

# Primeiros Estudos de Direito da Família

ORGANIZADORES:

FABÍOLA ALBUQUERQUE LOBO

DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO



# **PRIMEIROS ESTUDOS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

## Universidade Federal de Pernambuco

Reitor: Prof. Alfredo Macedo Gomes

Vice-Reitora: Prof. Moacyr Araújo

Diretor da Editora: Diogo Cesar Fernandes

Vice-Diretor da Editora: Prof. Junot Cornélio Matos

Editor: Flávio Gonzalez

---

### Catálogo na fonte

Bibliotecária: Kalina Lígia França da Silva, CRB4-1408

---

P953 Primeiros estudos de direito de família [recurso eletrônico] / organizadores : Fabíola Albuquerque Lobo, Dimitre Braga Soares de Carvalho. – Recife : Ed. UFPE, 2020.

Vários autores.

ISBN 978-65-86732-33-7 (online)

1. Direito de família. 2. Direito de família – Brasil. I. Lobo, Fabíola Albuquerque (Org.). II. Carvalho, Dimitre Braga Soares de (Org.).

346.81015 CDD (23.ed.)

UFPE (BC2020-059)



Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20, Várzea

Recife, PE | CEP: 50.740-530

Fone: (0xx81) 2126.8397 | Fax: (0xx81) 2126.8395

www.ufpe.br/edufpe | livraria@edufpe.com.br

Todos os direitos reservados aos organizadores: *Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial em qualquer sistema de processamento de dados e a inclusão de qualquer parte da obra em qualquer programa juscibernético. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração.*

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

## **PRIMEIROS ESTUDOS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

Organizadores:

Fabíola Albuquerque Lobo  
Dimitre Braga Soares de Carvalho

RECIFE  
2020



**COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS  
DOS ALUNOS DA DISCIPLINA DIREITO DE FAMÍLIA  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE /  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – 2019**

Organizadores:

**Fabiola Albuquerque Lobo**

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (1992), Mestre (1999) e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Doutorado sanduiche realizado na Faculdade de Direito da UFPR. Professora Titular do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas / UFPE. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas / UFPE. Líder do grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas – CONREP/UFPE.

**Dimitre Braga Soares de Carvalho**

Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutor em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE / Faculdade de Direito do Recife – FDR. Professor Adjunto Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e da UNIFACISA. Membro do grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas – CONREP/UFPE. Advogado.



## APRESENTAÇÃO

Concluída a jornada acadêmica de formação e pós-graduação em Direito e, após mais de uma década lecionando Direito de Família, tenho o redobrado privilégio de me ver, novamente, como aluno, ao cumprir o Estágio de Pós-Doutoramento na tradicionalíssima Faculdade de Direito do Recife, sob a supervisão da Professora Dra. Associada Fabíola Lobo. A oportunidade de voltar a acompanhar aulas de Direito de Família, na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, na condição de assistente da eminente Professora, tem sido marcante e decisiva. Trata-se de ocasião ímpar para revisitar e analisar, sob novas luzes, a sempre rica experiência do ensino-aprendizagem, desta vez sob a condução de uma das mais experientes e respeitadas professoras da matéria no País.

O ensino do Direito de Família, tema central da pesquisa do meu estágio pós-doutoral, reconstrói-se e ressignifica-se a partir de certa “alteridade acadêmica”, segundo a qual é possível nos colocar no lugar de outro professor, revisitar nossos conceitos, refletir sobre a atividade prática da sala de aula no ensino superior e na pós-graduação, além de enfrentar, sob nova orientação, o permanente desafio de lidar com a complexidade do Direito de Família. Em tal contexto, surge, precisamente, o livro que se publica no formato *e-book*, pela Editora da Universidade Federal de Pernambuco. Por sugestão da Professora Fabíola Lobo, a turma de discentes do quinto ano, no semestre 2019.1, teve como um dos critérios avaliativos, a elaboração de um estudo acadêmico sobre o tema relativo ao Direito de família, na forma de artigos científicos, que foram por nós avaliados e conduzidos na redação e revisão do texto.

Os capítulos que compõem este *e-book* são frutos da produção dos alunos de Direito da Faculdade de Direito do Recife, espelhando, por conseguinte, a leveza da iniciação ao trabalho acadêmico orientado, combinado com o rigor formal exigido para textos desse jaez. A juventude e a motivação da turma, aliadas ao gravame simbólico e de prestígio da Faculdade de Direito do Recife, principal centro de estudos do Direito no Nordeste, oferecem à comunidade acadêmica a leitura de textos iniciais, mas plenos de talento jurídico, aprofundamento e sólida formação em Direito de Família, qualidades que caracterizam a cátedra da Professora Fabíola Lobo ao longo de sua trajetória na Casa de Tobias Barreto.

Os textos versam sobre variados temas vinculados ao ramo familiarista, abrangendo toda a complexidade contemporânea da matéria, dentre os quais podemos destacar: *a prisão civil do devedor de alimentos; os desafios e perspectivas da multiparentalidade; a possibilidade do abandono socioafetivo inverso; a dupla paternidade biológica dos gêmeos univitelinos; a contextualização histórica da desbiologização da paternidade; a evolução temporal do instituto da guarda compartilhada; a aplicação de princípios constitucionais no Direito de Família; a visão da jurisprudência pernambucana sobre as situações limítrofes entre namoro e união estável; erro essencial sobre a pessoa do transexual; a usucapião familiar; a possibilidade de aplicação, por analogia, da alienação parental aos idosos, etc.*

Reafirmo minha gratidão e alegria em poder participar, como um dos Coordenadores, deste pioneiro *e-book* de Direito de Família na Faculdade de Direito do Recife, intitulado “*Primeiros Estudos de Direito de Família*”, certo de que muitos dos textos que aqui se apresentam antevêm promissores juristas em formação.

Recife-PE, em 15 de outubro de 2019

*Dimitre Soares*

## SUMÁRIO

<b>A aplicabilidade dos planos do fato jurídico no casamento e a lei 13.811/2019</b> .....	17
<i>Filiph Emmanuel de Carvalho Góis</i>	
<i>Leticia Montebello Coelho</i>	
<i>Marcelo Luz Chaves</i>	
1. Breves notas acerca do casamento .....	19
2. Noções gerais sobre os planos do fato jurídico .....	22
2.1 Existência .....	24
2.2 Validade .....	25
2.3 Eficácia .....	28
3. Aplicabilidade dos planos do fato jurídico ao instituto do casamento ..	29
3.1 O plano da existência .....	29
3.2 O plano da validade .....	31
3.2.1 Nulidade do casamento .....	32
3.2.2 Anulabilidade do casamento .....	33
4. Comentários à Lei 13.811/2019 .....	35
Conclusão .....	37
Referências .....	38
<b>A aplicação dos princípios constitucionais relevantes ao Direito de Família no julgamento da ADI 4.277</b> .....	41
<i>Ana Paula das Neves Leite</i>	
Introdução .....	43
1. A família ao longo do tempo .....	44
2. A Família na CF 88 - Constitucionalização e Princípios .....	47
3. Julgamento e princípios constitucionais aplicados .....	49

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	49
3.2 Princípio da Afetividade .....	49
3.3 Princípios da Igualdade e da Liberdade.....	53
4. Considerações finais - as implicações práticas da ADI 4.277/11 .....	57
Referências.....	60

**A evolução temporal do instituto da guarda compartilhada e suas implicações..... 61**

*Gabriel Moura Timóteo*

*Rafael Lima Valença*

*Roberta Menezes Pedrosa*

Introdução.....	63
1. Uma divisão didática: o instituto da guarda no Brasil desde o Decreto 181 de 1890 à Lei 13.058/2014.....	64
1.1O sistema da guarda posterior ao CC/02 mas anterior às leis 11.698/2008 e 13.058/2014.....	67
2. Sistema de guarda compartilhada a partir da lei 11.698/2008 .....	71
3. Sistema de guarda compartilhada a partir da lei 13.058/2014 .....	75
4. Pontos controvertidos acerca da lei 13.058/2014.....	77
5. A guarda compartilhada e o combate à alienação parental.....	80
Considerações finais.....	86
Referências.....	88

**Da amplitude da atuação do ministério público no processo de família: conformação constitucional e instrumentalidade ..... 91**

*Tomás Pires Acioli*

*Edson Luciano Filho*

Introdução.....	94
1. Noções gerais da atuação do Ministério Público no novo processo de família do Código de Processo Civil de 2015.....	95
2. A intervenção ministerial nos institutos do Direito de Família: o pano de fundo.....	101
3. A atuação do Ministério Público nas ações de família em espécie.....	103

3.1. Nas ações de alimentos.....	103
3.2. No casamento/união estável e no divórcio.....	104
3.3. Na investigação de paternidade/maternidade e na negação de paternidade/maternidade.....	106
3.4. Atuação nas ações de adoção.....	109
3.5. Na tutela e na curatela.....	112
3.6. Atuação no juízo registral.....	114
Considerações finais.....	118
Referências.....	119

**A legitimidade da prisão civil do devedor de alimentos no estado democrático de direito.....** 121

*Felipe Domingos Jurema*  
*Jônatas Henrique dos Santos*

Introdução.....	123
1. Desenvolvimento.....	124
1.1. Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro.....	124
1.2. A historicidade da prisão civil e o Pacto de São José da Costa Rica.....	126
1.3. Natureza jurídica da prisão civil e a sua legitimidade.....	130
Conclusão.....	
Referências.....	141

**Lei de alienação parental: possibilidade de aplicação analógica ao idoso.....** 143

*Gabriela Barbosa Dias Lima*  
*Katarina Lima Carvalho Do Nascimento*  
*Mariana De Andrade Silva*

Introdução.....	145
1. Do idoso.....	146
1.1 Conceito de idoso e o envelhecimento.....	147
1.2 Direitos assegurados ao idoso na Constituição Federal de 1988....	149
1.3 O Estatuto do Idoso.....	151
2. O abandono do idoso.....	153
2.1 O idoso como vulnerável.....	154

2.2 Abandono afetivo do idoso.....	156
2.3 Amparo legal nos casos de abandono afetivo dos idosos .....	159
3. Alienação parental.....	160
3.1 Do pátrio poder à autoridade parental .....	160
3.2 Exercício da autoridade parental .....	162
3.3 Suspensão, perda e extinção da autoridade parental.....	163
3.4 Lei nº 12.318/2011 .....	163
4. Aplicação analógica da lei 12.318/2010.....	166
4.1 Entendimentos jurisprudenciais.....	171
4.2 O projeto de lei nº 9.446/2017.....	174
Conclusão .....	176
Referências .....	178

**Entre a união estável e o namoro: características, desdobramentos e julgados do tribunal de justiça de Pernambuco.....** 179

*Felipe Herculino de Almeida*

Introdução.....	182
1. Evolução da união estável: de tabu para entidade familiar equiparada ao casamento.....	183
2. Características da união estável.....	186
3. Desdobramentos da união estável.....	190
4. Namoro: afetividade, mas nem tanto .....	195
5. Características e desdobramentos do namoro .....	197
6. Análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco .....	200
6.1. Apelação 465739-2.....	201
6.2. Apelação 0003279-33.2015.8.17.2810.....	202
6.3. Apelação 505075-7.....	203
6.4. Apelação 485809-5.....	204
6.5. Apelação 475810-5.....	205
6.6. Apelação 337827-4.....	205
Conclusão .....	207
Referências.....	208

**“Desbiologização da paternidade” e seus efeitos. Contextualização histórica e seus impactos nas relações familiares brasileiras.....211**

*Flávia Kariny da Silva*

*Isabela Jesus de Albuquerque*

*Jullyene Felipe dos Santos Oliveira*

**Introdução.....213**

1. Secularização do casamento e inclusão de novas entidades familiares na Constituição Federal de 1988.....214

2. João Baptista Villela e a “desbiologização da paternidade”.....217

3. A Constitucionalização do direito de família e seus efeitos na “desbiologização da paternidade”.....218

4. Democratização da família e o alargamento de seu conceito.....220

5. A paternidade como fenômeno cultural.....221

6. Paternidade Biológica.....223

7 Paternidade Socioafetiva.....224

8. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.....225

Conclusão.....227

Referências.....228

**Estatuto da família x estatuto das famílias: O confronto entre a singularidade E a pluralidade do conceito de família.....229**

*Adriano Vidal;*

*Geni Britto*

**Introdução.....231**

1. Estatuto da família - projeto de lei de nº 6583/2013.....232

2. Estatuto das famílias - projeto de lei de nº 470/2013.....235

3. Confronto dos projetos legais e as implicações na lógica de tutela dos direitos das minorias.....237

Conclusão.....243

Referências.....245

**A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação no direito brasileiro.....247**

*Anna Beatriz Pereira Cezar*

*Débora Pincovsky Sobral*

*Marcel Silva Oliveira*

**Introdução.....250**

**1. Breve análise acerca da natureza jurídica dos animais no direito brasileiro.....251**

**2. O instituto da guarda compartilhada no direito de família brasileiro.....256**

**3. Direito comparado: o status jurídico dos animais de estimação e o fenômeno da guardacompartilhada..... 261**

**4. A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação no direito brasileiro ..... 264**

**Considerações finais..... 273**

**Referências ..... 275**

**Erro essencial sobre a pessoa transexual.**

**Análise à luz da constituição de 1988..... 285**

*Aline Araújo de Albuquerque Melo*

*João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo*

**Introdução..... 287**

**1. Desenvolvimento..... 289**

**1.1. O conceito de transexualidade..... 289**

**1.1.1. Avanços Jurídicos ..... 291**

**1.1.2. Adequação à Constituição e aos Tratados ..... 293**

**1.2 Direitos da Personalidade, aplicados à população transexual ..... 295**

**1.3. A interpretação do conceito de “erro essencial” e possíveis inconstitucionalidades.....298**

**1.4. Diferenças entre o instituto da anulabilidade e o da separação judicial/divórcio.....300**

**Conclusão.....305**

**Referências.....305**

**A evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro .....309**

*Máira Machado Sena de Oliveira;*

*Thiago Mariano de Cerqueira;*

*Tiago de Oliveira Machado.*

Introdução..... 311

1. A evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro..... 315

1.1. O “divórcio” no código civil de 1916 ..... 315

1.1.1. Indissolubilidade do vínculo conjugal e a separação de fato.....317

1.1.2. Criação do instituto da separação judicial e surgimento da possibilidade de haver a ruptura do vínculo conjugal..... 319

1.1.2.1. Separação Judicial por Mútuo Consentimento.....320

1.1.2.2. Separação Litigiosa..... 321

1.2. O divórcio no código civil de 2002..... 322

1.2.1. Emenda Constitucional nº 66: extinção do requisito de prévia separação judicial para possível dissolução do casamento..... 324

1.3. O divórcio impositivo e seu lugar na legislação brasileira moderna ..329

1.4. As implicações do instituto do divórcio na contemporaneidade .....331

Conclusão ..... 333

Referências ..... 334

**Multiparentalidade biológica, o caso da dupla paternidade biológica dos gêmeos univitelinos e a sua viabilidade jurídica diante dos institutos do Direito das Famílias .....335**

*Ana Luisa Gomes Galvão*

*José Gabriel de França*

*Raquel Spinelli Ferrari Arruda*

Introdução ..... 337

1. O direito de filiação e a investigação de paternidade ..... 342

2. Multiparentalidade..... 344

3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente enquanto vetor da solução de casos difíceis ..... 351

Conclusão ..... 357

Referências ..... 358



**A APLICABILIDADE DOS PLANOS DO FATO JURÍDICO  
NO CASAMENTO E A LEI 13.811/2019**

*Filiph Emmanuel de Carvalho Góis  
Letícia Montebello Coelho  
Marcelo Luz Chaves*



## 1. Breves notas acerca do casamento

No Brasil, por séculos, todos os casamentos eram realizados pela Igreja, em virtude de a religião católica ser a adotada pelo Estado, bem como da maioria dos brasileiros seguirem esta crença. Com a chegada de imigrantes, era necessário que se disciplinasse o casamento de uma forma a adequar-se às novas circunstâncias. Somente em 11 de setembro de 1861 foi sancionada lei que estendia efeitos civis aos casamentos celebrados entre pessoas que professavam religião diferente da do Estado, vindo o casamento a perder o seu caráter confessional.

Desde então, o casamento é, sem dúvidas, a entidade familiar mais regulada pelo Direito Brasileiro. Apesar das inúmeras transformações vivenciadas no cenário social brasileiro, que redesenharam os contornos e o conceito de família no direito pátrio, o Código Civil, Lei n.º 10.406/2002, perpetrando a longa tradição de sua exclusividade, o conservadorismo e a manutenção da nítida opção preferencial (a qual não deve ser entendida como hierarquização normativa), dedicou-se a, exaustivamente, disciplinar o casamento. Destarte, percebe-se que o Código Civil brasileiro buscou regular *pari passu* tal instituto, de modo que se faz necessário compreendê-lo diante da legislação civil pátria.

Com base no Código Civil brasileiro, é possível conceituar o casamento como instituto civil por meio do qual, atendidas as solenidades legais (habilitação, celebração e registro), estabelece-se entre duas pessoas a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família.

Do dispositivo principiante do Livro Especial destinado ao Direito de Família, artigo 1.511, extrai-se uma conceituação do casamento pelo efeito que lhe reconhece: o de estabelecer comunhão plena de vida, com

base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O Código também prevê seus efeitos ao atribuir encargos e ônus ao casal (CC 1.565): ambas as partes assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias leciona que:

Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre os cônjuges (CC 197, I)<sup>1</sup>.

Com o início do casamento ocorre também a alteração do estado civil dos consortes. Solteiros, divorciados ou viúvos tornam-se casados. Esta identificação do estado civil tem como fundamento dar publicidade tanto à condição pessoal, como também à situação patrimonial de ambas as partes. Ainda no âmbito da publicidade, vale salientar a diferença encontrada entre os Códigos Civis de 1916 e 2002. É que, na ordem anterior, a mulher era obrigada a adotar o nome do marido. Com a vigência da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e, conseqüentemente, com o advento do divórcio, essa alteração tornou-se facultativa. Ou seja, atualmente, é plenamente possível que qualquer dos cônjuges adote o nome do outro e haja a troca de sobrenomes.

O casamento, como ato civil, solene e público, exige uma celebração que se oficialize em local acessível para qualquer pessoa, para que, havendo algum impedimento a ser suscitado, tenha oportunidade para tanto. Além disso, para produzir seus devidos efeitos civis, os nubentes devem ter sido devidamente habilitados mediante processo administrativo. Esta habilitação pode ser solicitada antes ou depois do casamento religioso. No entanto, para que os efeitos civis sejam alcançados, é indispensável que a

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259.

habilitação anteceda em noventa dias, no máximo, à celebração religiosa. Assim, atendidas as exigências legais (arts. 1.515 e 1.516, CC), o casamento religioso produz efeitos civis a partir da sua celebração.

Para ter um casamento considerado existente e válido, deve haver a observação de uma série de requisitos. Nessa ótica, podemos visualizar o casamento sob três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia. O conceito de invalidade abrange o de nulidade e o de anulabilidade.

Assim, conforme expõe Paulo Lôbo:

A invalidade do casamento é exigente de características próprias, que não correspondem às regras comuns estabelecidas na Parte Geral do Código Civil, para os atos jurídicos, principalmente dos negócios jurídicos<sup>2</sup>.

Casamento nulo é aquele que, embora existente, é inválido e ineficaz, pois decorre da falta de qualquer dos requisitos legais da formação do ato ou de expressa disposição da lei.

No segundo caso – casamento anulável – é configurada uma sanção de menor grau do que o primeiro.

Já o casamento inexistente é aquele em que falta um elemento essencial à sua formação, não chegando a formar-se.

O casamento inexistente sequer foi mencionado, a exemplo do Código de 1916, no Novo Código Civil. A doutrina e a jurisprudência são as vozes uníssonas, que alardeiam, entre nós, o instituto do casamento inexistente. Nesse sentido, de acordo com Paulo Lôbo: “o casamento inexistente é não casamento, ou seja, não configura ato jurídico, permanecendo no mundo dos fatos”<sup>3</sup>.

A seguir, serão abordados com mais profundidade os conceitos de inexistência, nulidade e anulabilidade, e suas consequentes implicações no direito matrimonial.

---

2 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116.

3 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116.

## 2. Noções Gerais: Planos do Mundo Jurídico

Para que possamos adentrar nos propósitos investigatórios deste trabalho, imprescindível se faz perpassarmos por uma breve exposição sobre os conceitos e aspectos gerais dos planos do mundo jurídico<sup>4</sup>. Tais matérias, embora atinentes propriamente à Teoria Geral do Direito, são premissas sem as quais o estudo de assuntos de quaisquer dos ramos do Direito se mostraria deficitário, dada sua elementaridade para a Ciência Jurídica.

Nos propósitos deste estudo, ainda mais, a observância da distinção desses conceitos se mostra central: para que reconheçamos a inexistência, nulidade ou anulabilidade de um casamento, necessita-se ter em vista os planos da existência, da validade e da eficácia.

Essa tripartição do mundo jurídico, conforme observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>5</sup>, foi amplamente desenvolvida na obra de Hans Kelsen, tendo sido introduzida no Brasil por Pontes de Miranda.

Dessa forma, faz-se importante atentar para as lições do célebre autor alagoano acerca do tema. Será utilizada, ainda, a rica obra do professor Marcos Bernardes de Mello, cujo extenso estudo sobre os planos de vida da norma jurídica é referência no pensamento jurídico nacional.

Conforme observa o supramencionado autor<sup>6</sup>, é comum entre nós a confusão semântica entre os vocábulos *existência*, *validade* e *eficácia*, sendo inúmeros os autores que tratam deles, muitas vezes, como sinônimos. Aqui, a título de exemplificação, vale a transcrição de trecho da obra do mestre

---

4 Embora existam vozes na doutrina que defendem ser indiferente o estudo dos planos do fato jurídico para o instituto do casamento desde a EC 66/10 – que versou sobre o divórcio, tornando, assim, sem muita relevância delinear os casos de nulidade e anulabilidade, já que bastaria aos cônjuges a propositura de ação de divórcio –, aqui se reconhece a importância de bem se analisar tais institutos, para que maiores confusões sejam evitadas e porque o tema tem total efeito e relevância prática: em ação de divórcio, a depender do regime de bens escolhido pelo casal haverá a partilha destes. Se o casamento, porém, for invalidado, as consequências podem vir a ser diversas, pois pode não haver, por exemplo, a referida partilha. O tema, portanto, guarda bastante relevância prática.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. v. 6. 10ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 229.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

Caio Mário da Silva Pereira, que não demonstra apreço pela classificação tripartida ora sustentada:

Empregamos os vocábulos ineficaz e ineficácia com sentido genérico, reservando as palavras *nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente* para a designação de tipos específicos de ineficácia. Ao nosso ver, ineficácia é gênero de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia.<sup>7</sup>

Não obstante nosso respeito e admiração pelo professor Caio Mário, no presente artigo serão utilizadas como marco teórico as doutrinas de Pontes de Miranda e Bernardes de Mello, para quem a divisão tripartida do mundo jurídico “tem caráter lógico (e metodológico), mas de inquestionável utilidade prática para o trato dos problemas que surgem no dia a dia do direito”<sup>8</sup>. Nesse sentido, percebe-se a importância da diferenciação dos três conceitos quando observamos situações em que o ato jurídico:

(a) Existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou fato ilícito *lato sensu*, (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos.<sup>9</sup>

---

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I, p. 347, nota 1 *apud* MELLO, Marcos Bernardes de. *Idem, ibidem*, p. 153.

8 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

9 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

Feitas essas considerações preliminares, passemos à análise dos três planos do mundo jurídico.

## 2.1. Existência

O plano da existência é o primeiro plano jurídico, é o primordial e do qual partem a análise dos outros dois posteriores. Um fato jurídico *existe* quando há a incidência da norma jurídica sobre a parte relevante do suporte fático, transportando-a para o mundo jurídico<sup>10</sup>.

Antes da incidência da norma jurídica, só se pode falar em fato, não em *fato jurídico*. A ocorrência de eventos no mundo em que vivemos é constante e inevitável; nem todos esses fatos, contudo, vão ter relevância para o mundo jurídico. Se o suporte fático não foi suficiente para a incidência da norma, se lhe faltou elemento completante de seu núcleo<sup>11</sup>, temos que não há, então, fato jurídico, não se pode considerá-lo existente no mundo jurídico.

Assim, se em dada situação fática não houve expressão de vontade por parte do agente, temos um negócio jurídico inexistente, ou, em outras palavras, não temos um negócio jurídico. O fato jurídico inexistente é o não-fato jurídico, é tudo aquilo que não pode ser considerado como fato jurídico.

O Código Civil, como a maioria das legislações pelo mundo, não se debruça quanto à existência dos fatos jurídicos, limitando-se a manter uma análise bipartida desses<sup>12</sup>. Contudo, para considerarmos o plano da validade, não é necessária qualquer expressa menção legislativa, posto que o *ser* e o *não-ser* jurídico é uma dicotomia intrínseca ao Direito. Sobre o matrimônio, Pontes de Miranda observa que:

(...) os obstáculos à existência do casamento são evidentes e têm valor absoluto, são consubstanciais ao contrato do matrimônio, de modo que os Códigos nem sequer os mencionam (...). A distinção entre *matrimonium non existens* e *matrimonium nullum*, a que correspondem as expressões portuguesas “casamento não-existente” ou “casamento inexistente” e

<sup>10</sup> *Idem, Ibidem*, p. 154.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 153.

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 229.

“casamento nulo” (bem como “casamento anulável”), (...) não depende do direito positivo: é dicotomia fundamental intrínseca, porque tudo que não é casamento, ou não basta para que a lei considere casamento, é não-casamento, e pois *matrimonium non existens*, se se apresenta e se se pretende seja casamento. O suporte fático não entrou no mundo jurídico.<sup>13</sup>

Não se pode qualificar um fato jurídico inexistente como nulo ou ineficaz, “porque a inexistência é o *não ser* que, portanto, não pode ser qualificado”<sup>14</sup>. Nesse sentido, os interessados em ter um pronunciamento judicial confirmando a inexistência de algum suposto fato jurídico devem propor uma ação declaratória negativa, e não uma ação desconstitutiva.

## 2.2. Validade

O plano da validade, por sua vez, refere-se à análise da *perfeição* do fato jurídico. Nele, analisa-se, portanto, a perfeição do suporte fático, sua plena consonância com o ordenamento jurídico<sup>15</sup>.

Inicialmente, importante observarmos que só transitam pelo plano da validade os atos jurídicos *lato sensu* (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*). Não se analisa a validade dos atos jurídicos em que a vontade não é dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), bem como dos atos ilícitos, posto que não podem ser invalidados<sup>16</sup>. No caso dos primeiros, a impossibilidade de invalidação decorre de sua própria natureza: seria ilógico considerar inválido um nascimento, um deslocamento natural de terra ou a sementeira que gerou uma plantação. No caso dos segundos, por outro lado, a aplicação da nulidade resultaria num benefício àquele que aplicou o ato ilícito, uma vez que a sanção de nulidade torna ilícito um ato que normalmente seria válido<sup>17</sup>.

13 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 364.

14 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

15 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

16 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

17 *Idem, ibidem*, p. 156.

A invalidade é espécie de sanção, punição, penalidade à uma conduta que, embora concretize o suporte fático previsto em uma norma, viole algum dos comandos cogentes do sistema jurídico<sup>18</sup>. Assim, pune-se um ato jurídico com a invalidade, recusa-se sua eficácia.

A ineficácia do ato inexistente não pode ser comparada à do ato inválido: naquele, a não produção de efeitos lhe é intrínseca, porquanto não pode produzir efeitos aquilo que sequer existe; nesse último, recusa-se a prestar eficácia a um ato que ordinariamente a irradiaria<sup>19</sup>.

Por outro lado, como observa Bobbio<sup>20</sup>, a invalidade se presta a assegurar a integridade do ordenamento jurídico. Ora, se não houvesse punição a um ato contrário a normas do sistema jurídico, estar-se-ia negando vigência a essas, individualmente, e ao próprio ordenamento, como um todo.

Tem-se a invalidade quando, apesar de o suporte fático se concretizar suficientemente:

(a) algum de seus elementos nucleares é deficiente (por exemplo: vontade manifestada diretamente pelo absolutamente incapaz, ou pelo relativamente incapaz sem o assentimento do assistente (pais, tutor, curador), ou está eivada de vício invalidante, como erro, dolo etc., ou então, seu objeto é ilícito, imoral, indeterminável ou impossível), (b) ou lhe falta algum elemento complementar (não foi observada a forma prescrita em lei, e. g.), o sistema jurídico o tem como *ilícito*, impondo-lhe como sanção a *invalidade*.

A sanção da invalidade se dá em graus. Há casos em que é afetada a ordem pública, enquanto noutros, primordialmente, direitos e interesses particulares é que são atingidos. No sistema de invalidades pátrio, temos a *nulidade* e a *anulabilidade*. A primeira é o grau mais elevado de penalidade, acarretando, via de regra, “a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a

---

18 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

19 *Idem, ibidem*, p. 51.

20 *Teoria della norma giuridica*, p. 188 *apud* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício”<sup>21</sup>. A segunda é sanção mais branda, exatamente por terem como principais afetados os interesses particulares. O ato anulável produz seus efeitos específicos integralmente até ser desconstituído por ação judicial, podendo, ainda, ser convalidado, tanto pela confirmação quanto pelo transcurso do tempo.

Assim, de forma geral, a nulidade e a anulabilidade se contrapõem<sup>22</sup>: (i) quanto à decretabilidade, a nulidade é decretável de ofício, enquanto a anulabilidade somente mediante alegação do interessado; (ii) quanto à alegabilidade, a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e pelo Ministério Público (atuando como parte ou *custos legis*), enquanto a anulabilidade somente pelos interessados diretos; (iii) quanto à sanabilidade, o vício do ato nulo é insanável, enquanto o vício do ato anulável é sanável por confirmação; (iv) quanto à prescritibilidade, o ato nulo é imprescritível, enquanto o anulável prescreve; (v) quanto à desconstituição do ato, mostra-se desnecessária quando do ato nulo (se registrado, contudo, a necessidade é patente), enquanto necessária no anulável; (vi) quanto à desconstituição dos efeitos, no ato nulo, é desnecessária<sup>23</sup>, sendo o oposto no anulável; (vii) quanto à eficácia, o ato nulo não produz efeitos (salvo caso de putatividade), produzindo-os o anulável até sua desconstituição; (viii) quanto à natureza da decisão que reconhece a invalidade, esta é desconstitutiva do ato em caso de nulidade, sendo desconstitutiva do ato e de seus efeitos no caso de anulabilidade.

O conhecimento dessas noções e regras gerais sobre a nulidade e anulabilidade são importantes, especialmente para fins didáticos, entretanto não se pode olvidar da existência de diversas exceções. O professor Marcos Bernardes de Mello<sup>24</sup>, inclusive, pontua não ser possível o desenvolvimento de uma própria teoria geral da validade (ou das nulidades), dada a ampla

---

21 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

22 Em sua obra, Marcos Bernardes de Mello apresenta quadro comparativo muito esclarecedor sobre o tema. *Vide* obra supracitada, pp. 314 – 315.

23 “(...) uma vez que a eficácia do nulo é apenas aparente, pois, em geral, não produz efeitos jurídicos, de modo que não há o que desconstituir, e quanto produz (casos de putatividade), são irremovíveis” – *Idem*, *ibidem*, p. 314.

24 *Idem*, *ibidem*, pp. 51 – 54.

existência de particularidades e ressalvas nos diversos ramos do Direito em que são aplicados. O Direito Matrimonial é exemplo disso, e, como se verá, tem peculiaridades próprias, que, por vezes, contrariam as regras gerais aqui expostas.

### 2.3. Eficácia

O plano da eficácia, por sua vez, é aquele no qual os fatos jurídicos produzem seus efeitos. É nessa parte do mundo jurídico em que são criadas, modificadas e extintas as situações jurídicas, as relações jurídicas, os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções<sup>25</sup>.

Para se adentrar no plano da eficácia, é imprescindível a passagem pelo plano da existência; não o é, como já demonstrado, pelo plano da validade. Os fatos jurídicos que não têm como dado do suporte fático a vontade – os fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos ilícitos *lato sensu* –, ao existir, já emanam seus efeitos.

Situação diferente se dá com os atos jurídicos *lato sensu* – negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*. Para estes, a análise da eficácia se dá após a aferição de sua validade.

Via de regra, um ato jurídico válido é eficaz desde seu nascimento<sup>26</sup>. Há, contudo, atos válidos, mas ineficazes (pense-se no testamento válido, antes da morte do testador).

Se inválido o ato jurídico, outras vão ser as consequências. Na hipótese de anulabilidade, o ato produz seus efeitos desde logo, mas de forma temporária: caso sobrevenha decretação de anulabilidade, eles serão desconstituídos (podendo ser o ato convalidado, como já mencionado, tornando-se seus efeitos permanentes). No caso de nulidade, via de regra, os atos não produzem sua plena eficácia, não sendo passível, também, de sanção.

---

25 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

26 Marcos Bernardes de Mello nos demonstra que mesmo um negócio jurídico sob condição suspensiva produz, mesmo antes do implemento da condição, efeitos jurídicos. Numa doação sob condição suspensiva, por exemplo, o donatário tem, desde a existência (válida) do contrato, o direito de conservação do bem que seja seu objeto. *Vide* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Eficácia: 1ª Parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

Uma observação importante a ser feita é que, ainda que não ocorram os efeitos próprios, específicos do ato jurídico nulo ou ineficaz *stricto sensu*, podem surgir efeitos “em virtude de dado invalidante ou ineficazante”<sup>27</sup>. Assim, se alguém vende um imóvel a duas pessoas distintas, por óbvio um dos acordos de transmissão não gerará a eficácia de permitir a transcrição da propriedade; ainda assim, caberá o direito de indenização ao comprador lesado. Tal efeito não adveio do ato jurídico em si, mas do ato ilícito de vender o que já fora vendido a outrem.

### **3. Aplicabilidade dos planos do fato jurídico ao instituto do casamento**

O casamento, como ato jurídico complexo ou como contrato, também é instituto que se submete aos planos do fato jurídico acima analisados, embora por vezes a aplicabilidade dos planos da existência, validade e eficácia ocorra de forma diversa da que comumente se é vista nos negócios jurídicos em geral<sup>28</sup>.

Frise-se que no presente texto não será abordado o plano da eficácia, nem sua aplicabilidade ao instituto do casamento, por ser análise que transcende o propósito deste trabalho.

#### **3.1 O plano da existência**

No que diz respeito ao plano da existência, é cabível ressaltar que a questão sobre o casamento inexistente, até então aludida pela doutrina jurídica tradicional, perdeu o interesse de que outrora desfrutou. Afinal, casamento inexistente é não casamento, ou seja, não configura ato jurídico, permanecendo no mundo dos fatos<sup>29</sup>.

Assim, a análise sobre o plano da existência dentro do instituto do casamento fica de certa forma prejudicada, pois de duas uma: ou se discute os planos da eficácia e da validade de casamento já considerado existente ou o casamento inexistente e nenhuma análise posterior seria cabível.

---

27 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 158.

28 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116.

29 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116.

Para o direito brasileiro, exemplo de causa de inexistência seria a ausência de celebração regular, tendo em vista que, em se tratando de casamento, sabe-se que a forma de realização do ato integra o próprio ato em si.

Outra situação posta como hipótese de inexistência do casamento é aquele casamento celebrado por juiz incompetente. Neste ponto, todavia, não há unanimidade na doutrina pátria.

Para autores como Paulo Lôbo, por exemplo, o casamento celebrado por juiz absolutamente incompetente seria inexistente. Assim também pensam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, para quem o casamento realizado por juiz do trabalho ou por juiz federal deve ser reputado inexistente, tal qual o é o casamento celebrado por defensor público ou por promotor de justiça<sup>30</sup>.

Por outro lado, autores como Marcos Bernardes de Mello se posicionam no sentido de que casamento inexistente em razão de incompetência seria aquele realizado perante quem não tem autoridade para celebrar qualquer casamento, a exemplo do Delegado de polícia e de Promotor de Justiça<sup>31</sup>, não sendo possível que casamento celebrado por juiz fosse reputado inexistente.

Ora, parece-nos mais adequado adotar este último posicionamento. Isso porque não se pode afirmar que o pronunciamento de um juiz estatal no sentido de casar duas pessoas seja totalmente desconsiderado a ponto de o casamento ser apontado como inexistente.

Todo juiz é dotado de jurisdição – e da mesma jurisdição, pois esta é una e indivisível<sup>32</sup> –, existindo apenas regras de competência que servem para determinar a “medida da jurisdição” dentro da qual cada juiz atua. Ora, sendo a jurisdição a mesma e as competências diferentes, a decisão proferida por juiz incompetente não deve ser considerada inexistente. Assim, cabe-nos distinguir adequadamente jurisdição de competência, sendo esclarecedora lição do professor Fredie Didier Jr. nesse sentido:

---

30 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: família*. p. 247. 2018.

31 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

32 DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v.1. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 236.

Há o poder de criar normas jurídicas concretas, jurisdição, que foi distribuído pela Constituição em parcelas para cada órgão jurisdicional. Quando um órgão jurisdicional extrapola a função do poder que lhe foi atribuído, há falta de competência, e não falta de jurisdição. Pensar de outro modo levaria a ter de admitir-se que existem cinco jurisdições, e não apenas uma: eleitoral, trabalhista, estadual, federal e militar. E há mais: de acordo com a regra da *Kompetenzkompetenz*, o juízo incompetente constitucionalmente tem, no mínimo, a competência de reconhecer a sua incompetência, o que já revela a existência de ao menos uma parcela de jurisdição. Portanto, não se poderia falar de sentença inexistente, mas de sentença inválida – não se poderia equipar a sentença de um não-juiz com a sentença de um juízo que não tenha competência, ainda que constitucional<sup>33</sup>.

E mais: o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 64, §4º, que *“salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”*.

Verifica-se, pois, que o próprio CPC reconhece a possibilidade de convalidação de ato praticado por juízo incompetente. Ora, não se pode convalidar aquilo que não existe. Assim, como é possível que um juiz estadual ratifique decisão de juiz federal que celebra casamento entre duas pessoas, não pode este casamento ser inexistente, pois não se convalida o que inexistente.

Em síntese, o casamento celebrado por juiz federal ou por juiz do trabalho deve ser considerado inválido, mas jamais inexistente, pois o que lhes falta é competência e não jurisdição.

### 3.2 O plano da validade

Como regra geral, para que um negócio jurídico seja válido é necessário que alguns fatores sejam observados, dentre os quais: serem os agentes capazes, ser o objeto lícito, possível e determinado ou determinável e ser a forma do negócio prescrita ou não defesa em Lei.

---

33 DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v.1. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 250.

Todavia, a aplicação destes requisitos no âmbito do casamento não ocorre da mesma maneira que nos negócios jurídicos em geral, visto que estes tratam, via de regra, de questões patrimoniais, enquanto aquele é instituto que trata de questões existenciais, possuindo apenas *efeitos* patrimoniais.

Neste sentido, defende Paulo Lôbo, por exemplo, que o casamento contraído com fim ilícito ou contra os bons costumes é válido, ao passo que seria nulo qualquer ato jurídico comum que tivesse a mesma causa. Também não é nulo o casamento com simulação. Assim, segundo o autor supracitado, a teoria das invalidades em geral apenas pode ser aplicada de modo supletivo ao casamento<sup>34</sup>.

As invalidades podem ser percebidas de duas formas, como já se afirmou anteriormente: através da nulidade ou da anulabilidade do ato jurídico.

### **3.2.1- Nulidade do casamento**

A primeira hipótese de invalidade do casamento é a nulidade. Esta é o grau mais elevado da invalidade do ato jurídico<sup>35</sup>. Surge nos casos em que algum interesse público ou social relevante deva ser protegido, podendo ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público<sup>36</sup>.

Sabe-se que nulidade é sanção aplicada a determinado ato que não observou a forma correta de se realizar. Como sanção que é, deve ser decretada, e não declarada. Dessa maneira, a nulidade do casamento será decretada pela autoridade judicial em ação direta de nulidade, promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Tal ação tem natureza jurídica de ação desconstitutiva negativa, pois invalida casamento que é existente, mas que não é (ou nunca foi) válido.

---

34 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116.

35 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 117.

36 Importante mencionar que há entendimentos no sentido de que o juiz não pode decretar a nulidade *do casamento* de ofício, em razão de vedação constitucional. Isso porque a Constituição, em seu artigo 226, §7º veda ao Estado interferir nas relações familiares. Dessa forma, seria incabível decretação de nulidade por parte do juiz sem que tenha havido provocação por parte de interessado ou do Ministério Público.

A decretação de nulidade do casamento pode ter eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*. Isso porque as regras gerais de nulidades devem ser aplicadas de forma mitigada ao direito de família, pois por vezes os efeitos do ato nulo tornam-se irreversíveis. É o que Paulo Lôbo chama de “primazia dos fatos sobre os princípios de direito”.

Outra característica pertinente no que diz respeito à nulidade do casamento é a impossibilidade de esta ser convalidada com o tempo, conforme pode-se perceber a partir de leitura do artigo 169, CC: “*O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*”.

