tratamento expendido com os filhos, o Código Civil de 2002 transmitiu a regra constitucional da igualdade entre filiações e acrescentou alguns dos avanços científicos das últimas décadas, tratando, ainda que timidamente, sobre reprodução assistida.

Valioso mencionar que não há menção expressa sobre a filiação socioafetiva ou sobre o afeto como norteador das relações familiares, apesar de ser amplamente tratada e aceita pela jurisprudência e doutrina.

Ainda no que tange ao ordenamento jurídico da filiação presente no Código Civil, apesar de muito criticada, permaneceu vigente a filia-

---

8 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

9 GONZALES, África; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 22.

10 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.

ção jurídica, atribuindo a paternidade por força do casamento, chamada de *pater is est*, proveniente da máxima romana *"pater is est quem nuptiae demonstrant"*, que nada mais é que a presunção de que a paternidade será sempre do marido da mãe.[11]

Tal disposição estabelece que são presumidos os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias depois de estabelecida a convivência conjugal, 300 (trezentos) dias subsequentes a dissolução do casamento, os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e proveniente de embriões excedentários, e por fim e mais importante para o tema que tratamos, os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que com autorização prévia do marido.

A filiação jurídica é herança do Código Civil de 1916 que veio a ser mencionada no Código Civil de 2002, estando presente em outros ordenamentos jurídicos, tais como o Código Civil Francês, O Código Civil Suíço e o Código Civil Argentino.[12]

Vale salientar, contudo que com as técnicas de reprodução assistida e de investigação de paternidade, em que se oportuniza o exame ácido desoxirribonucleico (DNA) acabaram por modificar substancialmente a presunção de paternidade, ainda que esta continue constando no Código Civil de 2002,[13] no artigo 1.597.[14]

No que tange a regulamentação sobre reprodução assistida, apesar de todo avanço legislativo aqui demonstrado esta continua quase sem legislação específica, tendo como base somente algumas determinações do Código Civil e da Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina.

Desse modo, denota-se que a legislação concernente à filiação ultrapassou diversos dogmas e foi amplamente modificada nas últimas décadas,

---

11 BOEIRA. José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 41.

12 Idem.

13 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p.62

14 "Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I. nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II. nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III. havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV. havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido" (BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

podendo, atualmente, subdividir-se as filiações quanto a sua natureza, em filiação jurídica, que será aquela proveniente da presunção *pater is est*, biológica, a filiação ligada por laços sanguíneos, e, a socioafetiva, que será a filiação proveniente da natureza afetiva, da posse de estado de filho.

Sociafetividade

Atualmente, o princípio do afeto é norteador do direito de família, e hoje ultrapassa, em importância, até mesmo a verdade biológica.

A afetividade – cuidada inicialmente pelas ciências sociais, psicologia e educação como objeto de suas ciências – adentrou o direito de família a fim de que pudesse se explicar as relações familiares contemporâneas, tão complexas e multifacetadas.[15] Tendo como base a afetividade, a parentalidade se mostra como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, surgindo assim a figura da parentalidade socioafetiva.[16]

Tratando do tema "afeto e filiação", é possível resumir que afeto é o cuidado, o carinho, o mimo, o afago estabelecido com outrem, produzindo um profundo sentimento de gostar, de bem-querer alguém. A filiação socioafetiva é o pai ou a mãe que não detém com a criança vínculo consegíneo, mas tem em si como se filho fosse.[17]

Para Rolf Madaleno, "filiação socioafetiva é a real paternidade de afeto e de solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto".[18]

As relações familiares consolidadas no afeto buscam quebrar a ideia de relação parental em que bastava haver ligação consanguínea ou presunção de filiação.

Pode-se referir que não basta ser gerador de um filho, legando sobrenome e material genético, sobressaindo o afeto sobre o vínculo biológico, pois necessário é que exista uma relação filial-afetiva naquele contexto,[19] ou melhor, o direito deve valorizar

---

15 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015

16 VENOSA. Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 242.

17 FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 100-105.

18 MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. *Revista Brasileira de Direto de Família*, ano VIII, n. 37, ago./set. 2006, p. 138.

19 FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 18.

as relações afetivas e amorosas entre pais e filhos, prezando pela veracidade e a autenticidade das relações humanas.[20]

Desse modo, é considerado o estado de filiação não biológico ou socioafetivo aquele entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexiste ligação de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento de ligação, a fim de uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.[21]

O pai ou mãe socioafetivo – por este motivo aqui tratamos de parentalidade, e não paternidade – é aquele que a criança realmente identifica como tal figura e que cumpre as funções inerentes para esta criança, que possui também *status* de filho.[22]

A paternidade é um conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade, sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade saudável produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejada? Por outro lado, a paternidade oriunda da adoção é plenamente consciente e desejada.[23]

A identificação do vínculo de parentesco socioafetivo é de uma filiação psicológica, ou seja, o filho identifica a figura do ente socioafetivo como pai/mãe. Assim, para o bem desta relação, o direito afasta o fator natural e atribui a esta criança um(a) pai/mãe, prestigiando convivência familiar.[24]

Válido mencionar que a filiação socioafetiva não foi especificadamente inserida no ordenamento pátrio, sendo interpretada com base na legislação geral, jurisprudência e doutrina.

Assim, procurando uma base legislativa para a filiação socioafetiva, podem ser encontradas concepções de uma filiação desvinculada dos laços

---

20 WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

21 FUJITA, Jorge Shiguemitsu; Op. cit., p. 71

22 FACHIN, Luiz Edson. Op. cit, p. 20.

23 PEREIRA, Sérgio Ginschlow *apud* FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 18

24 DIAS, Maria Berenice; Op. cit., p.332.

sanguíneos no artigos 226, parágrafo 4º, (dignidade de todos os tipos de família), artigo 227, *caput*, parágrafo 5º e parágrafo 6º (igualdade entre filiações, não importando sua origem e direito da criança e do adolescente ao convívio familiar,), e artigos 229 e 230 (imposição da solidariedade a todos os membros da família) todos pertencentes à Constituição Federal.[25]

Na legislação infraconstitucional temos os artigos 1.593 (o qual se refere ao parentesco biológico ou de outra origem), 1596 (igualdade entre as filiações), e 1.597, V (inseminação heteróloga), todos do Código Civil Brasileiro de 2002, e, ainda, artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual trata do direito ao reconhecimento de filiação.[26]

Importante mencionar que a possibilidade de filiação socioafetiva foi consagrada também pela jurisprudência, como pode se verificar nos julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e tribunais estaduais.[27]

Técnicas e tipos de reprodução assistida

No que concerne à reprodução assistida é válido referir que existem dois tipos de inseminação: homóloga e heteróloga.

A reprodução assistida homóloga ocorrerá quando existir material genético de ambos os cônjuges ou companheiros, ou seja, quando for utilizado o óvulo do cônjuge virago e o sêmen do cônjuge varão, utilizada quando não é possível a fertilização por meio natural.[28]

Por sua vez, a reprodução assistida será heteróloga quando o material genético fornecido for de um terceiro. Assim, conclui-se que poderá ocorrer vínculo biológico entre todos os cônjuges, nos casos de reprodução homóloga, ou somente a um destes, aquele que fornecer material genético, nos casos de reprodução heteróloga.[29]

Válido referir que a reprodução heteróloga pode ser também em face de um único ente familiar, nos casos

---

25 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015.

26 Ibidem.

27 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70045659554. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <www. tjrs.jus.br/>. Acesso em: 22 mai. 2015.