Além disso, a alegação de nulidade não se submete a prazo prescricional, sendo, portanto, a ação direta com este fim hipótese de ação imprescritível.

Ainda é válido lembrar que a sentença judicial que decreta a nulidade do casamento terá efeitos retroativos desde a data da celebração. Todavia, alguns efeitos poderão persistir, tornando a retroatividade relativa<sup>37</sup>.

Por fim, como norma restritiva de direitos que é, as hipóteses de nulidade do casamento devem ser interpretadas restritivamente. Neste sentido, Paulo Lôbo argumenta que “(...) a nulidade do casamento é cercada pelo direito de restrições, não se admitindo interpretação extensiva”<sup>38</sup>.

Atualmente, no direito brasileiro, só há uma hipótese de nulidade do casamento: quando um ou ambos os cônjuges incidam em impedimento matrimonial (art.1.548, CC)<sup>39</sup>.

### **3.2.2- Anulabilidade do casamento**

Ao contrário da nulidade, a anulabilidade é hipótese que se apresenta como o grau menor de invalidade dos atos, visto que as situações abarcadas pela anulabilidade visam proteger interesses particulares, que não envolvam interesse público.

---

37 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 119.

38 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 117.

39 Havia antes a possibilidade de ser decretada a nulidade de casamento realizado por deficiente mental, de acordo com o art. 1558, I, CC. Porém, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os deficientes mentais passaram a ser considerados capazes para todos os atos da vida civil.

Diferente do que ocorre com a nulidade, a anulabilidade não pode ser alegada por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público: deve ser alegada por um rol mais restrito de legitimados.

As hipóteses de anulabilidade do casamento no direito brasileiro vêm elencadas no artigo 1.550, CC, infra:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos [arts. 1.556 a 1.558](#);

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º. A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Dentro do rol apresentado pelo artigo 1.550, CC, iremos nos ater principalmente aos incisos I e V no tópico seguinte.

É que o inciso VI, ao tratar de autoridade celebrante incompetente, no que diz respeito aos juízes – pois quem tem competência é juiz -, está se referindo aos magistrados que não possuem competência para conhecer ou julgar matéria relativa a casamento. Configura, portanto, hipótese de invalidade (mais especificadamente de anulabilidade) o casamento celebrado por juiz que não o de Juiz de Direito, e não de inexistência, conforme foi defendido linhas acima.

Quanto ao inciso I, em análise inicial é possível pensa-lo como dispositivo legal autoexplicativo. Todavia, a Lei 13.811/2019 trouxe algumas mudanças no Código Civil que influenciam diretamente na interpretação deste enunciado normativo. É sobre isso que trataremos doravante.

#### **4. Comentários à Lei 13.811/2019**

Aos 12 de março de 2019 a Lei 13.811/2019 modificou o Código Civil, passando o artigo 1.520 a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.

A Lei, inicialmente, aparenta ter causado repercussões apenas na esfera da capacidade para o casamento. Porém, após análise mais detida, verifica-se que a alteração normativa veio repleta de lacunas, dentre as quais a não resposta à seguinte pergunta: o que ocorre com o casamento que vem a ser celebrado envolvendo menor de 16 anos? É nulo? Anulável? Inexistente? São estes os questionamentos dos quais nos ocuparemos em diante.

Em havendo casamento entre dois adolescentes de 15 (quinze) anos no ano de 2016 (época anterior à vigência desta nova Lei), seria hipótese de casamento existente, válido e eficaz, desde que oferecida a autorização dos pais ou responsáveis para tanto (ou suprida por juiz, nos casos de negativa injustificada da autorização)<sup>40</sup>.

Entretanto, como ficaria o casamento destes mesmos jovens se ocorridos no ano de 2019? Seria hipótese de casamento nulo? Anulável? Inexistente?

A impressão que fica é a de que a Lei 13.811 fez com que o artigo 1.550, I, CC passasse a abarcar também os casos em que menor de 16 anos vem a se casar. Seria, portanto, o casamento de menores que não atingiram a idade núbil hipótese de anulabilidade e não de nulidade e alguns fatores demonstram isso.

---

<sup>40</sup> Há quem defenda que nos casos em que a Lei permitia a possibilidade de casamento antes da idade núbil fazia-se desnecessário consentimento dos pais ou responsáveis.

Em primeiro lugar, o rol que prevê as hipóteses de nulidade do casamento, como já visto, é taxativo, por se tratar de norma restritiva de direitos. Assim, não podendo figurar no rol do artigo 1.548, CC e tendo em vista que a interpretação deste deve ser restritiva, não nos parece correto haver interpretação analógica aqui para que o casamento entre dois jovens de 15 (quinze) anos seja outra coisa que não anulável.

Em segundo lugar, porque aquilo que é anulável pode convalidar com o tempo, diferente do que ocorre com a nulidade.

Ora, imaginando a situação em que dois menores de 16 anos se casaram fica fácil perceber que é possível que os mesmos jovens futuramente convalidem o casamento outrora realizado. E, nas palavras de Paulo Lôbo, sequer há necessidade de convalidação: basta que não haja ação direta com o fito de anular determinado casamento que ele produzirá todos os seus efeitos normalmente<sup>41</sup>.

Verifica-se, portanto, que, admitindo-se a possibilidade de convalidação do casamento realizado – ou não havendo necessidade desta – estamos diante de hipótese de anulabilidade, pois, como já se viu, esta é a única forma de invalidade que convalida com o tempo, já que a nulidade não o faz (art. 169, CC).

Há ainda um outro argumento: segundo o artigo 1.551, não será anulado o casamento, por motivo de idade, se dele resultar gravidez.

Imaginando ainda a hipótese em que dois adolescentes de 15 (quinze) anos se casam e que dessa relação resulta gravidez, dispõe o Código Civil que não poderia ser anulado o casamento. Ora, seria esse exemplo caso de convalidação da invalidade com o decurso do tempo, o que – repita-se – não é admitido em sede de nulidade, mas apenas de anulabilidade.

Por fim, há no Direito de Família princípio que dispõe: *in dubio pro matrimonio*. Ora, usualmente este brocardo costuma ser aplicado para situações em que, concretamente, não se sabe se deve ou não invalidar determinado casamento. Assim, por força deste brocardo, via de regra, na dúvida, não se invalida o casamento, prezando-se pela manutenção de todos os seus efeitos e continuidade da entidade familiar ali constituída.

---

41 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 123.

Com um pouco de esforço e invertendo a ordem do que comumente ocorre, o brocardo supramencionado pode ser interpretado de forma a corroborar com tudo o que fora defendido aqui.

É que para ser “pró matrimônio” em situação na qual menor sem idade núbil se casa em desobediência à Lei, deve-se optar previamente por deslocar este vício para o campo das anulabilidades. Isso porque na esfera das anulabilidades há prescrição, por exemplo, o que já seria um fator que milita em favor do casamento (principalmente tendo em vista que ação direta de nulidade é imprescritível). Assim, havendo vantagens para o matrimônio, na dúvida, opta-se pela aplicação da regra que mais beneficia o casamento, o que, neste caso, seria integrá-lo às hipóteses de anulabilidade e não de nulidade.

Logo, pelas razões acima expostas, entendemos que a Lei 13.811/2019 fez com que aqueles que não possuam idade núbil não possam casar. Todavia, se o fizerem, estarão diante de hipótese de anulabilidade, e não de nulidade, não obstante a existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário<sup>42</sup>.

## Conclusão

Diante de todo o exposto, é perceptível a relevância do instituto do casamento para o Direito pátrio, sendo uma das figuras centrais no ramo do Direito de Família.

Perpassados os breves delineamentos sobre o casamento e a teoria do fato jurídico, aprofundou-se as especificidades da análise dos planos jurídicos em relação àquele ato jurídico em particular, evidenciando-se, por exemplo, que o regime geral das nulidades só se aplica subsidiariamente ao matrimônio.

---

42 Discordando do posicionamento aqui adotado e reputando como *nulo* o casamento de indivíduo sem idade núbil: TARTUCE, Flávio. *A lei n. 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos. Passim*. O mesmo autor também abordou o assunto em artigo online intitulado *A lei n. 13.811/2019 e o casamento do menor de 16 anos - Primeiras reflexões*. Concordando com a opinião aqui exarada de que a hipótese é de casamento anulável e trazendo alguns outros argumentos: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Notas à lei n. 13.811/2019 sobre casamento de quem não tem idade núbil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1338/Notas+n%C3%A0+lei+n.13.8112019+sobre+casamento+de+quem+n%C3%A3o+tem+idade+n%C3%BAbil>.

Feitas tais considerações, delimitadas as distinções das hipóteses de casamento nulo e anulável, bem como suas consequências, passou-se a tecer ponderações sobre a recente Lei 13.811/2019, que extinguiu qualquer possibilidade de casamento de menores antes de atingirem a idade núbil. Como visto, a lei, por falta de compatibilização entre o novo texto e as prévias disposições do Código Civil, fez surgir uma dúvida na doutrina: em não sendo observada a vedação criada e sendo registrado casamento de menor de 16 anos, seria esse inexistente, nulo ou anulável?

Foi observado que: (i) o rol de nulidades é taxativo; (ii) o nulo não convalesce, o anulável, sim; (iii) o art. 1.551 do CC/02, não revogado, estabelece que não será anulado por motivo de idade o casamento de que resulta gravidez; e (iv) vigora no Direito de Família o princípio *in dubio pro matrimonio*.

Mediante tais argumentos, evidente se mostra que, na hipótese de ocorrência de casamento de menor de 16 anos, em contrariedade à nova redação do art. 1.520 do CC/02, tratar-se-á de matrimônio anulável.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Notas à lei n. 13.811/2019 sobre casamento de quem não tem idade núbil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1338/Notas+%C3%A0+lei+n.+13.8112019+sobre+casamento+de+quem+n%-C3%A3o+tem+idade+n%C3%BAbil>.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1971.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **A lei 13.811/2019 e o casamento do menor de 16 anos – Primeiras reflexões.** Disponível em: [www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI298911,11049-A+lei+138112019+e+o+-casamento+do+menor+de+16+anos+Primeiras+reflexoes](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI298911,11049-A+lei+138112019+e+o+-casamento+do+menor+de+16+anos+Primeiras+reflexoes).

\_\_\_\_\_. **A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos.** Disponível em: [www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,-91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,-91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos).

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil – vol. V/Atual.** Tânia Silva Pereira. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,-91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos).

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil – vol. V/Atual.** Tânia Silva Pereira. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
RELEVANTES AO DIREITO DE FAMÍLIA  
NO JULGAMENTO DA ADI 4.277.**

*Ana Paula das Neves Leite*



## Introdução

A família, desde sua formação, passou por diversas mudanças, tanto de estrutura quanto de inserção no ordenamento jurídico. Ao passar dos anos, as funções dadas à família foram mudando significativamente, passando por um processo de “humanização”, dando-se o devido valor às relações humanas e seus efeitos, e retirando da família o caráter puramente econômico ou procriacional. Nesse sentido, Paulo Lôbo, em seu Direito Civil - Famílias, traz:

À família, ao longo da história, foram atribuídas funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procriacional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher - poder marital, e sobre os filhos - pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesse e de vida. (LÔBO; Paulo, 2015, p. 16)

O principal motivo para essa humanização foi a constitucionalização do Direito de Família, trazendo-a como *locus* de realização de seus integrantes, garantindo seus direitos a dignidade, isonomia e liberdade familiar. Há, no âmbito jurisprudencial, diversos casos em que essa mudança trouxe decisão integradoras, pautadas na relação afetiva e respeito entre os membros da entidade familiar.

Um exemplo dessa jurisprudência, e tema deste trabalho, é o julgamento do ADI n. 4.277. Julgado pelo STF em 2011, trouxe para a esfera judicial a necessidade latente de reconhecer como família as uniões homoafetivas, garantindo aos membros da comunidade LGBT+ esse

aspecto importantíssimo da dignidade da pessoa humana. Esse julgamento foi um marco da luta pelos direitos LGBT+ no Brasil, país em que ainda se tem um índice de violência por homofobia altíssimo.

O objetivo deste trabalho é trazer as influências dessa constitucionalização e da aplicação de princípios em face do julgamento da ADI n. 4.277, de 2011, que qualifica a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável, detentora de proteções constitucionais. Essa análise deverá ser feita com base na Doutrina pátria e nas fundamentações do próprio Acórdão.

## 1. A família ao longo do tempo

Pode-se dizer que a família brasileira, em seus primórdios, teve grande influência do direito romano e do direito canônico<sup>1</sup>. O primeiro, no que trata da família, tem como um dos principais, senão o principal aspecto, a existência do *pater familias*. Cabia a este sujeito a autoridade sobre toda a família, incluindo o direito de decidir pela morte e vida da esposa e filhos. Assim, a família romana legou ao direito brasileiro a sua forma patriarcal, marcada pelo *pátrio poder*, em relação aos filhos, e o poder marital em relação à esposa. Paulo Lôbo, ao trazer afirmação de Engels (1944, p 80-5), leciona:

Segundo esse autor, a expressão (família) foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social cujo chefe tinha sob suas ordens a mulher, os filhos e certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. (LÔBO, Paulo, 2015, p.20)

Outro ponto importante do Direito Romano é a estruturação da família em um ordenamento jurídico formado com uma base não natural, mas jurídica, fundada na propriedade. (LÔBO, 2015, p.20)

---

<sup>1</sup> WALD, Arnaldo. O novo direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

Quanto à influência do Direito Canônico no direito de família nacional, este se deu, principalmente, com a sacralização do matrimônio, tornando o casamento não apenas um ato civil, mas uma união abençoada pelo divino, não sendo permitida sua dissolução.<sup>2</sup> Ao explicar essa influência, ensina Silvio Salvo Venosa:

O Estado, não se muita resistência, absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento, no momento em que esta não mais interfere na direção daquele. No entanto, pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menos âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio*, incapacidade relativa, da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.<sup>3</sup> (VENOSA; Sílvio de Salvo, 2016, p.16)

Assim, antes da constitucionalização do casamento como base da sociedade feita pela Constituição Federal de 1988, o direito de família brasileiro era essencialmente patriarcal e voltado para sua função patrimonial.

Com o passar das décadas e das mudanças sociais, os aspectos supracitados foram se tornando obsoletos. O Estado, após a Proclamação da República, foi se laicizando, assim como a instituição do casamento, com decreto 181 de 1890, assinado por Marechal Deodoro da Fonseca, que determinava o casamento no civil. O texto constitucional a respeito da família também mudou, como o escopo de se adaptar a cada momento dessa instituição, resultando no seguinte progresso:

**1- Constituição de 1937:** “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.”

---

2 MÁRIO, Caio. Instituições do Direito Civil - família, 24 ed. p. 80

3 Venosa, p.16, 16ª edição, volume VI.

**2- Constituição de 1946:** “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

**3- Constituição de 1967:** “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

**4- Emenda Constitucional 1/1969:** “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos”

Além disso, as mulheres passaram a votar, trabalhar e lutar por sua independência. Com isso, houve um crescimento no planejamento familiar, resultando na conseqüente diminuição, em número de participantes, da família. O Censo Demográfico de 2000, realizado pelo IBGE, indica a queda de membros por família para 3,4.

A partir dessas e outras mudanças significativas, a família passou por uma repersonalização, deixando de ser vista como mera instituição voltada para o patrimônio ou procriação, e passou a ser vista como local de realização da pessoa humana, com sua constitucionalização e a aplicação de princípios como o da afetividade.<sup>4</sup> Com isso, foram surgindo novas entidades familiares, como a família monoparental e a união homoafetiva, que quebram com o paradigma da família nuclear patriarcal entendida antes como unidade familiar principal. Caio Mário, ao tratar dessa nova concepção de família, diz:

Há uma nova concepção de família que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais na medida em que os poderes privados declinam. As relações familiares foram necessariamente atingidas: entre pais e filhos e entre os diversos membros do grupo familiar . Desapareceu a

---

<sup>4</sup> Lôbo, p.19

organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o Século XX, não apenas no direito, mas, sobretudo, nos costumes. O pai, como um *pater* romano, exercia autoridade plena sobre os filhos, que nada faziam sem sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da filha, estava presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento.<sup>5</sup>

Com a Constituição de 1988, apesar de silente aos direitos familiares homoafetivos, na seara dos direitos e proteções fundamentais o avanço foi gigantesco. O art. 3º, inciso IV, e o art. 5º, caput, deixaram claro que era fundamento do Estado Nacional a erradicação da discriminação, sendo ela de qualquer aspecto. Apesar disso, no direito de família propriamente dito, as uniões homoafetivas foram deixadas de lado pelo legislador, inclusive no Código Civil de 2002, que em seu art. 1.723, caput, indica como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Foi então interposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – RJ, posteriormente convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 – DF, cabendo ao STF determinar a interpretação segundo a Constituição, desse dispositivo, sob o respaldo, principalmente, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

A ADI 4.277, julgada pelo STF em 2011 é marcante no que trata dos direitos garantidos àqueles que se identificam como homoafetivos. Inicialmente vistos como imorais, os casais homoafetivos foram ganhando espaço na sociedade mundial, ao ponto que restou patente a necessidade de proteção de seus direitos.

## **2. A Família na CF 88 - Constitucionalização e Princípios**

A Constitucionalização da família fica clara na Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 226, caput, traz: “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Com isso,

---

<sup>5</sup> Caio Mário, p. 33

tira-se totalmente a unidade familiar da esfera exclusivamente patrimonial do Código Beviláqua, iniciando-a como base da sociedade, e local para a realização pessoal de seus membros.

Além disso, outro ponto importante do caput do art. 226 é a inexistência de definição de qual seria a família constitucionalmente protegida, impossibilitando assim a exclusão de qualquer entidade familiar que apresente os pressupostos de afetividade, estabilidade, ostensividade, e objetivo de constituição de família.<sup>6</sup> Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente.<sup>7</sup>

Essa proteção decorre do novo status de família, como o *locus* de desenvolvimento humano de seus membros. Para Caio Mário, ao tornar a família instrumento de realização de seus membros, o Estado toma para si a necessidade de proteção dos direitos humanos, devendo garantir as condições e recursos necessários ao pleno desenvolvimento de suas funções.<sup>8</sup> Essa previsão tem ligação direta com o fundamento constitucional de proteção da pessoa humana, princípio máximo da Carta Magna de 1988.

Desse processo de constitucionalização derivaram princípios que regem toda a aplicação do Direito de Família, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; o Princípio da Igualdade; o Princípio do Melhor Interesse do Menor; o Princípio da Cooperação entre outros que são essencialmente citados na doutrina e na jurisprudência pátria.

Falando-se especificamente da união homoafetiva, essa aplicação de princípios por parte do STF trouxe para sua existência legitimação jurídica,

---

6 Lôbo, p. 76

7 Lôbo, p.76

8 Caio Mário, p. 61

buscando impedir que muitos desrespeitos sofridos por essa parcela da população continuassem se perpetuando.

### **3. Julgamento e princípios constitucionais aplicados**

Em 5 (cinco) de junho de 2011, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar. As implicações dessa decisão foram muitas, desde a legitimação social dessa união como família, até as implicações jurídica como o direito sucessório.

Essa decisão pautou-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da isonomia, estes que são doutrinariamente classificados como princípios constitucionais do Direito de Família. Para entender a aplicação de cada um desses princípios é necessário comentar alguns votos, de maneira individualizada.

#### **3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A ADI de 2011 teve como relator o Ministro Ayres Britto, que votou no sentido de interpretar o art. 1.723 do Código Civil “para dele excluir qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como unidade familiar”<sup>9</sup>. Além disso, também votou apoiando a inclusão da união homoafetiva na natureza jurídica da união estável, obedecendo às mesmas regras aplicadas aos casais heterossexuais.

Em sua fundamentação, ele argumentou que inexistente qualquer vedação constitucional ao pleno desenvolvimento da sexualidade das pessoas homoafetivas. Além disso, afirmou também que o direito ao desenvolvimento sexual, seja ele de qualquer natureza, é fator imprescindível à dignidade da pessoa humana, de modo que:

essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da

---

<sup>9</sup> Voto do ministro Ayres Britto a ADI 4.277/11.

dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétreia”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio norteador dos direitos e garantias fundamentais presentes no atual texto constitucional pátrio. Positivado pelo art. 1º, III, que dispõe: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” Paulo Lôbo define dignidade da pessoa humana como o “núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”<sup>10</sup>

Dele decorrem os direitos fundamentais listados no Art. 5º da Constituição, como é o exemplo do princípio da igualdade, o qual determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dele também decorrem os subprincípios aplicados ao Direito de Família.

A dignidade da pessoa humana, por ser princípio máximo da Carta Magna de 1988, é o princípio norteador das fundamentações feitas na ADI 4.277 de 2011. A partir dele, defende Ayres Britto que o art. 1723, caput, do CC, possui diversas interpretações, devendo ele ser aplicado conforme as disposições constitucionais, respeitando o art. 3º da Carta Magna, para retirar qualquer possibilidade de interpretação discriminatória do artigo do Código Civil em questão, já que “a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana”.

Noutro giro, afirma ainda que a dicotomia “homem e mulher” é devida “ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano”<sup>11</sup>, visto ainda serem patentes as

---

10 Paulo Lôbo, p. 54

11 Voto do Ministro Ayres Britto.

discriminações práticas entre os dois gêneros, não havendo prejuízo da possibilidade de interpretação inclusiva dos casais homoafetivos.

### 3.2 Princípio da Afetividade

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator, acima exposto, explicitando ainda mais os fundamentos principiológicos da decisão. Em expressa alusão ao princípio da afetividade, ele argumenta que:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.<sup>12</sup>

O princípio da afetividade, é um dos princípios consagrados pela jurisprudência pátria, sendo aspecto essencial ao reconhecimento das diversas entidades familiares. Apesar de não possuir expressa referência legal, é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tendo como base o princípio geral da dignidade da pessoa humana, além de também ser respaldado pelos princípios da convivência e da igualdade familiar. Assim, pode-se auferir o princípio da afetividade partindo desses fundamentos constitucionais, como explica Paulo Lôbo:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art.227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a

---

12 Voto do Ministro Luiz Fux

comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).<sup>13</sup>

A importância desse princípio fica clara na nova forma de pensar a família, instituída pela Constituição Federal de 1998, que retira o caráter amplamente patrimonial e a coloca como base da sociedade. Nesse sentido, Caio Mário traz o princípio da afetividade como “uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade, de sentimentos e responsabilidade”.<sup>14</sup> Por isso, com a superação da finalidade patrimonial, a família passou a ser pautada no afeto e na solidariedade. De modo que:

Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos de solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.<sup>15</sup>

Com isso, a família passa a ter papel diverso do anteriormente conhecido, deixando de ser um instituto voltado para a proteção e cooperação patrimonial ou procriacional, e passando a figurar como *locus* de realização pessoal e afetiva dos indivíduos, merecendo ampla proteção constitucional. Assim:

A família converteu-se em locus de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores

---

13 Lôbo, p. 66

14 Caio Mário, p. 66

15 Caio Mário, p. 66

coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”, como enuncia a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.<sup>16</sup>

Nessa “nova família”, a afetividade tem papel essencial, uma vez que a *affectio* é elemento básico para o desenvolvimento de uma família pautada em relações de cooperação e igualdade. Ou seja, a afetividade é fator necessário à constituição de uma família apta a propiciar ambiente capaz de desenvolver a dignidade da pessoa humana.

Além disso, é importante ressaltar que hoje a afetividade se mostra como requisito necessário à formação de uma entidade familiar, juntamente com a estabilidade, a convivência e o escopo de constituição de família. Dessa forma, a afetividade torna-se a finalidade da família, uma vez que o escopo patrimonial foi superado.<sup>17</sup> Ora, se não há laços de afeto formados, não se pode dizer que está constituída uma entidade familiar, seja ela de qualquer natureza. Assim, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.” (Paulo Lôbo, p. 15)

### 3.3 Princípios da Igualdade e da Liberdade

Já no que tange à aplicação do princípio da igualdade, Fux afirmou que compete ao Estado fornecer a todos igualdade de oportunidades. Tal igualdade deve ser aplicada em todos os aspectos da vida do indivíduo, de modo que “submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades”<sup>18</sup>.

---

16 Lôbo, p. 55

17 Lôbo, p. 73

18 Voto do Ministro Luiz Fux.

O princípio constitucional de igualdade, presente no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que determina que é função do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Além disso, no art. 5º, caput, há também a expressa disposição que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Dele, decorrem subprincípios importantes ao direito de família, como o princípio da equiparação dos filhos e o princípio da igualdade e do respeito à diferença.

Caio Mário, ao elencar esses subprincípios, traz o princípio da equiparação dos filhos, que derivado do princípio constitucional a igualdade, determina que todos os filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora do casamento, ou em regime de adoção, são iguais na garantia de direitos. Com ele, houve a superação da diferença de tratamento legal dada a filhos legítimos ou ilegítimos, sendo considerado grande avanço constitucional.<sup>19</sup>

Paulo Lôbo, de maneira semelhante, traz como derivado do princípio da igualdade o “princípio da igualdade familiar e do direito à diferença”. Esse referente à igualdade necessária entre os membros de uma família, impedindo o legislador de editar normas que determinem essa diferenciação formal. Um exemplo de aplicação desse princípio é o art. 226, § 5º, CF, que estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, esse dispositivo retira a diferenciação de direitos e deveres entre os sexos na sociedade conjugal, fator marcante antigamente no Direito de Família.

Outro ponto marcante desse princípio é a equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos, negando que houvesse diferença de direitos entre os dois. O art. 227, § 6º, da Constituição Federal, inovou no ordenamento jurídico, fixando a máxima igualdade entre os filhos, sejam eles legítimos, ilegítimos ou havidos por adoção. Sobre tal princípio, traz Paulo Lôbo:

Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia

---

<sup>19</sup> Caio Mário, p.65

sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade familiar do que qualquer outro.<sup>20</sup>

Por fim, ainda se tratando do voto do Exmo. Ministro Luiz Fux, reiterando a necessidade de julgamento conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, já explicitado acima, ele declara que o não reconhecimento das uniões homoafetivas trata de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. No seguinte sentido:

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

No mesmo sentido também seguem os votos da Ministra Carmem Lúcia, do Ministro Joaquim Barbosa e do Ministro Celso de Mello, destacando a necessidade de tutela constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade.

Este último, pode ser perfeitamente explicado nas palavras de Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade familiar diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição do patrimônio familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoa humana; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.<sup>21</sup>

---

20 Lôbo, p.59

21 Lôbo, p. 64

Ainda nesta linha de pensamento, o Ministro Marco Aurélio também segue o relator, acrescentando que admitir a aplicação do regime jurídico de sociedade de fato às uniões homoafetivas, como vinha sendo aplicado, é:

não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial.<sup>22</sup>

O Ministro Lewandowski, apesar de concordar com a necessidade de aplicação dos princípios supracitados, assim como do reconhecimento da união homoafetiva com entidade familiar à luz dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, discordou quanto à sua equiparação à união estável. Para ele, a união homoafetiva se trata de entidade familiar de natureza própria, sendo uma quarta espécie de entidade, não taxada no art. 226, que considera como rol exemplificativo.

Seguiu esse mesmo entendimento o Ministro Gilmar Mendes, afirmando que “uma interpretação restritiva do dispositivo (art. 1723, CC) que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição.”

Para ele:

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana

---

<sup>22</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio

(art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

Ressalta, entretanto, a impossibilidade de enquadrar a união homoafetiva no mesmo sentido de união estável, admitindo que ambas têm natureza jurídica diversa. Acompanhou esse entendimento o Ministro Cezar Peluso.

Por fim, foi lavrado o Acórdão, por votação unânime, julgando procedentes as ações e garantindo à Decisão efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, de modo a interpretação segundo a constituição do art. 1.723 do Código Civil, sendo aplicados os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade, e aplicando à união afetiva a equiparação com a união estável e, conseqüentemente a tutela constitucional.

#### **4. Considerações finais - as implicações práticas da ADI 4.277/11**

A partir do julgamento supracitado, chegou-se à Decisão que equiparou a união entre pessoas do mesmo sexo à união estável. Com isso, o STF conseguiu, na esfera judicial, sanar uma lacuna legislativa que colocava em risco a dignidade das pessoas homossexuais. Bem, se o Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, seria uma afronta a estes dispositivos constitucionais não reconhecer a isonomia, inclusive na possibilidade de formação de família, entre pessoas hétero e homoafetivas.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias, renomada escritora sobre o assunto, afirma que:

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º inc. III da C.F. Este compromisso do Estado se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).<sup>23</sup>

Essa decisão serviu então como divisor de águas, reconhecendo a necessidade de tutela constitucional para essas entidades familiares, que foram anteriormente relegadas ao ostracismo pela sociedade civil. Como bem disse o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, não se tratava de apenas uma disciplina legislativa, mas sim “do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”<sup>24</sup>.

Com isso, ficou reconhecido que a família merecedora de tutela não era apenas a heteroafetiva, mas qualquer família fundada na afetividade, que garanta um *locus* capaz de fornecer aos seus membros a possibilidade de desenvolvimento como pessoa humana. Um adendo, é que para ser visto como entidade familiar, a união homoafetiva deve também apresentar as mesmas características necessárias ao reconhecimento da união estável.

Sobre isso, Maria Claudia Crespo Brauner traz:

Constituindo o afeto a base das relações familiares, é necessário reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, quando se constituem de relações duradouras, estabelecem patrimônio comum por esforço mútuo e criam laços de

---

23 DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Universo Jurídico**, v. 1, 2005.

24 Voto do Ministro Gilmar Mendes

responsabilidade e assistência, devendo, portanto, ser tuteladas pelo Direito.<sup>25</sup>

É importante destacar a importância dessa proteção para a sociedade civil, com principal destaque para os que se identificam como homoafetivos em um cenário como o nacional, marcado de preconceitos e discriminações. Essa decisão foi extremamente importante para a inclusão desses indivíduos, garantindo que estes conseguissem exercer uma parte fundamental da dignidade humana, a de formação de família, que de modo absurdo lhes vinha sendo negada mesmo após a Constituição Federal Cidadã de 1988 ter entrado e vigor.

Essa Constituição, pautada na dignidade da pessoa humana, na igualdade entre todos e na liberdade, deve ser cada vez mais interpretada de maneira a garantir aos indivíduos, principalmente àqueles inseridos em grupos minoritários, que são quase sempre esquecidos nas discussões legislativas nacionais. Ainda nesse sentido, de proteção aos direitos individuais, Maria Berenice Dias bem ensina:

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º inc. III da C.F. Este compromisso do Estado se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).<sup>26</sup>

Por fim, cabe deixar claro que o reconhecimento da união homoafetiva não foi o último desafio deste novo Direito de Família, pautado na afetividade e na dignidade da pessoa humana, mas apenas um

---

25 SCHIOCCHET, T.; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro**. Âmbito Jurídico, v. 41, p. 1785-. 2007

26 DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Universo Jurídico, v. 1, 2005.

deles, restando muitos outros a serem discutidos tanto no legislativo como no judiciário. Como declara Maria Clara Crespo Brauner:

O desafio lançado ao novo Direito de Família consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares e, respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.<sup>27</sup>

## REFERÊNCIAS

LÔBO, Paulo. **Direito Civil-Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**.-24. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família, Volume VI**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

ADI 4.277 - STF

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Universo Jurídico, v. 1, 2005.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

SCHIOCCHET, T.; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro**. *Âmbito Jurídico*, v. 41, p. 1785-. 2007. Disponível em: <https://unisinos.academia.edu/TaysaSchiocchet>.

---

<sup>27</sup> SCHIOCCHET, T.; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro**. *Âmbito Jurídico*, v. 41, p. 1785-. 2007.

**A EVOLUÇÃO TEMPORAL DO INSTITUTO  
DA GUARDA COMPARTILHADA E SUAS IMPLICAÇÕES**

*Gabriel Moura Timóteo  
Rafael Lima Valença  
Roberta Menezes Pedrosa*



## RESUMO

O presente artigo objetiva dissertar acerca do instituto da guarda compartilhada e sua evolução com o decurso dos anos até o momento atual. Dessa forma, são apresentados os tipos de guarda e os princípios que culminaram para o estabelecimento do principal norteador da guarda compartilhada, a primazia do melhor interesse da criança. Vale destacar, também, a breve análise acerca da problemática da alienação parental, suas causas e efeitos, e como a guarda compartilhada pode contribuir para combatê-la.

**Palavras- Chave:** Evolução Temporal; Guarda compartilhada; Lei 11.698/2008; Lei 13.058/2014; Alienação Parental.

## Introdução

O presente artigo possui o escopo de pormenorizar o instituto da guarda compartilhada, por meio da análise de sua **evolução temporal**. Com o intuito de promover a continuidade dos vínculos afetivos e poder parental entre os genitores e seus filho e visando concretizar o princípio do melhor interesse da criança no que tange à definição do modelo de guarda a ser seguido, a guarda compartilhada foi inserida no Código Civil de 2002, por meio da Lei 11.698/2008. Posteriormente, em 2014, tal instituto passou a ser regulamentada como regra, sendo obrigatório, em detrimento da guarda unilateral. Também válido ressaltar a análise que será conferida à Lei da Alienação Parental, visto que esta problemática é juridicamente relevante e foi uma das principais motivadoras para uma maior regulamentação da guarda compartilhada.

Isto posto, o trabalho propõe-se a examinar as particularidades que tangem o instituto da guarda compartilhada, incluindo os critérios que devem ser observados pelo magistrado para aplicá-la de forma efetiva caso a caso. Como a aplicação de tal instituto como regra não se apresenta como tema incontroverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, serão apresentadas questões que suscitam debates e divergências entre os aplicadores do Direito.

Vale ressaltar, por fim, que, antes de se analisar o sistema da guarda compartilhada, instaurado no ordenamento jurídico brasileiro com o advento das Leis n. 11.698/2008 e n. 12.058/2014, convém tecer alguns comentários acerca do instituto da guarda anteriormente ao advento dessas duas leis. Assim, cabe separar o instituto da guarda, para fins didáticos de melhor compreensão da evolução da guarda no Brasil, em dois tópicos: 1. A guarda analisada do Decreto 181 de 1890 à Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77); 2. O sistema da guarda posterior ao CC/02 mas anterior às Leis n. 11.698/2008 e n. 12.058/2014. Após isso, caberá analisar o advento da guarda compartilhada no Brasil.

## **1. Uma divisão didática: o instituto da guarda no Brasil desde o Decreto 181 de 1890 à Lei 13.058/2014**

O Decreto 181 de 1890 foi a primeira legislação brasileira que buscou regulamentar a situação dos filhos menores após a separação dos pais. No citado decreto, a previsão era a de que o cônjuge inocente ficaria com os filhos e que ao cônjuge culpado caberia participar da educação desses filhos. Assim previa o art. 90 dessa disciplina normativa: “a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deve concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.<sup>1</sup>

No Código Civil de 1916, a guarda foi disciplinada no capítulo que cuidava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos. Havia duas situações possíveis: a) na dissolução amigável, a

---

<sup>1</sup> CASABONA, 2003, p. 96.

guarda seria estipulada por concordância entre os cônjuges (art. 325); b) na dissolução judicial, a guarda seria decretada levando-se em consideração a culpa pela ruptura conjugal, o sexo e a idade do filho menor (art. 326). De acordo com o art. 326, havendo cônjuge inocente, com ele ficaria a guarda dos filhos menores. Se ambos os cônjuges fossem culpados, a mãe ficaria com a guarda dos filhos de até 6 anos e o pai teria a guarda dos filhos maiores de 6 anos. O artigo 327, por sua vez, dispunha que, ocorrendo motivos graves, o magistrado poderia decidir de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores (325 e 326) a situação deles para com os pais, diante de qualquer caso (separação consensual ou litigiosa). Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro. Por fim, dispunha o art. 328, que no caso de anulação do casamento e havendo filhos comuns, incidiriam as mesmas regras dos artigos 326 e 327.

É possível perceber, através da análise dos artigos, que o CC/16 estabeleceu, na verdade, uma sanção aos filhos do casal, posto que o cônjuge culpado pela separação conjugal seria privado do exercício da guarda, ainda que tivesse as melhores condições, não apenas econômicas, mas sobretudo de dar afeto e educação aos filhos. E pior, se ambos os pais fossem culpados, os filhos poderiam ser privados da convivência com ambos, ficando sob a guarda de terceiros.

Após isso, veio o Decreto-Lei n. 3200 de 1941; no que se refere a guarda do filho natural, essa norma determinou que este ficaria com o genitor reconhecente, salvo decisão em sentido contrário proferida pelo magistrado (art.16). Isso quer dizer que nesta época, o progenitor que reconhecesse o filho tinha o direito de ficar com a sua guarda, ao passo que quando era reconhecido pelos dois, ficaria em poder do pai.

O Decreto-Lei n. 9.704/46 disciplinou a guarda dos filhos menores no desquite judicial. Ficou estabelecido que, quando os filhos menores não ficassem sob a guarda de qualquer dos ex-cônjuges, estes ficariam sob a guarda de pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantivesse relações sociais com o cônjuge culpado, sendo-lhe, entretanto, assegurado o direito de visita aos filhos.

Em 1962, houve uma alteração promovida pela Lei n. 4.121 (Estatuto da Mulher Casada) no CC/16, que passou a disciplinar a guarda dos filhos nos casos de dissolução litigiosa. Com a nova Lei, havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; sendo ambos culpados, a mãe ficaria com os filhos menores, salvo disposição em contrário decretada pelo juiz. Não havia mais, dessa forma, distinção de sexo e idade dos menores para fins de definição de guarda. Se ficasse verificado que os filhos não deveriam permanecer sob a guarda de nenhum dos cônjuges, estaria o juiz autorizado a deferir a guarda para pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, sendo assegurado o direito de visitas. Manteve-se a redação segundo a qual, ocorrendo motivos graves, o juiz poderia, visando o bem-estar dos filhos, regular diversamente do previsto no CC/16 a guarda dos filhos. Aqui, é importante ressaltar, como ponto principal, que era garantida prioridade na guarda para a mãe em casos de rompimento da relação por desquite litigioso.

Com o advento da Lei n. 5.882/70, que modificou o artigo 16 do Decreto Lei 3.200/41, acrescentando-o parágrafos determinando que o filho natural, reconhecido por ambos os genitores, ficaria sob o poder da mãe, se isso não acarretasse prejuízo para o menor. Acrescentou a possibilidade de colocar os filhos sob a guarda de pessoa idônea pertencente a família de qualquer um dos genitores e, novamente, a possibilidade de o juiz decidir diversamente, com vistas a resguardar o interesse do menor.

Enfim, a Lei do Divórcio (Lei n. 6515/77), apesar de ter mantido as disposições anteriores acerca da dissolução consensual, mudou a disciplina nas dissoluções não consensuais, variando a depender da modalidade de dissolução. No divórcio sanção, em que um dos cônjuges praticou conduta desonrosa ou violou gravemente os deveres do casamento, os filhos ficariam com o cônjuge que não deu causa à separação. No divórcio falência, em que havia a separação de fato há mais de cinco anos, os filhos ficariam com o cônjuge que já conviviam ao tempo da ruptura do casamento. No divórcio remédio, em que um dos cônjuges era acometido de grave doença mental, os filhos ficariam com aquele que demonstrasse condições de assumir a responsabilidade de sua guarda e educação. No caso de ambos os cônjuges serem responsáveis, os filhos menores ficariam com a mãe. Percebe-se, portanto, que ainda há, nesta fase, a ideia de culpa atrelada à definição da guarda.

Com a promulgação da CF/88 e a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990), ficou consagrado o modelo de proteção integral aos direitos e deveres da criança e do adolescente, bem como o princípio da proteção do melhor interesse da criança.

### **1.1 O sistema da guarda posterior ao CC/02 mas anterior às leis 11.698/2008 e 13.058/2014**

No Brasil, vigorava até agosto de 2008, como principal modelo, o de guarda unilateral. Com a edição da Lei 11.698/08, o Código Civil passou a contemplar a guarda compartilhada. Como se verá ao longo deste artigo, essas duas leis exerceram importante papel na alteração do modelo de convivência entre pais separados e filhos.

A guarda dos filhos, em geral, é definida no divórcio, embora possa advir de pedido autônomo de guarda e regulamentação de visitas. O surgimento do problema atinente à guarda dos filhos surge, usualmente, da ruptura do casamento ou união estável. Isso ocorre porque, enquanto vivem sob o regime do casamento ou da união estável, o poder familiar é exercido por ambos os pais, que tomam as decisões, geralmente em conjunto, e não enfrentam a dissidência do seu parceiro na tomada de decisões que envolvam os filhos.

O poder familiar é inerente à relação existente entre pais e filhos, e somente se desfaz por sentença judicial, por motivos de morte ou da suspensão ou perda. O instituto do poder familiar foi introduzido em substituição ao anterior “pátrio poder”, que era oriundo de um modelo de sociedade patriarcal, em que ao homem cabia exercer o poder sobre a mulher e os filhos.

Assim, conforme preceitua o art. 1.630 do CC: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Nesse sentido, diferentemente do que ocorria na vigência do CC/16, o CC/02 não trata o poder familiar como o exercício de uma autoridade, mas, sobretudo, como um encargo imposto, conjuntamente, pela paternidade e maternidade.

A guarda faz parte do poder familiar, sendo uma das atribuições deste; é um encargo intrínseco a este poder, sendo exercido igualmente, pelos pais sobre os filhos menores, enquanto na constância do casamento

ou da união estável. Consiste na responsabilidade em prestar assistência e vigilância ao filho. Enquanto perdurarem o casamento e a união estável, não há dúvidas acerca de quem exerce a guarda, pois ambos exercem este poder.

No entanto, com a eventual dissolução do casamento ou da união estável, as decisões tomada por um dos pais é comumente rejeitada pelo outro, de modo que resta dificultado o exercício da guarda, ocorrendo, na maioria das vezes, a tomada de decisões unilateralmente por parte de um dos pais. Apesar de a ruptura do casamento ou da união estável não alterar o PODER FAMILIAR, a GUARDA, que, como já mencionado, é uma parcela deste poder, acabava ficando com um dos pais, sendo assegurado ao não guardião, em grande parte dos casos, o direito de visitas e de fiscalização da manutenção da educação e educação dos filhos pelo guardião.

Havia, nesse sentido, um enfraquecimento dos poderes da guarda por parte do genitor privado desta, ocorrendo a **guarda unilateral**, quando apenas o outro genitor fica responsável pelo exercício desse poder. Nesse modelo, a criança fica sob a guarda de um dos cônjuges, enquanto ao outro é concedido o direito de visita e é atribuída a obrigação financeira para o sustento e educação desses filhos. É o que ocorre na maior parte dos casos de dissolução do casamento ou união estável no Brasil, principalmente antes do advento da Lei n. 11.698/2008 e da Lei n. 13.058/2014. Vale ressaltar que a guarda, nesse modelo, na absoluta maioria das vezes, fica com a **MÃE**, pois se parte do princípio de que é natural que eles sejam criados pelas mães, com o auxílio dos pais. Assim, em virtude da construção dos laços afetivos em torno da mulher, que era mais presente no ambiente familiar, era comum a permanência dos filhos com a mãe após a separação do casal. A mãe só não ficava com a guarda nos casos em que sua conduta era comprovadamente nociva à prole.

Imprescindível ressaltar que a expressão **GUARDA** utilizada neste artigo refere-se ao sentido a ela atribuído pelo Código Civil. Isso é importante de ser esclarecido porque o Estatuto da Criança e do Adolescente utiliza a palavra “guarda” com outro sentido, qual seja: como instituto substituto, reservado aos casos em que os filhos não estão na convivência dos pais, em virtude de terem passado por situações em que tiveram seus direitos violados ou ameaçados. Assim, enquanto o Código Civil refere-se à guarda

como o direito de um ou ambos os pais de permanecerem na posse dos filhos, o ECA traz uma nova concepção de guarda, que não é a utilizada por este artigo quando trata do instituto.

Assim, tendo brevemente exposto do ponto de vista histórico o instituto da guarda depois do CC/02 mas antes das leis n. 11.698/2008 e 13.058/214 (que alteraram a redação dos artigos 1.583 a 1.585 do CC), cabe, para melhor compreender o referido instituto, analisar a redação original do CC/02.

Pois bem. O art. 1.583, em sua redação original, previa que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos, no caso de separação ou divórcio consensual. Porém, não havendo acordo entre os cônjuges, a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la, conforme preceituava o art. 1.584. O parágrafo único deste mesmo artigo previa que a guarda poderia ser atribuída a terceiro, se o pai ou a mãe não puder exercê-la, de preferência respeitada a ordem de parentesco e a relação de afetividade com a criança ou o adolescente.

Primeiramente, é interessante perceber que o CC/02 mudou a lógica do sistema anterior que regulava a guarda. Isso se dá porque a culpa era determinante na definição do cônjuge que ficaria com a guarda do filho, sob a ótica da Lei do Divórcio, em seu artigo 10º (lei revogada).

Acerca da expressão “melhores condições”, constante do art. 1.584 do CC, cabe dizer que ela constituía uma cláusula geral. Para interpretá-la, vale mencionar alguns enunciados de Jornadas de Direito Civil e do Conselho de Justiça Federal, buscando, à época, compatibilizar a expressão com o princípio do melhor interesse do menor, que já havia sido inaugurado com o ECA em 1990:

· Enunciado 102 CJF: “A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

· Enunciado 336 da IV Jornada de Direito Civil: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”.

A partir desses enunciados, percebe-se que há a inclusão da parentalidade socioafetiva, pois, ainda que falte o vínculo registral ou biológico, a relação estabelecida é de parentalidade, não havendo como negar isto, devendo ser aplicadas as regras atinentes à guarda e à parentalidade socioafetiva.

· Enunciado 334 da IV Jornada:” A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”.

Assim, não era necessário que o filho permanecesse sob a guarda de um dos pais, podendo ocorrer de um terceiro permanecer com a guarda, se isso for a conclusão ao levar-se em conta o melhor interesse da criança. Como bem afirma Paulo Lôbo, no Brasil, com o advento do princípio do melhor interesse da criança, tutelado na Constituição Federal, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidados ao início da década de 90 do século XX, pouco importa que o filho fique sob a guarda do genitor que foi estimado culpado pela separação, o que deve ser levado em consideração é o bem-estar do menor (LÔBO, 2008).

Para a aferição da expressão “melhores condições”, Maria Helena Diniz aponta, com base na doutrina francesa, três critérios que poderiam auxiliar o juiz a determinar com quem ficaria a guarda, em caso de não ter sido estabelecido acordo entre os cônjuges (DINIZ, Maria Helena. Curso..., 2005, p. 311): 1. Continuum de afetividade: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo. Para nós o menor pode ser ouvido a partir da idade de doze anos, aplicando-se, por analogia, a mesma regra da adoção (art. 1.621 , caput, do CC); 2. Continuum social: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam; 3. Continuum especial: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de sua segurança”.

## 2. Sistema de guarda a partir da lei federal 11.698/08

A guarda compartilhada, por sua vez, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Federal 11.698/08, embora já fosse reconhecida, em certos casos, especialmente pela jurisprudência. Esta aplicação anterior dava-se por meio do direito comparado em relação a países que já aplicavam expressamente o instituto, a exemplo do Código Civil Espanhol (arts. 156, 159, 160) e do Código Civil Português (art. 1954). Outrossim, o Poder Judiciário já passava a admitir o instituto em determinadas ocasiões, mesmo quando houvesse conflito entre os pais, através da aplicação dos artigos 1.579, 1632 e 1690 do Código Civil de 2002, além da Constituição Federal de 1988, arts. 227 e 229.

Nesse mesmo entendimento, podem-se citar o precedente do TJRJ, Apelação Cível nº 2008.001.00452, em 01/04/2008, Quinta Câmara Cível e o pronunciamento do STF sobre a guarda compartilhada, por meio do qual “é preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. [...] o que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe (RE 60.265/RJ)”. Ademais, o surgimento do princípio do melhor interesse do menor, disposto na CF/88, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a primazia do bem-estar da criança foi importante para reforçar a adesão do instituto em questão no Direito Brasileiro.

Imprescindível ressaltar que, com a evolução do tratamento do direito de família pelo ordenamento jurídico brasileiro, a inserção do instituto da guarda compartilhada, pela Lei 11.698/2008, surge como uma resposta à exigência constitucional da proteção aos direitos do menor, conforme dispõe o art. 227 da CF. Segundo Waldyr Grisard Filho<sup>2</sup>, “a guarda compartilhada surge para responder às exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes.”

---

<sup>2</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo da responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, pág. 189

Não obstante a importância de tal medida, o modelo da guarda compartilhada possuía pouco respaldo entre muitos operadores do direito antes do advento da Lei 11.698/2008, sob o fundamento da falta de previsão normativa. Fundamento este incompatível com a realidade jurídica do ordenamento pátrio. Explica-se.

Além dos dispositivos normativos já mencionados, há de se levar em consideração, para fins de aplicação da guarda compartilhada antes da vigência da lei ora analisada, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto 99.710/90, direitos estes fundados nos cuidados provenientes de relações pessoais e contato direto com ambos os pais (arts. 7,9.1 e 9.3). Nesse mesmo sentido, antes da alteração promovida pela lei 11.698, dispôs o Conselho de Justiça Federal:

ENUNCIADO 101 DO CJF: Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

ENUNCIADO 523 DO CJF: A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

Conclui-se, por conseguinte, que foi bem vindo o advento da Lei 11.698, não só como concretização de uma interpretação sistemática acerca de outras disposições normativas acerca do Direito de Família, mas também frente à necessidade de adequação do direito positivo em relação às mudanças socioeconômicas da sociedade, tais quais a inserção da mulher no mercado de trabalho e a alteração dos padrões familiares de convivência.

Cumpra esclarecer, ainda, como funciona este novo instituto da guarda por meio das alterações ao Código Civil, e a importância dessa inovação às relações familiares.

Vejamos, então, a nova disposição legal do artigo 1.583, conforme o advento da Lei 11.698/2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança

III - educação

§3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§4º (*vetado*.)

Constata-se, assim, que não mais subsiste a exclusividade da guarda única. Com o escopo de prover um maior equilíbrio emocional para a criança, com base nos princípios da igualdade, solidariedade e do melhor interesse da criança, surge a guarda compartilhada.

Importante enfatizar uma ressalva: o dispositivo não limita a regra da guarda compartilhada às hipóteses de separação, divórcio ou dissolução de união estável. Deve-se adotar uma interpretação abrangente, englobando aqueles que nunca mantiveram uma relação familiar.

Dessa forma, a partir do princípio do melhor interesse da criança, já explanado, a guarda se torna uma atribuição bilateral do poder parental. Verifica-se, portanto, uma responsabilização conjunta no exercício de direitos e deveres relacionados ao poder familiar sobre os filhos. Conforme bem explica Waldry Grisard Filho<sup>3</sup>:

“(...) fica garantido um amplo esquema de convivência, contato e comunicação entre pais e filhos, muito embora um deles não mantenha vida em comum. Cuida-se de um

---

3 GRISARD FILHO, Waldyr. Op cit. p. 192.

direito dos filhos à responsabilidade de ambos os pais em sua criação e educação, por uma adequada e grande aproximação entre pais e filhos, depois da separação conjugal.”

Afere-se, dessa forma, que os laços que uniam pais e filhos permanecem, não obstante a ruptura conjugal. Vale dizer, então, que independente dos motivos que ocasionaram a separação, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, em exercício conjunto do poder familiar. Nesse sentido, esclarece Ana Carolina Silveira Akel<sup>4</sup>:

“Dessa forma, a família desunida deverá permanecer biparental e não monoparental como sempre acaba por ocorrer quando de uma separação. Almeja-se, portanto, a manutenção do casal parental (comunidade dos pais) apesar do desaparecimento do casal conjugal”.

Ademais, imprescindível destacar, também, importantes mudanças inseridas no artigo 1.584 do Código Civil. Além de ressaltar a dualidade dos estabelecimentos de guarda, não mais subsistindo a guarda unilateral como única opção, indica que a modalidade será determinada por meio de consenso (acordo submetido à homologação judicial) ou determinação judicial (quando não há acordo entre as partes). Nesta última hipótese, o juiz determinará sua decisão tendo em vista o princípio do interesse do menor.

Fundamental destacar a redação dada ao § 1º do supracitado dispositivo, pelo qual caberá ao juiz, na audiência de instrução e conciliação, informar às partes o significado da guarda compartilhada e a sua importância, bem como a similitude de deveres direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Segundo o § 2º do artigo sob análise, deve o juiz, quando não houver acordo entre as partes, aplicar a guarda compartilhada sempre que possível. Demonstra-se claramente, assim, a prevalência deste instituto sobre a modalidade unilateral de guarda. Dessa forma, uma vez que seria comum uma das partes intensificarem o litígio, inclusive com declarações falsas, no intuito de afastar a criança do outro litigante, o dispositivo permite a retirada dos filhos das disputas e conflitos advindos com a separação dos pais.

---

<sup>4</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 105

### **3. Sistema de guarda compartilhada a partir da lei 13.058/2014**

A Lei 13.058/2014, a qual sobreveio por meio do Projeto de Lei nº 1009/2011, promoveu e confirmou a guarda compartilhada como regra, já que não obstante a prevalência desta sobre a guarda unilateral desde 2008, isso ainda não acontecia na prática. Ela alterou os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do CC/2002, que já tratavam sobre a guarda compartilhada. A partir desta Lei, a responsabilidade para com seus filhos torna-se a mesma entre os genitores.

Nos casos em que não houver acordo entre os pais em relação à guarda e estando eles aptos a exercer o poder familiar, a guarda compartilhada será aplicada. É o que reza o artigo 1.584, § 2º, desta Lei. Importante frisar a sutil, porém importantíssima mudança neste dispositivo, vez que, apesar de não fazer grandes modificações quanto ao funcionamento da guarda compartilhada, com o novo estatuto, esta sempre será realizada quando os dois genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar, a não ser que um dos pais declare não querer a guarda do menor ou quando o juiz, de forma justificada, optar pela unilateralidade da guarda.

Apesar da Lei 11.698/2008 já estabelecer diretrizes sobre o instituto da guarda compartilhada, como as responsabilidades e despesas dos pais em relação à educação, criação e convívio dos filhos, o que prevalecia, na prática, era a guarda unilateral, devido, especialmente, à falta de consenso entre os genitores para decidirem esta questão. Dessa forma, antes da Lei 13058/2014, era mais aplicada, no judiciário, a guarda unilateral.

Entre os benefícios advindos com o novo regimento, imprescindível destacar inicialmente a inclusão do § 5º do art. 1.583, que trata da obrigação do responsável não detentor da guarda, quando esta for unilateral, a supervisionar os interesses dos filhos. Ademais, possibilita, por qualquer das partes, a solicitação de prestação de contas em assuntos referentes à saúde e educação da prole. Senão, vejamos:

Art. 1.583. §5º “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores

sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”

Neste mesmo sentido, foi incluído § 6º do art. 1.584, pelo qual há a obrigação de qualquer estabelecimento prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos. Evidencia-se, assim, maior segurança aos pais que não possuíam a guarda e, por diversas vezes, eram privados de informações básicas e necessárias acerca dos seus descendentes.

Ademais, desde 2008 que se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, a guarda será deferida pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando-se em consideração o grau de parentesco e as relações de afinidade. Com a nova redação do § 5º do art. 1.584, outro parâmetro deve ser considerado quando da decisão pelo magistrado: a afetividade.

Dessa forma, verifica-se que não obstante as principais alterações da lei sob análise fazerem alusão à guarda compartilhada, também houve modificações quanto ao instituto como um todo, em função da primazia do princípio do melhor interesse do menor. Mister destacar, agora, as principais inovações em relação ao regime da guarda compartilhada.

Quanto à residência do menor, o §3º do art. 1.583 foi modificado, passando a dispor expressamente que a cidade considerada base para a moradia dos filhos será a que melhor atender aos seus interesses. Apesar de não ser um pensamento unânime entre todos os operadores do direito, corrobora a ideia da importância de ter uma residência fixa como ponto de referência para o desenvolvimento da criança. Entretanto, importante esclarecer que o familiar que residir com o menor será apenas detentor da guarda física, visto que como já esclarecido, a guarda jurídica será exercida por ambos os responsáveis.

Igualmente importante foi a nova disposição do §3º do art. 1.584, pela qual, sob a égide do convívio igualitário entre a criança e seus pais, na atribuição dos períodos de convivência o juiz poderá se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. A novidade

neste dispositivo está no comando expresso ao juiz ao indicar que a decisão deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Por fim, faz-se necessário enfatizar que a principal novidade da Lei 13.058/2014 é a confirmação da guarda compartilhada como o modelo padrão, a regra a ser adotada nas hipóteses de inexistência de acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda dos filhos. É a concretização do princípio da primazia interesse do menor, uma vez que, com a nova regra, o vínculo entre pais e filhos não deve se extinguir, permitindo uma maior convivência saudável entre todos da família e afastando os filhos dos usuais conflitos dos cônjuges e ex-cônjuges no processo de separação.

#### **4. Pontos controvertidos acerca da lei 13.058/2014**

O § 2.º do art. 1.583 do CC/2002 preceituava que a guarda unilateral será concedida ao genitor com melhores condições para realizá-la, contanto que seguindo critérios objetivos para sua fixação, quais sejam: o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; a saúde e segurança e a educação. Isso, vale dizer, com fulcro no melhor interesse da criança e do adolescente, que deveria ser auferida por certos critérios pelo juiz. Este entendimento seguiu a linha doutrinária de Maria Helena Diniz, que, como dito acima, quando explicou-se quais as balizas definidoras para aferição da expressão “melhores condições”, elencou 3 critérios capazes de contribuir para o juiz determinar a guarda, em situações nas quais não houvesse acordo entre os pais, quais sejam, o *continuum de afetividade*, o *continuum social* e o *continuum espacial* (vide p. 10 acima). Vale ressaltar que tais critérios foram estabelecidos por Maria Helena à época em que o art. 1584 do CC/02 estabelecia que não havendo acordo entre os cônjuges, a guarda seria atribuída a quem revelasse as *melhores condições* para exercê-la, deixando a expressão como uma espécie de cláusula geral. Esses critérios de definição da guarda foram mais bem definidos justamente com a atual redação do §2º do art. 1.583 do CC/02, levando em conta as balizas apresentadas pela doutrinadora quando da antiga redação.

A partir da lei 13.058/2014, tais critérios do artigo 1583, § 2º, foram removidos, conforme o seguinte: “na guarda compartilhada, o tempo de

custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Na visão de Flávio Tartuce<sup>5</sup>, a nova legislação traz grandes problemas, como no caso de se referir a uma custódia física dividida, o que, na verdade, representa uma guarda alternada. Neste tipo de guarda, o filho permanece um tempo sob a custódia de cada um dos pais, sendo que, neste tempo estabelecido, cada genitor deve exercer exclusivamente e de forma contundente o poder familiar. Consoante o doutrinador Waldyr Grisard Filho,

“Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica a alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio da Continuidade, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”

Dessa forma, infere-se que este modelo de guarda não é bem aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois é capaz de gerar instabilidade psicológica nos filhos devido às variações de autoridade e regras de conduta em espaços de tempo reduzidos<sup>6</sup>. Argumenta-se que este tipo de guarda atende mais a interesses egoístas dos pais, que querem reduzir ao máximo os encontros com ex-cônjuge, o que é facilitado pela existência de dois lares. É por esses motivos que parte da doutrina critica a nova Lei, afirmando que esta aparenta ser benéfica, por trazer a ideia de igualdade parental, superando o modelo de guarda unilateral, mas que, em verdade, acaba trazendo mais prejuízos que benefícios à criança, embasados em parte dos profissionais psicanalistas que acreditam ser a alternância de lares prejudicial à criança ou adolescente em questão. Vale trazer à baila o pensamento do Professor José Fernando Simão:

“Este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor

---

5 TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada ou alternada obrigatória: análise crítica da lei 13.058/2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

6 Recurso Especial 1251000/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrighi, j.Em 23.08.11.

em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida.”<sup>7</sup>

O Professor José Fernando Simão segue afirmando em seu artigo que a atual redação do dispositivo, continha a locução “sempre que possível”, tendo sido esta suprimida pelo PL 117. Assim, para ele, o objetivo desta PL foi retirar do juiz a possibilidade de decidir por não aplicar a guarda compartilhada, quando fosse o caso. Prevê que a jurisprudência afastará a aplicação do dispositivo, simplesmente invocando o princípio constitucional do melhor interesse da criança, da mesma forma como ocorreu quando o ECA suprimiu a possibilidade de adoção personalíssima. A jurisprudência deixou de aplicar o dispositivo, invocando o referido princípio.

Tartuce sugere, como forma de sanar estes problemas, que a haja uma verdadeira fixação da guarda compartilhada (e não de uma guarda alternada, já que parte a doutrina acredita que a referida Lei fez uma confusão entre os institutos da guarda compartilhada e da guarda alternada), retirando o dispositivo que introduz a alternância de lares ora criticada. Além disso, parte da doutrina e da jurisprudência acredita que para que seja fixado o regime de guarda compartilhada, deveria haver uma convivência pacífica mínima entre os cônjuges, incorrendo em erro a Lei ao disciplinar no §2º do art. 1.584 esta modalidade como **OBRIGATÓRIA**, abrindo brechas para que seja estabelecida, ainda que haja “clima de guerra”/ ausência de consenso entre os genitores, o que levaria a uma clara deficiência na formação do filho. A jurisprudência do STJ já exarou em julgados que:

“Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada

---

7 SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Acesso em 20 de junho de 2019.

[...]. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação.” (STJ, REsp 1.251.000/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 23.08.2011, publicação no seu *Informativo n. 481*).

Por fim, vale destacar que a parte da doutrina crítica à Lei defende que haja uma mitigação de sua **OBRIGATORIEDADE**, visto não ser compatível quando não há uma mínima sintonia entre os pais, sendo papel fundamental da jurisprudência aplicar corretamente a referida Lei, para que possa se levar em conta, de fato, o melhor interesse da criança.

## 5. A guarda compartilhada e o combate à alienação parental

O fenômeno da alienação parental consiste na implantação de falsas memórias por um genitor na mente de seu filho, de forma injustificável, criando uma imagem do outro genitor que destoa da realidade.<sup>8</sup> Nota-se que, muitas vezes, ele ocorre em razão da necessidade de usar os filhos como instrumento de vingança após o luto da separação ou, até mesmo, enquanto o casal vive na mesma residência.

Com o escopo de refrear essa problemática e seus impactos sobre o desenvolvimento dos filhos, foi promulgada, em 2010, a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318), dispondo sobre a matéria e as possíveis punições para os genitores que a provoquem. De acordo com Gonçalves (2016, p. 294), a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010,

“[...] visa a coibir a denominada Alienação Parental, expressão utilizada pelo psiquiatra norte-americano RICHARD GARDNER, no ano de 1985, ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais-norte americanos em que se constatava que a mãe ou o pai de uma criança a induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge (“Parental Alienation Syndrome”).”

---

8 DIAS, Maria Berenice. Falsas memórias. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_falsas\\_mem%F3rias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_falsas_mem%F3rias.pdf)>. Acesso em: 26 mai. 2019.

Consoante dispõe o art. 2º desta lei:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

No tocante ao art. 3º desta lei, fica evidente que a alienação parental é responsável por violar o direito da criança ou do adolescente de possuir uma saudável convivência familiar e um relacionamento afetivo com seus pais, sendo, por isso, conduta abusiva. Com essas práticas, há, notadamente, transgressão do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual postula o dever do Estado, da família e da sociedade promover a

garantia de convivência familiar aos menores. Afora isso, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente também é ferido, já que garante, de forma prioritária, o direito dos jovens serem criados em ambiente familiar que garanta seu desenvolvimento integral.

É imprescindível afirmar que a alienação parental pode trazer sequelas irreversíveis para os filhos, gerando transtornos psiquiátricos que podem permanecer até a vida adulta.<sup>9</sup> Podem vir apresentar, por exemplo, problemas de depressão, ansiedade e síndrome do pânico, assim como problemas relacionais, isolamento, baixa autoestima. Torna-se clarividente que, na tentativa dos alienadores de prejudicar o outro genitor ou responsável, acabam provocando danos maiores aos menores, visto que estão em fase de formação da personalidade. Ademais, tais problemas também podem acometer o genitor que foi alienado, devido à situação desmoralizante e vexatória que passam, recebendo ódio e desprezo dos próprios filhos e, muitas vezes, afastados do convívio familiar. Fica claro que todos os afetados pela problemática em comento devem receber o devido tratamento psicológico por um profissional capacitado.

Vale ressaltar que existem casos de denúncias de abusos sexuais que não aconteceram de fato, com o objetivo de, basicamente, afastar um genitor da convivência com o filhos. Isso ocorre já que a guarda compartilhada é a regra e só pode ser excetuada se houver algum fato muito grave dizendo respeito a algum dos genitores, como o caso dos abusos sexuais. Conforme lição de DIAS (2013), *in verbis*:

A falsa denúncia de práticas incestuosas tem crescido de forma assustadora. Essa realidade perversa pode levar a um injustificado rompimento de vínculo de convivência paterno-filial. Mas há outra consequência ainda pior: a possibilidade de identificar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Nos processos que envolvem abuso sexual, a alegação de que se trata de alienação parental tornou-se argumento de defesa. Invocada como excludente de criminalidade, o abusador é absolvido e os episódios incestuosos persistem (DIAS, 2013, p. 271).

---

9 MEIRELLES, Fernanda. **Consequências da síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<https://femorettimeirelles.jusbrasil.com.br/artigos/120002923/consequencias-da-sindrome-de-alienacao-parental-sap>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

Conforme brilhantemente exposto por Dias, as denúncias, claramente, podem ser verdadeiras e o genitor acusado pode utilizar-se da alegação da recorrente prática de falsas denúncias para se isentar da responsabilidade. Dessa forma, é necessário bastante destreza do juiz, com a devida instrução de todas as provas e indícios possíveis para que não haja uma grande injustiça.

Frisa-se que o reconhecimento pelo juiz da existência de abusos não é simples, pois, mesmo após uma série de procedimentos como avaliações e testes, os resultados mostram-se, muitas vezes, inconclusivos, devendo, então, avaliar a fundo a situação em busca da justiça, já que os efeitos causados por uma decisão ou liminar equivocada podem ser muito prejudiciais, especialmente para a criança.

Essencial afirmar que, em caso de suspeita de ocorrência de alienação parental, deve ser rigorosamente averiguada pelo juiz, independentemente de ser uma ação autônoma declaratória ou por meio de incidente processual. É notório que é mais frequente ocorrer de forma incidental na ação de divórcio, ação de dissolução de união estável ou em ação que visa a regulamentar ou modificar a guarda, tornando-a unilateral. Se houver indícios de condutas alienadoras, é possível instauração de procedimento, o qual será prioritário, no qual a perícia psicológica ou biopsicossocial deve ser apontada em até noventa dias<sup>10</sup>.

No que se refere à ação de divórcio ou regulamentação da guarda, a questão da alienação parental deve estar presente no capítulo concernente à guarda, podendo ser na inicial ou na contestação. Em caso de os fatos acontecerem durante o processo, o demandante tem direito de fazer denúncia por meio de uma petição intermediária, possuindo a faculdade de promover a juntada de provas e requerer as medidas necessárias para proteger os interesses do menor, como as possíveis responsabilidades delituosas do suposto alienador, consoante o artigo 330 do CP, além de pedido de tutela provisória. Em relação à ação de modificação de guarda motivada pela alienação, também se encaixam essas medidas citadas, podendo haver, também, restrição ou proibição do direito de visitas do alienador.

---

10 JÚNIOR, Gediél Claudino de Araújo. Como e quando apresentar denúncia de alienação parental. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/647121213/como-e-quando-apresentar-denuncia-de-alienacao-parental>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

Dessa forma, a critério do juiz, quando comprovada a síndrome da alienação parental, afora possíveis responsabilizações penais ou civis, pode-se ampliar a convivência do menor com o genitor alienado, além de ser possível multar o alienador, inverter a guarda ou mudá-la para guarda compartilhada.

Não obstante a possibilidade de determinado responsável se valer da alienação parental para a obtenção da guarda unilateral, o que implica um forte dever do poder judiciário, em atuação conjunta a outros profissionais do direito e da psicologia para coibir essa prática, o entendimento majoritário é de que a implementação da guarda compartilhada, ao mesmo tempo, tem importante papel no combate à alienação parental.

Imprescindível destacar que uma das críticas realizadas ao sistema de guarda compartilhada é a constante mudança de lares e as divergências na criação dos filhos amplificadas pela variedade de ambientes e de ordens.

Ressalta-se, por outro lado, que a guarda compartilhada deve ser entendida como fonte de envolvimento recíproco dos pais não apenas na convivência e criação, mas na tomada das principais decisões referentes ao futuro da criança. Nesse sentido, incube aos pais um sistema de diálogo e compreensão entre si, pois não obstante eventuais conflitos advindos de uma separação, ambos se tornam responsáveis pelo exercício de direitos e deveres relacionados ao poder familiar sobre os filhos. A guarda compartilhada representa, portanto, a concretização de que ambos os responsáveis são igualmente importantes para os filhos e de que a função parental deve ser realizada de forma igualitária.

Nesse sentido, possuir mais de um lar acarretaria, na verdade, um sentimento de conforto, pois a aproximação física e emocional do filho com os ambos genitores permaneceria incólume. Segundo Maria Berenice Dias<sup>11</sup>:

“No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com

---

11 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2011. In: NOGUEIRA, Breno Antônio Macedo.; NORONHA, Elizangela do Socorro de Lima. *Alienação parental: aspectos psicológicos e a nova lei da Guarda Compartilhada*. <<https://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/2>>. Acesso em: 30 jun. 2019

ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com relação à prole. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura a maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade.”

A guarda compartilhada, assim, acaba por minimizar as consequências negativas advindas, por exemplo, da separação de um casal, que muitas vezes se trata de um processo longo e estressante, acarretando efeitos emocionais negativos na criança.

Conclui-se, dessa forma, que o advento da guarda compartilhada, sobretudo com a edição da Lei 13.058/14, junto com a Lei 12.318/2010, foi fundamental para o combate da alienação parental e para a minoração das suas consequências, uma vez que a positivação desse instituto na legislação corroborou com a concretização do princípio do melhor interesse do menor a partir da redefinição das responsabilidades materna e paterna. Vale dizer, então, que ao atribuir a responsabilidade do menor a ambos os pais, com o compartilhamento dos direitos e deveres inerentes, o instituto da guarda compartilhada acaba por se tornar uma medida preventiva e eficaz contra a alienação parental.

Tal instituto se torna ainda mais necessário se contrastado com a Lei 12.318/2010, que apesar de ter sua importância ao regular a alienação parental, a mesma não traz qualquer solução quanto à prevenção dos atos alienatórios. Não obstante a necessidade de combater essa prática ser de suma importância, com a lei supracitada isso apenas se dará após a constatação, pelo judiciário, de que a alienação parental efetivamente ocorreu e os danos à criança já foram perpetrados. Entende-se, portanto, que a Lei 13.058/14 trouxe um mecanismo de prevenção, já que haverá uma maior e melhor comunicação do menor com ambos os pais, em decorrência da convivência igualitária e da divisão de deveres e direitos do poder parental. Dificulta-se, portanto, eventuais atos alienatórios em função da sistemática induzida pelo instituto da guarda compartilhada. Assim pontua Ana Carolina Silveira Akel<sup>12</sup>:

---

12 AKEL, Ana Carolina Silveira. Op cit. p. 107.

“A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação da prole”.

## **Considerações finais**

Pode-se perceber, portanto, que o instituto da guarda e seus modelos foram surgindo e se adaptando às diversas transformações que foram ocorrendo na sociedade. O instituto da guarda foi regulado de forma esparsa por várias fontes normativas que foram tratadas ao longo do trabalho, a saber: Decreto n. 181 de 1840; Código Civil de 1916, Decreto-Lei n. 3.200/41; Decreto-Lei n. 9.701/46; Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada); Lei n. 5.582/70 (que modificou o Decreto-Lei n. 3.200/41); Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio).

Com mudanças ocorridas no tradicional modelo familiar, e com o número crescente de divórcios, houve uma necessidade de adaptação da Lei para abarcar situações em que os filhos não estavam sujeitos à guarda comum dos pais, surgindo o modelo da guarda unilateral, que, na maioria das vezes, era atribuída à mulher, que era vista como mais preparada para o exercício de tal atribuição, numa clara visão paternalista da sociedade. Foi somente com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990) que ficou consagrado o modelo de proteção integral da criança e do adolescente e com o advento do CC/02 houve a fixação de regramento específico ao instituto da guarda unilateral.

Apenas em 2008 foi que o Código Civil passou a contemplar a guarda compartilhada como uma resposta à exigência constitucional da proteção aos direitos do menor, conforme dispõe o art. 227 da CF. Assim, o cerne do instituto é a manutenção dos laços afetivos dos genitores com seus filhos, reduzindo os impactos do divórcio para o menor, com o escopo de estabelecer de maneira equitativa a função parental.

Verificou-se, dessa forma, que a exclusividade da guarda unilateral deixou de subsistir em função dos princípios da igualdade, solidariedade e do melhor interesse da criança.

Com o advento da Lei 13058/2014, a guarda compartilhada passou a ser obrigatória, devendo ser aplicada pelo juiz como regra, com exceção dos casos em que um dos genitores abre mão da guarda ou naqueles em que um deles pode oferecer risco ao melhor interesse do menor. Entretanto, notou-se que este regime não é incontroverso, sendo passível de críticas, especialmente no que diz respeito à sua obrigatoriedade em razão da prevalência do já citado princípio constitucional do melhor interesse do melhor, pois há casos que os pais não possuem condições de partilharem harmonicamente as responsabilidades na criação de seus filhos. Outra crítica doutrinária concerne à confusão entre a guarda alternada e a compartilhada no conteúdo do artigo 1583, § 2º, mudado pela nova Lei, já que se refere à custódia física. Assim, infere-se que a guarda alternada não é acolhida pelo ordenamento brasileiro, já que pode trazer malefícios psíquicos ao menor, ofendendo o princípio da continuidade afetiva. Deve, então, o judiciário prezar pela cautela na aplicação do dispositivo para não incorrer em prejuízos permanentes ou de difícil reparação em relação aos menores.

Cabe afirmar, ainda, a importância da guarda compartilhada como prevenção à alienação parental, especialmente após a sua aplicação como regra, a partir da Lei 13.058/2014. Apesar de, à época, existir a Lei 12.318/2010 versando sobre o instituto, ela mostrava-se incipiente, pois não oferecia mecanismos preventivos à problemática, postulando medidas combativas referentes apenas após configurada a síndrome da alienação. Nota-se que, com a divisão igualitária do poder parental entre os genitores, o processo de criação de falsas memórias nas mentes dos menores torna-se dificultado, notadamente ao se estabelecer uma comparação com a guarda unilateral, em que apenas um dos pais permanece com a responsabilidade sobre os filhos, cabendo ao outro apenas a supervisão de tal atribuição.

Destarte, não obstante o permissivo legal da aplicação do instituto em análise independente do consentimento dos pais, faz-se imprescindível uma atuação dos operadores de direito, psicólogos e assistentes sociais para orientar os responsáveis e difundir os benefícios da guarda compartilhada

na vida das crianças. Dessa forma, devem ser analisadas as peculiaridades dos casos concretos, de forma a adequar-se à primazia da realidade, com o fulcro de contemplar o melhor interesse dos filhos e efetivar a teoria da primazia da realidade, podendo a guarda ser alterada a qualquer tempo se configurada violação a tais pontos.

## REFERÊNCIAS

CASABONA, Marciel Barreto. O instituto da guarda e sua modalidade compartilhada. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ALVES, L. B. M. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08: Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/81>. Acesso em: 27 mai. 2019

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. Disponível em: < [http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo\\_claudete\\_guarda.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_claudete_guarda.pdf)>.

THOMÉ, L. M. B. GUARDA COMPARTILHADA DECRETADA PELO JUÍZO SEM O CONSENSO DOS PAIS. REVISTA DO INSTITUTO DO DIREITO BRASILEIRO, v. 2, n. 14, dez./2013. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/d1ebd7a4ce6b/>. Acesso em: 27 mai. 2019.

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR APÓS O DESENLACE CONJUGAL POR MEIO DO INSTITUTO JURÍDICO DENOMINADO GUARDA Carla Rodrigues de Santana

SANTANA, C. R. D. O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR APÓS O DESENLACE CONJUGAL POR MEIO DO INSTITUTO JURÍDICO DENOMINADO GUARDA: Videre, Dourados, MS, ano 3, n. 5, p. 189-215, jan./jun. 2011.

ALVARENGA, A. R. de; CLARISMAR, J. Sistemas de guarda no direito brasileiro. R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 6, n. 1, p. 12-27, jan./jun. 2015.

SILVA, Camila. ALIENAÇÃO PARENTAL: OS EFEITOS JURÍDICOS E CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70479/alienacao-parental>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

VAN GAL, Maria Eugenia. A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em: <<https://movongal.jusbrasil.com.br/artigos/427133417/a-guarda-compartilhada-como-forma-de-evitar-a-alienacao-parental>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

VELLY, Ana Maria Frota. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA VISÃO JURÍDICA E PSICOLÓGICA, 10/2010. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/7428>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA LEI PARA UM VELHO PROBLEMA! Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_505\)alienacao\\_parental\\_uma\\_nova\\_lei\\_para\\_um\\_velho\\_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_505)alienacao_parental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf)>. Acesso em: 23 mai. 2019.

MARIA BERENICE DIAS. Manual de. Direito das Famílias. 8.º edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para a família. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013.

TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada ou alternada obrigatória: análise crítica da lei 13.058/2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada ou alternada obrigatória: análise crítica da lei 13.058/2014 - parte II. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/177391984/coluna-migalhas-a-lei-da-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria-analise-critica-da-lei-13058-2014-parte-ii>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

PEREIRA, Cleiton Pires. Alienação parental e a guarda compartilhada como meio preventivo. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18535&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18535&revista_caderno=14)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2011. In: NOGUEIRA, Breno Antônio Macedo.; NORONHA, Elizangela do Socorro de Lima. Alienação parental: aspectos psicológicos e a nova lei da Guarda Compartilhada. <<https://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/2>>. Acesso em: 30 jun. 2019

**DA AMPLITUDE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO NO PROCESSO DE FAMÍLIA: CONFORMAÇÃO  
CONSTITUCIONAL E INSTRUMENTALIDADE**

**THE WIDTH OF THE PUBLIC ATTORNEY'S OFFICE  
ACTING IN FAMILY PROCEDURE: CONSTITUTIONAL  
CONFORMATION AND INSTRUMENTALITY**

*Tomás Pires Acioli  
Edson Luciano Filho*



## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar alguns pontos controversos e investigar, com maior profundidade, a atuação do Ministério Público no processo de família, seja na sua dimensão ativa, seja na condição de *custus legis*, sem a pretensão, contudo, de se exaurir a complexidade do tema. Inicialmente, busca-se analisar o atual contexto normativo que regula as atribuições e a verificação, caso a caso, do interesse do Ministério Público, considerando o Código de Processo Civil de 2015 e as recomendações expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Em seguida, aprofunda-se acerca da intervenção concreta do Ministério Público nas ações de família em espécie, discutindo-se sua amplitude, seus limites e aspectos controversos, para, desse modo, serem indicadas diretrizes que, diante de tal cenário, poderão otimizar a atuação em juízo do Ministério Público.

**Palavras-Chave:** Famílias; processo civil; Ministério Público; ações de família; atuação ministerial.

## ABSTRACT

The present paper intends to analyse a few controverted points and to investigate, with depth, the acting of the Public Attorney's Office regarding family lawsuits, both in its active dimension as under the condition of *custus legis*, without the pretension, however, to exhaust the complexity of the theme. Initially, it is analysed the present normative context that regulates the attributions and the verification, case to case, of the presence concerning the Public Attorney's interest, considering the Civil Procedure Code of 2015 and the recommendations issued by the Public Ministry's

National Council – CNMP. Then, it is deepened within the amplitude, its limits and controverted aspects, to, in that way, indicate directions that, considering the presente cenário, may optimize the Public Ministry's judicial acting.

**Keywords:** *Families; civil procedure; Public Ministry; family actions; ministerial acting.*

## **Introdução**

O presente artigo tem por objetivo a discussão de temas caros à atuação do Ministério Público no processo de família, sem a pretensão, por obséquio da relevância e complexidade da matéria, de exauri-la no que respeita às várias facetas e nuances da função ministerial em feitos de tal natureza.

Inicialmente, analisa-se a conformação do Ministério Público com atribuições para atuar no juízo familiarista de acordo com a ordem constitucional e a regulamentação de suas funções pelo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, investiga-se a compatibilidade das normativas internas do Conselho Nacional do Ministério Público que condiciona e regula sua atuação no processo civil, para, em seguida, ser analisada a atuação do Parquet em concreto nas ações de família que exigem sua intervenção, seja na condição de parte principal, seja como *custus legis*.

Como dito, o presente trabalho se destina ao exame de pontos específicos, sem a pretensão de exaurir o tema, acerca da atuação do Ministério Público nas ações de divórcio, casamento, alimentos, investigação de paternidade, tutela e curatela, adoção e no juízo registral, no que pertine à matéria regulada pela Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), acerca do direito de família.

Ao fim, são apontadas algumas conclusões que podem ser extraídas do exame teórico do objeto deste artigo, somado à atuação prática e que poderão ser aplicadas, com o intuito de otimização da tramitação processual, em juízo e no próprio Ministério Público, das ações de família.

## **1. Noções Gerais da Atuação Ministerial no Novo Processo de Família do Código de Processo Civil de 2015.**

Com o advento do novo diploma processual civil, tal e como muitos institutos e órgãos, o Ministério Público também sofreu algumas mudanças, sendo-lhe, porém, preservadas as linhas gerais do CPC/73 quanto à sua essência de atuação.