28 FUJITA, Jorge Shiguemitsu; Op. cit., p. 67.

29 FUJITA, Jorge Shiguemitsu; Op. cit., p. 67.

da família monoparental, que é aquela constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes, a qual não será aprofundada neste artigo diante da sua própria complexidade, referindo desde logo que pessoas solteiras ou viúvas poderão realizar reprodução heteróloga, conforme Resolução Médica 2013/2013.

Importante mencionar que a reprodução heteróloga é utilizada principalmente nos casos de esterilidade, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo cônjuge entre outros fatores relevantes, ocorrendo, com frequência, o uso de bancos de esperma, em que os doadores são anônimos.[30]

Curioso também mencionar, a fim de que não se deturpe a utilização do termo "inseminação artificial heteróloga": apesar de constante no Código Civil, houve um equívoco do legislador ao referir apenas sobre a possibilidade de inseminação artificial heteróloga, mesmo com a nítida intenção de abranger o tema Reprodução Assistida, conforme será debatido no momento oportuno.

Apesar de ser a mais conhecida técnica de reprodução assistida, a inseminação artificial não é a única.

Existem outras técnicas de reprodução assistida, tais como: a) fertilização *in vitro*; b) transferência intratubária de gametas femininos e masculinos; c) transferência intratubária de zigotos nas trompas de falópio; d) *Pronuclear Stage Transfer* (PROST); e) *Tubal Embryo Stage Transfer* (TEST); f) inseminação vaginal intratubária; g) inseminação intraperitoneal; h) transferência peritoneal de óvulos e espermatozóides; e, i) extração testicular de espermatozóides.[31]

Dado interessante a ser citado é o número de solicitações feitas ao único Banco de Sêmen de Doadores Anônimos do Brasil, o Hospital Israelita Albert Einstein – que fornece material para todas as cerca de setenta clínicas de reprodução assistida espalhadas pelo país.

Este tem registrado, em média, oitenta pedidos por mês, o que notoriamente é um número de grande expressividade. Cada amostra custa um montante maior do que o salário mínimo nacional, sendo seu valor, em média, de oitocentos reais até mil reais, e apesar do valor nitidamente alto, a procura é de grande demanda.[32]

Ainda que mencionada em nosso Código Civil, tendo sua previsão

30 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 243.

31 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 67.

32 CASSETTARI, Christiano. Op. Cit., p. 52.

expressa somente no Artigo 1.597, V (inseminação artificial heteróloga), bem como no Artigo 1.597, III e IV (reprodução homóloga), a reprodução assistida é uma realidade evidente, que necessita urgentemente de regulamentação, eis que sua menção na norma foi feita de maneira superficial e pouco abrangente.

Além do Código Civil, o único diploma legal que regulamenta as técnicas de reprodução assistida, é a Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina (que revogou a Resolução 1.957/2010 e 1.358/92 que também regulavam o tema médico sobre reprodução assistida), a qual trata de temas éticos e toma algumas providências quanto a regulamentação de clínicas de reprodução assistida e bancos de sêmen.

A referida Resolução também é responsável por normatizar a forma como ocorrerá a doação de gametas e embriões, incluindo previsões de caráter ético sobre registros anônimos de doação e responsabilidade das clínicas.[33]

Segundo a mesma, os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e sequer os receptores poderão ter acesso a identidade dos doadores, sendo obrigatório o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores.[34]

Existe a previsão, contudo, de que em situações especiais e somente por motivação exclusivamente médica, as informações sobre doadores podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, os quais repassariam tais informações, resguardando-se sempre a identidade civil do doador.[35]

Tanto ou mais necessária tal regulamentação em casos reprodução artificial heteróloga, que apesar da presunção de paternidade presumida na legislação, tendem a formar laços familiares de maior complexidade do que a reprodução assistida homóloga. Isto porque pelo menos um dos materiais genéticos será de terceiro, acabando por criar verdadeiras dúvidas quanto à parentalidade e suas consequências no caso concreto, al-

33 CASSETTARI, Christiano. Op. Cit., p. 53.

34 ITEM 2: Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

35 ITEM 3: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

cançando o judiciário sem maiores embasamentos legislativos, conforme será demonstrado.

Aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga

Na amplitude de técnicas de reprodução assistida já mencionadas, poderão ocorrer técnicas heterólogas, nas quais se necessita da doação de material genético de um terceiro.

A reprodução assistida heteróloga poderá ser unilateral, quando o material genético for de somente um dos cônjuges, pai ou mãe biológico, sendo o outro fornecido por doador anônimo, ou bilateral, quando ocorrer a doação integral de material genético de terceiros, ou seja, nenhum dos cônjuges detém vínculo biológico, servindo o ventre da cônjuge somente como gerador da criança.[36]

Geralmente é indicada a casais em que ocorra absoluta esterilidade masculina, doenças genéticas graves ou ainda incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal.[37]

Não é necessário, entretanto, que o cônjuge não doador seja estéril ou não possa procriar por qualquer outra razão.[38]

A filiação proveniente da reprodução assistida heteróloga tem previsão legal no artigo 1.597, V, do Código Civil, apesar de que em tal dispositivo conste somente uma das técnicas de reprodução assistida, a inseminação artificial heteróloga. Esta ocorrerá quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente um doador anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher.[39]

Todavia, apesar de não constar expressamente descrito em lei, a relação filial-paternal, proveniente da inseminação heteróloga unilateral, não ocorre somente através do cônjuge varão, podendo existir reprodução heteróloga mediante doação de um óvulo que não seja o da esposa, com a fecundação do sêmen do marido.[40]

---

36 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 67.

37 RIZZARDO, Arnaldo**.** Op. cit., p. 438.

38 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015

39 LÔBO, Paulo. Ibidem.

40 RIZZARDO, Arnaldo**.** Op. cit**.**, p. 351.

41 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 68.

Resumidamente, pode-se referir que, na reprodução humana assistida heteróloga unilateral, biologicamente falando, um dos cônjuges ou um dos companheiros será, efetivamente, pai biológico ou mãe biológica, enquanto o outro será pai socioafetivo ou mãe socioafetiva, por não ter participado com seu elemento genético.[41]

Poderá, entretanto, inexistir ligação biológica entre os pais e o filho, na hipótese de reprodução assistida heteróloga bilateral, na qual os materiais genéticos foram fornecidos por um doador e uma doadora anônimos, com a gestação no útero da esposa ou da companheira.[42]

O material genético do terceiro, com o qual virá a ser gerado o filho, será colhido por meio de um banco de material. Durante a seleção dos doadores é realizado um controle periódico do material para descobrir possíveis doenças, bem como são colhidas informações sobre características morfológicas do doador, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, estatura, procurando a maior compatibilidade possível com o casal.[43]

Importante mencionar que as normas regentes do instituto da adoção podem ser utilizadas para a procriação assistida heteróloga, entre elas o desligamento do vínculo de parentesco com os geradores, os impedimentos matrimoniais entre filhos e pais/mães socioafetivos, entre outras pertinentes ao caso concreto que for apresentado.[44]

a) Presunção proveniente do consentimento

Para que ocorra o procedimento de reprodução assistida heteróloga é exigência que haja consentimento do cônjuge não doador. Com tal consentimento, se estabelece uma presunção de paternidade ou de maternidade daquele cônjuge que não fornecer material genético.

Tal previsão consta no Código Civil, nos casos de inseminação artificial, em que se exige o consentimento expresso do marido, a fim de que ali se presuma uma paternidade: "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".[45]

---

42 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 68.