Interessante se faz citar Dinamarco (1968), quando relata que o papel do Ministério Público se trata nada mais do que uma técnica criada pelo Estado para que este pudesse verdadeiramente intervir em ações sem necessariamente perder o seu viés de imparcialidade - pois, em não existindo o MP, ter-se-ia que transferir ao juiz toda a preocupação estatal com direitos individuais e sociais indisponíveis, afetando assim a sua imparcialidade no processo. A título de curiosidade, na seara penal a teoria é a mesma: o Ministério Público surge como dono e titular da ação penal em um sistema acusatório, não mais inquisitório, no qual tão somente ele possuirá o direito de acusar alguém de um ilícito, avocando para si tal prerrogativa outrora (em sistemas inquisitoriais) resumidos à figura do Juiz. Ou seja, o Estado por deter, ademais do poder de decidir, a capacidade de estar em juízo, não poderia concentrar em um único órgão de atuação o seu real interesse e sua real iniciativa (com fundamento no caput do art. 127 da Constituição Federal), bem como a sua necessária imparcialidade para conferir sentença e compor as lides. Seria uma violação a princípios como o do dispositivo e da inércia processual. O Ministério Público, dessa feita, vem justamente para, em representando o Estado, tomar a iniciativa que o Judiciário não poderia tomar, tendo toda a liberdade e autonomia funcional (ademais da administrativa) para propor as medidas que mais plausíveis lhe pareçam, com vias de atuar como um verdadeiro *custus juris* (defensor do ordenamento jurídico: defensor da lei + defensor da sociedade), não mais um mero *custus legis* (defensor da lei).

A aplicabilidade, pois, para o MP, hodiernamente, anda em estrita consonância com seus princípios e ditames constitucionais, a saber, o de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, da democracia e dos direitos

sociais e individuais indisponíveis. Além de constar expressamente no NCPC com o rol dos artigos 176 a 181.

A necessidade de adequação da tutela jurisdicional a litígios de alto grau de complexidade e acautelamento de interesses qualificados pela indisponibilidade constituíram fatores inspiradores do legislador na elaboração do Código de Processo Civil em vigor, conformando o CPC em vigor às promessas constitucionais de acesso à justiça, duração razoável do processo e tutela judicial efetiva.

É exatamente sob tal perspectiva que o Ministério Público, atribuído de significativas e relevantes prerrogativas pela Constituição de 1988<sup>1</sup>, e, por isso mesmo, incumbido por disposição normativa constitucionalmente expressa de velar pelo resguardo de tais interesses, deve atuar no processo civil – notadamente no processo de família – de modo ativo e com amplos poderes, seja na condição de parte principal ou de *custus juris*.

No processo de família, especificamente, em função do princípio da intervenção mínima<sup>2</sup>, embora necessária, a projeção da atuação ministerial representa a atuação do próprio Estado, motivado por seu interesse próprio de resguardo de instituição fundante da sociedade e do próprio Estado Social, que é, a priori, mitigado por força do princípio dispositivo. Daí atribuir-se ao Ministério Público o poder-dever de interferir nos processos cuja presença do interesse qualificado suscita sua intervenção, enquanto instituição do Estado constitucionalmente legitimada a garantir a preservação da ordem jurídica e estrito cumprimento da lei, de modo desvinculado, por essa razão, do próprio interesse que manifesta sua imprescindível intervenção.

O tratamento normativo dispensado pelo Código de Processo Civil ao Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica, em seus

---

1 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2 “Com base no princípio da intervenção mínima e tomando emprestado termo consagrado no Direito Penal (“Direito Penal Mínimo”), defende-se a ideia de que, na atualidade, há um verdadeiro Direito de Família Mínimo, no sentido de que, em regra, a autonomia privada deve reger as relações familiares”. Cf., a propósito, ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

artigos 176 a 181, confere, no dispositivo do art. 177, o próprio direito de petição ao Parquet de acordo com suas atribuições constitucionais. Relativamente a atuação do MP como *custus legis*, o art. 178, em elogiável redação, determina sua intervenção em processos nos quais se discuta interesse público ou social<sup>3</sup>, ou que envolvam interesse de incapaz.

Trata-se de dispositivo essencial à atuação célere do Ministério Público e inovador por duas razões principais: a primeira porque supera a redação do revogado CPC de 1973, que, em seu art. 82, II, arrolava as hipóteses nas quais deveria ocorrer a atuação do MP, referindo-se a feitos “concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade”; a segunda porque, em função da revogação do dispositivo, confere ao membro do Ministério Público a prerrogativa inerente a sua independência funcional de verificar, no caso concreto, a presença de interesse ministerial e mesmo a racionalidade de sua intervenção.

É por essa razão que os órgãos de cúpula dos Ministérios Públicos estaduais e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) vem editando normativas internas, cuja expressiva, significativa e fundamental finalidade é a otimização e racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, notadamente em função da utilidade de sua manifestação, de ordem a não amesquinhar a missão constitucionalmente outorgada ao Parquet. Uma de tais normativas é a Recomendação nº 34 de 5 de abril de 2016, editada pelo CNMP, que orienta a atuação de Promotorias de Justiça e Ofícios Ministeriais, condicionando-a à presença de interesse público relevante no processo, verificada a juízo exclusivo do membro do Ministério Público, na forma de seu art. 2º.

Em conformidade com a ideologia do CPC/15 no que pertine à atuação ministerial, no processo de família, o art. 698, inserto no capítulo atinente às Ações de Família, prevê que o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz, devendo, ainda, ser ouvido previamente à homologação de acordo nos casos de autocomposição.

---

3 Cabe registrar que, em tal hipótese, o interesse que determina a atuação do Ministério Público é somente o interesse público “primário”, que não se confunde com o interesse “secundário”, correspondente ao interesse de ordem eminentemente administrativa dos órgãos do Estado, o que, por si só, não suscita a intervenção, *ex vi do art. 178, parágrafo único*.

De qualquer modo, a atuação do membro do Ministério Público somente se condiciona à presença de tais interesses, não estando a eles vinculados. Isso significa que a atuação do MP como *custus legis* é subordinada ao princípio da estrita legalidade e de sua atribuição de índole constitucional de efetivamente velar pela ordem jurídica, de modo que não se lhe autoriza oferecer pareceres que obstruam a livre manifestação de vontade das partes, quando ausente vulneração a qualquer interesse indisponível ou de ordem pública, ou diante de manifesta ilegalidade na atuação processual da parte cujo interesse suscitou sua intervenção.

É caso corriqueiro, a propósito, em ações de anulação de testamento, em que a parte incapaz frauda o instrumento de disposição de última vontade, ou mesmo sonega o depósito em juízo de bens percebidos no curso do processo. Perceba-se que a presença da parte incapaz torna mandatária a intervenção ministerial, mas não tão somente, eis que, nessa hipótese específica, a própria desconstituição do testamento consubstancia interesse transindividual interferente na ordem pública e na própria esfera jurídica de terceiros, de modo que é visão rasa e ultrapassada da função do Ministério Público a ideia de que o Promotor não poderá, em casos de tal natureza, manifestar-se contrariamente ao interesse do incapaz.

Entendimento diverso resulta em confusão dos institutos da legitimação extraordinária, quando o Parquet age como substituto processual, com a assistência ao incapaz (hipótese típica de intervenção de terceiro<sup>4</sup>) e com a intervenção própria à função de *custus legis*. No primeiro caso, o Ministério Público atua como parte parcial se, à discricionariedade do Promotor de Justiça, presente interesse que mereça seu acautelamento por meio do ingresso em juízo como parte parcial. Também não se trata de assistência, eis que, como assistente, v.g. do incapaz, em havendo ilicitude deste em quaisquer atos processuais ou materiais que tenham a ver com o processo, não poderia o órgão ministerial ir contra o interesse dele nessa situação. É como bem leciona Alexandre Freitas Câmara (2002):

---

4 Esse é o entendimento, a nosso ver equivocado, dentre outros, de Fredie Didier Jr. e Cândido Rangel Dinamarco. A propósito, cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

“Ao atuar como fiscal da lei, e como indica a própria nomenclatura tradicionalmente empregada, o Ministério Público exercerá a função de órgão responsável por velar pela justiça e legalidade da decisão judicial, fiscalizando assim a atuação da vontade da lei pelo Estado-Juiz. Atua, pois, como órgão imparcial [...]. O MP não atua no processo, nesta hipótese, como assistente do incapaz, mas como fiscal da atuação da vontade do direito.”

Incumbe-se, na realidade, enquanto parte imparcial<sup>5</sup>, de fiscalizar de modo geral interesses de ordem pública, dentre aqueles o que suscitou sua intervenção no processo, e mesmo contrapor-se a pretensões de ordem eminentemente privada, vislumbrando a possibilidade de vulneração a interesse cujo resguardo seja prerrogativa sua.

Permita-se aqui uma digressão. Quando se fala de direitos individuais e sociais indisponíveis, quer-se falar daqueles valores subjetivos dos quais o titular pode abrir mão livremente à medida de sua vontade. Um litígio, por exemplo, que verse sobre uma ação indenizatória por danos materiais a uma pessoa que quebra o vidro da janela da casa de seu vizinho é relativo a um direito disponível, qual seja, o de ter e manter sua propriedade sem avarias, pois ainda que objetivamente para o homem-médio se queira sempre ter seu lar bem cuidado, é plenamente lícito um dono querer que o mesmo se encontre em mau estado de conservação por ser, por exemplo, uma pessoa desleixada em cuidados domésticos - tudo pelo fio pleno da autonomia da vontade. Já quando há algum familiar que não pode se sustentar por seus próprios meios e para isso pleiteia uma ação de alimentos, por exemplo, ela pode ser proposta a qualquer tempo, haja

---

5 Com entendimento semelhante, cf. ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. Vol. 6. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018. À mesma conclusão ora defendida chegou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Resp 135.744/SP, assim ementado: RESOLUÇÃO DE CONTRATO. INTERESSES DE INCAPAZES. PARECER DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 82, I, DO CPC. Não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp 135.744/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 24.6.03)

vista tratar-se de um direito indisponível por natureza. O MP empenha-se, portanto, em defender e observar o devido tratamento jurídico aos direitos de cunho indisponível. Mais que isso, aos interesses de cunho indisponível. Prova-se pela sutil distinção terminológica que agrega o caput do artigo 176 do Novo Código de Processo Civil em comparação com o caput do artigo 127 da Constituição: neste, há tão somente a menção da palavra “interesses” em “interesses sociais e individuais indisponíveis”; naquele, há a menção da palavra “interesses” sendo somada à palavra “direitos” em “interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”. Essa distinção não foi à toa realizada. Por se tratar de um diploma processual, o NCPC enfatizou a palavra “direitos” para conferir uma maior abrangência à atuação ministerial nos processos cabíveis, não deixando algo tão amplo e esvaziado de sentido ao simplesmente mencionar “interesses”. Boa estratégia do legislador processual.

Ademais, outro pressuposto processual da atuação ministerial é a possibilidade de haver nulidade no processo em caso de não apreciação do Parquet para situações nas quais se fazia oportuna a sua intervenção. A oportunidade deve ser dada pelo magistrado ao membro do Ministério Público para que tenha vista dos autos. Na prática forense, no entanto, há uma certa dificuldade em ocorrer esse problema, pecando-se mais por excesso do que por falta: em não raras vezes o juiz despacha remetendo os autos à vista ministerial de maneira quase que automática, não se preocupando em observar se aquele processo ensejaria ou não a sua atuação, deixando tal múnus para o próprio MP - acarretando no mais das vezes o declínio do feito por ausência de interesse ministerial. Tal “excesso”, porém, não provém de erro do órgão judiciário, senão de uma louvável parcimônia estatal para com os processos que lhe chegam. Como fiscal do ordenamento jurídico, o Ministério Público, em que pese ser um órgão autônomo, muitas vezes reconhecido como uma espécie de Quarto Poder, teria, em teoria, um “poder-dever” de intervenção nos processos que vêm à sua apreciação, nos mesmos moldes dos poderes conferidos à Administração Pública em geral. Em outras palavras, teria, em tese, um juízo discricionário de conveniência e oportunidade, mas aliado a uma vinculação de ter que atuar no processo. Em tese. Entretanto, o MP não

é, sob hipótese alguma, obrigado a intervir em determinados processos. A obrigatoriedade é de sua intimação, de sua ciência nos autos dos processos. Saliente-se, contudo, que, em sendo o Ministério Público não intimado no 1º grau de um processo que ensejaria sua atuação, quando a ação tenha recurso e vá para os tribunais não necessariamente ter-se-á que voltar tudo ao zero – que era o correto a se fazer. Ora, se o fiscal da ordem jurídico deveria tomar ciência de uma ação que cabia sua intervenção e não o toma por negligência ou omissão do órgão judicante, nada mais lógico que os autos, dos tribunais, retornem de imediato ao juízo comum para que o Parquet cientifique-se do inteiro teor processual. Mas isso nem sempre costuma ocorrer. Tenha-se em conta que o próprio Ministério Público, quando o processo tiver ascendido ao 2º grau, tomando ciência dele por lá, poderá convalidar esse vício de nulidade. Portanto, a atuação ministerial é facultativa, pois é o próprio membro ministerial que decidirá se há ou não hipótese que enseje sua apresentação.

## **2. A intervenção ministerial nos institutos do direito de família: pano de fundo**

No Direito de Família, especificamente, o *Parquet* tem atuação velada pelos artigos II e III do artigo 178 do Novo Código, cabendo-lhe intervir, com prazo em dobro (art.180), vista dos autos depois das partes (art. 179, I) e podendo produzir provas e recorrer das decisões jurisdicionais (art. 179, II), nos casos em que houver direito individual ou social indisponível ou interesse público em jogo. Os processos de família seguirão o rito processual próprio do art. 693 e seguintes quando não dispuser a lei de distinta maneira, como é o caso da ação de alimentos, que observará o rito específico da lei 5478/68 em detrimento da regra geral do 693/NCPC.

Participará em diversas esferas dentro do ramo do Direito de Família, notadamente quando vislumbrar interesse público ou indisponível. Na esmagante maioria dos casos, o *Parquet* atuará em processos que contenham direitos ou interesses individuais ou indisponíveis, o que significa, em outras palavras, que atuará quando houver interesse de pessoa

incapaz em discussão - isso é corroborado inclusive pelo próprio Código de Processo Civil atual, em seu artigo 698.

Em ações de: alimentos, divórcio, casamento, guarda, curatela, investigação de filiação, etc., o Ministério Público entrará em cena através de seus promotores pelas promotorias de justiça cíveis, cada qual vinculado a uma ou mais (quando em exercício cumulativo) varas de família que houver na referida circunscrição jurisdicional. Entrará em cena, via de regra, como fiscal do ordenamento jurídico, mero sujeito processual, quase nunca como parte no processo. Exceções existem, a saber: nas questões referentes à curatela quando, em explícita a necessidade da “interdição” de uma pessoa que se mostra relativamente incapaz para um ou mais atos da vida civil, nenhum outro legitimado pleitear a devida ação de curatela, sobrando para o Ministério Público o poder-dever de propor tal ação, e assim, por óbvio, figurar no processo como parte autora; em ações de nulidade de casamento, nas quais o fiscal do ordenamento, em descobrindo quaisquer das hipóteses do art. 1521 do Código Civil, suscitará a nulidade em ação autônoma; em ações de investigação de paternidade, mormente as seguidas pelo rito da Lei 8560/92, quando a parte interessada (geralmente a genitora representando a criança) não aproveitou a oportunidade para investigar a paternidade de um possível genitor em questão; em ações de alimentos, também em ausência de iniciativa por parte dos diretamente interessados.

Uma curiosidade a respeito da atuação ministerial junto às Varas de Família é que o MP não necessita ir às audiências de mediação. Sim, é isso mesmo. Não precisará ir às audiências de mediação simplesmente porque de toda forma será intimado do processo *a posteriori*, ou para opinar sobre possível homologação de acordo ou para participar de uma audiência instrutória, em não havendo autocomposição. É preferível, inclusive, que o MP escute o (representante do) incapaz após a audiência mediadora, pois há riscos de, em comparecendo a esta, ser menos um sujeito imparcial fiscalizador dos interesses do incapaz e mais um assistente do incapaz, o que desvirtua sua real função e arrisca-o a ser cada vez mais parcial no processo. Lembre-se: o Ministério Público não está do lado da parte do incapaz no processo, ele apenas está a fiscalizar os interesses que àquele são

cabíveis. Desse modo, mais válido é que se faça presente tão somente em fase posterior. Esse íterim fica mais bem contextualizado com o exemplo das próprias Varas de Família do Tribunal de Justiça de Pernambuco: nelas, as audiências (mediadora e instrutória) de ações de alimentos são unificados num único lapso temporal, ficando, num primeiro momento, apenas o mediador e as partes na sala de audiências e, em não havendo acordo, passam a entrar em cena o Juiz e o Promotor para que se inicie uma instrução logo ali. Louvável exemplo. Pois arremata dois escopos com apenas um intento: não constrange nem tolhe alguma das partes a expressar-se/escolher de uma forma que lhe desagrade, dando-lhe liberdade absoluta para decidir; e corrobora com a celeridade processual, pois num momento seguinte já se fará uma instrução, sem ter que se valer a morosidade dos mandados de intimação e de toda a burocracia que o Judiciário nos oferece.

### **3. A atuação do ministério público nas ações de família em espécie.**

#### **3.1. Nas ações de alimentos**

Se alguma das partes for incapaz. Conforme dispõe o rito da Lei de Alimentos, o alimentando (autor da ação, a pessoa que carece dos alimentos) tão somente se reservará a expor suas necessidades e comprovar o vínculo de parentesco que de acordo com o artigo 1694 do Código Civil deve-se ter para pleitear essa ação. Logo após a propositura da ação, e sanados vícios processuais variados, o juiz remete os autos imediatamente ao Ministério Público para que este possa oferecer seu parecer quanto à fixação de alimentos provisórios ou, para dar celeridade ao processo, fixa desde logo o percentual alimentício (utilizando, permissivamente, como indexador o salário mínimo vigente). Após isso, em regra, há uma audiência de mediação/conciliação e, em havendo acordo, o Ministério Público deverá assinar a minuta de homologação do acordo; em não havendo e tendo o juiz que decidir o mérito, haverá audiência instrutória, e os autos serão antes e depois da sentença remetidos ao *Parquet*, antes para oferecer parecer de mérito (que na grande maioria das vezes é seguido o entendimento pelo magistrado) e depois para que o MP possa tomar ciência da sentença ou recorrer. Vale-se ressaltar que muitos Promotores cobram, no acordo, um

esclarecimento de ajuste dos valores futuros, para que se evitem ao máximo as chamadas ações revisionais de alimentos.

Ademais do processo de conhecimento, também o Ministério Público participa ativamente do processo executório de alimentos. Seguindo o rito ordinário do art. 525, o MP é intimado, dentre outras coisas, para oferecer parecer meritório acerca do acatamento ou não da medida executória insculpida na inicial pelo exequente - até a própria constrição pessoal (prisão civil).

Exercendo seu múnus, em observando o MP que o menor (à data da propositura da ação), numa ação de alimentos, já atingiu a maioridade, declina do feito - por não haver mais interesse de incapaz em jogo. Ele também, a qualquer tempo, tem a faculdade de propor audiências de mediação para que se dirimam questões controversas no rosto dos autos. E, como já anteriormente falado, pode ele próprio oferecer ação de alimentos quando assim não o fizer as partes que necessitam - mas isso de forma subsidiária.

Atua, ademais, nas ações de alimentos “extraordinárias”: as de revisão ou exoneração de alimentos. Novamente fiscalizando o (cumprimento do) interesse do incapaz, o MP deve apreciar os requisitos em questão para oferecer seu parecer: o respeito ao binômio necessidade x possibilidade, no sentido de se fazer equilibrar os dois lados - podendo discordar ou concordar com a parte que oferece a ação, sendo verdadeira a recíproca também.

### 3.2. No casamento e na união estável

O papel ministerial nas relações conjugais, como de praxe, vai muito mais de fiscalizador do que de autor de ações. Salvo em casos de ação de nulidade de casamento ou união estável (nas que configurará como autor), o *Parquet* só intervirá (como fiscal) em alguma das entidades familiares se houver quaisquer ilicitudes presentes, sendo ele provocado, ou em casos de casamento/união estável entre pessoas incapazes.

A maior presença ministerial no que tece às entidades familiares mais recorrentes diz respeito ao findar das mesmas, sobretudo o divórcio,

no caso do casamento. Ao obter vista dos autos de um processo de divórcio litigioso ou consensual (mas com filhos menores), o Ministério Público necessitará avaliar as chamadas “questões essenciais” do divórcio com filhos, a saber: modalidade de convivência (guarda) dos filhos; alimentos; pensão alimentícia. Ressalte-se que em possíveis futuras partilhas de bens o MP também atuará, mas em ações sucessórias, o que foge ao objeto deste trabalho.

No caso das ações declaratórias de nulidade do casamento, diferentemente do tratamento normativo dispensado às ações de anulação (cuja natureza é eminentemente constitutiva negativa), impõe-se a intervenção do Ministério Público como *custus legis, quando não seja o Parquet o próprio autor da ação*.

A infringência aos impedimentos do art. 1.548, CC/02 constitui violação a preceito de ordem pública, consubstanciando, por isso mesmo, matéria que pode ser conhecida a qualquer tempo pelo juiz, pelas partes e pelo próprio MP que, nesse caso, ostenta legitimidade extraordinária para a propositura da ação, ainda que não haja prole menor do casal impedido, circunstância que atrairia, ainda que em hipótese de ação anulatória, a intervenção do Ministério Público.

Desse modo, os impedimentos podem ser suscitados tanto durante a tramitação do procedimento de habilitação, como posteriormente, a qualquer tempo, eis que se trata de vício insanável que não se submete aos prazos decadenciais próprios das causas para anulação do vínculo. Contudo, superada a via administrativa preparatória, poderá o Ministério Público, tomando conhecimento da nulidade, propor a ação pertinente, na qual incluirá no polo passivo ambos os cônjuges, formando-se um litisconsórcio passivo unitário necessário, ainda que um deles não se oponha ao pedido do MP.

Diferente se se trata de ação anulatória, cuja legitimidade para propositura é conferida somente aos interessados diretamente no ato, uma vez que a violação às anulabilidades, exatamente por se cuidar de nulidade relativa, é passível de convalidação se as partes silenciarem. Isso significa que nem o Ministério Público, tampouco o juiz, devem suscitá-las, sob pena de ofensa direta ao regime estabelecido pelo próprio Código Civil.

Cabe registrar, nesse ponto, a alteração promovida pela Lei n. 13.811/2019 no Código Civil, que modificou a redação do art. 1.520, para prever que “Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código”. Por sua vez, a regra do art. 1.517 determina que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”, sendo 16 anos, portanto, o momento em que se atinge a capacidade específica para o casamento.

A nova lei, contudo, não revogou ou alterou a redação de qualquer outro dispositivo do Código, razão pela qual permanece em vigor o art. 1.550. Isso significa que o novo art. 1.520 introduziu, na verdade, uma nulidade virtual, em hipótese a ser observada especificamente na via administrativa pelo Registrador.

### **3.3. Na investigação de paternidade/maternidade e na negação de paternidade/maternidade**

Como autor e fiscal. Na primeira hipótese, como já dito, em seguindo o procedimento oferecido pela Lei de Investigação de Paternidade, na qual se uma criança, na hora de ser registrada, sê-lo sem um dos genitores em seu registro, o próprio oficial do cartório remeterá ao juiz certidão integral com dados do suposto pai/mãe. Aquele o (a) citará para manifestar-se sobre o vínculo filiativo. Em negando ou ficando inerte por mais de 30 dias, o juiz levará o caso ao MP para que, querendo, impetre ação investigatória de paternidade. Na segunda, mais do mesmo: fiscalizará como se estará dando o cumprimento ao direito do incapaz, participando das audiências e oferecendo seus pareceres em prol de achar a veracidade dos fatos: a confirmação ou negação da paternidade, a depender de critérios biológicos (exame de DNA) e/ou socioafetivos (laços criados por uma convivência salutar e duradoura) para posicionar-se a respeito.

Por identidade de razões, o *Parquet*, além de se revestir da legitimidade típica para atuar como fiscal da ordem jurídica, poderá propor pedidos conexos ao de reconhecimento da paternidade, seja na condição de *custus legis*, seja como parte extraordinária. É o caso, por exemplo, de o Promotor postular a fixação de alimentos ou propor a regulamentação de visitas. Tal regime

de cumulação de pedidos constitui projeção das atribuições institucionais do Ministério Público e deve ter aplicação em qualquer ação de alimentos em que intervenha na condição de fiscal ou de substituto processual, tendo em vista que, em regra, de acordo com a Lei de Organização Judiciária de cada ente federado, será o mesmo juízo competente para julgar qualquer dos pedidos, o que deverá fazer na mesma sentença.

O momento oportuno para que o Promotor ofereça a postulação aditiva, por incidir sobre o próprio objeto da lide posta à apreciação, ampliando-o, deve ser na primeira manifestação ministerial, abrindo-lhe o juízo vista dos autos, o que deve acontecer depois do oferecimento de contestação ou decretação da revelia. Desse modo, o MP terá vista do processo antes de ser proferido o despacho saneador, de modo que poderá se manifestar acerca de eventuais preliminares, questões prejudiciais ou pedido de produção de determinada prova. Trata-se, sob o aspecto da técnica processual, do momento mais adequado para que o juiz determine a remessa dos autos ao Ministério Público e este ofereça o aditamento com os pedidos que entender pertinentes à espécie. Ademais, confere eficácia ao postulado da economia processual e concretiza a garantia da duração razoável do processo, de ordem que, por isso mesmo, desnaturam-se tais cláusulas com a corriqueira prática da remessa dos autos ao Ministério Público logo após o ajuizamento do feito, para que faça o que na realidade consubstancia um juízo prévio de admissibilidade da petição inicial, ato jurisdicional de atribuição privativa, inderrogável e indelegável do juiz, já que, antes do saneamento do feito e conseqüente estabilização da demanda, deverão ser renovadas as vistas ao Ministério Público, sob pena de nulidade. Traduz-se, portanto, em ato inócuo e violador das regras iminentes à razoável duração do processo a remessa dos autos ao MP em contrariedade ao dispõe o art. 179, I, do CPC, de cuja dicção se extrai a claríssima regra de que o *Parquet* terá vista dos autos *depois das partes*.

Em ações negatórias de paternidade/maternidade, o papel de fiscal permanece: irá o MP auferir dos fatos e das provas colhidas e acostadas se de veras há: ausência de filiação biológica; ausência de socioafetividade; e incursão em erro por parte do negando (o autor da ação negatória). Hipóteses tais que só podem ser aceitas se existirem ao mesmo tempo.

Como regra, não se deverá admitir a legitimidade *ad causam* excepcional que se confere à ação de reconhecimento também à ação negatória. Isso porque, como regra geral, a desconstituição da paternidade ou maternidade consubstancia, de fato, interesse de ordem pública, mas conferido ao genitor como direito subjetivo de personalidade, sendo, por tal razão, somente a ele próprio atribuída prerrogativa inerente ao direito potestativo de buscar, em juízo, sua desconstituição. Além disso, a própria ação negatória qualifica-se como via de evidente prejuízo ao menor, o que não deve suscitar a atuação como parte extraordinária pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação às suas atribuições e fins constitucionalmente reconhecidos.

Tal hipótese não deve ser confundida, contudo, com a intervenção, pelo *Parquet*, na condição de *custus legis* nas ações negatórias, caso em que, conforme se defende no presente trabalho, não estará adstrito ao interesse que suscitou sua intervenção. Isso significa que poderá requerer a produção de determinada prova, recorrer de qualquer decisão<sup>6</sup>, postular a condenação de qualquer das partes por litigância de má-fé e, por evidente, manifestar-se favoravelmente ao autor da ação negatória de paternidade. Perceba-se que, caso contrário, admitindo-se que o Ministério Público teria sua atuação condicionada aos pedidos da parte incapaz, o que se verificaria seria uma verdadeira assistência litisconsorcial do MP, modalidade imprópria a sua função institucional, sobretudo porque, nesse caso, seria forçoso reconhecer legitimidade extraordinária ao *Parquet* para, em qualquer caso, atuar como parte coadjuvante do incapaz. Assinale-se, ainda, que afirmar a vinculação do MP significaria flagrante ilegalidade ao princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público.

---

6 Quanto ao interesse recursal, cabe destacar o eminente magistério de Hugo Nigro Mazzilli, que considera presente tal pressuposto do recurso somente nos casos de sucumbência do interesse que fundamentou a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, ainda que conserve sua autonomia para, no curso do processo, entendendo ser o caso, manifestar-se contrariamente a tal interesse. A propósito, cf.: "(...) se a única razão para o Ministério Público intervir no processo cível é a existência de interesse de incapaz (p. ex., uma ação patrimonial movida por pessoa capaz contra um incapaz), ainda que o órgão do Ministério Público conserve liberdade de opinião sobre quem tenha razão, para recorrer será preciso interesse recursal na reforma do julgado, e isto significa sucumbência do interesse que o trouxe ao processo". MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115.

Há uma hipótese excepcionalíssima, contudo, em que se pode cogitar da legitimidade extraordinária ad causam do Ministério Público para a propositura da ação negatória de paternidade, que ocorre nos casos de fraude, violação contra a ordem pública ou crime de falso. Considere-se, por exemplo, haver sido reconhecida a paternidade com o fim de obtenção, pelo suposto genitor, de alguma vantagem patrimonial em processo de inventário, no qual o menor figure como herdeiro necessário, situação em que a administração da quota-parte da herança que lhe couber ficará sob administração de seu representante. Nesse caso, tomando conhecimento o Promotor de Justiça com atuação no juízo sucessório da fraude, deverá ele mesmo – a depender de suas atribuições funcionais na comarca – propor a ação negatória, para que se instaure o contraditório pleno sobre tal questão, que constitui-se em prejudicial no inventário e, por isso mesmo, de ordem pública a atrair o interesse ministerial. Sendo da atribuição de outro órgão ministerial, deverá extrair peças de informação e, administrativamente, noticiar a possível fraude, requerendo o sobrestamento do inventário ou reserva do quinhão do herdeiro para eventual sobrepilha, além de, diante de possível notícia criminis, extrair cópias também para a Central de Inquéritos para a apuração da responsabilidade criminal.

Evidentemente, por relevante, não constitui demasia destacar que se trata de caso de intervenção excepcional, a juízo do Promotor de Justiça que, no uso de suas atribuições, deve obtemperar a real presença do suporte fático autorizador de sua atuação extraordinária e subsidiária.

### 3.4. Atuação nas ações de adoção

A atuação do Ministério Público nas ações de adoção possui uma dupla dimensão. Em primeiro lugar, sua atuação é indispensável na dimensão objetiva, em função da natureza da lide, eis que versa sobre interesse indisponível subjacente às cláusulas constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito ao convívio familiar e da preservação do melhor interesse do menor; e, em segundo lugar, zela pela qualidade da parte, na dimensão subjetiva, eis que, em um dos polos das ações de adoção existirá, em regra, um incapaz.

Nas ações de adoção, o Ministério Público atua unicamente como *custus legis* (fiscal da ordem jurídica), faltando-lhe legitimidade para atuar como parte, propondo a demanda. A finalidade de tal regra diz respeito à própria natureza jurídica da adoção, instituto que, embora não seja revestida de conotações contratuais, como sói acontecer quando da vigência do Código Civil de 1916, qualifica-se como resultado da convergência de manifestações de vontade, tendo a sentença proferida ao final do procedimento carga eminentemente constitutiva.

Essa convergência de manifestações volitivas possui fundamento *na vontade de constituir um núcleo familiar*<sup>7</sup>, a caracterizar expressão própria de direito personalíssimo, circunstância que desautoriza a inteferência estatal, ainda que por meio do Ministério Público e a pretexto de velar pelo melhor interesse do adotando.

A intervenção do Ministério Público, na forma do art. 178 e 698 do CPC, da mesma forma, somente se legitima pela presença de incapaz figurando como adotando, em procedimento regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso significa que, em se tratando de adoção de pessoa capaz, não haverá, em regra, a atuação do MP, salvo se presente alguma outra causa que a justifique, a ser verificada a juízo exclusivo do membro do Ministério Público com atribuições junto à Vara da Infância e Juventude. Seria o caso, por exemplo, de adoção de pessoa capaz, regida pelo Código Civil, por pessoa idosa, ainda que ausente qualquer das causas de incapacidade. Qualifica-se a intervenção do Ministério Público na espécie se verificada a vulnerabilidade da pessoa idosa, eis que seu interesse, ainda que não se qualifique pela nota de coletividade que justifica, por exemplo, a criação de Promotorias especializadas na defesa do idoso, representa valor de ordem pública inderrogável, sobretudo em função da necessidade de prevenção de fraudes de ordem patrimonial no processo de adoção.

A atuação do Parquet, no entanto, não se encontra condicionada a qualquer outro limitador, podendo, por essa razão, requerer a produção de provas e formular pedidos, inclusive de antecipação dos efeitos da tutela final, consoante advertem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

---

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. Vol. 6. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1018

Ainda, sob o prisma do entendimento defendido neste trabalho, poderá o órgão do Ministério Público, dentro de sua independência funcional, pronunciar-se favoravelmente ou não ao pedido de adoção, inclusive porque a adoção pode não se mostrar a medida mais adequada à tutela do interesse da parte que justificou sua intervenção.

Por identidade de razões, poderá o Ministério Público requerer o sobrestamento do feito, se verificar alguma causa autorizadora da suspensão, seja initio litis, quando de sua manifestação anterior ao despacho de saneamento, seja ao fim da instrução, antecedendo a sentença. Hipótese típica se constitui na recusa do consentimento exigido pelo art. por parte dos pais biológicos ou representantes do menor, ou algum deles, quando em exercício do pátrio poder. Nesse caso, caso o Promotor entenda ser a adoção a medida mais adequada à tutela do interesse do menor, para destrancar o procedimento na Vara da Infância e Juventude, deverá requerer sua suspensão e propor, ele próprio, a ação de destituição do poder familiar perante o juízo da Vara de Família, via própria que formará coisa julgada material e viabilizará o contraditório pleno em cognição exauriente no plano vertical, porquanto o Ministério Público é uno e indivisível. Uma vez proferido o juízo de admissibilidade positivo da petição inicial, deverá o órgão do MP que propôs a referida ação acompanhá-la, ainda que haja outro Promotor com atribuições funcionais na Vara de Família para a qual o feito foi distribuído, por se tratar de situação análoga à prática que ocorre, dentre outros, entre as Promotorias do Ministério Público de Pernambuco, relativamente às ações civis públicas promovidas por órgão com atribuições nas Promotoria de Cidadania, que acompanham toda a instrução no primeiro grau, mesmo existindo órgãos com atuação própria nas Varas Cíveis e da Fazenda Pública.

Outra hipótese ex legem que expressamente veda a atuação ministerial está contida na regra prescrita pelo art. 2º, § 5º da Lei n. 8.560/92<sup>8</sup>, acrescido pela Lei n. 12.010/09, que veda a possibilidade de o Parquet, no uso de sua legitimidade extraordinária fundada no interesse do menor,

---

8 Art. 2º, § 5º Nas hipóteses previstas no § 4º deste artigo, é dispensável o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção.

instaurar a ação de reconhecimento de paternidade. Tal dispositivo tem por finalidade a preservação do próprio interesse no infante, qualificado, nesse caso, pela colisão entre o direito individual e de assento constitucional de conhecimento das próprias origens genéticas, e, de outro, o interesse consubstanciado na atribuição de efetividade à cláusula geral de garantia do convívio familiar, o que, por evidente, mostra-se suscetível a violação caso a criança venha a ter frustrada a expectativa de adoção ao se revelar, por uma ação judicial, a identidade de seus genitores.

### 3.5. Tutela e curatela

As ações de curatela e de tutela por muito foram retiradas do seio do Direito das Famílias por haver dúvidas quanto ao seu devido enquadramento como instituto jurídico. Alguns exímios doutrinadores como o próprio Pontes de Miranda (1971, v.7, p.171)<sup>9</sup> admitiam o direito protetivo apenas e tão somente quando a situação ensejasse correlação direta com a parentalidade. No entanto, atualmente o Código Civil de 2002 pôde, com louvor, trazer à baila os institutos de direito protetivo (tutela e curatela) de vez para o Direito das Famílias, tendo em vista que: na tutela, há o escopo maior de oferecer à criança um lar familiar substituto ao de seus pais; e na curatela, o liame se dá através do fato de privilegiar-se a relação de parentesco e conjugal para o seu exercício<sup>10</sup>.

O Ministério Público, como já visto outrora, pode atuar como agente (por deter o caráter duplo de *legitimum ad processum e ad causam*) ou também como interveniente (a essência da ideia de *custus juris*, o fiscal da ordem jurídica). Em sendo assim, no tocante às ações relativas à capacidade, pode atuar duma ou doutra forma, a depender do caso. Pode-se afirmar que em sua grande maioria atuará como fiscal pelos motivos a seguir expostos.

Como as ações da tutela e da curatela se relacionam diretamente com a questão da capacidade e da proteção, e a pertinência transparece quase sempre de forma individual ou restrita a um seio familiar, o interesse é muito mais individual que social/coletivo – o que de toda forma ensejará

---

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. 7. Campinas: Bookseller, 1971. p. 171.

10 Cf. LÔBO, Paulo. *Curso de direito civil. Famílias*. Vol. 5. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

a atuação do *Parquet*, vide preceitos constitucionais elencados no *caput* do artigo 127 da Constituição vigente. Na tutela o papel é relativamente mais simples, pois o MP necessitará “tão somente” fiscalizar o devido exercício da tutela, a qualidade da administração dos bens do tutelado, e a forma como este está sendo criado, educado e inserido num seio familiar, ademais das questões atinentes à legitimidade para exercer a tutela, a veracidade da escusa do pretense tutor, a prestação de contas do tutor e a cessação da tutela.

Já na curatela, a atuação ministerial é deveras mais abrangente. E com uma boa margem. Sabe-se que uma pessoa maior de idade mas que por alguma causa, transitória ou permanente, não possa exprimir conscientemente sua vontade é enquadrada como relativamente incapaz para os atos da vida civil. E como há interesse de incapaz, coaduna-se perfeitamente com a atuação do *Parquet*, vide art. 178, II, do Código Processual Civil vigente. Como autor, o MP pode iniciar ações de curatela ao perceber a sobrevivência de qualquer incapacidade em alguma pessoa física que não tenham sido impulsionadas pelos legitimados do art. 1775 do Código Civil atual. Como fiscal, a atuação será muito mais policalesca, fiscalizatória, interveniente, acompanhando o processo em todos os seus atos. Neste último caso, o processo será imediatamente encaminhado ao Ministério Público para oferecer parecer acerca da necessidade da interdição e de como e quando surgiu, haja vista ser um procedimento excepcional, tomando por premissa-base a ideia de que a capacidade plena é sempre presumida e a pessoa natural deve ser, sempre que possível, instada a agir de forma autônoma. Em sendo verificada a incapacidade (através de uma entrevista com o juiz e, sobretudo, de uma perícia médica especializada), o MP receberá os autos para oferecer seu parecer favorável ou contrário à curatela, e, em sendo a favor, prezará pelo mantimento das situações existenciais e/ou patrimoniais, a depender do caso, conforme preconiza o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Se o MP verificar o abandono do curador para com o curatelado, deverá intervir e solicitar estudo psicossocial para aferir quem pode exercer tal múnus e, em não havendo, poderá intentar ação própria de curatela do incapaz. Também deverá estar de alerta em casos de substituição da curatela, para averiguar os legitimados e as causas/condições da mudança.

### 3.6. Atuação no juízo registral

A Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) sofreu sensíveis alterações, acompanhando a evolução regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público, no que concerne à intervenção do *Parquet* no juízo registral.

*Em regra, a atuação do Ministério Público ocorrerá por determinação da indisponibilidade e da relevância pública de que se reveste o registro público. Por vezes, no entanto, a intervenção ministerial poderá estar fundada na presença concomitante do interesse público consubstanciado no Registro e de parte qualificada como incapaz.*

No juízo registral, a função do Judiciário é de índole eminentemente administrativa, instaurada, sobretudo, mediante a suscitação de dúvida. É, portanto, procedimento de cognição limitada, na qual se exige das partes a instrução do feito mediante prova documental pré-constituída, eis que, por sua própria natureza, não comporta ampla dilação probatória. Presta-se, desse modo, ao exame dos requisitos extrínsecos de validade do título levado a registro, seja no Registro Geral de Imóveis, seja no Registro Geral de Pessoas Naturais, sendo o procedimento regulado pelo artigo 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73.

É cabível o pedido para suscitar a dúvida, endereçado ao Oficial do Registro, no caso de inconformismo da parte apresentante do título relativamente à recusa do Oficial em proceder à averbação, caso em que o interessado figurará como “suscitado”. No âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, consoante adverte Luiz Guilherme Loureiro, requerida a suscitação da dúvida, o Oficial de Registro anotará tal ocorrência no protocolo, à margem da prenotação do referido título (v.g., mandado de interdição em que falte um dos requisitos legais, como o nome do curador ou o motivo da interdição) e o devolverá ao juiz corregedor, com suas razões, mediante carga<sup>11</sup>. Oferecida a impugnação à dúvida, ou exaurido o prazo para tanto, a intimação do Ministério Público com vista dos autos será obrigatória, a teor do art. 109, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.015/73, para sua manifestação, após o que o juiz corregedor julgará a Dúvida no prazo de quinze dias.

---

11 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos – Teoria e Prática*. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018. p. 157.

Evidentemente que o Ministério Público também não estará vinculado a qualquer interesse, mormente por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, podendo, desse modo, opinar favorável ou contrariamente ao registro do título.

No peculiar caso do juízo registral, a atribuição ministerial de velar pelo regular cumprimento da lei reveste-se de conotação ainda mais relevante, tratando-se de atividade essencialmente técnica, porquanto os registros públicos são regidos pelo princípio da legalidade, da continuidade e da segurança jurídica. Isso significa que, presente alguma mácula de ordem formal sobre o título, deverá o Promotor de Justiça opinar pela procedência da dúvida, com as consequências do art. 202 da Lei n. 6.015/73, não lhe cabendo fazer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo do título que poderia, eventualmente, conduzir à determinação de seu registro como resultado do recurso, pela parte interessada, às vias ordinárias. Como dito, trata-se de procedimento de cognição limitada e especial.

A atuação do Ministério Público no juízo registral, seja perante o Registro Geral de Imóveis, seja junto ao Registro de Pessoas Naturais, possui conotação *suis generis*, na medida em que atua na condição de órgão fiscalizador das funções administrativas do Registro, ao mesmo tempo que pode propor as respectivas medidas judiciais cabíveis para sanar eventuais ilegalidades de que venha a ter conhecimento o Promotor de Justiça com tais atribuições. Atua, portanto, na condição de agente do Estado em funções tanto administrativas como judiciais.

No caso pertinente a este trabalho, que é a atuação ministerial junto ao Registro de Pessoas Naturais, o Ministério Público possui atuação cogente nas vias administrativas, o que se justifica na importância do serviço registral à fé pública e à garantia de segurança jurídica, eis que possuem por objeto a modificação, retificação e anulação de situações de estado.

Procedimento administrativo típico do Ofício Registral é a retificação de registro civil quando os erros no assentamento forem evidentes e, por isso, não se exija dilação probatória para a constatação imediata de sua correção, de modo que “podem ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador,

independentemente do pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público” (art. 110, caput, Lei n. 6.015/73, com redação dada pela Lei n. 12.100/2009). Não sendo evidente o erro, deverá a parte interessada recorrer às vias judiciais, onde se impõe nova manifestação do Ministério Público, que não deverá ser lançada, necessariamente, pelo mesmo órgão que eventualmente tenha se manifestado pela impossibilidade de correção do registro pelo próprio Oficial. O mesmo deve ocorrer em sendo manifestada a suscitação de dúvida, caso seja levado algum título para averbação e o registrador venha a negar a retificação.

Perceba-se que o Ministério Público, tendo presente o relevante e forte caráter de ordem pública de que se reveste o assentamento no Registro de Pessoas Naturais, poderá intentar ele mesmo a ação destinada a retificação do registro civil. É por essa mesma razão que o art. 109 da LRP determina que, em qualquer caso em que se pretenda a restauração, suprimimento ou retificação de assentamento do Registro Civil, “requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório”.

Assim, além de poder exercer todas as funções que lhe são próprias enquanto *custus legis*, poderá o Ministério Público propor a medida judicial ou administrativa pertinente, ainda que, em função da qualidade da parte, seja a princípio dispensável sua atuação, o que se impõe pela finalidade própria do registro público e o interesse qualificado pelo valor coletivo que se atribui ao assentamento que espelhe a realidade fática das relações civis. Portanto, o MP será legitimado extraordinário para, por exemplo, requerer a medida administrativa pertinente à realização do registro tardio de nascimento de qualquer pessoa, não somente aqueles indivíduos aos quais se destina a especial proteção da Lei n. 8.069/90 (ECA) e da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Questão interessante consiste, também, no procedimento para reconhecimento do suposto pai perante o registrador, regulada pelo Provimento 16 do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe seu art. 3º que o Oficial providenciará o preenchimento de termo do qual constarão os dados fornecidos pela mãe ou pelo filho maior, de modo a obter a

maior quantidade de elementos possíveis que indiquem a identidade da pessoa a quem se atribui a paternidade, para, em seguida, remetê-lo ao Juiz Corregedor ou ao titular da Vara do Registro de Pessoas Naturais. Recebendo-o, o magistrado competente deverá, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independentemente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (art. 4º, § 1º), podendo, inclusive, determinar que a diligência seja realizada sob sigilo de justiça.

Não atendendo a notificação no prazo de trinta dias, ou, se atendendo, negar a paternidade, de acordo com a literalidade do § 4º, o Juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Entendemos que a parte final do dispositivo somente se aplica no caso de o requerente se tratar de filho maior, caso em que seu direito personalíssimo de conhecer sua paternidade afastaria a legitimidade extraordinária do Ministério Público para propor a ação como substituto processual, e ainda se estiver representado nos autos do procedimento por Defensor Público. Caso contrário, impõe-se a referida remessa à pessoa do advogado constituído.

Em sendo o requerente filho menor, representado em juízo pela genitora, deverá o juiz obrigatoriamente remeter os autos ao Ministério Público, sob pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade, ex vi do art. 127 da Constituição Federal. O membro do Ministério Público que receber os autos não estará vinculado, contudo, à propositura da ação de investigação de paternidade, em função da prerrogativa de independência de que dispõe no exercício de suas atribuições. Desse modo, na excepcional hipótese de inércia do membro do Parquet na propositura da ação, será possível a propositura subsidiária, pela Defensoria Pública, na qualidade de representantes processuais da parte interessada, aplicando-se por analogia o art. 29 do Código de Processo Penal, acerca da ação penal privada subsidiária da pública.

Na prática, é possível que o órgão do Ministério Público se recuse a propor a ação investigatória e devolva os autos ao juízo, ao fundamento de que caberia postular como parte autônoma. Trata-se, com as devidas vênias, de entendimento inadequado, porquanto amesquinha a função institucional do Ministério Público e esvazia o significado de sua presença na discussão de matérias em que se impõe a intervenção ativa do Parquet, não se limitando, por isso mesmo, à mera função de *custus iuris*.

A parte, outrossim, constituindo advogado ou defensor público, poderá, antes da citação, requerer seu ingresso no polo ativo da demanda, não desnaturando o litisconsórcio ativo originário, eis que não há que se falar, até o despacho que determine a citação, na relação processual triangular propriamente dita, de modo que não terá se estabilizado, ainda, a demanda. Outra razão, na realidade, é o fato de se discutir direito de ordem personalíssima, o que significa que deverá a parte interessada acompanhar, habilitada nos autos, todos os atos processuais, sob pena de nulidade, podendo, inclusive, aditar a petição inicial se ainda não houver acontecido a estabilização.

Se o juiz acolher a promoção ministerial no sentido de que não atuará como parte ativa, deverá intimar a parte interessada para que proponha a ação e, nesse caso, impõe-se, de qualquer modo, que o Ministério Público acompanhe o trâmite da ação na condição de fiscal da lei, com as prerrogativas que lhe são próprias. Portanto, em qualquer hipótese que atraia o interesse ministerial, impõe-se sua atuação, nesses casos, seja como parte autora, seja como *custus legis*.

## **Considerações finais**

Presentes as atuais condições de atuação do Ministério Público em âmbito nacional, impõe-se reconhecer a instrumentalidade, de um ponto de vista utilitário, das normativas internas do CNMP que restringem o filtro de atração da atuação ministerial, o que regulamenta a garantia constitucional de independência funcional, ao outorgar ao membro do MP o juízo discricionário para verificar a subsistência do interesse do Parquet, além de prestigiar a finalidade institucional do Ministério Público, que não pode ser amesquinhada ao ponto de se ter por imprescindível em qualquer processo de família, sobretudo se discutidas questões de índole essencialmente privada. A intervenção do Ministério Público, nesses casos, pode inclusive se traduzir como indevida intervenção do Estado no âmbito familiar e patrimonial e que ocasionará, por vezes, o travamento do feito, ao ponto de inviabilizar eventual autocomposição.

Sob esse prisma da intervenção mínima, no entanto, o Ministério Público, quando de fato atuar, o fará por meio de seu órgão, a quem será atribuída a inderrogável independência para atuar ativamente, postulando e produzindo provas, por exemplo, sem que se vincule, necessariamente, ao interesse da parte ou à matéria discutida em juízo que suscitou sua intervenção. Isso significa que, diante de manifesta ilegalidade, o Promotor de Justiça terá autonomia para se manifestar, v.g., contrariamente ao incapaz nas ações de alimentos, podendo até, presente o interesse ordem pública que igualmente qualifique a tutela ministerial, adotar as providências adequadas a inibir ou fazer cessar a ilicitude, propondo ações declaratórias de nulidade e extraíndo elementos de informação para eventual responsabilização criminal, fazendo-o de forma autônoma, como analisado no caso da propositura de ação investigatória de paternidade na pendência de ação de adoção, por obséquio do princípio da unidade do Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público na sistemática do direito brasileiro.** In: Revista Justitia. São Paulo: MPSP/APMP, vol. LXI, 1968.

LÔBO, Paulo. **Curso de direito civil. Famílias.** Vol. 5. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos – Teoria e Prática.** 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Ministério Público.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** T. 7. Campinas: Bookseller, 1971.

**A LEGITIMIDADE DA PRISÃO CIVIL  
DO DEVEDOR DE ALIMENTOS  
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Felipe Domingos Jurema  
Jônatas Henrique dos Santos*



## Introdução

A prisão civil do devedor de alimentos, embora seja desde sempre um tema amplamente discutido, ainda assim tem se mostrado um assunto de assaz relevância, sobretudo em virtude das controvérsias que o pairam, quanto à sua legalidade como fundamento legítimo de encarceramento no ordenamento jurídico brasileiro. Controvérsia esta que surge principalmente em razão da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, bem como da constitucionalização do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo Brasil no Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Busca-se com este texto a tratativa de uma série de premissas que circundam este tema, como, por exemplo, as diversas especiais de prisão no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando de que forma a prisão civil do devedor alimentos a elas se assemelha ou diferencia. Em acréscimo, observa-se qual é a natureza jurídica dessa modalidade de cerceamento da liberdade, sua essência e a *mens legis* da norma que a instituiu, bem como quais são as suas implicações sociais, econômicas e jurídicas, demonstrando-se um panorama histórico que perpassa a antiguidade da história mundial e repercute no universo jurídico hodierno.

Ademais, tratou-se de questões controvertidas sobre o tema, respeitando-se os múltiplos posicionamentos de vista e as consideráveis divergências que circundam este tema que é muito caro àqueles que se dedicam ao estudo do Direito Civil e Constitucional. Ao final, considerações bastante conclusivas foram realizadas enquanto resultados da produção deste artigo.

## 1. Desenvolvimento

### 1.1 Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de tudo, faz-se necessária a distinção entre as diversas hipóteses de prisão que existem no ordenamento jurídico brasileiro, para que se compreenda melhor a natureza da prisão que se desenrola no Direito de Família em virtude da inadimplência do alimentante. Nesses termos, coexistem as seguintes espécies de prisão no Brasil:

- a) Prisão penal: oriunda da sentença penal condenatória transitada em julgado, a natureza dessa pena é fazer com o que o condenado cumpra a sanção penal que lhe foi imposta na sentença, nesse caso, a sanção penal seria justamente a privação da liberdade. Essa prisão possui um regime de cumprimento de pena, que pode ser aberto, semiaberto ou fechado, a depender das circunstâncias penais ali presentes;
- b) Prisão processual penal: esta modalidade de prisão é uma medida acautelatória aplicada no curso do processo penal, que tem como escopo garantir a ordem social e econômica, a conveniência da instrução processual penal e o curso das investigações. Pode ser a prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária, a depender do momento processual em que se encontre o réu e a necessidade de sua decretação. Ressalta-se que até mesmo no Processo Penal essa espécie de prisão é uma medida excepcional, que deve ser aplicada se, somente se, as demais medidas cautelares insculpidas no art. 319 não forem suficientes para refrear o instinto criminoso do acusado;
- c) Prisão Administrativa: se decreta pela autoridade administrativa ou judiciária, não tem natureza processual penal, sendo decretada na defesa dos interesses do serviço público, mantendo a ordem, a probidade e a moralidade que nele devem reinar;
- d) Prisão Disciplinar: admitida como forma de punir as transgressões militares e crimes militares propriamente ditos, essa medida somente é possível nas hipóteses previstas no

Código de Processo Penal Militar e a Constituição Federal. Inclusive, consoante o disposto no art. 142, §2º, não caberá habeas corpus dessa modalidade de prisão;

e) Prisão Civil: é a modalidade de prisão que se opera em face do devedor de alimentos, nos termos do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal. Na esfera civil, é entendimento pacífico que essa é a única hipótese de decretação de prisão civil por dívida. Ressalta-se que essa espécie de prisão não possui a natureza de sanção penal, civil ou administrativa, é antes de mais nada um meio de compelir o alimentante ao cumprimento da obrigação alimentar.

Neste trabalho, aborda-se, de maneira específica, a prisão civil oriunda da dívida de alimentos. A prisão é um ato no qual uma pessoa tem a sua liberdade limitada por força de um apoderamento físico, estando sujeita a guarnição de alguém. Essa privação da Liberdade da liberdade do indivíduo, como se sabe, dá-se por motivo lícito e forma legal, mediante a clausura.<sup>1</sup> Embora tanto a prisão penal quanto a prisão civil sejam uma constrição da liberdade, esta possui uma diferença basilar em relação àquela outra, a prisão penal está prevista única e exclusivamente na legislação criminal, regendo-se pelo princípio da legalidade estritíssima e somente se processa mediante a condenação transitada em julgado exarada pelo Estado - Juiz, ao culpado de uma infração penal, via de regra, ou para garantir o regular curso da instrução processual penal.

A prisão penal possui um caráter de pena, de punição, como o próprio nome nos diz, visa segregar o autor da sociedade, em virtude da conduta reprovável que ele cometeu. Busca tanto puni-lo como educá-lo, a fim de reprimir a prática de outros atos ilícitos, sejam eles crimes ou contravenções. Daí o princípio jurídico segundo o qual não há pena, nem crime, sem lei que previamente o defina (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Conforme ensina Cezar Roberto Bittencourt:

---

1 BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2006, p.365

2 FREITAS, Jaime Walmer de. Prisão Temporária, 2º ed. São Paulo Saraiva, 2009. p 31-32

“Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.”<sup>3</sup>

A prisão civil, por outro lado, não possui o caráter de pena, é apenas um meio hábil a coagir o devedor de alimentos a adimplir com a sua obrigação, obrigação esta que surge de uma relação de natureza privada, especificamente, familiar, estando regulada pelas disposições do Código Civil. Nessa modalidade de prisão, diferentemente das demais, há uma pressão psicológica para que o alimentante cumpra com o seu compromisso, para que preste alimentos a quem necessita.

É apenas um dentre os diversos meios coercitivos que compele alguém a adimplir com a sua obrigação. É como se a liberdade pessoal fosse posta em xeque para garantir o direito do alimentante de receber os alimentos que lhe são devidos, nessa ótica, a liberdade deve ceder espaço para o direito aos alimentos, que numa escala de importância ocupa uma posição elevada.

## 1.2 A historicidade da prisão civil e o Pacto de São José da Costa Rica

De maneira geral, pode-se dizer que na Antiguidade a prisão civil por dívida era prevista em uma série de regramentos. Na Civilização babilônica, por exemplo, previa-se no Código de Hamurabi tal constrição à liberdade, que assim dispunha:

115º - Se alguém tem para com outro um crédito de grãos ou dinheiro e faz a execução, e o detido na casa de detenção morre de morte natural, não há lugar a pena.

116º - Se o detido na casa de detenção morre de pancadas ou maus tratamentos, o protetor do prisioneiro deverá convencer o seu negociante perante o tribunal; se ele era um

---

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* (parte geral). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 505-506, v. 1.

nascido livre, se deverá matar o filho do negociante, se era um escravo, deverá pagar o negociante um terço de mina e perder tudo que deu.

117º - Se alguém tem um débito vencido e vende por dinheiro a mulher, o filho e a filha, ou lhe concedem descontar com trabalho o débito, aqueles deverão trabalhar três anos na casa do comprador ou do senhor, no quarto ano este deverá libertá-los.<sup>4</sup>

De igual sorte, eram tratados os devedores cívicos na Índia mediante a aplicação do Código de Manu, que além da prisão civil por dívida admitia o emprego de violência para recebimento do crédito. Já no Egito admitia-se a escravidão por dívida. Tanto no Direito Romano quanto no Direito Grego, admitia-se a retenção dos devedores como meio de coação para pagamento de suas dívidas, ou seja, o cidadão restaria preso até adimplir com o seu débito. Tanto é que Cezar Roberto Bittencourt salienta-nos que:

“Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se do castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento da pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia do réu ante a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que os devedores cumprissem as suas obrigações”.<sup>6</sup>

Assim também Asdrúbal Franco Nascimbeni:

“[...] desde os tempos remotos do direito romano, e depois, passando pelo direito da Idade Média, com destaque à época

---

4 Código de Hamurabi. LCC.Publicações Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em 27 maio 2019.

5 AZEVEDO. Álvaro Vilaça. Prisão Civil Por dívida. São Paulo. 1993. P.14

6 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal (parte geral). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.507. v. 1

da formação e, posteriormente, da consolidação do reino português, sempre houve a previsão - ainda que com algumas atenuações ao longo do período - da responsabilidade corporal (considerando-se aí, mais especificamente, a pena de prisão) do devedor que não pudesse cumprir com suas obrigações, notadamente as de natureza pecuniária”<sup>7</sup>.

Para tratar desse ponto em específico, é preciso resgatar um pouco da História Constitucional Brasileira. Sabe-se que a Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, as emendas de 7 de setembro de 1926 e a Constituição de 10 de novembro de 1937 não previam a figura da prisão civil por dívida. Com o advento da Constituição de 1934, a prisão civil por dívida foi expressamente proibida, sendo a primeira a fazê-la.

Diferente tratamento incidiu nas Constituições de 18 de setembro de 1946 e de 24 de janeiro de 1967, que passam a autorizar a prisão civil por dívida tanto do devedor de alimentos quanto do depositário infiel. Situação idêntica é a que se repete na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 que dispõe em seu artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. A Constituição Federal, via de regra, prima pela liberdade individual, sendo a restrição de liberdade uma medida excepcionalíssima, em primeiro caso aplicado ao final do processo penal e em raríssimas hipóteses no curso da execução de alimentos.

Em 06/11/1992, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), de 22/11/1969, foi inserido na Ordem Jurídica Brasileira através da Promulgação do Decreto 678/92, promulgado pelo Presidente da República após a ratificação deste pacto pelo Congresso Nacional, em 26/05/1992, através de Decreto Legislativo.

A referida convenção é um marco para a garantia dos Direitos Humanos na América, visto que é ela quem assegura, em seu art. 7º: “Direito à liberdade pessoal; 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio

---

<sup>7</sup> NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 195.

não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Assim sendo, a prisão civil do devedor de alimentos somente se processa mediante ordem judicial tomada em razão do inadimplemento desta obrigação, respeitando, sempre, os princípios constitucionais. Os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos, conforme se sabe, são normas que consagram direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, receberem grau de texto constitucional’.

Assim, conquanto a Constituição Federal brasileira já vedasse a prisão civil por dívidas, ressalvadas as exceções do art. 5º, LXVII, o Pacto de São José da Costa Rica foi relevante em obstar a consecução da prisão do depositário infiel. Tal medida coercitiva, inclusive, foi rechaçada pelo Pretório Excelso, conforme enunciado n. 25 de sua Súmula Vinculante: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de *depósito*”. Quanto à perspectiva jurisprudencial acerca da prisão do devedor de alimentos, esta remanesce inerte, isto é, continuou admitindo sua constitucionalidade.

Neste entendimento, o Tratado Internacional, quanto ao encarceramento do inadimplente em obrigação alimentar, tão somente ratificou o que já estava disposto em norma constitucional. Isto posto, confirma-se a posição do Supremo Tribunal Federal.

Senão vejamos:

A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do PIDCP (art. 11) e da CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos

humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

3. *Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. (grifo nosso)* O art. 5º, § 2º, da Carta Magna expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

4. Habeas corpus concedido.

[HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008.]

Sabe-se, contudo, que a restrição da liberdade é a medida mais excepcional de nosso ordenamento jurídico, somente devendo ser aplicada quando os demais mecanismos de coerção e execução mostrarem-se ineficazes e após esgotados todos os meios legais existentes para o cumprimento da obrigação.

Além da previsão constitucional sobre o tema, deve-se levar em consideração a legislação ordinária que tem como escopo tratar da prisão civil por alimentos e a execução da prestação alimentícia, a primeira delas é a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68).

### 1.3 Natureza jurídica da prisão civil e a sua legitimidade

A prisão, no ordenamento jurídico pátrio, é majoritariamente aplicada sob o regime jurídico do direito penal, sobretudo por se configurar como *ultima ratio* do sistema jurídico. Portanto, haja vista as elevadas taxas de criminalidade nacional, surge por consequência uma grande tendência de encarceramento, atingido quando da infração recorrente das normas

penais, sendo considerado medida imprescindível à consecução da justiça penal, através do *ius puniendi* estatal, embora ainda haja vasta controvérsia sobre este tema, que não é objeto direto do presente artigo.

Nesse sentido, o instituto da prisão, qualquer que seja a sua espécie, deverá ser aplicado somente como medida subsidiária e fragmentária a demais procedimentos para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica. A restrição da liberdade individual é, portanto, medida excepcional no sistema jurídico como um todo, sendo, no entanto, a espinha dorsal do sistema penal, justamente por ser este sistema, por si só, subsidiário à aplicação de sanções no direito. Não só a restrição da liberdade através da prisão é *ultima ratio*, mas o direito penal em si o é. Assim, por tutelar bens jurídicos mais relevantes e que transcendem a esfera jurídica do interesse particular, estendendo-se à própria esfera social, tem-se a prisão como instituto fundamental nesta seara. Nesse esteio, leciona Paulo Queiroz:

“por ser a forma mais violenta de intervenção na vida dos cidadãos, os quais são a razão e o fim do Estado, segue-se necessariamente que semelhante intervenção somente deve ter lugar quando seja absolutamente necessária à segurança desses mesmos cidadãos. O direito penal deve ser enfim a *extrema ratio* de uma política social orientada segundo os valores constitucionais. Semelhante intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua interpretação/aplicação, somente se justifica quando seja realmente imprescindível!”<sup>8</sup>

Quando confrontada com a realidade carcerária, torna-se ainda mais importante a distinção da prisão face a outros métodos de coerção ao cumprimento das normas jurídicas e meios de sanção. Os estabelecimentos prisionais são marcados por notória superlotação, inclusive em países de primeiro mundo, amontoando-se os apenados em celas coletivas, dormindo no piso, sem colchões e agasalhos. Nas palavras de Raul Eugênio Zaffaroni:

---

<sup>8</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal (legitimação versus deslegitimação do sistema penal)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 60.

“A cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar os comportamentos desviados das pessoas e de agravá-los. Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há 200 anos nós sabemos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa que a cadeia de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldades, tudo igual.”<sup>9</sup>

No Brasil, tamanha é a precariedade do sistema prisional que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a título de exemplo, redigiu resolução, em 28 de novembro de 2018, vedando a entrada de novos detentos no Complexo Penitenciário do Curado, composto pelo Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros (PJALLB), Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA) e o Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB), em Pernambuco, bem como estabelecendo que o cômputo dos prazos de cumprimento de pena fosse contado em dobro, salvo para condenados por crimes contra a vida e a dignidade sexual

Por se tratar de verdadeira violência ao indivíduo de direitos, optou o constituinte por vedar quase completamente a prisão civil por dívidas, ressaltando-se somente a do devedor de alimentos. Assim, assevera o art. 5º, LVXII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

“Os alimentos têm por objetivo a preservação do que o Código Civil denomina “viver de modo compatível com a sua condição social”, além de atender “às necessidades de sua educação”.<sup>10</sup>

E isso se dá por razão bastante importante. Ora, preceitua a Constituição Federal o princípio da solidariedade familiar, no seu art. 3º, I, sendo, nesse sentido, modo primordial, nas relações familiares, de consecução do princípio de dignidade da pessoa. É por essa razão que dispõe o Código Civil de 2002, no seu art. 1.694, *caput*:

---

9 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Desafios do direito penal na era da globalização*. Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n. 5, p. 202, 1998.

10 LÓBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 373

“Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros, pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

No entanto, embora tenha a Constituição Federal buscado conferir ao Estado encargos e responsabilidades que conferissem ao cidadão vida digna e saudável, deparou-se com uma realidade demasiadamente complexa. E, por ser incapaz de suprir todas as necessidades para a subsistência do indivíduo, o aparato estatal, reconhecendo a família como elemento nuclear da sociedade, transfere tais responsabilidades a ela e a seus componentes.

Conforme aduz Maria Helena Diniz:

“Há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere, mediante lei, aos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõem esse dever moral e jurídico.”<sup>11</sup>

Portanto,

“A falta de pagamento da pensão alimentícia não justifica, por si, a prisão do devedor, medida excepcional “que somente deve ser empregada em casos extremos de contumácia, obstinação, teimosia, rebeldia do devedor que, embora possua os meios necessários para saldar a dívida, procura por todos os meios protelar o pagamento judicialmente homologado”.<sup>12</sup>

Portanto, resta clara a subsidiariedade da medida, destinando-se aos inadimplentes que, podendo cumprir com sua obrigação, optam por não o fazer, seja por capricho, ou algum outro motivo fútil. Ocorre, muitas

---

11 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 26ª Edição, Editora Saraiva, 2011, apud Orlando Gomes;

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 574

vezes, de o devedor eximir-se de cumprir com sua obrigação por não se conformar com a decisão judicial que lhe condenou a prestar alimentos. Nesse caso, prescreve a lei a medida de prisão como forma coercitiva indireta para o adimplemento.

Em que pese o dispositivo constitucional conferindo legalidade às decisões que decretam a prisão do devedor de alimentos (vide art. 5º, LVXII, CF c/c 528, §3º do CPC/2015), é entendimento majoritário da doutrina e pacífico da jurisprudência que a natureza da prisão-pena é juridicamente diversa da modalidade civil de privação da liberdade. A prisão penal é, por natureza, sanção, de caráter eminentemente retributivo, proporcional ao bem jurídico lesionado e que busca restabelecer a paz social desconcertada em função do ilícito. A prisão civil, por sua vez, não advém da transgressão de norma penal, nem busca retribuição por ilicitude, muito menos restabelecer a paz social lesionada por determinado ato, antes, tem caráter privado, servindo de meio coercitivo ao adimplemento de determinada obrigação. Não se pune civilmente com prisão, por exemplo, quem deve alimentos, mas sim se utiliza de medida típica de coerção indireta ao pagamento da obrigação de natureza alimentar. É, enfim, medida de intimidação, coerção e constrangimento ao cumprimento das determinações do império judicial e adimplemento obrigacional. Conforme aduz Vicente Greco Filho:

“A prisão civil é a medida de coação executiva para compelir alguém ao cumprimento de um dever civil, segundo a Constituição brasileira, e ocorre apenas no caso de dever de cumprimento da obrigação alimentar e da devolução da coisa pelo depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF e art. 320 do CPP)”<sup>13</sup>

O Estado, nesse caso, não exerce *ius puniendi*, visto que a prisão civil de natureza alimentar não tem o condão de punir o executado pela prestação que não adimpliu, mas coagi-lo a cumpri-la. Conforme leciona Barbosa Moreira:

“Como não se trata de punição, mas de providência destinada a atuar no âmbito do executado, a fim de que realize a prestação, é natural que, se ele pagar o que deve, determine

---

13 GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250

o juiz a suspensão da prisão (art. 733, § 3º), quer já tenha começado a ser cumprida, quer no caso contrário.”<sup>14</sup>

Ainda, defendeu a dupla natureza jurídica da prisão Moreira Alves, no julgamento do *habeas corpus* n. 77.527/MG, onde afirmou:

“O problema da prisão civil não tem nada que ver com o problema da prisão penal. Embora, por vezes, impropriamente a lei aluda à pena, na realidade não é pena, é um meio coercitivo indireto de execução de uma sentença civil [...], o que significa dizer que essa prisão [...] é um meio processual de execução, e conseqüentemente não é pena, porque não se pune. É um modo de se compelir indiretamente o devedor [...] a prestar os alimentos devidos.”<sup>15</sup>

Contudo, há ainda vozes que criticam firmemente essa dupla categorização do instituto da prisão, insinuando não haver naturezas diametralmente opostas, ou divergentes entre si, isto é, como se tivessem duas identidades. Nesse sentido Maurício Cordeiro:

“Na realidade, em sendo a prisão uma medida sancionatória - pois suprime um direito - independentemente da adjetivação ou qualificação que lhe queiram emprestar, vale dizer, civil, criminal, penal, processual, disciplinar etc., estará sempre o seu destinatário sujeito aos mesmos malefícios psíquicos, além da restrição do mesmo direito universal (liberdade), tenha ele praticado um mal maior e mais grave à sociedade consistente nos delitos ou simplesmente tenha ele inobservado - quiçá por impossibilidade financeira, erro de direito ou até mesmo intencionalmente - uma cláusula contratual, um encargo judicial ou uma obrigação de caráter alimentar.”<sup>16</sup>

---

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa, O novo processo civil brasileiro. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 261.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 73.414/rs. 4ª Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJU de 22 out. 2007, p. 275, *apud*, MAIA, Roberto Serra da Silva. *Prisão civil do devedor de alimentos*. Abolição. São Paulo: LTr, 2013. p. 71.

16 CORDEIRO, Maurício. *Prisão civil por dívida e sua proscrição definitiva* (visão de uma nova parametricidade normativa). São Paulo: Factash, 2008. p.32., *apud*, MAIA, Roberto Serra da Silva. *Prisão civil do devedor de alimentos*. Abolição. São Paulo: LTr, 2013. p. 71.

Digno de nota, ainda, os dizeres de Moacir César Pena Júnior, quando afirma:

“Prisão civil! Prisão penal! Será que, para quem está trancafiado entre quatro paredes, faz alguma diferença? Faz algum sentido essa discussão para quem está lá? A nós parece que não, até porque, conforme leciona Cristina da Motta, ‘a prisão civil não deve receber concessões, a que vale dizer que o devedor não deve ter vantagens, portanto, ser cumprida no presídio ou no quarte’”.<sup>17</sup>

Há, nesse sentido, uma observação pertinente direcionada não somente ao instituto da prisão como elemento do sistema jurídico, mas de suas idênticas consequências, seja na sua espécie penal ou na civil em desfavor do apenado. Isto é, o preso civilmente não teria benesse alguma em contrapartida ao preso penalmente, bem como o preso penalmente não tem desvantagem alguma face ao preso civilmente. Dessa forma, o fato gerador da prisão, seja civil ou penal, não melhora nem piora a situação do apenado, que permanece enclausurado em cela prisional e se submete a toda disciplina comum do estabelecimento em que se encontra.

Assim, no esteio dessa linha de pensamento, a título de tutela dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão, preceituados pela Constituição Federal, não haveria pertinência objetiva na diferenciação da natureza jurídica do instituto, como se por essa diferenciação se pudesse atenuar os efeitos e malefícios da prisão civil em desfavor do alimentante, ou, ainda, se pudesse justificar a sua utilização sem que esteja havendo a tutela de bens jurídicos relevantes tal qual no direito penal (*nullum crimen sine iniuria*), em vistas ao constrangimento de uma das partes para adimplir uma obrigação. É por isso, inclusive, que tais juristas terminam por, via de regra, filiar-se à corrente do abolicionismo prisional na esfera cível.

Em sentido contrário, vozes tais como de Paulo Lôbo<sup>18</sup> entendem ela imprescindibilidade desta medida como forma de garantia dos direitos do

---

17 PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias* (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359, *apud*, MAIA, Roberto Serra da Silva. *Prisão civil do devedor de alimentos*. Abolição. São Paulo: LTr, 2013. p. 73;

18 LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380

alimentando. Embora lastimável a realidade carcerária nacional, também se consubstancia como lastimável a atitude de abandono de muitos responsáveis legais em relação ao adimplemento alimentício. Consoante dispõe ..., é bem verdade que muitos indivíduos devedores de prestação alimentícia que alegam não possuir capacidade financeira para adimplir com sua responsabilidade legal, quando confrontados com a possibilidade de terem sua liberdade cerceada mediante cárcere, desde logo conseguem, “surpreendentemente”, cumprir a obrigação, coisa que até então diziam-se incapazes de fazer.

Pontue-se ainda que, diferentemente do suscitado pela primeira corrente, que questiona a noção de dupla natureza jurídica da prisão, esta última linha entende haver diferenças claras em ambos os regimes jurídicos, sobretudo quando da aplicação do encarceramento. Primeiramente, consoante art. 528, §4º do Novo Código de Processo Civil, os reclusos por dívida alimentar devem ficar separados dos presos comuns, de forma que não se imiscuam com indivíduos que cometeram crimes ou até mesmo que viveram habitualmente da atividade criminosa. Além disso, a *mens legis* da prisão constante na Lei nº 5.478/68, bem como no art. 528, §3º do NCPC, é a coerção ao adimplemento da dívida, ao contrário do direito penal, que se fundamenta na retribuição do ato ilícito praticado contra bens jurídicos relevantes. Nesse sentido, ao contrário do direito penal, o devedor de alimentos que desde já cumprir sua obrigação deverá ser beneficiado com a soltura, nos termos do art. 528, §6º do código processual, ao contrário do preso penalmente. Este, ainda que restitua a coisa roubada, por exemplo, ainda assim terá de cumprir a pena determinada em sentença penal condenatória transitada em julgado.

Portanto, ao contrário do que afirmam os críticos, a prisão civil tem, sim, caráter atenuado frente ao cumprimento de prisão penal, possuindo ambas não só um fundamento legal absolutamente distinto uma da outra, mas consequências igualmente díspares.

Dessa forma, a medida torna a ser proporcional frente aos direitos fundamentais do alimentando que devem ser tutelados e que estão em perigo grave de dano. Ora, a prestação alimentícia passa a ser, quando da dependência de um parente em relação a outro, o meio primordial para a garantia de sua subsistência. Consoante leciona Paulo Lôbo:

“Subsistir é prover as próprias necessidades, sustentar-se, manter-se; ter o necessário para alimentação, vestuário, habitação, transporte, considerado o meio social em que vivia.”<sup>19</sup>

Assim, sendo a dignidade da pessoa princípio fundante do sistema constitucional brasileiro, tem como um dos seus elementos essenciais a autonomia da vontade, subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, inclusive diante do conceito de *mínimo existencial*. Sem este mínimo, portanto, é impossível que o princípio seja observado. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida.”<sup>20</sup>

A prisão civil do devedor de alimentos, nesse sentido, seria a *ultima ratio* da jurisdição em vistas a garantir a prerrogativa de dignidade do alimentando no Estado Democrático de Direito. Portanto, o sacrifício à liberdade do que não cumpriu dignamente com sua obrigação torna-se efêmero frente à tentativa de garantir dignidade àquele que não tem culpa de sua própria incapacidade de subsistir autonomamente. A prisão é, por fim, medida legítima com fins de preservar a vida e dignidade do inocente quanto à sua própria vulnerabilidade.

#### 1.4 Legalidade da prisão civil como medida coercitiva atípica

Por fim, há interessante discussão acerca da extensão da vedação constitucional sobre a prisão civil que influencia diretamente no debate suscitado por este presente trabalho. Ora, é certo que o dispositivo

19 Idem. Ibidem. p. 387

20 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 25.

constitucional do art. 5º, LXVII veda a prisão civil por *dívidas* (frise-se o termo), permitindo-a apenas quando do inadimplemento de prestação alimentar.<sup>21</sup> Há controvérsia, no entanto, acerca do valor semântico atribuído pela Carta Magna à palavra “dívida”, visto que a interpretação mais abrangente ou, em contrapartida, mais restritiva, modificaria radicalmente a incidência da norma, seja para restringir as hipóteses de prisão civil ou expandi-las. Marcelo Lima Guerra resume bem esta controvérsia:

“O inc. LVII [*na verdade, inc. LXVII*] do art. 5º da CF dispõe que ‘não haverá prisão civil por *dívida*, salvo...’. Não se pode ignorar que a expressão ‘*dívida*’ admite ser compreendida com dois significados distintos, a saber: como “*obrigação de pagar quantia*” e como “*obrigação civil*”. Também não se pode desconhecer que, dependendo do significado a ser atribuído à expressão ‘*dívida*’, o sentido e o alcance do referido dispositivo constitucional variarão *radicalmente*:

a) compreendendo-se ‘*dívida*’ como ‘*obrigação de pagar quantia*’, a vedação imposta no LVII [*inc. LXVII*] do art. 5º da CF não exclui a possibilidade de ser admitida no ordenamento o uso da prisão civil para a tutela de outras modalidades de obrigação, sobretudo de fazer ou não fazer;

b) compreendendo-se ‘*dívida*’ como ‘*obrigação civil*’, então a vedação do inc. LVII [*inc. LXVII*], do art. 5º da CF é *absoluta*, isto é, exclui o uso de prisão civil fora das hipóteses aí indicadas”<sup>22</sup>

No esteio dessa sistematização, aceitam o entendimento de “dívida” como qualquer inadimplemento de liame obrigacional Eduardo Talamini<sup>23</sup>,

---

21 Como se sabe, foi inadmitida a prisão civil do depositário infiel em virtude da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992, em consonância, inclusive, com o enunciado n. 25 da Súmula Vinculante do STF: “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

22 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003. p. 135. (Houve escusável erro material do autor ao se referir ao inciso em questão como sendo o LVII, razão pela qual corrigimos àquele efetivamente disposto no texto constitucional, isto é, LXVII).

23 TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 302.

Ovídio Baptista da Silva<sup>24</sup>, José Miguel Garcia Medina<sup>25</sup> e Humberto Theodoro Jr.<sup>26</sup>.

Em sentido diverso, há quem compreenda o termo “dívida” somente como “prestação pecuniária”. Assim, poder-se-ia admitir, por exemplo, a prisão civil como medida coercitiva atípica nos processos de execução de obrigações de fazer ou não fazer. Nesse esteio, Luiz Guilherme Marinoni<sup>27</sup> e Frederico Augusto Leopoldino Koehler. Fredie Didier Jr.<sup>28</sup>, Leonardo

Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira<sup>29</sup>, por sua vez, entendem ser possível a prisão civil como medida coercitiva atípica, desde que excepcionalmente, através da ponderação dos direitos fundamentais contrapostos no processo de execução, isto é, quando o “bem que por meio dela se pretende tutelar mostrar-se, no caso concreto, mais relevante que a liberdade pessoal do devedor”<sup>30</sup> e, cumulativamente, quando servir para efetivar decisão judicial que reconheça tão-somente direito não-patrimonial (*non money judgement*), ou seja, nem sempre caberá prisão como coerção para obrigações de fazer, somente quando o bem tutelado seja mais importante que a liberdade do executado. Assim, conforme lecionam, “a princípio, a prisão civil é medida coercitiva somente aplicável ao devedor de alimentos. Para utilizá-la em outro cenário, o juiz precisa motivar adequadamente a sua decisão”<sup>31</sup>.

Há interessante alternativa à discussão, proposta por Sérgio Cruz Arenhart. Nos seus termos, a vedação constitucional diz respeito a qualquer prisão *decorrente de liame obrigacional*, independente de sua espécie (fazer, não fazer, pagar quantia). Dívida seria, então, “empregada

---

24 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 530;

25 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil - princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, n. 5.5.5.3, p. 336;

26 THEODORO JR., Humberto. “Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.30.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 292-295;

28 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 288-296.

29 DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil – execução*. Vol. 05. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

30 Idem. *Ibidem*, p. 129

31 Idem. *Ibidem*, p; 129.

no sentido de débito, vinculada portanto a certo conteúdo obrigacional da prestação<sup>32</sup>. No entanto, entende Arenhart pela admissão da prisão civil como medida coercitiva para cumprimento de ordem judicial, já que o objetivo fundamental da prisão seria fazer-se respeitar o poder de império estatal, resguardando a dignidade da justiça.<sup>33</sup>

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003; AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão Civil Por dívida*. São Paulo. 1993;

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza Jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010;

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* (parte geral). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006; Código de Hamurabi. LCC. Publicações Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em 27 maio 2019;

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil – execução*. Vol. 05. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017;

FREITAS, Jaime Walmer de. *Prisão Temporária*, 2 ed. São Paulo Saraiva, 2009;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

---

32 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 392.

33 DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil – execução*. Vol. 04. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003;

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013;

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

MAIA, Roberto Serra da Silva. *Prisão civil do devedor de alimentos*. Abolição. São Paulo: LTr, 2013;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil - princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002;

MOREIRA, José Carlos Barbosa, O novo processo civil brasileiro. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2006;

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal (legitimação versus deslegitimação do sistema penal)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003;

THEODORO JR., Humberto. “Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002;

ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Desafios do direito penal na era da globalização*. *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 2, n. 5, 1998.

**LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE  
DE APLICAÇÃO ANALÓGICA AO IDOSO**

*Gabriela Barbosa Dias Lima  
Katarina Lima Carvalho Do Nascimento  
Mariana De Andrade Silva*



## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação analógica da lei de Alienação Parental à pessoa idosa a fim de ampliar sua esfera de proteção e coibir a prática da alienação em face do idoso. Destarte haverem amparos legalmente estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto do Idoso, há uma lacuna protetiva nos casos em que a pessoa em idade avançada é vítima de alienação, estando o alienador representado na pessoa do filho ou curador. Para isso foi analisado o conceito e a condição da pessoa idosa face à legislação vigente, passando pela concepção de família e autoridade parental, bem como a definição de Alienação e a possibilidade de convergir esse instituto em favor do idoso tendo em vista a vulnerabilidade constatada tanto do menor, como deste. Por fim, foi examinada a posição doutrinária e a evolução jurisprudencial a respeito do tema.

**Palavras-Chave:** alienação parental; idoso; vulnerabilidade; família;

## Introdução

Idoso, pessoa idosa, longeva, pessoa “de idade”, são termos corriqueiros, comuns, que não geram grandes discussões. Todavia, definir idoso no Direito se mostra uma tarefa complexa, haja vista as diferentes atribuições dadas por cada legislação. Em face disso, os conhecimentos trazidos por outras áreas do conhecimento, como a Medicina, Psicologia, Sociologia e outras são de suma importância para delinear quem está abarcado por esta categoria, bem como importam para o estabelecimento, no Direito, de legislações e projetos específicos. Um resultado disso são as legislações específicas como o Estatuto do Idoso, Política Nacional do Idoso,

além do tratamento do texto constitucional, que determina sociedade, Estado e a família como responsáveis por assegurar os direitos inerentes à dignidade para o idoso.

No direito brasileiro, o idoso é tratado como vulnerável, independentemente de suas condições físicas ou psíquicas. Dessa forma, a pessoa idosa goza de proteção especial por parte do Estado, também recaindo sobre sua família e sobre a sociedade o dever de amparar esse indivíduo e garantir seus direitos fundamentais à vida, à saúde, ao lazer, etc. Alguns doutrinadores defendem que certos dispositivos aplicados à criança e ao adolescente (igualmente considerados vulneráveis) possam também ser aplicados à pessoa idosa: é o caso do abandono afetivo e da alienação parental - pontos que serão abordados ao longo deste artigo.

Sendo assim, se faz necessário analisar as possibilidades de assegurar mais direitos e segurança à pessoa em idade avançada. A alienação parental na sua forma legal não alcança os idosos, porém partindo da situação de semelhante vulnerabilidade da pessoa idosa, bem como convergindo as formas de manipulação, mediante adequação ao que diz o dispositivo legal sobre o tema, se mostra possível, em determinadas situações, alcançar o idoso e conferir mais proteção a este e também penalizar o alienador, que muitas vezes, movidos por interesses escusos, afastam parentes queridos da convivência saudável e harmônica com o idoso, insurgindo nestes sentimentos de abandono e revolta, quando na verdade deveriam receber o devido amparo na velhice.

## **1. Do idoso**

Entender a alienação parental que tem como vítima a pessoa idosa pressupõe compreender quem pode ser associado como tal. Para isso, vale o trabalho multidisciplinar de cotejar as definições trazidas por outros campos do conhecimento, como a saúde e a filosofia, que não só contribuem para o entendimento do Direito como até mesmo o embasam.

O idoso é resguardado pela Constituição Federal de 1988 no art. 230. Tal dispositivo determina como responsáveis por proporcionar bem estar e efetivação do princípio da dignidade humana ao idoso o Estado, a comunidade e a família, além disso, outros dispositivos do texto constitucional também tratam da pessoa idosa.

Mesmo com os institutos para a pessoa com idade longa que constam na Carta Magna, se fazia necessário um dispositivo que regulasse as particularidades desta parcela da população brasileira. A Lei nº 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, regula as matérias referentes ao direito do idoso e traz uma série de dispositivos que se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana.

### 1.1 Conceito de idoso e o envelhecimento

A definição de envelhecimento é complexa, uma vez que este não se trata de um fenômeno isolado, mas de um processo fisiológico e natural e compreende a maior fase do desenvolvimento humano. Maria Berenice Dias faz algumas reflexões sobre isso:

A palavra velho é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo idoso que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. Até parece que suavizar tais palavras vai fazer alguns anos desaparecer. Mas é quase como a expressão usada com relação aos automóveis. Não mais se usa carro usado e sim seminovo, ainda que o carro seja o mesmo! (DIAS, 2016, p. 1102)

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a idade da pessoa considerada idosa é estabelecida de acordo com o nível socioeconômico do país. Nos países em desenvolvimento, uma pessoa com 60 anos ou mais é considerada idosa. Países desenvolvidos, por sua vez, tem esse número estendido para 65 anos.

A Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG), em seus estudos e pesquisas sobre a pessoa idosa estabeleceu o conceito de envelhecimento através de dois conceitos:

- a) Conceito simplista: o envelhecimento é o processo biológico através do qual o jovem se torna idoso. Logo, tal critério se baseia apenas no aspecto cronológico;

b) Conceito biológico: o envelhecimento é um conjunto de fenômenos que ensejam na redução da capacidade adaptativa e sobrecargas funcionais, ou seja, são fatores internos da condição humana. É o conjunto de consequências da passagem do tempo no organismo.

A Psicologia, ao se debruçar sobre o conceito de envelhecimento, faz uma divisão entre o biológico e o psíquico. O envelhecimento biológico é ativo e irreversível, causando vulnerabilidades orgânicas às agressões externas e internas (envelhecimento somático). Já o envelhecimento psíquico é o chamado amadurecimento. Este não está naturalmente atrelado à passagem do tempo, mas depende de aspectos como o “esforço pessoal contínuo na busca do autoconhecimento e do sentido da vida”. *Mutatis mutandis*, é importante frisar que essa última conceituação alarga-se à medida que evolução tecnológica e comunicacional, novos recursos medicinais, qualidade de vida, entre outras variáveis, interferem substancialmente no processo de amadurecimento humano.

No Direito, durante muito tempo houve divergência com relação ao marco temporal que determinaria a idade da pessoa idosa. Isso significava uma série de dificuldades e entraves para concessão de direitos e determinação de deveres desta parcela da população. O critério utilizado outrora por parte da doutrina para determinação da pessoa idosa era cronológico, sendo este absoluto. Outro vértice da doutrina entendia que se fazia importante perceber analisar mais fatores, psicológicos, biológicos, de modo que um critério único de determinação, que coloca todos os idosos, de todas as idades como iguais em todos os aspectos não respeita as fases da velhice e, por isso, pode se mostrar ineficaz para garantir os direitos fundamentais. Então, a qualidade de vida do idoso dependia da análise do caso concreto.

Em face disso, a Lei nº 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, se propôs a corrigir essa divergência, de maneira a uniformizar o entendimento sobre a pessoa idosa. Segundo esta lei, uma pessoa com idade igual ou superior a 60 anos é considerada idosa para efeitos legais. Para tal, não importaria se este fosse capaz ou incapaz, senil ou plenamente ativo física, psíquica e intelectualmente, mas todos, através deste documento legal, gozam de proteção do Estado. “Art. 1º É instituído o Estatuto do

Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

Apesar de não trazer uma definição de pessoa idosa, a Constituição Federal de 1988 tratou de ampará-la em seu bojo através dos artigos 229 e 230, onde determina os filhos maiores a responsabilidade de assistir os pais na velhice, carência ou enfermidade.

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.

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.

Visto isso, é possível perceber que o conceito de pessoa idosa passa por diversos ramos, com diferentes enfoques. Portanto, privilegiar o critério cronológico como determinante, em detrimento a outros fatores como o meio, a condição físico-psíquica, dependência e convívio familiar pode significar um entrave para efetivação de direitos. Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não pacificou entendimento sobre a idade que determina a pessoa idosa e isso pode ser especialmente maléfico, uma vez que o idoso pode não pleitear seus direitos por não saber em quais diretrizes se encaixa.

## 1.2 Direitos assegurados ao idoso na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 tem a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios basilares. Em razão disso, é imposto ao poder público respeitar e promover mecanismos que proporcionem vida digna a todo cidadão. Logo, a República Federativa do Brasil é organizada em torno do ser humano com fundamento nesse princípio. Ao tratar do idoso, a Constituição Federal reservou o capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. No art. 229, determinou o dever de cuidado dos filhos para com os pais na velhice. Já no art. 230 abarcou também a sociedade e o Estado no resguardo do bem estar e da dignidade da pessoa idosa:

A seção IV, da Assistência Social, também consagra o idoso através do art. 203, inciso V:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A lei específica que regula este benefício ao idoso que não dispõe de meios para garantir o mínimo existencial é a Lei nº 8742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Esse benefício de prestação continuada é concedido aos idosos com 65 anos ou mais de acordo com o caput do art. 20 da referida lei.

Maria Berenice Dias questiona, entretanto, a forma constitucional de tratar o idoso:

A doutrina da proteção ao idoso, de nítido caráter assistencialista, é mais uma tentativa do Estado de desonerar-se de seu dever de proteger seus cidadãos. Como adverte Alice Birchall, outra não pode ser a postura estatal, pois o acanhado e lastimável sistema de previdência social, completamente desestruturado e injusto, não permite solução diferente, senão repassar à família e à sociedade o encargo de cuidar dos idosos. (DIAS, 2016, p. 1102).

Todavia, é possível inferir que a preferência dada pelo texto constitucional de que os programas de amparo aos idosos sejam executados nos lares vai ao encontro do princípio da manutenção dos vínculos familiares, de modo a evitar que o idoso perca a proximidade com seus entes queridos, se assim o mesmo preferir, haja vista seu direito de escolher manter este convívio.

A Lei nº 8.842/1994 foi responsável por estabelecer a Política Nacional do Idoso e também o Conselho Nacional do Idoso. Esta lei tinha como prerrogativa promover a autonomia do idoso, garantir os direitos sociais e efetivar a participação e integração ativa da pessoa idosa na sociedade.

O Código Civil de 2002 também trouxe importantes avanços no que diz respeito à atenção da pessoa idosa. Os pais idosos gozam do direito de receber alimentos dos filhos quando não possuírem recursos para garantir sua subsistência. O CC tratou de delinear, sobre os alimentos, no art. 1.694 a possibilidade e responsabilidade dos parentes de atender as necessidades uns dos outros. O art. 1.695 determina que os alimentos são devidos a quem não tem bens suficientes, tampouco pode prover o seu sustento sozinho. O art. 1.696 traz a reciprocidade entre pais e filhos no que tange à concessão de alimentos. Os arts. 1.697, 1.698 e 1.699 determinam regras de sucessão e fixação de alimentos entre os familiares.

Em suma, a Constituição Federal, a fim de garantir a efetivação do princípio da dignidade humana, delegou a família, sociedade e Estado o dever de garantir as condições necessárias para a vivência saudável da pessoa idosa, em razão, especialmente, das vulnerabilidades inerentes a sua condição. São deveres que precisam ser respeitados e qualquer tratamento inadequado, por parte da família, sociedade ou Estado não deve ser admitido. Essa proteção especial de maneira alguma pode ser vista como limitante ou instrumento manipulatório. Logo, proteção jurídica e tutela da autonomia do idoso devem estar atreladas. As leis subsequentes buscaram acompanhar o entendimento do texto constitucional, mas foram mais específicas em estabelecer os direitos dos idosos.

### 1.3 O Estatuto do Idoso

A Lei nº 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, visa regular e assegurar os direitos das pessoas com 60 anos ou mais. A referida lei objetiva proteger os direitos fundamentais inerentes à efetivação do princípio da dignidade humana e garantir oportunidades para preservar a saúde e o bem estar físico e mental da pessoa idosa de forma humana. O art. 8º do estatuto diz que o envelhecimento é um direito personalíssimo e que sua proteção é um direito social, de modo que, sociedade e Estado estão obrigados a efetivá-lo; este último, de acordo com o art. 9º da referida lei deve “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Como destaca Maria Berenice Dias (2016), o Estatuto do Idoso assume a

forma de um microsistema que reconhece as necessidades da pessoa idosa e estipula obrigações para o Estado. É, portanto, um divisor de águas no tocante à proteção do idoso e define os direitos e garantias fundamentais, cuja aplicação deve ser imediata, para esta parcela da população.

A Lei nº 10.741/2003, em seu art. 3º, traz os direitos dos quais os idosos podem gozar prioritariamente:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O EI, no art. 4º, dá ainda mais atenção ao papel dos entes sociais na efetivação dos direitos da pessoa idosa ao vedar qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade, opressão ou qualquer outra coisa que atente a sua dignidade humana e determina as devidas punições para estes casos. O art. 95 determina que os crimes que estão previstos na legislação são de ação penal pública incondicionada, logo, independem de representação da vítima. A justificativa para esta medida remete ao dever incondicional da sociedade e do Estado de garantir os direitos do idoso em face de sua vulnerabilidade e direito a dignidade humana. O art. 98, por sua vez, determina natureza criminal ao ato de abandonar idosos em hospitais, casas de saúde, entre outros, ou não prover as necessidades básicas, passível de detenção de 6 meses a 3 anos, mais multa. É vedado expor o idoso a abusos físicos e psicológicos, com base no art. 99. Maria Berenice levanta uma interessante questão sobre a proteção do idoso no EI:

Crianças e idosos encontram-se em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela especial. Da mesma forma como existe lei protetiva da criança e do adolescente, também há lei para o idoso. Ambos, avós e netos, recebem proteção diferenciada. E essa proteção não dispensa criterioso exame da situação contextual em que se inserem seus protagonistas. Os respectivos estatutos (ECA 98 e EI 43) identificam as

mesmas situações que colocam crianças e idosos em situação de risco: I - ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - falta, omissão ou abuso da família, pais, responsáveis, curador ou entidade de atendimento; e III - sua conduta ou condição pessoal. Assim, como a criança, o idoso também é protegido constitucionalmente. (DIAS, 2016, 1103).

Além dos artigos citados acima, o Estatuto do Idoso disciplina benefícios de ordem econômica à pessoa idosa, direito à moradia digna, convivência familiar, programas habitacionais, tratamento jurídico diferenciado. O idoso goza também do direito social a alimentos, o dever de amparo do Estado. “Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”

Em resumo, o Estatuto do Idoso foi essencial para estabelecer a idade do que se considera pessoa idosa. Também é de suma importância para disciplinar matérias inerentes a essa parcela da população. O EI é importante para que o idoso e sua família tenham ciência de seus direitos, mas também é instrumento fundamental para dirimir situações de abusos cometidos nas várias esferas sociais. Logo, é imprescindível a efetiva divulgação do Estatuto, do modo que seu entendimento auxilie na consolidação do princípio da dignidade humana.

## **2. O abandono do idoso**

Feita essa prévia análise, é importante entender como se constitui a vulnerabilidade do idoso, sendo definido como aquele que possui predisposição advinda da idade de por outros ser ludibriado, enganado, manipulado, isto é, ser vítima de situações que afetem sua dignidade e bem estar, bem como sua participação na comunidade. O abandono material tem amparo legal, mas existem situações que como será visto o idoso está sujeito a indiferença por parte daqueles que deveriam lhe amparar. Dito isto, é importante analisar o idoso como pessoa vulnerável e entender como o princípio da afetividade, norteador do direito de família contemporâneo, deve ser utilizado para garantir maior proteção à pessoa em idade avançada.

## 2.1 O idoso como vulnerável

O termo vulnerabilidade deriva do latim *vulnerare*, que significa “ferir”, e *vulnerabilis*, que significa “que causa lesão”. Portanto, define-se o termo como a susceptibilidade de ser ferido, prejudicado ou ofendido. O vulnerável será o indivíduo incapaz de exercer sua liberdade ou proteger seus próprios interesses de maneira plena, devido a alguma contingência física, ou por consequências sociais, políticas ou ambientais. (MAIA, 2011, p. 30-31).

É verdadeira a premissa de que toda pessoa humana é vulnerável, daí a existência da própria lei para realizar a tutela necessária. A proteção legal passa a ser a lente pela qual possa ser visualizado aquele que se apresenta, em algumas circunstâncias, como o mais frágil, necessitando de cuidados especiais. Podendo-se dizer genericamente que todo indivíduo tem sua vulnerabilidade intrínseca, originária, criada pela sua própria insegurança ou pelos conflitos sociais geradores de tantos problemas que afetam a mente, em razão da evolução natural das pessoas. Além dessa, outras pessoas são afetadas por vulnerabilidades circunstanciais, abrangendo pobreza, doenças crônicas e endêmicas, falta de acesso à educação, alijamento dos mais mezinhos direitos de cidadania e outras situações que as tornam susceptíveis a sofrer danos.

[...]

Assim, lentamente, a palavra vulnerabilidade vai ganhando espaço nas ordenações brasileiras. A lente do legislador voltou seu foco para a perspectiva do fraco, aquele que, visto dos mais diferenciados matizes, não reúne condições iguais à do cidadão comum, tendo como fonte de referência a figura do *homo medius*. As relações entre os homens envolvem juízos de valor, exigindo uma exata postura garantidora de direitos iguais para aqueles que necessitam uma proteção diferenciada. Sem essa garantia não há que se falar em preservação da igualdade. O equilíbrio só é possível em razão da compensação provocada (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018).

Como visto, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 230, que “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”. Em consonância com a Carta Magna, o artigo 3º do Estatuto do Idoso determina que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. Essas normas asseguram proteção especial à pessoa durante sua velhice - sendo o idoso, portanto, considerado vulnerável, assim como a criança e o adolescente. Nesse sentido, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 98) como o Estatuto do Idoso (art. 43) estabelecem as mesmas situações em que crianças e idosos terão seus direitos ameaçados, encontrando-se em situação de risco. Por isso, a pessoa idosa também será alvo de políticas de amparo que visam garantir sua autonomia e dignidade, dirimindo as desigualdades causadas em razão de sua idade.

A vulnerabilidade do idoso tanto pode se referir a questões biológicas e psicológicas - por exemplo, doenças ou fragilidade física, casos que são mais propícios a ocorrer com o aumento da idade - como a questões sociais e culturais - por exemplo, a exclusão do idoso, inibindo sua participação na comunidade e na família. Logo, surge para o Estado a obrigação de proteção a este grupo.

Inevitavelmente, a questão do envelhecimento populacional requer do Estado estrutura e assistência em maior escala, principalmente pela condição de vulnerabilidade e fragilidade em que o idoso se encontra. A legislação pátria, nesse sentido, distribuiu no texto constitucional outros direitos sociais que visam garantir as prestações positivas do Estado para com o idoso, como, por exemplo, o estabelecido no artigo 230, que determina atribuições solidárias entre Estado e família (SANTIN; BOROWSKI, 2008, p. 11).

## 2.2 Abandono afetivo do idoso

O princípio da afetividade é uma das bases do direito de família contemporâneo, embora não esteja expressamente previsto nos textos legislativos. Segundo Paulo Lôbo (2004), esse princípio tem fundamentação constitucional: “projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade”. Nesse sentido, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece, entre outros, o princípio do melhor interesse da criança e o dever de cuidado por parte dos responsáveis, visando garantir a criança o suporte necessário ao seu desenvolvimento e proteção.

O abandono afetivo caracteriza-se justamente quando há o desrespeito a esses preceitos, verificando-se a omissão, a ausência ou a indiferença de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança (BASTOS; LUZ; 2008) - é o que ocorre, por exemplo, em casos de divórcio, em que o filho passa a conviver com apenas um dos pais, afetando sua relação afetiva com o outro, ou quando um dos pais decide ir embora e não mantém contato com o filho. Tal abandono pode ocasionar danos irreparáveis a este indivíduo que ainda se encontra em formação, possibilitando inclusive reparação no âmbito judicial, como a indenização por danos morais (estabelece o enunciado 08 do IBDFAM: “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”).

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **sequelas psicológicas** e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação (DIAS, 2016, p. 164).

Apesar disso, o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça tem sido de que o afeto não é dever jurídico e que o abandono afetivo “se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável” (STJ, REsp

1579021 RS 2016/0011196-8) - de modo que a simples alegação de falta de amor ou indiferença afetiva não basta para justificar indenização, é preciso a caracterização do ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil, para que haja a responsabilidade civil (“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). Segundo a ministra Nancy Andrichi “amar é faculdade, cuidar é dever” (STJ, REsp 1159242 SP 2009), ou seja, seria possível a indenização por abandono afetivo, desde que observada a *violação ao dever de cuidado*.

Para Flávio Tartuce (2016, p. 1185), o abandono afetivo origina o dever de reparação, especialmente em casos em que há algum dano psíquico que enseje dano moral. Tal obrigação fundamenta-se no artigo 229 da CF/88, que estabelece o dever de cuidado entre pais e filhos - a violação desse dever e a ocorrência de dano configura o ato ilícito previsto nas hipóteses do Código Civil.

Como visto, assim como à criança, ao idoso também é assegurado o dever de cuidado e proteção pela família, sendo o direito à convivência familiar previsto no Estatuto do Idoso. Consequentemente, ele também poderá ser vítima de abandono. O abandono poderá ser material, quando há omissão no provimento de sua subsistência (ou seja, ele é privado de itens básicos, como água, comida, condições de higiene, etc); ou poderá ser o que a doutrina chama de *abandono afetivo inverso*, quando há ausência de afeto dos filhos para com os pais idosos.

Um dos maiores problemas enfrentados pelo idoso é o abandono afetivo - é muito comum, por exemplo, que a família o coloque em asilos, e não faça visita, o que faz com que o idoso se sinta sozinho e desamparado por não mais ter contato com sua família - o número de idosos em abrigos públicos vem crescendo a cada ano, segundo o IBGE (VILARDARGA, CAVICCHIOLI, 2018). Muitos estudos vêm apontando, inclusive, forte associação entre a solidão e a incidência de doenças crônicas em pessoas idosas (OLIVETO, [2017?]).

A responsabilidade entre pais e filhos vai além da obrigação legal de natureza material (pecuniária). Há inúmeros casos de filhos que deixam seus pais em asilos com a promessa

de que irão retornar, mas nunca mais o fazem. Esses idosos acabam sendo privados da convivência familiar, tudo a consubstanciar uma afronta ao dever de assistência afetiva (art. 3º do Estatuto do Idoso).

A negação do amparo afetivo, moral e psíquico, em última análise, engendra danos à personalidade do idoso, efetivo tolhimento dos valores mais sublimes e virtuosos do indivíduo (dignidade, honra, moral, reputação social). A consequência da omissão dos filhos gera aflição, dor, sofrimento e angústia, podendo contribuir até para o desenvolvimento, para o agravamento de doenças e, por fim, para a morte (SILVA; *et al*, [2012?]).



Segundo dados da Folha de São Paulo, entre 2014 e 2015, o Disque 100 recebeu 16.014 denúncias de violência contra idosos, tendo sido observado um aumento no número de denúncias por negligência - de 76,32% para 77,66% (CANCIAN, 2015).

**VIOLÊNCIA CONTRA IDOSOS**  
Denúncias no 1º semestre de cada ano. Tipo de violação em %

2014 abr jul out 2015



Fonte: Disque 100/Secretaria de Direitos Humanos  
Contra mais infográficos da Folha

**VIOLÊNCIA CONTRA IDOSOS**  
Denúncias no 1º semestre de cada ano. Tipo de violação em %

2014 abr jul out 2015



Fonte: Disque 100/Secretaria de Direitos Humanos  
Contra mais infográficos da Folha

### 2.3 Amparo legal nos casos de abandono afetivo dos idosos

O abandono material é crime tipificado no artigo 244 do Código Penal, que decreta pena de detenção e multa àquele que “deixar, sem justa causa, de prover a subsistência [...] de ascendente inválido ou maior de 60 anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia”. O Estatuto do Idoso também criminaliza “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado” (art. 98), bem como a humilhação, menosprezo ou discriminação do idoso por qualquer motivo (art. 96, § 1º).

Já com relação ao abandono afetivo inverso, não há dispositivo legal que trate sobre o assunto. Nesse sentido, a doutrina defende a aplicação analógica da responsabilidade civil prevista no caso de abandono dos pais em relação aos filhos, já que a lei é omissa<sup>1</sup>. Contudo, atualmente, está em tramitação no Plenário o Projeto de Lei 4562/2016, que propõe alteração do Estatuto do Idoso para incluir a expressa previsão de responsabilização civil dos familiares no caso de abandono afetivo do idoso. Caso aprovado, tal alteração será importante marco na proteção da pessoa idosa. Segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves:

[...] mais do que a violência física ou financeira, a negligência pelo abandono impõe ao idoso uma negação de vida, quando lhe é subtraída a oportunidade de viver com qualidade. Pior ainda é que as maiores violências contra os idosos assumem o território próprio da família, nela acontecendo as mais severas agressões.

[...] Não é demais admitir que o abandono afetivo inverso, em si mesmo, como corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filiais, representa fenômeno jurídico que agora deve ser tratado pela doutrina e pelo ordenamento legal carecido de um devido preenchimento, seja por reflexões jurídicas, seja por edição de leis. A sua presença na ordem jurídica servirá, no espectro da ilicitude civil, como nova espécie de

---

<sup>1</sup> LINDB, art. 4: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

comportamento ilícito, pautado por uma configuração jurídica específica, tal como sucede com a dogmatização jurídica do abuso de direito (ABANDONO..., 2013).

### **3. Alienação parental**

Antes de se ater à possibilidade de analogia da Alienação Parental, conduta tipificada na lei Nº **12.318/2010**, à pessoa idosa, se faz necessário entender em que consiste esse fenômeno que vem afastando crianças e adolescentes do convívio saudável com um dos seus genitores, podendo se estender inclusive para outros membros da família cuja convivência é de fundamental importância para que estes, na qualidade de vulneráveis, possam desenvolver de forma plena e adequada as suas faculdades psicossociais.

Ao tentar vislumbrar uma possibilidade de maior proteção ao idoso, alguns doutrinadores como será visto, sugerem a analogia da aplicação da referida lei a estas pessoas que também se encontram na qualidade de vulneráveis. Entretanto, é importante salientar que para que se possa cogitar dessa possibilidade se faz necessário que a conduta a que a pessoa em idade avançada está sendo submetida se enquadre no que dizem os estudos e a lei a respeito da Alienação Parental.

Dessa forma, é relevante, antes de analisar o que se qualifica como Alienação Parental na sua forma legal, se debruçar sobre alguns conceitos do Direito de Família para que se compreenda em que medida o “poder” dos pais pode ser exercido almejando a plenitude do desenvolvimento do menor e como o exercício desse “poder” de forma arbitrária traz consequências para este, podendo inclusive acarretar na suspensão desse “poder”.

#### **3.1 Do pátrio poder à autoridade parental**

O direito passou e ainda tem passado por grandes transformações, no âmbito do Direito de Família, percebe-se essa transformação desde a estrutura de concentração do poder na figura paterna até a ideia, hoje predominante, não de poder como inerente ao pai, mas de poder fundamentado no interesse do filho com o objetivo de protegê-lo. O

exercício do poder parental unicamente pelo marido foi substituído pela participação dos pais de forma igualitária demonstrando, por conseguinte a igualdade jurídica dos cônjuges. Assim, como desdobramento do princípio da isonomia, pai e mãe tem igualdade de condições no exercício desse poder.

Tal característica se mostra necessária em virtude da modificação da estrutura familiar, com respaldo da constante evolução da sociedade e modificações no papel da mulher com sua inclusão no mercado de trabalho e maior autonomia nas decisões seja no ambiente doméstico, seja fora deste. Toda essa mudança estrutural vale dizer, vem colocando ambos os genitores em condições de igualdade para gerir a vida dos seus filhos. Essa estrutura a que o Direito de Família foi conduzido leva a conclusão de que os interesses dos pais não podem se sobrepor aos dos filhos e que a primazia da estrutura familiar deve ser a proteção integral destes.

A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. Não há mais poder do pai ou dos pais sobre os filhos. (LÔBO, 2019, p. 303).

A nomenclatura “autoridade parental” tomou o lugar da expressão “pátrio poder” ou “poder familiar”, já que tal “poder” hoje é inerente a ambos os pais no sentido de oportunizar aos filhos uma melhor convivência familiar, tal modificação demonstra inclusive uma noção de deveres em relação aos filhos dando-lhes a condição necessária para o desenvolvimento psíquico e social adequados. Dessa forma a autoridade parental se mostra como bem coloca Paulo Lôbo como **“menos poder e mais dever”**.

Em dois momentos autoridade parental é apontada no ECA, um fazendo referência à convivência familiar e comunitária nos artigos 21 a 24; e outro no capítulo que dispõe sobre a perda e a suspensão da autoridade parental nos artigos 155 a 163. Além das hipóteses de suspensão da autoridade parental verificadas tanto no ECA como no Código Civil, em diferentes dimensões, a Lei n. 12.318/2010 dispõe acerca da possibilidade de suspensão da autoridade parental quando um dos genitores realizem condutas que dificultem a convivência da criança ou do adolescente com o genitor separado, é o caso da Alienação Parental.

Importante mencionar que os cônjuges devem sempre primar por resolver os conflitos com vistas aos interesses dos filhos, pois a instauração de um litígio diante da divergência dos pais na realização da autoridade parental levaria indubitavelmente a consequências danosas para os próprios filhos. Saliente-se também que conforme o art. 1632 do Código Civil de 2002 “a separação judicial não altera as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”; com isso percebe-se que em tese a relação pais e filhos após uma separação não deveria se alterar, afinal não existe ex-pai, ex-mãe, nem ex-filho. Entretanto, muitas vezes não é isso que ocorre por isso é preciso diferenciar com clareza conjugalidade e parentalidade.

Assim, é válido frisar que a convivência dos pais não é requisito para a titularidade do poder familiar, ambos os genitores continuam exercendo sua autoridade parental visando o interesse do filho. A guarda, por exemplo, pode ser acordada entre os pais na tentativa de se obter o melhor para o menor ou estabelecido judicialmente, também com esse fim. Cabe dizer que mesmo que a guarda seja conferida a terceiros, o poder familiar subsiste, só se perdendo ou suspendendo nos casos previstos em lei.

### 3.2 Exercício da autoridade parental

Diante do exposto, se faz necessário compreender como dever ser o exercício da autoridade parental na medida em que este se mostra como um dever constitucional atribuído aos pais para a assistência, a criação e a educação dos filhos menores e em contrapartida, o dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência e enfermidade. O ECA estabelece no art. 22 que “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”. O Código Civil não faz menção aos deveres concernentes à família estabelecidos pela Constituição Federal, que em seu art. 227 dispõe sobre o dever dos pais de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar. Válido salientar que esses deveres não podem ser declinados pelo pai ou pela mãe.

### 3.3 Suspensão, perda e extinção da autoridade parental

Via de regra, a autoridade parental como sistema de proteção e defesa do menor no âmbito familiar deve durar por toda a menoridade sem interrupções, mas a legislação prevê situações em que a sua extinção é antecipada. O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.635 indica algumas situações em que a autoridade parental é extinta, quais sejam: morte do filho ou dos pais, ressalte-se que o inciso I do referido artigo se refere a morte de ambos os pais de modo que se apenas um dos pais vem a falecer a autoridade parental se concentrará no outro; emancipação do filho; a maioridade; a adoção que também retira dos pais biológicos a autoridade parental; e por decisão judicial, de acordo com o inciso V. A extinção do poder familiar se dá independentemente da vontade.

A suspensão da autoridade parental se dá por ato de autoridade, após a devida apuração se houve por parte dos pais abuso de poder, faltando aos seus deveres de guarda, sustento e educação, além do que deles decorrer ou de ruína dos bens dos filhos, sendo a medida menos gravosa e podendo ser sujeita à revisão, ou seja, é uma situação temporária, havendo a possibilidade de restauração da autoridade parental.

A perda do poder familiar é a mais grave sanção, se referindo a uma violação de um dever mais relevante, o art. 1.638 do Código Civil estabelece as hipóteses de destituição do poder familiar.

A perda depende sempre de ato judicial. A suspensão da autoridade parental ou a adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. (LÓBO, 2019, p. 314).

### 3.4 Lei nº 12.318/2010

Como visto a convivência dos filhos com os pais é um direito que não deve ser maculado caso a vida conjugal dos pais não seja mais em comunhão, assim, é importante reiterar que a conjugalidade e a parentalidade não são situações intrínsecas, ao contrário, são situações

totalmente díspares em que uma não pode ser confundida com a outra, já que a autoridade parental pertence a ambos os pais, independentemente de estarem casados ou não, em união ou não.

No entanto, diante de uma separação mal resolvida, é muito comum que os filhos sejam utilizados como instrumento de vingança por um dos pais contra o outro, quer por conta da recusa em se separar de uma parte, quer por causa de uma traição, tal fenômeno recebe o nome de alienação parental.

As crianças são os vulneráveis nessa situação e não percebem as influências negativas que recebem de um dos pais contra o outro, muitas vezes porque o alienador passa a maior parte do tempo com a criança, estabelecendo assim uma maior relação de confiança com o menor que passa a acreditar nas falsas memórias a respeito do pai ou da mãe que lhe são manipuladas.

A alienação parental de início foi objeto de estudo das áreas de saúde e de psicologia, recebendo a qualificação de síndrome, que se trata de um conjunto de sintomas que caracterizam uma doença. Conforme o conceito de seu pesquisador, o psiquiatra estadunidense Richard A. Gardner (1985 apud SILVA, Denise, 2011):

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

Assim, o pai ou mãe manipulam a criança no sentido de transformar em vilão o ex-cônjuge ou o ex-companheiro(a), de modo a impedir a aproximação da criança a esse pai ou até mesmo induzindo ao afastamento, insurgindo no menor profundos sentimentos de ansiedade e desespero, contaminando a relação pai-filho que como foi visto, é um direito da criança e um dever dos pais.

A *Alienação Parental (AP)* é uma patologia psíquica gravíssima que acomete o genitor que deseja destruir o vínculo da criança com o outro, e a manipula afetivamente para atender motivos escusos. Quando a própria criança incorpora o discurso do(a) alienador(a) e passa, ela mesma, a contribuir com as campanhas de vilificação do pai/mãe-alvo, instaura-se a *Síndrome de Alienação Parental (SAP)*. A Alienação Parental deriva de um sentimento neurótico de dificuldade de individuação, de ver o filho como um indivíduo diferente de si, e ocorrem mecanismos para manter uma *simbiose sufocante* entre mãe e filho, como a superproteção, dominação, dependência e opressão sobre a criança. (SILVA, Denise, 2011).

Apesar de a forma mais comum de alienação parental se dar quando da separação dos genitores, na disputa de guarda, regulamentação de visitas, em que o pai/mãe-alvo reivindica aumento de convívio com os filhos. A SAP pode surgir também durante a convivência marital, através de atitudes e palavras de um dos pais para desqualificar e desautorizar o outro na frente dos filhos. Outro aspecto que merece ser levado em consideração é que não é qualquer atitude de um genitor separado em relação ao outro que caracteriza a alienação parental. Apenas as atitudes que interfiram na formação psicológica do menor de forma permanente podem ser classificadas como alienação parental.

O direito, acompanhando a evolução dessa doença e as consequências para os menores na seara dos seus direitos, fez surgir a necessidade de regras que visassem a prevenção ou interrupção dessas condutas e até a sua sanção pelo descumprimento direcionada aos pais. Nesse sentido, em 2010, foi promulgada a Lei n. 12.318/2010, que trata da alienação parental. Conforme o art. 2º da Lei, “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

O alienado poderá requerer ou o juiz *ex officio* pode determinar a instauração de processo para apuração da Alienação parental, com o devido acompanhamento do Ministério Público. A depender da gravidade do fato alegado, prezando pela integridade psicológica do menor e pela convivência parental, o juiz poderá decretar medidas provisórias ou de urgência. Sempre levando em consideração o melhor interesse da criança, portanto, na dúvida a respeito de alguma acusação frente ao alienado, o juiz deve primar pela convivência da criança, pois o afastamento em muitos casos pode ser irreparável, de fato que mesmo comprovada a inocência do alienado diante de alguma acusação de abuso sexual, por exemplo, se foi mantido por tanto tempo afastado da criança, sua relação sem dúvida não será a mesma quando da comprovação da inocência.

As consequências jurídicas da alienação parental estão elencadas no art. 6 da Lei, e incluem: advertência, ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado, multa, acompanhamento psicológico, alteração da modalidade de guarda e até mesmo a suspensão da autoridade parental.

#### **4. Aplicação analógica da lei 12.318/2010**

Diante do exposto acerca da alienação parental é fácil perceber que ela atinge os vulneráveis trazendo consequências e danos a sua vida. A tentativa de convergir a Alienação Parental na figura da pessoa idosa advém também da sua situação de vulnerabilidade. Muitas vezes a pessoa em idade avançada demanda uma maior atenção e cuidado e para tal o princípio da proteção integral é previsto ao idoso através do Estatuto do Idoso. Assim, o juiz também deve estar atento a situações em que o idoso esteja sendo ludibriado por ideias falsas, afetando sua relação familiar e ocasionando seu isolamento.

A alienação parental também pode ocorrer em face de parentes idosos. Com o intuito de afastar o idoso de parentes com os quais mantém relações de afetividade mais intensas, são implantadas estas falsas memórias. A lei de regência (n. 12.318/2010) é aplicável por analogia. (LÔBO, 2019, p. 207).

O termo Alienação Parental do Idoso inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, o que o presente artigo deseja é demonstrar as possibilidades em que o termo pode ser aplicado à pessoa em idade avançada, objetivando com isso ampliar a sua esfera de proteção, já que o Estatuto do idoso embora preveja casos de abandono do idoso, violência contra o idoso, não abarca as situações que, como será visto, podem ser encaradas como uma forma de alienação do idoso.

Essa possibilidade poderia ser um tipo de alienação invertida, na medida em que a alienação parental se mostra como a manipulação orquestrada por um dos pais objetivando o afastamento deste do menor, no caso do idoso tal situação pode ser verificada quando um filho movido por sentimentos de ciúmes ou meramente econômicos, manipula o pai, já em idade avançada, contra seu irmão, por exemplo, objetivando o afastamento deste do idoso, criando memórias de rejeição e desconstruindo a imagem de um dos filhos. É óbvio que esse afastamento é prejudicial ao idoso na medida em que este tem direito a viver e conviver com a família, vez que tal direito encontra respaldo do art. 3º do Estatuto do Idoso.

A motivação econômica é verificada como uma das possibilidades de alienação parental do idoso. Muitas vezes um dos filhos na tentativa de obter maior quinhão na herança do pai passa a denegrir a imagem do irmão, criando na mente do pai já idoso, a falsa ideia de maus tratos e abandono advindos do outro irmão. Essa manipulação gera o afastamento do pai em relação ao seu filho alienado e pode alcançar o objetivo econômico perquirido pelo filho alienador na medida em que o pai pode dispor em vida através do testamento de 50% dos seus bens, o que permite que um dos filhos seja mais privilegiado do que o outro, como dispõe o art. 1.857 do CC/2002 que afirma que toda pessoa pode dispor dos seus bens e em seu parágrafo primeiro, limita essa disposição. Em um caso como esse, porque não se poderia utilizar a lei 12.318/2010 para proteger esse pai e responsabilizar esse filho já que a convivência familiar resta prejudicada diante de tal prática?

Para que a lei seja interpretada adequadamente o intérprete deve contrastá-la com outros textos do ordenamento jurídico, se atendo à finalidade da lei e verificando se há situações semelhantes em suas ações e

consequências. Assim, verificada a vulnerabilidade do idoso e evidenciadas as consequências no plano dos seus direitos, se mostra cabível tal analogia na medida em que a conduta do alienador traz danos ao idoso que deve ser amparado na velhice e não sujeito a abandonos orquestrados por parentes com interesses que transpõem a boa-fé.

Maria Berenice Dias ao vislumbrar a possibilidade de prática de alienação parental a pessoa do idoso demonstra que a influencia de alguém próximo a este, aproveitando-se da sua fragilidade, passa a manipulá-lo de modo que se afaste de seus familiares, até mesmo trazendo à tona sentimentos de ódio no idoso. Tal situação é corriqueira e merece a devida intervenção estatal. Dias, no entanto, não coloca o idoso na qualidade de incapaz ou portador de deficiência, mas na qualidade de pessoa que devido o avanço da idade já traz fragilidades e limitações físicas e emocionais.

A possibilidade abordada por Dias é bastante comum dado às modificações nos padrões familiares. Sendo assim, ela traz a possibilidade no caso da constituição de uma nova família por um dos cônjuges após o divórcio, e sugere que com o passar do tempo, diante da vulnerabilidade destes com a avançada idade e com isso, em alguns casos, dificuldades físicas e até psíquicas, os membros da atual família tentam evitar a convivência do idoso com os membros da primeira família, por exemplo, sugerindo ao próprio idoso que não há interesse da outra família e nem procura, criando no idoso profundos sentimentos de rejeição e de fato não queira mais nenhum contato, sendo totalmente afastado por meio de manipulações maldosas do convívio com seus entes.