43 RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 438.

44 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 340.

45 Artigo 1597, V, do Código Civil: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

46 CASSETTARI, Christiano; Op. cit., p. 152.

Ressalta-se que, conforme já mencionado, apesar do artigo 1.597, V, do Código Civil citar expressamente a inseminação artificial heteróloga, não tratando de outras técnicas de reprodução assistida, tal circunstância não passou de um descuido do legislador, eis que a norma é utilizada amplamente para regulamentar todas as formas de reprodução assistida.

Inclusive, já se manifestou o CJF, em seu Enunciado n. 105, que procurou reparar as imprecisões técnicas constantes no Artigo 1.597 e seus incisos, referindo que, as expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, constantes nos incisos III, IV, V, na realidade, deverão ser interpretadas como "técnicas de reprodução assistida.[46]

Ainda, a própria Resolução n. 1.957/2010[47] já previa (posteriormente revogada pela Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina), em seu anexo único de normas éticas, item 3, o consentimento das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida, ressaltando, novamente, a necessidade de expresso consentimento de todos os envolvidos, incluindo o cônjuge não doador.

Apesar da omissão legislativa, compreende-se que tal presunção também atingirá a maternidade, nos casos em que se dê a reprodução assistida heteróloga por doador com o uso de gameta (semêm) do esposo e gameta (óvulo) de doadora anônima, com a anuência prévia da esposa, existindo uma consolidação da presução *iuris et de iure* de maternidade socioafetiva.[48]

Caso não existisse a presunção também quanto ao cônjuge virago, certamente restaria violada a norma constitucional que iguala homens e mulheres, afinal, se existe a presunção quanto ao cônjuge varão, necessário que se dê o mesmo tratamento ao cônjuge virago, que não doará material genético (óvulo), mas gerará o filho em seu ventre.[49]

---

47 Item 3. O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

48 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 77.

49 Existe também a possibilidade de gestação de "útero emprestado", também chamada vulgarmente de barriga de aluguel, a qual não será tratada neste artigo, uma vez que se

Pode-se referir que, devido à presunção de paternidade constante no Código Civil, surge a figura da filiação jurídica ao cônjuge não doador nos casos de inseminação artificial heteróloga, ou seja, a filiação imputada pela própria legislação. Importante mencionar que se soma ao aspecto jurídico o aspecto socioafetivo, não se falando em uma filiação em detrimento de outra.[50]

Diante desta necessidade de existir a vontade de ser pai ou mãe que se faz necessário o consentimento. Sem tal consentimento, impossível que se admita a presunção de paternidade em tal situação.

Afinal, caso efetivasse uma reprodução assistida sem o consentimento do cônjuge não doador, o cônjuge com vínculo biológico acabaria por romper deveres advindos do casamento, bem como estaria nítida a inexistência de comprovação do querer ser pai/mãe, a fim de realizar vínculo socioafetivo com o ser concebido, podendo até mesmo o cônjuge omitir a verdade biológica sobre a filiação, não passando toda a situação de uma verdadeira fraude.[51]

Caso se criasse um vínculo socioafetivo entre o ente parental e a criança, mediante convivência, este poderia ser posteriormente preservado, todavia, não há que se falar em presunção de paternidade/maternidade.

> NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NULIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO. ALEGAÇÃO DE INDUÇÃO EM ERRO. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS COLATERAIS. Legitimidade *ad causam* de quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade do registro de nascimento. Ação que tem por base erro em que o pai foi induzido ao registrar o filho que pensava ser fruto de inseminação artificial heteróloga. Necessidade de se permitir o prosseguimento do feito, para eventual produção de prova do vínculo afetivo. Inexistência de prescrição. Sentença cassada. APELO PROVIDO PARA DETERMINAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO

---

trata de problemática à parte, além de não ser, necessariamente, por reprodução heteróloga, podendo existir casos de reprodução homóloga, quando o problema de reprodução do casal se dá, unicamente, no útero da mulher.

50 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015

51 RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 451.

> GRANDE DO SUL, Apelação Cível n. 70011878899, Relatora Maria Berenice Dias, 2005.)

Importante mencionar que a presunção de paternidade (ou de maternidade, eis que conforme já mencionado, a mulher poderá ser o cônjuge não doador de material genético) está normatizada somente para o casamento. Desse modo, questiona-se quanto à possibilidade de extensão da presunção constante no Código Civil, no que se refere à inseminação artificial heteróloga, para fins de união estável.

A possibilidade de extensão da presunção constante no artigo 1.597 do Código Civil para as relações de união estável é bem aceita pela jurisprudência, constando inúmeros julgados quanto a equiparação da união estável ao casamento para fins de presunção de filiação, sob a argumentação de que dessa forma, tanto o texto constitucional, em seu art. 226,§ 3º, bem como o Código Civil em seu art. 1.723 conferiram ao instituto da união estável proteção de natureza familiar, de modo que não seria razoável interpretar o artigo de maneira literal.

Afinal, se tratando de união estável, estão presentes todos os requisitos semelhantes ao instituto do casamento, tais como dever de lealdade, estabilidade, entre outros necessários para que se presuma a paternidade/maternidade da criança concebida por reprodução assistida heteróloga.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão que cumpre transcrever:

> Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V. Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597 do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI. Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável (BRASIÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp: 1194059 SP 2010/0085808-2, Relator: Ministro Massami Uyeda, 2012).

No que tange ao consentimento do cônjuge para a realização da reprodução assistida, importante mencionar que ainda existem divergências doutrinárias de como se deve realizar tal consentimento, ou seja, se este de-

verá ser realizado verbalmente ou por escrito, mediante documento público ou particular.

Para Maria Berenice Dias, este consentimento não precisa, necessariamente, ser por escrito, podendo ser verbal e posteriormente ser comprovado em juízo, mas é imprescindível ser prévio à inseminação, pois desde que dada à autorização para o procedimento é que se cria um vínculo socioafetivo com o filho.[52]

Sob o mesmo prisma, Paulo Luiz Netto Lôbo e Luís Paulo Cotrim Guimarães,[53] entendem também pela possibilidade da declaração de vontade – consentimento – verbal do cônjuge ou companheiro para fins de reprodução assistida heteróloga. Por outro lado, Carlos Eduadrdo Nicoletti Camillo e Jorge Shiguemitsu Fujita[54] compreendem pela necessidade de ser escrito tal consentimento, o primeiro através de instrumento público, enquanto o segundo doutrinador compreende pela simples escrita de documento particular.

É unânime, contudo, que tal consentimento é irretratável, não podendo o cônjuge que teve conhecimento, e por óbvio consentiu na reprodução assistida com doação de material genético de terceiro, depois, impugnar a paternidade, sob a argumentação de que não detém vínculo biológico com a criança.

Afinal, por meio da reprodução heteróloga, além da filiação jurídica imputada ao cônjuge não doador que deu seu consentimento expresso, nasce o vínculo socioafetivo entre pai/mãe não doador, seja de maneira unilateral ou bilateral, pois foi através da vontade destes de ser pai/mãe que foi possibilitado o nascimento de uma criança, existindo este vínculo entre os pais socioafetivos e o filho desde o momento da concepção.

O Direito Comparado também afirma sobre a impossibilidade de retratação do cônjuge que deu seu consentimento para a realização de reprodução assistida. Nos Estados Unidos, o Uniform Parantage Act, de 1973 e 1987, estabelece que se sob supervisão médica e com o consentimento do marido, a mulher for inseminada artificialmente com sêmen de doador, o marido é considerado como o pai natural da criança, mencionando, ainda, que o consentimento deve ser escrito por ambos os cônjuges, enquanto o art. 311-20 do Código Civil francês normatiza que o consentimento dado

52 DIAS, Maria Berenice; Op. cit., p. 338.

53 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p.73.