Impossível não reconhecer que se trata de alienação parental. Ainda que tais práticas sejam objeto de lei especial frente a crianças e adolescentes (Lei 12.318/10), flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o idoso tinha alguma afinidade ou afeição, cabe a aplicação das mesmas sanções. Possível, assim, buscar judicialmente o direito de convivência e, inclusive, a 1109/1276 penalização do alienador. Para a fixação do direito de visitas não é necessária a prova da incapacidade do idoso ou o decreto de sua curatela. A comprovação de sua vulnerabilidade e do uso dessas práticas é o que basta. (DIAS, 2016, p. 1009 - 1110)

O art. 2º da Lei Nº 12.318/2010 trata dos casos em que se verifica a Alienação Parental, o rol do referido artigo não é taxativo, de modo que existem outras formas de Alienação Parental, bastando que seja demonstrada nos autos e declarada pelo juiz ou constatadas por perícia. Assim, para se aplique a referida lei aos idosos, é necessário que todos os elementos normativos estejam presentes com o fim de caracterizar a conduta desencadeadora do afastamento do idoso da convivência com os demais entes familiares a fim de evitar consequências afetivas, psicológicas e sociais para estes.

A alienação normalmente é praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa que exerce algum tipo de influência em sua vida. Em todas estas circunstâncias, a atuação maliciosa do agente alienador é facilitada em razão da condição de vulnerabilidade do outro. (DIAS, 2016, p. 1110)

No que tange aos avós idosos também é resguardado o direito de convivência com os seus familiares, tal direito pode ser efetivado constitucionalmente. O art. 229 da Carta Magna dispõe que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Assim, percebe-se um viés de reciprocidade direcionado a pais e filhos com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Na alienação parental em sua modalidade estritamente legal, verifica-se que uma separação mal resolvida em muitos casos acarreta para o menor a situação de afastamento do genitor alienado, por isso é importante e necessária definição de guarda com o objetivo de garantir a convivência familiar. Assim,

[...] a guarda é o instituto através do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor ou uma pessoa idosa passando a ter a obrigação de zelar por estes, além de proporcionar assistência material, educacional, moral e espiritual. (BRUTUS; MEDEIROS, 2016, p. 305).

O estabelecimento da guarda é importante para que haja a regulamentação do direito de visita e assim a garantia da convivência familiar. Embora o Código Civil não faça referência à visitação pelos avós ao neto, esta decorre do ECA e da própria Constituição Federal. Mas se faz mister ressaltar que ao idoso cabe o direito de visitar e ser visitado a fim de que sua velhice seja tranquila e segura, e que o vínculo afetivo com seus familiares não seja afetado em virtude do “esquecimento” pelos seus descendentes.

Com isso, pode-se dizer que a alienação parental ocorre frequentemente com os idosos e estes não são amparados pela legislação vigente, dessa forma se mostra necessária a aplicação analógica da lei de Alienação Parental quando constatada a vulnerabilidade do idoso. A previsão de vulnerabilidade da pessoa idosa encontra amparo na Constituição Federal, que abriga proteção específica à criança, ao adolestece, ao jovem e ao idoso em seu capítulo VII, evidenciando que o constituinte ao incluir a pessoa idosa em situação de vulnerabilidade quis resguardar os direitos atinentes a eles.

Assim, a alienação parental do idoso pode ser caracterizada quando o seu curador (filhos ou terceiros), o manipula com o fim de abalar sua boa e pacífica convivência com os demais membros da família, com o intuito de obter vantagens financeiras ou pessoais. Mas também em situações em que o idoso comumente se encontra isolado do contato familiar e social. Nesses casos visualiza-se a possibilidade de aplicação das normas previstas na Lei 12. 318/2010.

A partir de todas as garantias previstas ao idoso, com base no princípio maior da dignidade da pessoa humana, na vulnerabilidade do idoso, no seu direito de convivência familiar e na doutrina da proteção integral prevista pelo Estatuto do Idoso, a aplicação análoga da Lei 12.318 de 2010 é medida necessária para garantir a proteção ao idoso privado de sua convivência familiar, instigado ao ódio pela família provocado por seus filhos ou cuidadores. (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 154).

A população idosa vem crescendo ao longo dos anos, não apenas no Brasil, mas tal fato se evidencia como tendência mundial, acompanhar as necessidades dessa população que está envelhecendo se mostra imprescindível, pois muitos idosos encontram-se em situação de manipulação e abandono e não tem a noção de que podem estar sendo vítimas do fenômeno da alienação parental.

Assim, devido ao expressivo crescimento populacional desta faixa etária, se faz necessária a preocupação com a proteção do idoso que em sua maioria se encontra em situação de vulnerabilidade, tendo em conta que a aplicação da Lei Nº 12.318/2010 objetiva garantir a convivência familiar e os cuidados que dela demandam, bem como inibir a prática de alienação parental através da advertência, multa, acompanhamento psicológico, ou o que for mais adequado em cada caso.

#### 4.1 Entendimentos jurisprudenciais

A alienação parental só chega ao ordenamento jurídico brasileiro em 2010 com a Lei 12.318/10. Apenas em 2011 se pode falar de jurisprudência do STJ tratando do tema. E aqui se fala em alienação parental que tem como vítima a criança. A alienação parental que vitimiza o idoso é ainda assunto mais escasso jurisprudencialmente, sendo um tema novo e pouco tratado pela Justiça brasileira. Em parte isso acontece porque, apesar de haver legislação específica protetiva para o idoso, há muito descaso e inobservância do Estatuto do Idoso. A jurisprudência brasileira não apresenta uma tendência acerca da matéria, sendo contra e a favor de encaixar o idoso no rol da alienação parental. O judiciário se inclina a dizer que o idoso não pode figurar como vítima de alienação parental uma vez dispõe de capacidade para escolher com que se relaciona por ser maior de idade. Parte da doutrina entende de outro modo, como aponta Maria Berenice Dias:

Idade avançada não implica em incapacidade ou deficiência. No entanto, é inegável que traz limitações físicas e psíquicas relevantes. Quando ocorre interferência indevida na livre consciência da pessoa idosa, justifica-se a intervenção estatal. É necessário coibir que alguém próximo ao idoso, que exerce

sobre ele algum tipo de influência, aproveite-se de sua fragilidade e passe a programá-lo para que venha a ignorar ou até mesmo odiar seus familiares. (DIAS, 2016, p. 1109)

Na transversal disso, em 2015, o Instituto Brasileiro de Direito de Famílias do Mato Grosso (IBDFAM-MT) elaborou uma Cartilha sobre a Alienação Parental que apresentava um espaço para alertar sobre a alienação parental do idoso. Coordenada pela juíza Angela Regina Gama da Silveira, o texto traz o seguinte:

Freqüentemente tem se observado que idosos têm sido impedidos por seus curadores (pessoas responsáveis por seus cuidados) ou pessoas que sobre ele exerçam influência, de manter vínculo de convivência com outros parentes (às vezes, seus próprios filhos), compadres e amigos impondo-lhes uma vida de isolamento e estigma. Tal situação tem sido verificada, em grande parte, quando o idoso teve duas ou mais famílias e filhos de diversas uniões que, se mantém em conflito, decorrente da inaceitação mútua ou de quem mora com ele. O Estatuto do Idoso, principal lei protetiva dos anciãos e as demais normas, não prevêm a hipótese de alienação parental, sendo necessária, para o combate de tão nefasta prática, a aplicação da Lei nº 12.318/2010 por analogia. Isso porque, tanto a população infanto-juvenil, como a população idosa se encontram em situação de vulnerabilidade e amparadas pelo princípio da proteção integral.

Ao analisar algumas decisões, percebe-se que nem sempre há uma investigação sobre a hipótese de alienação parental, principalmente com base no argumento de ser o idoso capaz e maior de idade. É mais uma falha no judiciário brasileiro que vitimiza parte da população idosa e não efetiva os princípios de proteção do Estatuto do Idoso.

Um exemplo é o Agravo de Instrumento nº 70047177175 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Aqui a mãe idosa morava com um dos filhos. A outra filha postulava em juízo um pedido de regulamentação das visitas à genitora. O recurso foi desprovido pelo Tribunal que entendeu

que o filho com quem a idosa morava não gozava de legitimidade para deliberar sobre as visitas recebidas pela idosa porque a mesma era capaz de fazê-lo. Logo, o Tribunal entendeu que não havia possibilidade do idoso ter a convivência regulamentada e sequer houve investigação de alienação parental.

Em outra decisão, o Agravo de Instrumento nº 70046956207, do mesmo tribunal, a decisão foi favorável ao direito do idoso à convivência familiar, determinando que era obrigação do Estado garantir a efetivação do direito à convivência e dignidade pois foi constatada a privação da mãe idosa com um dos filhos e a mesma estava sendo vítima de maus tratos por parte da filha guardiã e seu marido.

No Agravo de Instrumento, julgado pelo mesmo tribunal, de nº 70056688864, a regulamentação de visitas semanais fora deferida em primeiro grau, porém a agravante pedia a ampliação das visitas uma vez que anteriormente a visitava diariamente. O recurso foi negado por haver animosidade entre as irmãs, no caso a agravante e a agravada, o que poderia prejudicar o bem estar da idosa.

Em Agravo de Instrumento nº 1663/2003, o agravante, em ação de busca e apreensão, afirmou que o irmão se aproveitava das rendas do pai idoso indevidamente. Isso gerava uma disputa de guarda entre os filhos e causava transtornos ao idoso. O recurso foi improvido, pois o interesse do idoso foi priorizado, haja vista a comprovação do fato de que o agravante pretendia afastar o pai do filho com quem ele morava, pois a ação de busca e apreensão nada comprovou. Mesmo morando com o filho agravado foi garantida ao pai idoso a convivência com o filho agravante.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na apelação cível nº 20140047599, fundamentou decisão no art. 2º do Estatuto do Idoso em processo no qual a apelante interpôs recurso à sentença que garantia direito de visitas da autora à sua mãe. A apelante morava no Rio de Janeiro, mas era proprietária da casa onde residia a mãe idosa, em Blumenau. Ela havia proibido a irmã (apelada) de visitar a mãe haja vista a péssima convivência entre as irmãs. A decisão regulamentou as visitas da apelada a sua mãe, mas de modo que as duas irmãs não se encontrassem.

Com os exemplos acima é possível perceber a não pacificação da matéria. Enquanto parte da jurisprudência se baseia na ilegitimidade passiva do curador, uma vez que o idoso é maior e capaz, logo, não há que se falar na necessidade de regulamentação de visitas, também pelo fato de que este guardião do idoso não goza de direito de programar a convivência do idoso. Por outro lado, algumas decisões priorizam a proteção integral do idoso. Consideram legítima a regulamentação das visitas de maneira a coibir tentativas de privar o idoso do convívio com algum ente familiar, o que poderia prejudicar seu bem estar.

A semelhança entre os casos trazidos é a não referência ao instituto da alienação parental. Isso faz pensar na importância do trabalho interdisciplinar para investigar os casos, bem como a análise minuciosa do caso concreto, a fim de evitar abusos à pessoa idosa. Mesmo que as decisões se guiem pelo princípio do dever do Estado de amparar o idoso e seu direito à dignidade plena, a hipóteses dos mesmos serem vítimas de alienação parental ainda é rechaçada.

#### 4.2 O projeto de lei nº 9.446/2017

Está em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 9.446/2017 (apensado ao PL- 4562/2016 em 2018), de autoria da deputada Carmen Zanotto, que visa alterar a Lei de Alienação Parental para incluir o idoso como vítima. Caso aprovado, os artigos seriam modificados para se referirem a prática de alienação contra a criança, o adolescente *ou o idoso*. Por exemplo, os artigos 2º e 3º, passariam a vigorar da seguinte forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança, adolescente **ou diminuição e alteração de faculdades psíquicas do idoso**, promovida ou induzida por um dos genitores, avós, familiares de até terceiro grau ou pelos que tenham a criança, o adolescente ou o idoso sob a sua autoridade, guarda, curatela ou vigilância para que repudie genitor, filhos ou membros da família que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com estes.

Parágrafo único.....

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, **ou de membro da família ou da conduta de filhos e familiares com relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade;**

.....

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; .....

.....

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, familiares ou avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança, adolescente **ou idoso;**

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós, **ou do idoso com familiares;**

VIII - dificultar contato do idoso com filhos e familiares;

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança, adolescente **ou do idoso** de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor, filhos e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança, adolescente **ou idoso** e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental **ao dever dos filhos para com os pais na velhice, carência ou enfermidade ou decorrentes de tutela, curatela ou guarda** (PL 9446/2017).

Tais alterações visam aumentar a proteção especial concedida ao idoso, que, como visto, também é considerado vulnerável, assim como a criança e o adolescente. Dessa forma, o ordenamento brasileiro moderniza-se e amplia sua abrangência para incluir uma situação que ocorre, mas que ainda não está totalmente legislada, de modo que o idoso possa ter mais essa rede de proteção. Segundo Schirmer (2015, p. 37):

A busca de proteção aos idosos contra a Alienação Parental tem sustentação direta no princípio da dignidade humana, pois esse abuso psicológico atinge abertamente o referido

princípio, uma vez que a vítima passa por episódios de humilhação, coação, ameaças, etc.

[...] Nesse sentido, levando em consideração os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, juntamente com a especial proteção jurídica destinada aos idosos, presente tanto na Carta Magna quanto no Estatuto do Idoso, e, também, a doutrina de proteção integral, caberia inferir a possibilidade de uma leitura mais abrangente do artigo 2º, caput, da Lei 12.318/10.

Assim, além das crianças e dos adolescentes, previamente elencados como vítimas, poderia a população idosa, diante de uma visão constitucionalizada do Direito Civil, ser analogicamente considerada, também, vítima da Alienação Parental.

## **Conclusão**

O presente artigo tratou do idoso e de sua defesa contra o abandono afetivo, em especial a possibilidade de aplicação analógica da Lei de Alienação Parental ao idoso. Vimos dispositivos, previstos na Constituição e no Estatuto do Idoso, que objetivam assegurar a dignidade da pessoa idosa, sua saúde, bem estar e direito à vida; colocando o idoso como merecedor de proteção especial, assim como a criança e o adolescente.

Em relação à aplicação da Lei de Alienação Parental ao idoso, apesar de ser tema novo, não havendo legislação sobre o assunto, trouxemos ideias de importantes doutrinadores do direito civil brasileiro – tais como Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias –, bem como do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que defendem a possibilidade dessa aplicação analógica. Vimos também que já estão em tramitação projetos de lei que propõem alterar a Lei de Alienação e Estatuto do idoso, para regulamentar expressamente a existência de abandono afetivo do idoso e incluí-lo no rol daqueles que podem sofrer alienação parental – viabilizando as punições cabíveis em cada caso. Dessa forma, ampliam-se as hipóteses de proteção ao idoso.

Diante disso, é importante esclarecer que não se trata de uma situação de mero inconformismo com a ausência do alcance do idoso na qualidade de vítima da alienação parental, nem tampouco uma tentativa de desmerecer ou retirar a força já auferida da legislação que protege o idoso em diversas situações. O que se pretende a bem da verdade, é demonstrar que essas situações não se reportam triviais, sendo acontecimentos corriqueiros e que na maioria das vezes não chega ao conhecimento do Estado justamente por não haver regramento que venha a coibir e penalizar essa conduta.

O idoso, diferentemente do menor, não se encontra em situação de desenvolvimento é verdade, mas isso não quer dizer que tais práticas não sejam prejudiciais à continuidade da sua vida de forma saudável e plena. Isso, evidentemente, não interfere no seu crescimento, mas compromete a sua velhice, visto que a manipulação, com já foi mencionado, insurge no idoso sentimentos de abandono e revolta, e tais comportamentos não podem permanecer sem a devida responsabilização daqueles que agem com o fito de afastar o idoso da plena e necessária convivência com os seus.

Por fim, é importante salientar que a legislação e o ordenamento jurídico são claros no que tange a responsabilidade civil dos filhos para com os pais, sendo esta não apenas afetiva, mas também pecuniária. São deveres que garantem a saúde, física e psíquica do idoso, além de assegurar sua efetiva participação na sociedade. Ainda mais importante é a promoção do afeto por parte da família, haja vista o fato de que a solidão e o abandono prejudicam a qualidade de vida e o bem estar da pessoa idosa. Em razão disso, é importante que o Direito atente para as novas demandas e objetive efetivar os princípios contidos na Constituição no que tange aos direitos desta parcela vulnerável da população. O ordenamento jurídico tem avançado na matéria, com posicionamentos que entendem a obrigação dos filhos para com os pais não apenas como algo material ou indenizável, mas principalmente como um aspecto moral, diminuindo a resistência aos aspectos mais peculiares da vivência da pessoa idosa.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, E. F; LUZ, A. F. da. **Família e jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BUTRUS, Angelini Gurgel Bello; MEDEIROS, Robson Antão de. Cuidado é fundamental. Revista Online de Pesquisa, Rio de Janeiro, 2016.

CANCIAN, Natália. Registros de abandono e violência contra idosos crescem 16,4% no país. **Folha de S.Paulo**. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1658430-registros-de-abandono-e-violencia-contra-idosos-no-pais-crescem-164.shtml>>.

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

**IBDFAM**. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>

**ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO:  
CARACTERÍSTICAS, DESDOBRAMENTOS E JULGADOS  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**

*Felipe Herculino de Almeida*



## RESUMO

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, a “constituição cidadã”, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar própria e autônoma, após anos de discriminação e ostracismo, oriundos de uma sociedade conservadora e fechada. O namoro, figura semelhante, não é uma entidade familiar, mas sim uma relação afetiva, assim como tantas outras existem na realidade social. São figuras parecidas, mas que possuem desdobramentos totalmente diferentes, seja quanto aos direitos sucessórios, seja quanto aos direitos e deveres inerentes às entidades familiares. Deste modo, o presente artigo procura, através de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, conceituar essas duas figuras, buscando suas semelhanças e diferenças. Após isto, buscar-se-á analisar como o Tribunal de Justiça de Pernambuco decide os casos que lhe são postos para apreciação, analisando os pontos-chave das suas decisões.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direito de Família. União Estável. Namoro. Tribunal de Justiça de Pernambuco.

## ABSTRACT

With the advent of the Brazilian Constitution of 1988, the “citizen constitution,” the stable union had its recognition as a proper and autonomous family entity, after years of discrimination and ostracism, coming from a conservative and closed society. Dating, a similar figure, is not a familiar entity, but an affective relationship, just as so many others exist in social reality. They are similar figures, but they have totally different developments, both as to inheritance rights, and as to the rights and duties inherent to family entities. In this way, the present article seeks, through

jurisprudential and bibliographical research, to conceptualize these two figures, searching for their similarities and differences. After this, it will be sought to analyze how the Court of Justice of Pernambuco decides the cases that are put to it for consideration, analyzing the key points of its decisions.

## **Keywords**

Civil Law. Family Law. Stable Union. Dating. Court of Justice of Pernambuco.

## **Introdução**

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe um grande avanço quanto ao tema “união estável”. Segundo Paulo Lobo (2018, p. 162), “a união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*)”.

Contudo, no período anterior ao advento da “Constituição Cidadã”, a união estável era um tabu. A sociedade conservadora, que refletia no ordenamento jurídico, tratava as relações fora do casamento como algo depreciativo, sob a alcunha de “concubinato”.

Ou seja, essas relações desafiavam a moral e os bons costumes, atentando contra a entidade familiar máxima e sagrada que era o casamento.

O namoro, por sua vez, não é uma entidade familiar. Trata-se de uma relação afetiva, assim como tantas outras existentes na sociedade (é o caso da amizade entre amigos, entre vizinhos, e outros).

Assim como a união estável, o namoro também foi muito influenciado pela sua época. Antigamente, era comum o namoro vigiado “na sala de casa”, onde o casal ficava sob as suspeitas e vigilância dos pais de um ou de outro.

Hoje em dia, é comum que namorados durmam um na casa do outro, viajem juntos, tenham relações sexuais e muitas outras situações, situações estas que eram comuns apenas entre casais unidos pelo casamento.

Assim, pela proximidade entre os dois institutos, é natural que exista uma zona cinzenta, de grande proximidade e semelhança entre os institutos.

Muitas vezes é comum que um namoro evolua para uma união estável e, posteriormente, para um casamento. Ou, per salto, direto para o casamento.

Deste modo, este artigo procura analisar como a doutrina especializada caracteriza o namoro e a união estável: quais são suas características, o seu desdobramento sucessório, a existência, ou não, de direitos e deveres entre os indivíduos, entre outros.

Após essa primeira etapa, analisar-se-á alguns julgados recentes, de 01/01/2015 a 01/06/2019, do egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, utilizando-se da opção de pesquisa jurisprudencial no próprio site do Tribunal, com os termos “namoro E união estável”, descartando-se acórdãos que não discutem sobre esses dois institutos ou que tratem de matérias estranhas ao direito civil, como matéria penal ou administrativa.

Após essa etapa, cotejar-se-á os fundamentos das decisões com os elementos extraídos da doutrina especializada, buscando alinhar essas duas fontes do Direito, de modo a extrair qual (is) elemento (s) é mais fulcral para caracterizar a união estável, ou não, desembocando no namoro.

## **1. Evolução da união estável: de tabu para entidade familiar equiparada ao casamento**

As relações não matrimoniais sempre existiram na história da humanidade. A forma como são tratadas depende do arranjo social no qual estão inseridas, ou seja, são filhas do seu tempo.

Na sociedade romana, por exemplo, a união não matrimonial era algo comum. Contudo, não perdia o elemento de secundariedade: era um relacionamento de menor importância, que recebia o nome de “*concupinatus*”, do latim *cum* (com) e *cubare* (dormir).

No período colonial brasileiro, é situação conhecida por todos as relações extraconjugais que os senhores de engenho mantinham com suas escravas, relações essas que, muitas vezes, eram forçadas, sob a pena de severos castigos físicos.

Por óbvio que a Igreja Católica, dominante na época, não permitiria essas formas de relacionamento. A moral e os bons costumes

não permitiriam que fosse “normal” um homem casado manter relações com uma mulher que não fosse sua esposa. Contudo, tal resistência não impediu que a união não matrimonial respingasse na legislação civil brasileira da época, como ocorreu nas Ordenações Filipinas, instituidora de direitos em favor da mulher, quando a ligação entre os concubinos fosse prolongada.

Paulo Lobo (2018, p. 163), em abordagem histórica, aduz que:

“As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, que vigoraram no Brasil na Colônia e no Império, a partir de 1707, estabeleceram (L. 5, T. XXII, n. 979) que o ‘concubinato, ou amancebamento, consiste em uma ilícita conversação do homem com mulher continuada por tempo considerável, sancionado com admoestações, pena de prisão e multa. Mas as Constituições Primeiras davam o direito de os senhores viverem amancebados com suas escravas se assim o quisessem; somente consideravam concubinato se o homem abrigasse em sua casa alguma mulher que ali engravidasse, não fosse sua esposa, e que fosse livre. Vergou-se a Igreja aos costumes disseminados na Colônia, estabelecendo um tipo de concubinato e negando o outro, fundado na escravidão.”

O Código Civil de 1916, por sua vez, não trouxe grandes avanços quanto à matéria. Ao contrário, com o propósito de proteger a figura do matrimônio, se omitiu, deixando um vácuo jurídico em relação às relações extramatrimoniais.

A súmula 380 do STF, à época, foi um grande avanço na tentativa de coibir injustiças. Essa súmula equiparava o concubinato à uma sociedade de fato, sendo cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Assim, quem regulava as uniões extramatrimoniais era o Direito das Obrigações, e não o Direito de Família.

Com o advento da Constituição de 1988, muda-se o tratamento da matéria. Consagrando o princípio da pluralidade das formas de família, a união estável passa a ser um tipo de entidade familiar, substituindo a expressão concubinato.

A matéria está tratada no art. 226, § 3º da CF/88, *ipsis litteris*:

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

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Tratando do avanço quanto à estável promovido pelo Código Civil de 2002, Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 199) assevera que:

“E, por último, a incorporação ao texto do Código Civil de 2002 de um título sobre união estável (arts. 1.723 a 1.727) consolida, de uma vez por todas, a compreensão dessa forma de família em nosso ordenamento jurídico. Absorvendo as novas concepções jurídicas de família, o CCB/2002 utilizou as expressões união estável e concubinato em sentidos diferentes. Caracterizou-se a união estável como relação conjugal não adulterina e o concubinato como relações adulterina, mantendo ainda suas consequências no campo obrigacional.”

O STF, promovendo outro notável e importante avanço nesse tema, em julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade, estendeu a união estável para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, diferentemente do resultado que resultaria de uma interpretação literal do art. 226, § 3º da CF/88 (... é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade família ...).

Transcrevendo uma parte da ementa do julgado que estabeleceu esse entendimento, tem-se:

“(…)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicações das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva.

2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.

(...):

(STF – RE: 687.432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, pub. 02.10.2012).

Ademais, é possível extrair que essas mudanças trouxeram mais “humanidade” às relações extramatrimoniais.

A pluralidade de entidades familiares permitiu a introdução da união estável nesse rol, igualando-se todos esses tipos. Toda família merece proteção do Estado, qualquer que seja, sem distinções ou graus de preferência ou prioridade.

Deste modo, o concubinato recebeu tratamento legal, no art. 1.727 do Código Civil de 2002, amenizando toda a carga de discriminação e desprezo incidentes desde o início do ordenamento jurídico brasileiro e a união estável foi elevada à categoria de entidade familiar, igualando-se ao casamento.

## **2. Características da união estável**

A legislação brasileira não define a união estável, contudo, conjugando o art. 1723 do Código Civil com o art. 226, § 3º da CF/88, é possível aferir quais são os elementos caracterizadores da união estável.

A primeira característica da união estável é ser uma relação afetiva entre pessoas de mesmo sexo ou de sexo diferente. A ADI 4277 foi o ponto-chave para firmar a igualdade quanto à opção sexual: independentemente de sua orientação sexual, a relação pode ser reconhecida como união estável.

Em seguida, pode-se falar sobre a convivência pública. Segundo Maria Berenice (2016, p. 245):

“Apesar de a lei usar o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige é notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público, é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de ‘como se casados fossem’”.

Assim, o que se pretende com essa característica é que aquela relação seja conhecida e vista pelo círculo social no qual o casal está inserido, mesmo que apenas para os mais íntimos.

Ademais, a relação tem que ser contínua e duradoura, afastando-se meros encontros amorosos casuais. No ordenamento jurídico brasileiro, por conta da lei 6.515/1977, por muito tempo utilizou-se o critério temporal de 5 anos como elemento caracterizador da união estável. Contudo, a lei 9.278/96, regulando o art. 226, § 3º da CF/88, estabeleceu que não há prazo para caracterizar a união estável. Por isso, esse critério deve ser aferido no caso concreto em conjunto com todos os outros.

Maria Berenice (2016, p. 245), tratando da existência ou não do lapso temporal mínimo, aduz que:

“Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade. Nesse aspecto é que reside a durabilidade e a continuidade do vínculo. Quando a união termina pelo falecimento de um dos conviventes, é necessário sopesar todos estes requisitos de forma conjunta. Pode se desprezar o lapso temporal, se presentes as demais características legais.”

Outra característica é o objetivo de constituir família. Assim, é preciso que o casal tenha como meta uma vida conjugal em comum: há uma conjugação de vidas, um compartilhamento de experiências e dissabores. Esse requisito é importante para diferenciar esse vínculo afetivo de outros que são frequentes no meio social, quais sejam: a amizade, o companheirismo, entre outros.

Além disso, o art. 1724 estabelece deveres que devem ser seguidos pelos companheiros: lealdade, respeito, assistência mútua e guarda, sustento e educação dos filhos.

Quanto à guarda, as mesmas modalidades previstas para o casamento (exclusiva ou compartilhada) são aplicáveis à união estável.

No tocante à assistência, esta pode ser patrimonial ou moral. O art. 1.694 estabelece que os companheiros podem pedir alimentos uns aos outros, se assim necessitarem.

Nesse ponto, é possível aferir que esses deveres são bem próximos aos disciplinados no art. 1566 do CC/2002, referentes ao casamento, quais sejam: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Gotejando essa relação de deveres da união estável e do casamento, é possível aferir algumas diferenças.

Na união estável, a convivência sob o mesmo teto é dispensável. O STF, na súmula 382, solidificou esse entendimento. Do mesmo modo, a existência ou não de filhos também não é requisito para a configuração da união estável. E, por fim, fala-se da diferença entre lealdade, dever da união estável, e fidelidade, dever do casamento.

Rodrigo da Cunha (2016, p. 202-203) entende que fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Segundo o mestre:

“A lealdade está intrinsicamente atrelada ao respeito, consideração ao companheiro e, principalmente, ao animus da preservação da relação conjugal. A razão de se adotar lealdade, em vez de fidelidade, é o intuito de o legislador acatar uma postura mais ampla e mais aberta, não se restringe à questão sexual, pois abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros.”

Em resumo, para caracterizar a união estável, é preciso que se faça uma análise caso a caso, abordando a presença ou não dessas características: relação afetiva entre indivíduos, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, a análise desses requisitos deve ser feita objetivamente, sem se descuidar, contudo, da opinião de outros grandes estudiosos, como Maria Berenice. Segundo a autora (2016, p. 245), “o objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo.”

Comunga-se, aqui, da tese defendida por Paulo Lôbo, qual seja: a união estável é ato-fato jurídico. Assevera o mestre (2018, p. 167):

“Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe.”

Por isso, a vontade dos companheiros em constituir ou não união estável é irrelevante. Os elementos da união estável (ou características, termo aqui utilizado) devem ser analisados objetivamente.

Citando como exemplo, é possível que em uma eventual separação de companheiros um deles se insurja e defenda que nunca foi sua vontade a constituição de união estável, pois nunca quis construir uma família. A outra parte, utilizando-se de, por exemplo, mensagens ou e-mails trocados que demonstram a vontade de constituir um vínculo familiar, pode enfraquecer esse argumento. A reserva mental aqui, se presente, é desconsiderada.

Assim, a análise do ânimo subjetivo não é o norte para a união estável. Os critérios devem ser aferidos objetivamente, de acordo com os fatos concretos e com a realidade. Rodrigo Cunha (2016, p. 212) corroborando com essa ideia, aduz que “a realidade vivida pelo casal é o fato norteador para a incidência dos efeitos jurídicos entre eles.”

Em síntese, a união estável está configurada no momento em que os companheiros, sejam do mesmo sexo ou de sexos diferentes, desenvolvem uma relação afetiva, que é conhecida e notada pelas pessoas do seu círculo social e da sociedade circunvizinha. Essa relação é o forte o suficiente para resistir ao decurso do tempo. Os companheiros desejam constituir uma família, se comportam como se casados fossem. Entre eles, há respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns (que podem existir ou não). O Direito, então, deve fazer apenas o seu papel de proteger e reconhecer essa entidade familiar, com os consectários jurídicos que daí advêm.

### **3. Desdobramentos da união estável**

O ordenamento jurídico brasileiro imputa e reconhece certos efeitos oriundos da união estável.

Um dos primeiros, e já falado anteriormente, sendo desnecessária a sua repetição, é quanto aos deveres que devem ser respeitos pelos companheiros, elencados no art. 1.724 (lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos).

Outro desdobramento dar-se quanto aos filhos. Com a igualdade de filiação estabelecida no art. 226, § 6º da nossa Carta Magna, os mesmos direitos, qualificações e regras quanto à filiação, adotadas no âmbito do casamento, estendem-se a qualquer relação paterno-filial.

Nos dizeres de Paulo Lobo (2018, p. 172):

“Em virtude do princípio da igualdade jurídica entre filhos, não há qualquer distinção entre as relações paterno-filiais na família constituída pelo casamento ou pela união estável.”

Quanto ao nome, também se afigura possível que um dos companheiros possa adotar o sobrenome do outro, e vice-versa.

Há, cada vez mais, uma maior aproximação do casamento e da união estável. Por isso, pelo princípio da igualdade, é facultada a adoção do sobrenome nesta entidade familiar, já que naquela, isso se afigura plenamente possível.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.206.656, adotou um posicionamento permissivo quanto à alteração de registro de nascimento para a inclusão do sobrenome do companheiro, mesmo quando ausente comprovação de impedimento legal para o casamento, conforme exigido pelo § 2º, art. 57 da lei de Registros Públicos.

Por fidelidade ao julgado, transcreve-se uma parte da ementa:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO REGISTRAL DE NASCIMENTO. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO COMPANHEIRO. POSSIBILIDADE. Pedido de alteração do registro de nascimento para a adoção, pela companheira, do sobrenome de companheiro, com quem mantém união estável há mais de 30 anos. A redação do art. 57, § 2º, da Lei 6.015/73 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher, a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, situação explicada pela indissolubilidade do casamento, então vigente. A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parêntese *ratio legis* relativa à união estável, com aquela que orientou o legislador na fixação, dentro do casamento, da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges, pelo outro. Assim, possível o pleito de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1º, do CC-02, devendo-se, contudo, em atenção às peculiaridades dessa relação familiar, ser feita sua prova documental, por instrumento público, com anuência do companheiro cujo nome será adotado. Recurso especial provido.”

(STJ – REsp 1.206.656/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, pub. 11.12.2012).

Da união estável também podem decorrer consequências patrimoniais. Assim como o previsto para o casamento, de acordo com o art. 1.725, o regime de bens legal é o da comunhão parcial de bens. Contudo, é possível que os companheiros, através de contrato escrito, chamado de contrato de convivência, optem por adotar outro regime de bens

Deste modo, configurando-se o início de uma união estável, os bens adquiridos em sua constância ingressam no patrimônio comum.

De acordo com Rodrigo Cunha (2016, p. 218), “nas uniões estáveis, se houve esforço comum para aquisição patrimonial, ou mesmo no concubinato se houver contribuição direta, com a dissolução da relação, por morte ou em vida, deverão ser partilhados esses bens.”

Em virtude dessa previsão do art. 1.725, não se discute mais a necessidade de prova do esforço comum. O requisito agora é a constituição de uma família. A presunção é absoluta, entendimento acampado pelo STJ no REsp 736.627. De acordo com esse julgado:

“[...]

2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.

[...]”

(STJ – REsp 736.627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, pub. 01.08.2006).

Assim, o requisito do “esforço comum” dá lugar ao requisito “vínculo familiar”.

É válido salientar, também, o desdobramento da união estável na segurança dos negócios jurídicos.

É sabido que os companheiros em união estável não possuem um estado civil previsto em lei. Por isso, não há obrigação nessa identificação, salvo em juízo. Essa falta de identificação pode causar problemas de ordem pessoal e patrimonial.

O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, em seu art. 319, inciso II, estabelece que é parte da petição inicial a informação de existência de união estável.

O art. 1.647, do CC/2002, que incide sobre o regime parcial de bens, aplicável à união estável, estabelece que o companheiro não pode prestar aval ou fiança sem autorização do outro.

Assim, por segurança jurídica, recomenda-se sempre a autorização de ambos os companheiros em negócios jurídicos que envolvam a alienação ou oneração de bens adquiridos no curso da união estável. Obviamente, sendo o regime de bens o da separação absoluta, é desnecessária essa outorga.

Paulo Lôbo (2018, p. 175) alerta que:

“Qualquer alienação (venda, permuta, doação, dação em pagamento) de bem comum pelo companheiro depende de autorização expressa do outro; a falta de autorização enseja ao prejudicado direito e pretensão à anulação do ato e do respectivo registro público. Terceiros de boa-fé, prejudicados pela anulação, em virtude da omissão do estado civil de companheiro em união estável do alienante, tem contra este, além da pretensão de devolução do que pagou, pretensão à indenização por perdas e danos.”

Citando alguns desdobramentos da união estável no âmbito do processual civil, tem-se a formação de litisconsórcio necessário, por força de lei, quando um dos companheiros propuser ação de direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

Sobre o litisconsórcio necessário legal, Fredie Didier Jr. (2018, p. 528) disciplina que:

“O litisconsórcio necessário está ligado diretamente à indispensabilidade da integração do polo da relação processual por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica discutida (unitariedade), seja por imperativo legal.”

E continua (2018, p. 532), asseverando que “o litisconsórcio também será necessário quando assim o dispuser expressamente a lei (art. 114, primeira parte, CPC).

Portanto, conjugando o art. 114 com o art. 73, §3º, ambos do CPC/2015, tem-se que é obrigatório o litisconsórcio entre companheiros de união estável em demandas de direito real imobiliário.

Ainda no âmbito processual, quanto ao direito probatório, Flávio Tartuce, em artigo publicado no site “Migalhas”, 2015, aponta:

“No que tange às provas, o *companheiro* não é obrigado a depor sobre fatos que gerem a desonra de seu consorte (art. 388, inciso III, do CPC/2015); quando é certo que não se mencionava o convivente no CPC anterior ou no CC de 2002. Na mesma linha e ainda sobre a prova, nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de cônjuge ou *companheiro* não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o da separação absoluta de bens (art. 391, parágrafo único, do CPC/15). No art. 350, parágrafo único, da norma processual anterior, não havia regra relativa à união estável, mais uma vez.”

Por fim, apenas como mais um exemplo, sem findar a discussão dos desdobramentos da união estável no âmbito processual, tem-se a legitimidade do companheiro para propor a ação de embargos de terceiro.

Com fulcro no art. 674, §2º, inciso I, do CPC, o companheiro, que ainda não fez parte do processo, pode propor a ação de embargos de terceiro quando sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, dando origem a um processo incidente. Em síntese, o mestre Fredie Didier Jr (2018, p. 554) leciona que “processo incidente é um processo novo, instaurado em razão de um processo existente, que dele se desgarrar, mas

nele produz efeitos. É um processo filhote: nasce de um processo existente, mas adquire vida própria.”

Assim, por exemplo, se um dos companheiros estiver com o seu direito à meação sobre algum (uns) bem (ns) ameaçado, poderá propor embargos de terceiro.

#### **4. Namoro: afetividade, mas nem tanto**

Euclides de Oliveira, em artigo intitulado “A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar”, estabelece graus de afetividade nas relações entre indivíduos.

O “ficar” é um relacionamento precário, no sentido de que não há uma relação próxima e estável entre os sujeitos. É um simples caso, onde pessoas se conhecem e, por alguns momentos, passam a desfrutar da presença do outro.

O namoro é um próximo passo. Após esse breve contato, os ânimos e a paixão entre os “ficantes” se tornam mais fortes. Há um desejo de estabelecer um contato mais próximo, estável e exclusivo, que pode evoluir para uma união estável e, mais futuramente, para o casamento, ápice da “cadeia evolutiva” dos relacionamentos. Do mesmo modo que pode evoluir, o namoro também pode regredir ou até mesmo findar-se.

Antigamente, o controle familiar sobre o namoro era bem maior. Cena comum nos ambientes familiares era o namoro no sofá da sala, onde o casal ficava sob a égide da família. Se desejassem sair para outro lugar, por exemplo uma lanchonete, havia hora para voltar.

Conceituando o namoro, Euclides de Oliveira aduz que:

“Do latim *in amore*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo. Tende a se tornar de conhecimento da família, dos amigos, da sociedade. Surge entre os enamorados uma cumplicidade no envolvimento porque passam a ter interesses comuns e um objetivo ainda que longínquo de formarem uma vida a dois.”

O namoro não é uma entidade familiar. É uma manifestação de afeto não familiar, assim como a camaradagem, o vínculo entre amigos. Não há um objetivo de constituição de família ou, se há, é pro futuro.

Hodiernamente, o namoro possui uma configuração mais “liberal” do que antigamente. É comum as viagens em casal, as relações sexuais, o respeito e a fidelidade mútuos, entre outras características

Essas particularidades levam à uma zona cinzenta entre esse instituto e a união estável.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha (2016, p. 204):

“Com a evolução dos costumes e a maior liberdade sexual, a linha divisória entre namoro e união estável tornou-se muito tênue. Com isso, grande parte dos processos levados aos tribunais brasileiros envolvem união estável, o cerne da discussão está na dificuldade de se diferenciar namoro de união estável. (...)”

Contudo, “nem tudo o que parece, assim o é”. O namoro possui características próprias, que o diferem da união estável. Ele é um acontecimento do mundo fenomênico dos fatos, não abarcado pelo Direito, e cujos desdobramentos não podem ser confundidos com os da união estável. É um fato.

Sobre a diferença entre fato e fato jurídico, o mestre Caio Mário (2016, p. 383) leciona que:

“Dos pressupostos materiais, o mais importante é o fato jurídico, o acontecimento que impulsiona a criação da relação jurídica. Sua base é um fato. Mas nem todo fato tem essa força jurígena.

(...)

Outros se passam no domínio das ações humanas, também indiferentes ao direito: o indivíduo veste-se, alimenta-se, sai de casa, e a vida jurídica se mostra alheia a estas ações, a não ser quando a locomoção, a alimentação, o vestuário provoquem a atenção do ordenamento legal.”

O fato, portanto, é um acontecimento natural do dia a dia, que não atrai a atenção do ordenamento jurídico, categoria donde se insere o namoro.

## 5. Características e desdobramentos do namoro

Observando o namoro pelas características que são particulares à união estável, é possível perceber que aquele não se confunde com esta.

Uma delas é a lealdade e o respeito mútuos. Enquanto namorados, os sujeitos desenvolvem um laço afetivo mais restrito, de modo que o envolvimento afetivo com outra pessoa pode acabar com o relacionamento. Esse é um dos pontos que diferencia o namoro do ficar. Neste, não há essa exclusividade quanto ao parceiro. Muitas vezes, é comum, em uma mesma noite, que uma pessoa se relacione com várias, de maneira descompromissada e passageira.