54 Ibidem.

proíbe toda ação de contestação ao estado de filiação A justiça italiana também decidiu que o marido que tenha manifestado prévio consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação.[55]

Valioso referir que a tutela deste tipo de concepção fortalece a natureza socioafetiva, e não biológica, da filiação e da parentalidade, uma vez que se o cônjuge autorizou tal procedimento, não poderá se negar, posteriormente, em razão da origem genética, de exercer o papel de pai/mãe da criança gerada.[56]

Sequer poderá ser admitida a possibilidade de o(a) pai/mãe que deu seu consentimento para a reprodução assistida mover ação negatória de paternidade, sob o fundamento de arrependimento posterior ou até mesmo contestando o vínculo biológico, conforme enunciado n. 258 da III Jornada de Direito Civil. Qualquer contestação de paternidade (ou maternidade) ocasionaria um verdadeiro *venire contra factum proprium*, entre a contradição direta entre a autorização dada e a segunda conduta.[57]

b) Possibilidade de investigação de paternidade para fins de busca de origem genética

A Resolução n.º 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, regulamenta sobre o sigilo e sobre a atualização de dados dos doadores e receptores. Tal Resolução refere que as clínicas e os centros ou serviços que empregam a doação devem manter permanentemente um registro de dados clínicos com informações gerais, danos fenotípicos e amostra de material.

Uma vez que a doação é anônima, os dados fornecidos pelos doadores serão obrigatoriamente mantidos em sigilo absoluto, ou seja, os receptores não terão acesso sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, e vice-versa.

Somente em situações especiais, a resolução prevê que as clínicas forneçam as informações necessárias sobre doadores, exclusivamente por moti-

55 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015.

56 Ibidem.

57 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 78.

vações médicas, dados estes que serão igualmente fornecidos somente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. Tal disposição de anonimato e sigilo de informações também era prevista na Resolução 1.358 de 1992, revogada pela Resolução 1.957 de 2010, também revogada pela Resolução 2013 de 2013.

Pode se referir que tais disposições visam o incentivo das técnicas de reprodução assistida, a fim de que seja preservado o anonimato dos doadores, bem como de que seja garantida a autonomia e o desenvolvimento normal da família receptora do material genético.[58]

Claramente é necessário o anonimato em técnicas de reprodução assistida em que se doe material genético, afinal, sem este, não haveria como se realizar a doação, por questões éticas, eis que o doador de material genético não visa constituir família, sendo sua doação somente realizada por altruísmo, devendo ser levada em consideração a sua vontade, já que, sem ele jamais teria sido gerada a criança,[59] além do dever de se respeitar o regulamento da resolução médica.

Todavia, chega-se a uma problemática: teria o fruto da reprodução heteróloga direito a ajuizar ação de investigação de paternidade ou maternidade, a fim de conhecer sua verdadeira origem biológica?

Valioso referir que não se fala em ajuizar tal ação com o pleito de constituir uma filiação biológica com o doador de material genético. Tal fato se tornaria impossível e é amplamente rechaçado, até mesmo pela presunção contida no Código Civil, bem como pela filiação socioafetiva já instaurada com o cônjuge que não doou material genético. Caso existisse a possibilidade de questionar a paternidade/maternidade, no caso de reprodução artificial heteróloga, haveria uma paternidade/maternidade incerta, tendo em vista o anonimato do doador.[60]

Muito se discute acerca da possibilidade do filho fruto de inseminação artificial heteróloga buscar sua origem genética através da investigação de paternidade/maternidade. Não existindo nenhuma ação própria,

---

58 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 76.

59 Martinelli, Lorhainy Ariane Lagassi. Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916>. Acesso em: 22 mai. 2015

60 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 380.

que não esta, para que se busque judicialmente a origem do doador, é comum que venha a discussão da possibilidade de utilização do meio da investigação de paternidade para tanto. Afinal, a busca pela origem genética trata-se de direito de personalidade inerente à criança, e a ação de investigação de paternidade ou maternidade parece ser, em um primeiro momento, a melhor forma de levar tal assunto ao judiciário.

Arnaldo Rizzardo defende pela impossibilidade da utilização do meio de investigação de paternidade ou maternidade para fins de descoberta da origem genética, sob o argumento de que desde que assumida a paternidade ou até a maternidade, vindo o filho de produção heteróloga, necessário que se dissocie por completo dos fornecedores do esperma ou óvulo, pois o vínculo parental ali formado não é mais um fato natural, e sim fundado na vontade, ou seja, não existirá direito de ação no caso.[61]

Eduardo Leite[62] compreende que o fato de revelar sua origem genética à criança não acrescenta em nada sua filiação, enquanto Gustavo Tepedino[63] compreende que a descoberta pela verdade científica pode vir a ser sacrificada em nome do melhor interesse da criança, diante das normas que regem a filiação.

Por outro lado, Maria Berenice Dias e Jorge Shiguemitsu Fujita compreendem pela possibilidade da utilização do meio de investigação de paternidade, para que possa o filho ter acesso à sua origem biológica.[64]

Com razão, Paulo Lobo ao se referir que para garantir a tutela do direito de personalidade, ou seja, ao direito de verificar a origem genética, não há necessidade de investigar a paternidade:

> O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. Toda pessoa

61 RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 454.

62 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 78.

63 Ibidem.

64 Ibidem.

> tem direito fundamental, na espécie direito de personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).[65]

Afinal, apesar de sustentar o direito à identidade genética, até mesmo para questões que envolvam a saúde da criança, não há que se confundir a investigação de paternidade (maternidade), a qual visa investigar a paternidade (ou maternidade, como poderá oportunamente ocorrer) com o direito de personalidade, o qual poderá ser buscado de outras maneiras, mesmo diante da ausência de ação específica no âmbito do direito de família para tutelar tal questão.

No mesmo sentido foi julgada recente ação no Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, em que houve a compreensão de que quebrar o anonimato sobre o doador anônimo no caso de inseminação artificial heteróloga inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, eis que acabaria com os interessados em realizar tal ato, eis que conclusão lógica da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e tampouco desejaria ser responsabilizado pela paternidade ou maternidade de uma criança gerada através de seu material genético, mesmo que tal fato se contraponha ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação.[66]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NO-

65 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015.

66 Agravo de Instrumento n. 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 04/04/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 25 abr. 2015.

MEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O *STATUS* QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do *status* que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento n. 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 04/04/2013) (TJ-RS - AI: 70052132370 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 04/04/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2013)

Ainda, relatou o acórdão também no sentido de que está sendo oportunizado à criança o exercício do seu direito à origem biológica por meio da manutenção das informações do

doador junto à clínica responsável pela geração, obrigatória por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou seja, estaria resguardado seu direito.[67]

Compreende-se que até mesmo diante da necessidade das Clínicas manterem os dados atualizados dos doadores, guardando informações médicas relevantes e amostras de material genético, bem como possibilitando o acesso de tais informações através de requerimento médico, resta assegurado o direito à origem genética, sem a necessidade de se recorrer a uma ação de investigação de paternidade ou de maternidade, que seria um meio no mínimo inadequado para se buscar tais informações.

CONCLUSÃO

Entre as profundas modificações no que tange ao tratamento dos filhos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a reprodução assistida heteróloga, unilateral ou bilateral, se trata de excelente avanço científico, o qual proporciona que pessoas com casos de esterilidade, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo cônjuge entre outros fatores relevantes, possam construir vínculos de filiação, e até mesmo gerar um filho, merecendo, assim, destaque em nosso ordenamento jurídico.

Bancos de esperma, em que os doadores são anônimos, estão cada vez mais frequentes, de modo que, diante do aumento da procura por este tipo de reprodução, bem como sua nítida importância social, necessário que o sistema jurídico desenvolva melhor o tema, eis que fraca a legislação sobre o assunto, que se resume em alguns artigos do Código Civil, tratados neste trabalho, e na atual Resolução Médica 2013/2013.

Aspectos como a possibilidade de investigação de paternidade para fins de busca de origem genética ou a presunção de parentalidade restam ainda controversos, utilizando-se, por vezes, unicamente de entendimento jurisprudencial e doutrinário para serem solucionados, mesmo após treze anos de vigência do Código Civil, necessitando ainda, utilizar institutos da adoção para regulamentar a procriação assistida heteróloga.

67 Ibidem.

REFERÊNCIAS

BOEIRA. José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade*. Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONZALES, África; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação.* São Paulo: Atlas, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 25 abr. 2015

MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. *Revista Brasileira de Direto de Família*, ano VIII, n. 37, ago./set. 2006.

MARTINELLI, Lorhainy Ariane Lagassi. *Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga.* Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916>. Acesso em: 22 mai. 2015.

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

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2008.

ASPECTOS DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL EM FACE DA LEI E DA JURISPRUDÊNCIA

Renata Duval Martins[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a adoção homoparental, especificamente a (in)existência de legislação clara sobre o tema, bem como a jurisprudência que permite a fruição deste direito, tendo em vista a falta de amparo legislativo. Destarte, frisar-se-á que foi o reconhecimento pelo Judiciário da união homoafetiva como entidade familiar que permitiu a estes casais o acesso a todos os direitos decorrentes da união estável e do casamento. Além disso, a omissão do legislador decorre de interesses políticos fundados na perspectiva heterossexual cristã a respeito do modelo correto de entidade familiar.

No primeiro capítulo, intitulado "A união homoafetiva", será analisado o histórico da luta pela equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, percorrendo-se os posicionamentos doutrinários sobre o tema, as interpretações das normas da Constituição Federal e do Código Civil, a aplicação do princípio da dignidade humana, do princípio da igualdade e da analogia, bem como a brilhante atuação do Judiciário em suprir esta grave violação aos direitos humanos que o Legislativo cometeu ao excluir a união ho-

1 Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera, assistente em Administração na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, advogada.

moafetiva do conceito de entidade familiar.

No segundo capítulo, denominado "Adoção: evolução, fundamentos legais e requisitos", será analisada a história do instituto da adoção desde que passou a integrar a legislação brasileira no Código Civil de 1916, até o seu novo tratamento mais humanizado na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002. Também será analisada a já ultrapassada dicotomia filiação legítima e filiação adotiva, bem como a atual filiação socioafetiva. Por fim, será analisado o requisito do estado civil do adotante, que por longo tempo foi empecilho à adoção homoparental.

Derradeiramente, o último capítulo do presente trabalho – Aspectos da adoção homoparental no Brasil – versará sobre a omissão legislativa a respeito do tema, e como esta foi suprida pela jurisprudência amparada em forte doutrina. Ademais, ressaltar-se-á a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo serem as uniões homoafetivas também uniões estáveis – não mais relegadas ao Direito Obrigacional e identificadas como sociedades de fato – permitiu aos casais homoafetivos constituir família por meio de adoção por casal ou adoção conjunta.

Portanto, no presente trabalho, sem a pretensão de exaurir o tema proposto, intentar-se-á refletir acerca da adoção homoparental hodiernamente, bem como sua correspondência com o proposto pela legislação brasileira. Ressaltando-se a necessidade de um Poder Legislativo que não se omita diante da violação dos direitos das minorias.

1. A UNIÃO HOMOAFETIVA

A sociedade tem experimentado profundas transformações nas relações afetivas, e estas mudanças comportamentais se refletem no Direito de Família. O debate acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo perdurou por longo tempo e abarcava tanto a natureza jurídica destas uniões quanto seus reflexos. Eram duas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema: a conservadora e a avançada ou liberal.

A corrente conservadora defendia que: a união entre pessoas do mesmo sexo fosse tratada como sociedade de fato; não fossem reconhecidos às partes direito a alimentos, meação, direitos sucessórios, direito à adoção conjunta; fosse reconhecido direito a participação patrimonial sobre os bens adquiridos pelo esforço comum, com fulcro na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal; as questões relativas à união entre pessoas do mesmo sexo fossem apreciadas pela Vara Cível, pois eram questões resolvidas pelo Direito das Obrigações. En-

quanto a corrente avançada ou liberal sustentava que: a união homoafetiva fosse reconhecida como entidade familiar; fossem aplicadas, por analogia, todas as regras relativas à união estável à união homoafetiva; as questões relativas à união entre pessoas do mesmo sexo fossem apreciadas pela Vara de Família (Tartuce, 2011, p. 212 e 214).

A corrente conservadora fundamentava a sua posição no texto constitucional, pois, neste, o legislador optou por incluir como requisito objetivo a dualidade de sexos para o reconhecimento da união estável como entidade familiar. No entanto, esse favoritismo legislativo jamais obstou a existência de uniões de pessoas do mesmo sexo com autêntico caráter matrimonial.

O critério da dualidade de sexos que consta no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal,[2] bem como no artigo 1.723 do Código Civil,[3] trata-se de um elemento caracterizador da entidade familiar, fundamentado na moral do passado que excluía as uniões homoafetivas do Direito de Família – relegando a tutela de seu relacionamento ao campo obrigacional (sociedades de fato) –, justificando-se na suposta impossibilidade de ser experimentada a paternidade ou a maternidade em uniões homoafetivas.

> [...] não se pode olvidar que, mesmo os casais homossexuais poderão, eventualmente, experimentar a paternidade, através de reprodução assistida e da adoção, conforme vem reconhecendo a jurisprudência mais recente. A outro giro, também não se pode submeter a caracterização de família à decorrência de prole, uma vez que o planejamento familiar é opção do casal, não se descaracterizando uma família somente pela inexistência de filhos.[4]
>
> O argumento da impossibilidade de filiação por casal de homossexuais não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção é permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA e art. 1.618 do Código Civil), e não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros.[6]

---

2 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.

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

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. p. 451.

5 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. p. 91.

Além da moral do passado calcada na ideologia cristã, outro fator relevante para a existência na lei de uma regra que claramente marginaliza as uniões homoafetivas se encontra no fato de o legislador "com medo da reprovação de seu eleitorado" preferir "não aprovar leis que concedam direitos às minorias, alvo da discriminação"[6]. Porém, como bem expõe Maria Berenice Dias, "a ausência de lei não significa inexistência de direito"[7] e não se deve confundir "a carência legislativa com inexistência de direito".[8]

Apesar da adoção pelo legislador, bem como parte da doutrina, do critério da dualidade de sexos, a jurisprudência, em sentido oposto, passou a garantir aos casais homoafetivos direitos iguais aos dos casais heterossexuais com base no princípio da dignidade humana e no da igualdade e na analogia. Com base no princípio da dignidade humana, verifica-se que o respeito à orientação sexual é imprescindível para a afirmação da dignidade humana, cabendo ao Estado – além de se abster de invasões ilegítimas na esfera pessoal dos indivíduos – promover positivamente as liberdades destes. Com relação ao princípio da igualdade, observa-se que este não se restringe apenas ao nivelamento dos cidadãos diante da norma legal, impondo-se também que "a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia".[9] Por fim, a analogia atua sobre a questão ressaltando a semelhança dos casais heterossexuais e dos casais homossexuais, logo, sendo fatos semelhantes e sendo ambas uniões duradouras fundadas em afeto e cuidado mútuo, conclui-se que devem ser reguladas de modo idêntico.

Outrossim, junta-se às justificativas acima arroladas para a caracterização das uniões homossexuais como entidade familiar, o fato de os princípios da dignidade humana e o da igualdade – assim como a base do argumento contrário, ou seja, o critério da dualidade de sexos (artigo 226, § 3º, CF) – terem previsão constitucional, dispostos respectivamente no artigo 1º, III e no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal. Além disso, o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal "é cláusula geral de inclusão,

6 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 197.

7 Idem.

8 Idem, p. 202.

9 GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. p. 308.

não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade"[10] do conceito de entidade familiar, desde que tenha a finalidade de constituição de família. Logo, para que a norma do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal seja excepcionada é necessário a edição de outra norma que exclua explicitamente da tutela as uniões homoafetivas.[11]

> Respeito, mútua assistência, afeto, solidariedade e lealdade, entre outros, devem estar presentes em todos os tipos de uniões, inclusive na homoafetiva, sendo inaceitável a discriminação contida no § 3º do art. 226 da CRFB/88, em confronto com o princípio da igualdade, ao reconhecer como entidade familiar somente a união estável entre o "homem e a mulher". A proteção estatal é devida a qualquer tipo de família que tenha por base o afeto, independentemente do seu formato e da orientação sexual dos seus membros.[12]

A evolução histórica do conceito de entidade familiar a fim de incluir a união homoafetiva iniciou pela justiça gaúcha em 1999, quando foi definida a competência dos juizados especializados da família para apreciar as ações relativas às uniões homoafetivas e, em 2001, a mesma justiça reconheceu pela primeira vez "a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar".[13]

Dez anos após esta importante decisão, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 (tendo por objeto o artigo 1.723 do Código Civil) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, também reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a união estável homoafetiva como entidade familiar. E, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 175, determinando a todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANES-

10 PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias doutrina e jurisprudência*. p. 170.

11 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. p. 90.

12 PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias doutrina e jurisprudência*. p. 170-171.

13 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 205.

CENTE, 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 n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme a 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 À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 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". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. 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 SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-

-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem à 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 locus 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. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. 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. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice.* Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos prin-

cípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 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. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG. EM: 13.10.2011. PUBLIC. EM: 14.10.2011. EMENT. VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

Ressalta-se que, antes mesmo desta decisão do Supremo Tribunal Federal, já se argumentava que não existia na legislação pátria a imposição de que o casamento poderia ocorrer apenas entre homem e mulher, esta imposição existia apenas com relação à união estável. Outrossim, após o advento da Lei Maria da Penha, em 2006, parte da doutrina também passou a defender que o conceito de família havia sido alargado, incluindo as uniões homoafetivas como entidade familiar.

> Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculiza a realização do casamento é somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual.

> Só o fato de a lei estabelecer (CC 1.565) que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família não significa que esteja limitando o casamento a heterossexuais. Simplesmente o que está afirmando é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto. Tanto é assim que vem aumentando o número de países que admitem o casamento entre pessoas independentemente do sexo do par.
> Com o advento da Lei Maria da Penha (L 11.340/06), alargou-se o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. Apesar da referência do art. 1.514 a "homem e mulher", como afirma Roberto Lorea, derruba-se, enfim, a última barreira – meramente formal – para a democratização do acesso ao casamento no Brasil: a nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento "entre cônjuges" do art. 1.511 do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento. [...].[14]
> O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico também as uniões homoafetivas, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens – todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Diz o seu art. 2.º: "Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana". O parágrafo único do art. 5.º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. O preceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. [...] Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se este reconhecimento.[15]

Assim, verifica-se a ocorrência de uma mudança paradigmática da entidade familiar no Brasil. Pautando-se na lógica do afeto, agora se inclui a família homoafetiva, também chamada de família isossexual (de pessoas do mesmo sexo), no rol de famílias abrangidas pelo conceito de entidade

14 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 154-155.

15 Idem, p. 208-209.

familiar.[16] Logo, sendo tanto a união heterossexual quanto a união homoafetiva "vínculos que têm igual propósito, qual seja, a concretização do direito fundamental à felicidade por meio do afeto",[17] não há razão para que seja negado aos casais homoafetivos a fruição de quaisquer direitos permitidos aos casais heterossexuais.

2 ADOÇÃO: EVOLUÇÃO, FUNDAMENTOS LEGAIS E REQUISITOS.

Incluída no Código Civil de 1916, a adoção naquele diploma consistia em uma adoção simples, levada a efeito por escritura pública; o adotado recebia o nome de família do adotante e estabelecia relações de parentesco apenas com este e não com o restante do agrupamento familiar. Além disso, conforme o artigo 377 daquela codificação, se o adotante concebesse um filho biológico, a adoção se tornava ineficaz, dissolvendo-se a relação parental e retornando o adotado à sua família de origem.[18]

Apenas com a Lei 3.133/57 – esta deu nova redação ao artigo supracitado – passou a ser permitida a adoção por casais que já tivessem prole, não se desconstituindo o vínculo entre adotante e adotado em razão da superveniência de filhos legítimos. Porém, ainda neste contexto, havendo prole legítima não era possível ao filho adotado herdar do adotante, ou seja, a adoção não gerava efeitos sucessórios.[19]

Um marco no Direito Brasileiro em matéria de adoção, a Lei 4.655/65 (Código dos Menores) criou outra modalidade de adoção, a legitimação adotiva, esta era feita mediante "decisão judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a

16 SIMÃO, José Fernando. Questões Polêmicas: qual o Conceito Jurídico de Família? In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. p. 172.

17 DIAS, Maria Berenice; LARRATÉA, Roberta Vieira. A constitucionalização das uniões homoafetivas. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. p. 377.

18 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar o mesmo ou um exemplo de codificação *a droit constant?* In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. p. 555.

19 Idem, p. 555-556.

família natural".[20] Outrossim, "a legitimação adotiva se fundamentava no princípio da conveniência do menor e de seu bem-estar, e, assim, atendia mais aos interesses deste do que aos interesses dos adotantes".[21] Em 1979, um segundo Código dos Menores, a Lei n. 6.697, distinguiu a adoção em duas espécies: a adoção simples; e a adoção plena.

> A adoção simples foi considerada aquela destinada aos menores em situação irregular, regendo-se pelo modelo do Código Civil, nos termos do art. 27 da Lei n. 6.697/79, com algumas alterações, como as seguintes: não se constituía por escritura pública, mas sim por autorização judicial; instituiu-se o estágio de convivência com o menor; deferida a adoção, expedia-se mandado para averbação no registro público com o patronímico do interessado na adoção. A adoção plena se assemelhava, por sua vez, à legitimação adotiva instituída em 1965 e, portanto, atribuía a condição de filho ao adotado pata todos os efeitos, inclusive sucessórios, em caráter irrevogável, desligando-o dos vínculos parentais com a família de origem. A adoção plena somente poderia ser concedida em relação ao menor em situação irregular com idade inferior a sete anos – ou com idade até 18 anos, desde que o menor estivesse sob a guarda dos adotantes a contar do período anterior aos sete anos –, por solicitação de pessoas casadas há pelo menos cinco anos – tal prazo era relegado na hipótese de esterilidade de um dos cônjuges e desde que comprovada a estabilidade do casal.[22]

Com a Constituição Federal de 1988, a estrutura jurídica da adoção foi expressivamente alterada. E, em seus artigos 226 a 230, consagrou-se a proteção isonômica dos filhos. Deixando o filho adotivo de ser um filho de segunda categoria, assim, "a relação jurídica filiatória determinada pela adoção tem as mesmas qualificações e direitos reconhecidos aos filhos decorrentes do elo biológico".[23]

> No Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho. Em preceito arrojado e avançado, que inaugurou verdadeira revolução na matéria, a Constituição (art. 227, § 6º) estabele-

---

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 482.

21 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. p. 421.

22 Idem, p. 421-422.

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias.* p. 912.

> ce que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Nos quatrocentos e oitenta e oito anos anteriores da história da sociedade e do direito brasileiros, perdurou o princípio da desigualdade e a clara distinção entre filho legítimo e filho adotivo, que não se integrava totalmente à família adotante.[24]

A Constituição Federal de 1988 ao igualar filhos biológicos e adotados fez uma opção pela família socioafetiva, deixando a filiação de ser "um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem".[25] Portanto, o filho biológico também é adotado pelos pais, pois a filiação se estabelece pelo afeto e não apenas pela hereditariedade, não basta ser pai/mãe biológico, é necessário acolher o filho, desejar ser seu pai ou sua mãe.

Inicialmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) regulava apenas a adoção dos menores de 18 anos ou daqueles que, apesar de maiores de 18 anos, encontravam-se sob a guarda dos adotantes desde a menoridade. Em perfeita consonância com a Constituição Federal, o estatuto reconheceu os direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como extinguiu o sistema dúplice modelado pelo Código dos Menores de 1979. No entanto, foi apenas no Código Civil de 2002 que a adoção foi unificada, deixando-se, assim, de existir tratamento diferenciado em termos legislativos.[26]

Com o advento da Lei de Adoção/2009, foi delegado de modo expresso ao Estatuto da Criança e do Adolescente o regulamento da adoção dos menores de 18 anos e dos maiores de 18 anos, neste último caso, em relação à aplicação dos princípios norteadores da adoção. Também, foram inseridas algumas novidades no sistema de adoção, como "a adesão do Brasil ao sistema de abertura dos dados, com ampla acessibilidade, por parte do adotado, aos dados relativos a sua origem biológica".[27]

---

24 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias.* p. 272.

25 Idem, p. 273.

26 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família.* p. 422.

27 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar o mesmo ou um exemplo de codificação *a droit constant?* In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio.* p. 558.

Por fim, com relação aos requisitos para a adoção, interessa ao nosso estudo apenas o requisito relativo ao estado civil do adotante. Este tem sua matéria regulada no artigo 42, *caput*, §2º, § 4º e § 6º, do ECA, no qual se verifica que "podem adotar os solteiros, independentemente de sexo, os casados, os divorciados, desde que o estágio de convivência com a criança tenha se iniciado durante o casamento e que estejam de acordo quanto à guarda e às visitas",[28] os que vivem em união estável, comprovada a estabilidade familiar e sendo requerida por ambos a adoção, e até os viúvos.

3. ASPECTOS DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL NO BRASIL

Não há na legislação brasileira norma que equipare de forma expressa a união homoafetiva à união heterossexual, com exceção da Lei Maria da Penha, na qual as uniões homoafetivas foram arroladas dentre as modalidades de entidade familiar. Tendo em vista o descaso legislativo, coube à doutrina e à jurisprudência assegurar aos casais homoafetivos a possibilidade de viver plenamente os seus relacionamentos afetivos e a constituição de família.

Antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, considerando a união homoafetiva uma união estável e concedendo aos casais homoafetivos a possibilidade de conversão de sua união em casamento – ou seja, direitos iguais aos desfrutados pelos casais heterossexuais –, a questão da adoção homoparental esbarrava no requisito estado civil do adotante. Isto porque, não sendo as uniões homoafetivas reconhecidas como união estável e, também, não sendo possível sua conversão para casamento, aos casais homoafetivos era possível apenas a adoção por pessoa singular. Logo, constava apenas o nome de um dos parceiros no registro civil de nascimento do adotado, não sendo possível constar o nome de dois pais ou de duas mães. O companheiro cujo nome não constava no registro do filho, ainda assim exercia de forma conjunta a função parental e através da convivência estabelecia um vínculo de afinidade e afetividade, surgido deste a filiação socioafetiva.

> A adoção pode ser feita por pessoas solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas (hipóteses em que se estará

28 VENOSA, Sílvio de Salvo. Homoafetividade e o direito. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. p. 390.

diante de uma *adoção por pessoas singulares*), casadas ou que vivam em união estável (hipóteses em que se estará diante de uma *adoção por casais* ou *adoção conjunta*). Ou seja, tanto pode haver uma adoção por pessoas singulares como por duas pessoas. No entanto, nesta última hipótese, a lei exige que as pessoas que desejem adotar uma criança sejam casadas ou conviventes, abrindo apenas aos separados judicialmente ou aos divorciados recentes, na medida em que admite a concessão da adoção aos casais recém desfeitos sempre que o estágio de convivência tenha se iniciado na vigência da sociedade conjugal (art. 42, § 4º, ECA). A nova lei garantiu, sabiamente, tal direito também aos unidos estavelmente que tenham dissolvido a sua união no decorrer do processo de adoção, quando iniciado o estágio de convivência. Em todas essas hipóteses excepcionais a lei só requer o acordo entre os pretensos adotantes no que concerne ao regime de guarda – preferencialmente pela forma compartilhada (art. 42, § 5º, ECA) – e visitas, bem como a eventual concessão de alimentos, o que, todavia, poderá e deverá ser fixado judicialmente *a posteriori*.[29]

Podem adotar todas as pessoas capazes civilmente, com idade superior a dezoito anos, qualquer que seja o seu estado civil. Até porque qualquer pessoa tem direito à convivência familiar, determinada, por exemplo, através da adoção. Assim, uma pessoa solteira, viúva, divorciada etc., pode adotar, desde que revele adequadas condições para a inserção do adotando em núcleo familiar substituto.

Por igual, não se pode cogitar, sequer remotamente, sobre alguma interferência da orientação sexual do adotante no deferimento da adoção. Não é a sua orientação sexual, efetivamente, que definirá a possibilidade da medida, mas a sua conduta que será levada em conta, para a verificação do interesse do adotando.[30]

Filiação adotiva é "filiação que se estabelece em razão da vontade e da afetividade que são reconhecidos como fatores importantes para o fim de a lei permitir a constituição do vínculo de parentesco".[31] Formado o vínculo socioafetivo entre o adotado e o companheiro do adotante (ou, até mesmo em alguns casos, entre o filho biológico de pai/mãe homossexual e o parceiro homoafetivo de seu genitor), ainda assim não era possível a adoção unilateral, tampouco era possível a

29 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar o mesmo ou um exemplo de codificação *a droit constant?* In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. p. 559-560.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. p. 920.

31 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. p. 413.

adoção por casal ou adoção conjunta, pois, conforme já exposto, não era possível constar no registro o nome de dois pais ou de duas mães.

A discussão sobre a possibilidade ou não do registro com o nome de dois pais ou de duas mães, foi tratada pelo judiciário com base nos princípios da dignidade humana, da solidariedade, da não discriminação e da liberdade, bem como levando em conta o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, no ano de 2006 "por decisão unânime, o TJ/RS reconheceu o direito à adoção a um casal formado por pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras, vindo a outra a pleitear a adoção em juízo".[32] Outras decisões favoráveis à adoção homoparental:

> FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento n. 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em: 11/04/2007).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma famí-

32 DIAS, Maria Berenice; LARRATÉA, Roberta Vieira. A constitucionalização das uniões homoafetivas. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. p. 382.

> lia que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível n. 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em: 14/10/2009).
> EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexiste vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes n. 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 13/08/2010).

Superada em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, a questão da igualdade de reconhecimento entre a união estável homoafetiva e a união estável heterossexual, também o requisito legal do estado civil do adotante foi superado definitivamente, permitindo-se aos casais homoafetivos utilizar os institutos da adoção por casais ou adoção conjunta.

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral – que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, em que preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança –, mas que se aplica também à adoção conjunta – na qual não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros den-

tro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "[...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo".[33] VII. O avanço na percepção e no alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status* jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero –, aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico –, tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (Recurso Especial n. 1281093 / SP (2011/0201685-2), Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Nancy Andrighi, Julgado em: 18/12/2012).

33 FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais*: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 75-76.

> Em sede de adoção, nunca deve ser esquecido que esse instituto na atualidade vê o conforto e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes. O interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade. Essa é certamente a principal razão de a adoção somente ser conferida por sentença judicial em nosso sistema. Sob esse prisma não existe no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas. A complexidade se transportar para a oportunidade de conveniência de cada caso concreto. Sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa não há que se ver óbice para essa adoção. [...] É fato que uma vez reconhecida a união de homoafetivos como modalidade de união estável, o passo seguinte é a permissão da adoção.[34]

Sendo assim, atualmente, apesar da inexpressividade da lei na defesa dos direitos dos casais homoafetivos, a jurisprudência inovou e promoveu a igualdade entre a entidade familiar heterossexual e a entidade familiar homoafetiva, desta forma facilitando também a adoção homoparental. A decisão histórica do Supremo Tribunal Federal no julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 consiste em indiscutível avanço para os direitos humanos no Brasil, pois não há justificativas para que seja negada a referida equiparação. A defesa das minorias pelo Judiciário – quando o Legislativo abstém-se – é imprescindível para o desenvolvimento salutar da nossa sociedade.

CONCLUSÃO

Em sede conclusiva, reitera-se que a adoção homoparental é possível hoje em dia graças à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Nesta se determinou que as relações homoafetivas são fundadas no afeto mútuo, assim como as relações heterossexuais. Logo, amparados nos princípios da dignidade humana e da igualdade, bem como na analogia, resta indiscutível que situações semelhantes devem receber tratamento idêntico.

Outrossim, demonstrou-se o árduo progresso da questão – adoção homoparental – no território nacional, tendo em vista o entrave causado pela própria negação dos relacionamentos homoafetivos como uniões estáveis, com direito à facilitação da sua conversão para casamento e, logicamente, configurando uma entidade familiar. Devido a este comportamento preconceituoso e claramente exclu-

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Homoafetividade e o direito*. p. 390.

dente, as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo por muito tempo ficaram restritas ao campo do Direito Obrigacional, tratadas como sociedades de fato. Negando-lhes o caráter familiar da sua união, a formação de prole através da adoção conjunta restava prejudicada.

Portanto, sendo as uniões homoafetivas semelhantes às heterossexuais, pois têm por base a afetividade, absurdo negar-lhes os mesmos direitos. Claro está que tanto a união estável entre pessoas de sexos diferentes, quanto a união entre pessoas do mesmo sexo, enquadram-se no conceito de entidade familiar. Além disso, atende-se ao melhor interesse do menor para adoção, inseri-lo em uma família disposta a amá-lo e cuidá-lo, sendo irrelevante a identidade sexual dos adotantes a fim de estabelecer a sua capacidade de vivenciar a paternidade responsável. É arcaica a sociedade que não confere dignidade para as suas minorias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1281093/SP (2011/0201685-2). Relatora: Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Brasília, 18 de dezembro de 2012. DJe 04/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 5 de maio de 2011. DJe-198, 14/10/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70018249631. Relatora: Maria Berenice Dias. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Porto Alegre, 11 de abril de 2007. Diário da Justiça do dia 12/11/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70031574833. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Porto Alegre, 14 de outubro de 2009. Diário da Justiça do dia 12/11/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n. 70034811810. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Órgão Julgador: Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Porto Alegre, 13 de agosto de 2010. Diário da Justiça do dia 12/11/2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; LARRATÉA, Roberta Vieira. A constitucionalização das uniões homoafetivas. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; e ZUCCHI, Maria Cristina. Direito de Família no Novo Milênio. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 451.

FARIAS, Mariana de Oliveira; BORTOLOZZI MAIA, Ana Cláudia. *Adoção por homossexuais*: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar o mesmo ou um exemplo de codificação *a droit constant*? In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170-171.

SIMÃO, José Fernando. Questões Polêmicas: qual o Conceito Jurídico de Família? In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. União Homoafetiva. Comentários ao Julgamento da Apelação Cível nº 643.179-4/0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 17 de Junho de 2009. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Homoafetividade e o direito. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

Vânia Möller
editoração eletrônica
51 3209.5044 - 9705.7605
vaniamoller@gmail.com

Composto especialmente para a Editora Meridional em Times New Roman,
corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g e impresso na Gráfica Pallotti.

Revista da

Faculdade de Direito UFRGS

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel: (51) 3316.3118 / 3316.3128 / 3316.3555 / 3316.3464

DISTRIBUIDORES / REPRESENTANTES

AMAZONAS
Travessia Editora e Livraria Ltda. – Manaus – Fone (92) 3633-6565

BAHIA
LDM Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – Salvador – Fone (71) 3277-8613
Livraria Cultura S/A. – Salvador – Fone (71) 3505-9050

CEARÁ
Livraria Cultura S/A. – Fortaleza – Fone (85) 4008-0800

DISTRITO FEDERAL
J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – Brasília – Fone (61) 3347-8461

MINAS GERAIS
Asteca Distribuidora de Livros Ltda. – Belo Horizonte – Fone (31) 3423-7979
Editora Vozes Ltda. – Vozes 35 – Juiz de Fora – Fone (32) 3215-9050

PARANÁ
Livraria Cultura S/A – Shopping Curitiba – Curitiba – Fone (41) 3941-0292

PERNAMBUCO
Berenstein Livraria Ltda. – Livraria Imperatriz – Recife – Fone (81) 3301-7800
Livraria Cultura S/A. – Riomar Shopping – Recife – Fone (81) 3256–7500

RIO DE JANEIRO
Mazolli & Assis Comércio de Livros Ltda. – Odisséia – Rio de Janeiro – Fone (21) 2290-0873
Livraria da Travessa S/A. – Ipanema – Rio de Janeiro – Fone (21) 3205-9002

RIO GRANDE DO SUL
Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – Porto Alegre – Fone (51) 3223-7363

SANTA CATARINA
Livraria Livros & Livros Ltda. – Florianópolis – Fone (48) 3028-6244

SÃO PAULO
Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – São Paulo – Fone (11) 2985-2472
Bookpartners Brasil Editora Jandira/SP – São Paulo – (11) 4772-0100
Lerlivros Distribuidora Ltda. – São Paulo – (11) 3828-2423

Editora Sulina
www.editorasulina.com.br