A convivência pode, ou não, ser pública ou duradoura. Muitas vezes, o casal opta por se reservar socialmente e não expor para todos que há ali um relacionamento afetivo, seja por conta do comportamento familiar, social ou outros motivos. É comum que casais homossexuais escondam sua relação por medo da pressão social, o que não desnatura aquela convivência ali estabelecida. Quanto a ser duradoura ou não, inexistente critério temporal para se caracterizar o namoro.

Outra característica singular do namoro dar-se no tocante ao objetivo de constituição de família: esse animus inexistente ou, no mínimo, é pro futuro, diferentemente da união estável.

Tratando da diferença entre namoro e união estável, Rodrigo da Cunha (2016, p. 204) assevera que:

“Assim, o que distingue esses dois institutos é o animus familiae, reconhecido pelas partes e pela sociedade (trato e fama). Existem namoros longos que nunca se transformaram em entidade familiar e relacionamentos curtos que logo se caracterizam como união estável (...)”

Ademais, no tocante aos filhos, estes podem existir ou não. Embora, muitas vezes, após a gravidez, o casal seja forçado, diante da pressão familiar, a contrair matrimônio, é plenamente possível que esse namoro não evolua para um casamento, sendo reconhecidas apenas as obrigações de guarda, sustento e educação. Em síntese, das obrigações de filiação.

Rodriga da Cunha (2016, p. 205) aduz que:

“Assim, o conteúdo sexual de uma relação amorosa que até pouco tempo era caracterizador, ou descaracterizador de um instituto ou outro, não é mais determinante ou definidor deste ou daquele instituto. E, para confundir ainda mais, namorados às vezes têm filhos sem planejar, o que por si só não descaracteriza o namoro e o eleva à categoria de união estável. (...)”.

Na mesma linha, Helder Martinez, em artigo intitulado “União estável e contratos de namoro no NCCB”, explicita que “alguns fatores imprevistos, como o nascimento dos filhos, que a rigor tenderiam a efetivar e estabilizar o relacionamento, nem sempre conduzem a tal desfecho, podendo ser até causa de separação.”.

Outro ponto diz respeito à assistência material e moral. É comum que, diante de um quadro de necessidade, um dos namorados dê suporte financeiro ao outro. Contudo, não é uma obrigação legal, e sim moral. Não existe no ordenamento jurídico a imposição de um dever quanto à assistência entre o casal de namorados, muitos menos uma sanção diante da sua inobservância.

Nessa toada, também não é requisito a convivência sob o mesmo teto. Por questões de economia, por exemplo, é possível o compartilhamento daquele ambiente, sem caracterizar união estável (já que esse requisito também não é dispensável para caracterizar a relação entre companheiros).

Por isso que uma análise pormenorizada caso a caso é de suma importância.

O namoro não tem as mesmas consequências legais previstas para a união estável, essa sim uma entidade familiar. Nesta, por exemplo, há o dever de alimentos, o direito à herança, à meação, ou seja, uma responsabilidade muito mais abrangente, enquanto naquele, estes fatos inexistem.

Atento à tênue linha que separa a união estável do namoro (que não poderia ser diferente), Paulo Lobo (2018, p. 170) aduz que:

“Mas há de ser ponderado o tênue equilíbrio entre o namoro e a união estável, pois aquele resulta do ambiente de liberdade, que a Constituição protege, inclusive da incidência de normas jurídicas, permanecendo no mundo dos fatos. Namorar não cria direitos e deveres.”.

Diante dessa proximidade entre os institutos, muitos civilistas apelam para a formulação de um “contrato de namoro”.

Esse tipo contratual foi desenvolvido com o intuito de afastar as eventuais responsabilidades patrimoniais que poderiam advir com uma eventual separação do casal de namorados. Busca-se uma proteção, diante da semelhança entre o namoro e a união estável.

A doutrina mostra-se bastante restritiva quanto aos efeitos desse contrato, justamente pelo fato de que não afasta, quando preenchidos seus requisitos, a caracterização da união estável. Esta é um ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade das partes.

Tratando do assunto, Sílvio de Salvo Venosa, em artigo intitulado “Contratos afetivos: o temor do amor”, defende a seguinte posição:

“Propendo, portanto, pela corrente que entende que esses contratos de namoro são nulos (art. 166, VI, do Código Civil). Sua finalidade, na massiva maioria das vezes, é proteger o partícipe que possui patrimônio em detrimento daquele que não o tem, com nítida ofensa aos princípios da dignidade humana e do direito de família. Assim sendo, um contrato desse jaez não poderá nunca impedir o reconhecimento da união estável, assim como uma declaração de união estável poderá levar a uma conclusão de sua inexistência. (...)”

Da mesma maneira, adotando-se a relativa eficácia do contrato de namoro, Helder Martinez, no artigo “União estável e contratos de namoro no NCCB”, leciona que:

“Da mesma maneira, em convivendo um casal, de forma pública e notória, continuada e estável, adquirindo patrimônio, operam-se direitos que podem vir a ser reconhecidos independentemente de disposição contrária em contrato escrito, que afirme tratar-se de simples namoro. Assim, pode-se dizer que a validade do contrato de namoro é relativa, perdurando até que um dos companheiros sintá-se prejudicado e venha a questioná-la.”

Na mesma linha, Paulo Lôbo (2018, p. 170):

“Todavia, considerando que a relação jurídica de união estável é ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade das pessoas envolvidas, esse contrato é de eficácia limitada, apenas servindo como elemento de prova, que pode ser desmentida por outras provas.”

Por isso, diante da pouca eficácia prática do contrato de namoro, o afastamento entre namoro e união estável deve dar-se analisando, cautelosamente, caso a caso. Pode até servir como um meio de prova, mas não é o suficiente para descaracterizar uma união estável, se ficar configurada.

As características da união estável, se presentes, são suficientes para assim configurar essa entidade familiar, com todo o seu arcabouço de direitos e deveres, haja vista tratar-se de ato-fato jurídico. Ao contrário, não estando presentes, tem-se o namoro, simples instituto do mundo fenomênico dos fatos, indiferente ao Direito, sem consequências jurídicas.

## **6. Análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco**

Após essa explanação, busca-se, nesse tópico analisar os julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com a data de julgamento entre 01/01/2015 a 01/06/2019.

Utilizando-se da pesquisa jurisprudencial no site do próprio Tribunal, através da aba “Jurisprudência”, filtrou-se as decisões utilizando-se os vocábulos “namoro E união estável”, chegando ao montante de 16 acórdãos<sup>1</sup>.

---

1 TJPE, 1ª Câmara regional de Caruaru – 1ª Turma, Apelação 465739-2 (0001304-84.2012.8.17.0480); TJPE, Gabinete do Des. Antônio Fernando Araújo Martins, Agravo de instrumento 0011243-29.2018.8.17.9000; TJPE, Gabinete da 1ª vice-presidência segundo grau, Apelação cível 0003279-33.2015.8.17.2810; TJPE, 1ª Câmara criminal, Apelação 472280-5 (0064337-25.2015.8.17.0001); TJPE, Gabinete do Des. Jovaldo Nunes Gomes, Agravo de instrumento 0006176-83.2018.8.17.9000; TJPE, Gabinete do Des. José Viana Ulisses Filho, Agravo de instrumento 0004900-17.2018.8.17.9000; TJPE, Gabinete do Des. José Fernandes de Lemos, Agravo de instrumento 0000376-45.2016.8.17.9000; TJPE, 1ª Câmara regional de Caruaru - 1ª Turma, Apelação 505075-7 (0007097-33.2014.8.17.0480); TJPE, Gabinete do Des. Eduardo Augusto Paurá Peres, Agravo de instrumento 0010318-67.2017.8.17.9000; TJPE, 4ª Câmara cível, Apelação 485809-5 (0086357-78.2013.8.17.0001); TJPE, Gabinete do Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Apelação cível 0001756-83.2015.8.17.2810; TJPE, Gabinete da 2ª vice-presidência segundo grau, Apelação cível 0001198-97.2016.8.17.2480; TJPE, 1ª Câmara regional de Caruaru - 1ª Turma, Apelação 475810-5 (0007589-69.2007.8.17.0480); TJPE, Gabinete do Des. Alberto Nogueira Virgínio, Agravo de instrumento 0000671-48.2017.8.17.9000; TJPE, 6ª Câmara cível, Apelação 337827-4 (0001892-39.2013.8.17.0001); TJPE, 2ª Câmara criminal, Apelação 353883-2 (0071120-72.2011.8.17.0001).

Dessa quantia, 13 acórdãos tratavam de matéria afeta ao direito de família. Os outros 3<sup>2</sup> (dois relacionados à matéria criminal e 1 relacionado ao direito administrativo) como não tratavam, foram descartados.

Após esse filtro, com o fito de observar quais características da união estável e do namoro são mais marcantes para a diferenciação entre os dois institutos, buscou-se, entre as 13 decisões, apenas aquelas que tratassem dos dois institutos e que fizessem distinções e analisasse os pontos fulcrais para julgar aquela determinada lide. A apelação cível nº 0001756-83.2015.8.17.2810, por exemplo, discutia apenas os pontos para reconhecimento, ou não, de união estável com fins de direito à pensão por morte.

Assim, chegou-se às apelações 465739-2, 0003279-33.2015.8.17.2810, 505075-7, 485809-5, 475810-5 e 337827-4.

### 6.1. Apelação 465739-2

A questão debatida nessa apelação orbitava em torno do reconhecimento de união estável, legitimando uma possível partilha e pedido de alimentos.

Contudo, o relator José Viana Ulisses Filho, seguido unanimemente pelos outros desembargadores, analisando as provas dos autos, verificou que estas eram insuficientes para caracterizarem uma união estável.

A apelada, em suas alegações, utilizou-se da existência do filho em comum com o apelado para dar maior probabilidade a sua pretensão. Mas, assim como na doutrina, que não reconhece a existência de filhos como elemento caracterizador da união estável, o exmo. Desembargador José Viana seguiu a mesma linha, entendendo como elemento insuficiente para caracterizar a união estável.

Ademais, o relator entendeu que houve um relacionamento, com indícios de namoro, relação que não é abarcada pelo Direito, sem os desdobramentos cabíveis para a união estável.

---

2 TJPE, 1ª Câmara criminal, Apelação 472280-5 (0064337-25.2015.8.17.0001); TJPE, Gabinete da 2ª vice-presidência segundo grau, Apelação cível 0001198-97.2016.8.17.2480; TJPE, 2ª Câmara criminal, Apelação 353883-2 (0071120-72.2011.8.17.0001).

## 6.2. Apelação 0003279-33.2015.8.17.2810

Nessa apelação tem-se uma ação de declaração e dissolução de união estável com partilha de bens.

O relator, desembargador Josue Antônio F. de Sena, sintetizou a controvérsia em analisar se houve ou não união estável entre as partes

Analisando os autos, contudo, ele seguiu a sentença proferida pelo juiz de 1º grau. Nela, o magistrado observou que a apelante não fez prova de suas alegações, ou seja, não conseguiu provar a *affectio maritalis*, ônus do que não se desincumbiu.

Além disso, o juiz, seguido pelo desembargador na apelação, observou que na união estável deve haver publicidade e durabilidade no relacionamento, além de haver um comprometimento mútuo e um compartilhamento de projetos de vida.

Na sentença, asseverou o juiz:

“(…)

No caso em apreço, é latente a inexistência do *affectio maritalis*. Na união estável, ainda que demonstrada a publicidade e a duração de um envolvimento afetivo e sexual, há de se perquirir sobre a qualidade do relacionamento dos companheiros, ou seja, se este relacionamento tem o objetivo de constituir família, se existem um comprometimento mútuo e projetos de vida comum, tal como se tem na entidade familiar.”

A falta de prova dos elementos caracterizadores, analisados na visão do juízo de 1º grau como requisitos complementares e aditivos, desembocou na caracterização do relacionamento como simples namoro, não se concedendo os direitos assegurados aos companheiros, como, por exemplo, o direito à partilha de bens.

O juiz de piso também observou que não foi comprovada a convivência sob o mesmo teto (requisito que, embora tenha sido levado em consideração nessa controvérsia, é dispensável, segundo a súmula 382 do STF, já discutida ao longo deste artigo).

Ipsis litteris:

“(...)

Não há, nos autos, prova documental no sentido de que autora e demandado residiram no mesmo endereço, comprovantes de residência comprovando o mesmo domicílio pelo período declarado na inicial, qual seja, 12 anos e 07 meses. Ou seja, é inegável a existência de um relacionamento havido entre o requerido a autora, porém, este não se reveste dos requisitos caracterizadores de uma união estável, mas apenas e tão somente de um namoro.

(...)”.

Portanto, sem a prova da caracterização de todos os elementos da união estável (quais sejam, nesse caso analisados: affectio maritalis, publicidade, duração, comprometimento mútuo, projetos de vida em comum, assim como o uso do patrimônio, e a habitação sob o mesmo teto), o relator, seguido unanimemente pelos outros desembargadores, negou provimento ao apelo.

### 6.3 Apelação 505075-7

Na apelação em tela, discutia-se o reconhecimento/dissolução de união estável para uma possível partilha de bem imóvel.

O relator, desembargador José Viana Ulisses Filho, durante o seu voto, seguido unanimemente pelos outros doutos desembargadores, analisou se os requisitos da união estável estavam preenchidos, para diferenciar aquele relacionamento de um simples namoro.

Ademais, discorreu sobre os requisitos para a união estável, quais sejam: publicidade (relacionamento que não é clandestino ou as escondidas), continuidade (contínuo, sem interrupções) e durabilidade (análise caso a caso, já que a lei não traz um prazo específico).

Além destes, o ponto fulcral é o objetivo de constituir de família (affectio maritalis). No namoro, este requisito é pro futuro, enquanto na união estável, já existe a entidade familiar.

Nas palavras do relator, extraídas da ementa, tem-se que:

“(…)

3. Vale ressaltar que para ser caracterizada uma união como união estável se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos legais. A um, publicidade, não escondida ou clandestina; a dois, contínua, sem interrupções; a três, durabilidade, ou seja, a lei não traz prazos específicos para sua configuração, como fazia a lei revogada de 1994. O que diferencia união estável de namoro é, portanto, o objetivo de constituição de família. No namoro há, pois, um projeto futuro de família e na união estável há uma entidade familiar de fato.

(…)”.

No voto, o mesmo também reconheceu a desnecessidade de morar sob o mesmo teto para configurar a união estável, como bem aduz a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o relator da apelação em tela, seguiu o juízo de 1º grau, reconhecendo a união estável (da análise das provas dos autos, não se tratava de um mero namoro), mas improvendo o pedido de partilha do imóvel, pois este foi adquirido antes da constituição da união estável, não entrando na partilha de bens.

#### **6.4. Apelação 485809-5**

A controvérsia orbitava em torno de um pedido de indenização por danos morais e materiais. A apelada, durante o período de namoro/noivado, emprestou dinheiro ao namorado/noivo para construção de um imóvel.

O relator asseverou que aquela relação não estava abarcada pelo direito de família, inexistindo pedido de reconhecimento de união estável. Além disso, as partes não chegaram a conviver, relacionando-se apenas como namorados/noivos.

No caso, houve apenas uma escolha livre, de uma das partes, em emprestar suas economias para outra pessoa, com quem convivía e nutria

esperanças de casar e morar naquele imóvel que seria construído. Como simples ato que é, o namoro não poderia gerar os mesmos direitos que a união estável, como ato-fato jurídico reconhecido.

Quanto ao pedido de danos morais, o relator observou que “(...). Tampouco há provas de qualquer situação particular oriunda do fim do relacionamento que gerasse sofrimento e dor emocional que ultrapassem aquela a que todos estão expostos no desenvolvimento de seus relacionamentos amorosos.”. Portanto, a apelada fez jus apenas aos danos materiais, obtendo a devolução dos valores gastos no imóvel.

#### **6.5. Apelação 475810-5**

No caso aqui analisado, a controvérsia girava em torno do reconhecimento de união estável, legitimando uma possível partilha de bem imóvel.

O relator, desembargador José Viana Ulisses Filho, seguido unanimemente pelos outros doutos desembargadores, votaram pelo não provimento do recurso.

A apelada alegava que havia convivido em união estável com o apelado, de 1999 até 2006, ano em que houve a separação de fato. Contudo, ela não se desincumbiu do ônus de provar os requisitos para configuração da união estável (segundo o art. 373, inciso I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito).

Com isso, o relacionamento havido entre as partes configurava apenas um namoro, prejudicando, assim, a pretensão de partilha do bem imóvel. Sem a prova dos requisitos, portanto, torna-se impossível o reconhecimento da união estável.

#### **6.6. Apelação 337827-4**

Por fim, nessa apelação, a controvérsia cingia-se no reconhecimento de união estável, objetivando a partilha de um bem adquirido durante o período de convivência entre as partes.

O relator, desembargador Evandro Sérgio N. de M. Melo, em seu voto, seguido unanimemente pelos outros desembargadores, asseverou

que são requisitos para configuração da união estável: inexistência de impedimento para casamento, convivência duradoura, pública, contínua e o objetivo de constituir família.

Analisando as provas colacionados aos autos, o relator observou que o relacionamento ostentava as características de publicidade, continuidade e durabilidade. Contudo, o desejo de casar (*affectio maritalis*) e o objetivo de constituir família eram pro futuro, o que é insuficiente para caracterizar a união estável.

Segundo o relator:

“(…)

No caso concreto, não há controvérsia quanto ao período de relacionamento, mas a prova colhida revela que embora público, duradouro e estável, o relacionamento não ostentava características de união estável, visto que a pretensão de casar e constituir família como propósito para momento futuro que não chegou a se consumar não é suficiente para converter o namoro/noivado em união estável.

(…)”.

Conforme as provas testemunhais e pelo depoimento pessoal da autora, o casal era visto na comunidade como namorados e, posteriormente, noivos.

Portanto, a pretensão da apelada quanto à partilha do bem imóvel restou prejudicada. Ausente a união estável, e, conseqüentemente, inexistência de presunção de esforço comum, cabia a ela provar que colaborou com a compra do bem, evitando o enriquecimento ilícito, o que também não restou comprovado nos autos.

Finalizando o voto, o desembargador aduziu que:

“(…)

Assim, diante da evidência de que o vínculo existente entre o casal era nitidamente de namoro e posteriormente de noivado, sem qualquer indício de vida em comum nos moldes que a lei exige para configuração da entidade familiar,

mostram-se descabidas as pretensões da Apelante, seja em relação ao reconhecimento da união estável, seja no tocante à partilha de bens.

(...):”

## **Conclusão**

A união estável, com a Constituição Federal de 1988, obteve um grande avanço e foi reconhecida como entidade familiar. Preenchidos os seus requisitos, há desdobramentos específicos espelhados ao longo do ordenamento, como a partilha de bens em uma eventual separação, a legitimidade do companheiro para propor a ação de embargos de terceiro, etc.

O namoro, embora seja um relacionamento, assim como a união estável, não é abarcado pelo ordenamento, sendo um simples ato, sem desdobramentos relevantes para o Direito.

O presente artigo se propôs a analisar as características e os desdobramentos de cada uma dessas figuras, apoiando-se na doutrina, na legislação e em alguns julgados de tribunais superiores. Após essa fase, analisou-se como o Tribunal de Justiça de Pernambuco decidiu casos em que houve necessidade de se analisar um determinado relacionamento: se era namoro ou uma união estável.

Para se chegar aos julgados do TJ-PE (apenas acórdãos), proferidos entre 01/01/2015 e 01/06/2019, utilizou-se a pesquisa jurisprudencial, através do site deste tribunal, na aba “Jurisprudência”, com as palavras-chave “namoro E união estável”.

Com isso, foi possível cotejar a posição da doutrina especializada com a posição do TJ-PE, observando se as mesmas características defendidas por aquela eram relevantes e aplicadas por este.

A união estável e o namoro são relacionamentos. Contudo, um é abarcado pelo Direito e o outro não, sendo de fundamental importância que o magistrado, na tentativa de reconhecê-los, deve observar a presença dos requisitos caracterizadores, em conjunto, para não criar uma solução semelhante para figuras tão diferentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 736.627-PR**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, j. 11/04/2006, DJ 01/08/2006, p. 436. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/40770/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.206.656-GO**. Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, j. 16/10/2012, DJe 11/12/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001415583&dt\\_publicacao=11/12/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001415583&dt_publicacao=11/12/2012)>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.277-DF**. Relator: Ayres Britto, Brasília, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso especial 687.432-MG**. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, j. 18/09/2012, DJe 02/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857867>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 0003279-33.2015.8.17.2810**. Relator: Josue Antonio Fonseca de Sena. Pernambuco, j. 12/12/2018. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 337827-3**. Relator: Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo. Pernambuco, j. 17/12/2015, DJe 20/01/2016. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 465739-2**. Relator: José Viana Ulisses Filho. Pernambuco, j. 13/02/2019, DJe 21/02/2019. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 475810-5**. Relator: José Viana Ulisses Filho. Pernambuco, j. 27/09/2017, DJe 23/10/2017. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 485809-5**. Relator: Jones Figueirêdo Alves. Pernambuco, j. 12/04/2018, DJe 30/04/2018. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação cível 505075-7**. Relator: José Viana Ulisses Filho. Pernambuco, j. 01/08/2018, DJe 15/08/2018. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 20/06/2019.

COL, Helder Martinez Dal. **Revista brasileira de direito de família**: união estável e contratos de namoro no nccb. N. 23, Porto Alegre: Síntese, IBD-FAM, 2004, p. 126-156.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias, vol. 5. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Euclides de. **A escalada do afeto no direito de família**: ficar, namorar, conviver, casar. Disponível em: < [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/13.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf)>. Acesso em 20/06/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil, vol. 1. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 383.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. 2ª ed., Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no novo cpc e algumas repercussões no direito material. Primeira parte**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 20/06/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Revista magister de direito civil e processual civil**: contratos afetivos: o temor do amor, v. 8. N. 44, Porto Alegre, 2011, p. 82-84.

**“DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE”  
E SEUS EFEITOS**

**Contextualização histórica e seus impactos nas relações  
familiares brasileiras**

*Flávia Kariny da Silva  
Isabela Jesus de Albuquerque  
Jullyene Felipe dos Santos Oliveira*



## **Introdução**

No contexto histórico e jurídico presente, o instituto da filiação amplia-se para além da esfera sanguínea e adotiva, encontrando sentido também na afinidade entre as relações de parentesco. Assim, a família antes centrada na primazia das garantias patrimoniais e de perpetuação do poder, hoje percebe-se como âmbito da realização pessoal e de afeto, sendo este o verdadeiro elo entre pais e filhos.

A paternidade prova-se como um fato social, desligando-se, paulatinamente, da ideia de fato natural e biológico. As transformações por qual passou a família, que deixa de ser um locus de caráter econômico, religioso e procriativo para se tornar grupo de afeto e companheiro é o grande propulsor da desbiologização da paternidade e consequente socioafetividade da paternidade.

O radical da família que outrora era fundada na lei e no sangue passa a ser ambiente de liberdade. A ligação biológica que, apesar de ser vínculo sólido e, através dos avanços científicos, cada vez mais facilmente comprovados, limita a visão do aplicador do direito, devendo este enxergar a família como, antes de tudo, fenômeno social, vínculo entre as partes e relação fundada na liberdade, para então estar apto a dar respostas aos anseios hodiernos trazidos no bojo do Direito das Famílias.

Em síntese, a “desbiologização da paternidade” terminologia criada pelo jurista João Baptista Villela, faz parte de um processo histórico complexo, perpassando pela construção de um país mais democrático e plural, com a inclusão do respeito à miscelânea cultural e familiar no texto da Constituição Federal, de modo a contemplar novas modalidades de composição, agora primando pela liberdade e afeto.

## **1. Secularização do casamento e inclusão de novas entidades familiares na Constituição Federal de 1988**

O conceito de família patriarcal calcada no instituto do casamento entrou em crise sobretudo após o surgimento do Estado social promovido durante o século XX. Surge então, como guardião dos interesses sociais, o Estado, que de acordo com Paulo Lôbo<sup>1</sup>, “passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais”. Desta feita, os valores introduzidos pelas mudanças no modelo estatal foi imprescindível para as tutelas das pluralidades de composição familiar.

O constituinte se preocupou em proteger a família como instituição social em suas várias formas, não apenas na figura do casamento, entendendo que a figura familiar não é de domínio do Estado, sendo, antes disto, expressão social.

Direitos novos surgem com a dinâmica social, conforme a interdisciplinaridade dos sistemas sociais, não podendo o direito quedar-se estático e fechado frente a essas novas demandas. Não pode, principalmente, a esfera do Direito de família impossibilitar a materialização e proteção dessas multiplicidades de associações, haja vista que a família é, antes de tudo, lugar de realização pessoal e da liberdade individual, não tendo o Estado poderes para limitar esse universo pessoal.

Consoante com o fenômeno da secularização do casamento e respeito às novas formas de composição familiar, a Constituição Federal traz como objetivos supremos a liberdade, justiça e solidariedade no inciso I, artigo 3º. A consagração de uma sociedade feliz é um dos escopos a que se presta a Constituição. Assim, núcleo de realização do indivíduo, a família possui certo brilhantismo, merecendo total asseguração jurídico-político estatal.

Na vida prática, segundo Paulo Nader<sup>2</sup>, as formas de composição familiar são polimórficas e “ao lado da família tradicional, instituída

---

1 LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva Jus, 2018, p. 35.

2 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 41

pelo matrimônio e composta pela união de pais e filhos, há modelos diversos, alguns previstos no Jus Positum, como a união estável e a relação monoparental.”. Acontece que para além da força positiva do direito há certas demandas sociais capazes de modificar o entendimento do aplicador direito, fazendo com que ocorra um acoplamento estrutural de modo benéfico tanto para a sociedade quanto para o direito, de maneira que este se atualize e melhor tutele os interesses daquela.

Nesta linha, não se pode olvidar que não é o direito de famílias o responsável por estabelecer e elencar de modo taxativo as formas de composição familiar de modo a limitar a pluralidade existente no mundo social.

Apesar do impacto negativo que um possível rol taxativo reconhecido e protegido pelo Estado poderia trazer para aqueles que ficassem de fora, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por uma importante e positiva mudança no contexto familiar brasileiro, isto porque, em seu texto, mais precisamente no art. 226 reconheceu a importância e dotou de igualdade três entidades familiares: o casamento, a união estável e a família monoparental.

Resta saber se se trata de um rol taxativo ou exemplificativo. O civilista Paulo Lôbo tratou de afirmar não se tratar de um *numerus clausus*, sendo, portanto, protegidas todas as formas plurais de entidade familiar. Nesse caso, a norma não teria o escopo de clausurar as entidades familiares estando a taxatividade na interpretação do aplicador do direito. Nesse sentido, assevera:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de

exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.<sup>3</sup>

Numa interpretação sistemática de todo o texto constitucional e mais precisamente dos artigos 226 em conjunto com o §6º do artigo 227, fica nítido a preocupação da Constituição de assegurar todas as entidades familiares, estando incluídas as ligações baseadas na afetividade ao lado das ligações sanguíneas. Estamos diante do princípio de paridade entre os filhos, que reconhece igualdade de direitos e qualificações aos filhos oriundos ou não da relação matrimonial. Não tendo a constituição limitado às famílias à situação matrimonial ao passo que englobou manifestações sociais corriqueiras tal qual a união estável, não é lógico que o interpretador do direito o faça: “Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”.

Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit. Na dúvida, interpreta-se em favor da liberdade. É esse o sentido que deve ser adotado pelos aplicadores do direito para compreender vontade do legislador constitucional. A liberdade de escolha das partes deve prevalecer frente às decisões limitadoras do Estado. Várias são as entidades familiares na vida social e, por conseguinte, várias devem ser as entidades acobertadas e protegidas pelo Estado, mesmo que não estejam presentes no rol do art. 226 da Constituição Federal que, como supracitado, deve ser entendido como *numerus apertus*.

Em última análise, o processo histórico e social foi responsável pelo surgimento e necessidade de legitimação e proteção dos filhos, cônjuges e parentes que formam a família. O direito como sistema de normas, por seu papel de zelador da sociedade, deve acompanhar o dinamismo social, não podendo deixar para trás situações que a própria sociedade reconhece, haja vista que o peso da literalidade pode afetar vidas e uma multiplicidade de direitos.

---

3 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>, acesso em 28 maio de 2019.

O processo de secularização e a ascendências de outras formas de composição familiar baseada na afetividade é a materialização latente de que a família é o núcleo de realização do indivíduo, onde este busca, com base no companheirismo e amor, se realizar como indivíduo social e humano, sendo a família bem mais que um mecanismo de perpetuação do sangue e poder.

## **2. João Baptista Villela e a “desbiologização da paternidade”**

João Baptista Villela foi o jurista brasileiro que cunhou o termo “desbiologização da paternidade” em seu respeitoso artigo intitulado do mesmo termo. Tal conceito aborda o fato de ser, a paternidade, um fenômeno cultural bem mais que um fenômeno natureza.

Diz o autor que o homem tem o poder de reproduzir o ato que leva à concepção de um ser vivo, mas que também detém o poder de não fazê-lo. Em contrapartida, ao decidir pôr em ação os mecanismos naturais de que decorrem o nascimento de uma pessoa, pode, a posteriori, comportar-se de modos múltiplos: pode decidir agir conforme o conceito paternal e acolher a vida que surge, ou, pelo avesso, pode escolher rejeitar esse papel. Dessa maneira, a paternidade se configura como ação de pura liberdade individual.

Com efeito, a fim de distinguir o conceito biológico do social, o ilustre autor traz à lume os casos distintos da investigação de paternidade e responsabilidade paterna patrimonial presentes no Direito Comparado. Naquela, interessa saber quem é o pai biológico e nessa, quando não sabido quem o seja (em virtude da coabitação sexual entre a mãe e vários parceiros), assegura-se o direito do nascituro, estabelecendo, noutros termos e de modo diverso, que a paternidade e responsabilidade é desvinculada do conceito da verdade biológica sempre presente no âmbito jurídico de outrora, podendo ser ‘presumida’ entre vários indivíduos quando presentes os indícios de relacionamentos sexuais destes com a gestante.

Na mesma linha, o autor assevera que o cerne da questão da paternidade é mais o serviço que a procriação. Parte-se da ideia de que o atividade de atuar como se pai fosse e se responsabilizar pela vida gerada

possui primazia frente a geração da vida em si. Cita em seu artigo o célebre julgamento de Salomão que, em frente de duas mulheres que se diziam mães de uma criança, a fim de dirimir a contenda decidiu pôr à prova o amor das mães em relação à criança em renúncia da busca pela verdade biológica. Por fim, diz que chegou à conclusão de que Salomão não buscava descobrir a mão biológica, mas aquela que mais amava, pois, para o autor, é dessa relação que se desenvolve a paternidade que, por sua vez, revela-se um fenômeno social.

De acordo com João Baptista Villela, como ingrediente da paternidade tem-se uma ligação de confiança e ternura. A paternidade é “fruto maduro de uma convivência plantada no solo fértil do amor”, e prevalece sobre pretensões provenientes da consanguinidade, de sorte que deve transcender ao conteúdo biológico quando este provar-se insuficientes

Insta frisar importante ressalva feita por Villela: com o melhor controle da fisiologia da reprodução e desvinculação da atividade sexual e do fenômeno procriativo a família se transforma e deixa de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se tornar grupo fincado na afetividade e companheirismo e tais mudanças foram fundamentais ao entendimento atual da paternidade e sua “desbiologização”.

### **3. A Constitucionalização do direito de família e seus efeitos na “desbiologização da paternidade”**

A Constituição Federal de 1988 inovou ao inferir o âmbito privado como sendo de interesse público, algo que não existia nas outras constituições brasileiras. Dessa forma, a partir dessa nova concepção, percebe-se a necessidade da constitucionalização do Código Civil, que agora não deve ser entendido limitado apenas ao aspecto particular, mas deve adotar os princípios constitucionais para nortear a interpretação das normas civilistas.

Nesse contexto, pelo fato do Direito de Família está imerso no Código Civil, houve também uma mudança no instituto da família. De acordo com Silvana Maria Carbonera:

“Por conseguinte, tem-se uma remodelação dos conteúdos dos papéis familiares, que deixam a inflexibilidade característica da família do primeiro ato para, no segundo ato, conter liberdade, respeito às habilidades e aptidões naturais dos sujeitos, às suas características específicas, desejos, sentimentos”.<sup>4</sup>

Observa-se, ainda, que não é mais o casamento a única forma de constituição familiar. Os filhos biológicos, adotivos ou não advindos do casamento possuem os mesmos direitos. Além disso, as relações familiares passam a ser pautadas pelo afeto e não puramente pelo vínculo biológico.

Toda essa constitucionalização do direito de família redesenhou todo o modelo que era imposto, passando até a ressignificar o conceito de família, que para Jackeline Fraga Pessanha<sup>5</sup>, a família é uma construção social, formada por regras sociais, jurídicas e culturais, sendo base para a sociedade e possuindo o amor como elemento de ligação entre as pessoas que constituem, firmando-se de todo modo nos laços do afeto.

A afetividade passa a ter um valor importante no âmbito jurídico, sendo respaldada como princípio implícito na Constituição Federal. O STJ se posiciona pelo reconhecimento da paternidade baseada no vínculo socioafetivo entre pais e filhos, o entendimento é de que: “o vínculo biológico não revela a falsidade da declaração de vontade no ato de reconhecimento, já que a relação socioafetiva não pode ser desconhecida pelo Direito”.<sup>6</sup>

Para Paulo Lôbo<sup>7</sup>, a afetividade é “o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares”. Vale ressaltar a importância do laço afetivo na filiação, a afetividade trouxe a igualdade para todos os tipos, sendo ela a filiação biológica ou a socioafetiva, pois os laços afetivos construídos entre pais e filhos prevalecem sobre a verdade biológica.

---

4 CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p.200.

5 PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/>>. Acesso em: 27 de Maio de 2019.

6 O Acórdão do Recurso Especial citado está disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84986](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84986)>. Acesso em: 27 de Maio de 2019.

7 LÔBO, Paulo. **Famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.68.

#### 4. Democratização da família e o alargamento de seu conceito

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma relevante mudança no comportamento jurisprudencial brasileiro sobre diversos fenômenos, um deles se encontra na seara do Direito de Família. De modo geral, antes falava-se muito na ideia do casamento como único modelo de entidade familiar, o modelo tradicional aceito socialmente, e por isso possuía proteção estatal exclusiva. A mutação dessa ideia não veio da noite para o dia, foi fruto de uma construção e vivência social, a constituição dita cidadã, veio para legitimar essa mudança, que alterou substancialmente os caminhos traçados pelos tribunais brasileiros e o reconhecimento de seus efeitos jurídicos.

Pode-se dizer que o Direito de Família, dentre outros ramos do direito civil, protagonizou alterações importante de entendimento, haja vista as profundas modificações estruturais pelas quais passou o núcleo familiar nos últimos anos. O desaparecimento da figura do chefe de família e seu pátrio poder para dar lugar a igualdade entre homem e mulher na administração do lar conjugal, bem como a igualdade jurídica entre filhos havidos ou não na constância do casamento deflagraram outras tantas variações que vem se sucedendo desde o final do século XX até os nossos dias, denotando uma evolução extraordinária dos institutos privados. Portanto, a proteção estatal exclusiva conferida ao modelo tradicional de família, composto de mãe, pai e filhos unidos por laços sanguíneos, é agora estendida às novas formações que se estruturam baseadas no afeto.

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus constituintes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71

Tal entendimento, aliado à pluralidade das formações familiares, têm ocupado lugar de destaque nas denominadas famílias recompostas, que têm alicerce especialmente na socioafetividade, as formações familiares incontestavelmente já ocorria antes da promulgação da atual constituição, mas com o advento dela, surge o reconhecimento legal, seguido de sua proteção constitucional. Nessa nova perspectiva que vem sendo construída, o afeto vem como elemento nuclear da família contemporânea, sendo elevado ao status de princípio jurídico. E a crescente deste fenômeno vem consolidando a construção jurisprudencial brasileira acerca do tema.

## **5. A paternidade como fenômeno cultural**

A família ao decorrer da história moldou-se a depender da cultura. Os historiadores demonstram que inicialmente existia a denominada Família Consanguínea, tanto nos povos ocidentais como orientais.

Nesse sistema de família, classificava-se os grupos conjugais por gerações, eram todos considerados irmãos e, por consequência, maridos e mulheres, já que se permitia o casamento entre os mesmos. Além disso, marido e mulher não tinham consciência da relação de parentesco ou se eram irmãos, existindo assim relações incestuosas e relacionamentos entre pais e filhas.

O exemplo da Família Consanguínea mostra que esses povos não tinham consciência dos fatores biológicos para a constituição familiar. No ponto de vista de Engels em “A Origem da Família”<sup>9</sup>, esse modelo pode-se chamar de agudamente atrasadas:

A família consanguínea desapareceu. Nem mesmo os povos mais atrasados de que fala a história apresentam qualquer exemplo seguro dela. Mas o que nos obriga a reconhecer que ela deve ter existido é o sistema de parentesco havaiano, ainda vigente em toda a Polinésia, e que expressa graus de parentesco consanguíneo que só puderam surgir com essa forma de família.

---

<sup>9</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Ruth M. Klaus (tradução). São Paulo: Centauro, 2002. p. 22.

Dessa forma, percebe-se que essa consciência do que seria a ideia de relação que se tem atualmente da família, não foi concebida dos nossos genes, isto é, de fatores biológicos, mas sim de todo um conjunto de fatores culturais.

Em seguida, se teve a Família Matriarcal, surgiu pelo fato da cultura ser poligâmica, então era difícil delimitar a paternidade. Nesse contexto, os filhos adotavam o nome materno e não paterno. Pode-se inferir que talvez seja nessa época que comece a ter uma noção dos caracteres biológicos para demarcar núcleos familiares com suas respectivas filiações. No entanto, as filhas ainda tinha relações com os pais por justamente ainda não ter essa divisão biológica.

Com a concepção da relação monogâmica e patriarcal, a família passou a ser em volta da filiação masculina e do próprio direito hereditário. Toda essa evolução contribuiu para o fim das relações incestuosas e também da relação entre pai e filha.

Observa-se, ainda, que com a inserção da afetividade nos seios familiares, ocorreu então uma mudança cultural. Assim, existindo agora não só a noção do fator biológico para delimitar a filiação, tendo também requisitos afetivos para de fato existir a constituição familiar. Villela<sup>10</sup> entende que:

A paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos. É bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não. Tanto mais evidente se torna assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e o que é de fato da natureza. O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se e relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição.

---

10 VILLELA, J. B. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, p. 401-419, 1979.

Nota-se, portanto, que o conceito de paternidade e o vínculo que existe na relação paterna é mudado ao depender da cultura vigente. Não sendo questões biológicas que infira esta questão.

## **6. Paternidade Biológica**

Com o advento do exame de DNA na década de 80, houve um grande movimento de mitigar a presunção de paternidade, baseando-se a filiação a partir deste momento na constatação científica e biológica.

A determinação da paternidade de forma científica gerou grande avanço nas lides em que se buscava conhecer a ascendência paterna, ante o fato de ser extremamente difícil a obtenção de prova cabal da relação sexual ocorrida entre a genitora e o suposto pai. A descoberta do exame de DNA contribuiu fortemente para amparar o filho como descendente de sangue.

A verdade biológica rompe com a verdade presumida, descortinando um novo momento processual que agora se baseia praticamente na prova pericial, a realização do exame genético, mas, sobretudo, beneficiando inúmeros filhos que pleiteavam o reconhecimento de suas paternidades, muitas vezes sem êxito.

Ocorre que, é de larga sabença que o vínculo biológico não tem o condão por si só de gerar amor numa relação parental. A prova disto é que em várias demandas investigatórias de paternidade, o exame de DNA promove o conhecimento do pai, mas este não reconhece afetivamente seu filho, o que nos leva a concluir que as relações parentais são construídas através da qualidade de convivência, capaz de gerar sentimentos de cuidado, proteção e afeto. Conforme entende Perlingieri “ o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”<sup>11</sup>

Percebe-se que, no campo da parentalidade, a afetividade ampliou as possibilidades, afastando a exclusividade, pelo menos aparente, do vínculo biológico, fica evidenciado que o elo afetivo não exclui os elo

---

<sup>11</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3a ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 244

biológicos, a existência de um não anula o outro, ambos podem coexistir simultaneamente. Tendo em vista que esse aspecto da família tem caráter nitidamente inclusivo, possibilitando acoexistência de diversos vínculos.

## 7. Paternidade Socioafetiva

A paternidade socioafetiva é o vínculo que se estabelece em virtude do reconhecimento social e afetivo de uma relação entre um homem e uma criança como se fossem pai e filho. Nessa espécie de paternidade não há vínculo de sangue ou de adoção. Afastando a concepção de que a constituição da família seria fruto da natureza. Há o acolhimento da afetividade como algo primordial nos relacionamentos, pois, ser pai ou mãe pressupõe uma função e não uma condição genética, como bem diz aquele dito popular “pai não é aquele que faz e sim aquele que cria”.

Não seria puramente derivação bioquímica que aponta para a figura do pai efetivamente, mas sim, o afeto multou, nesta concepção, torna-se um elemento de maior importância, alguém que assume a responsabilidade pela criança ou adolescente exercendo os deveres oriundo do poder familiar. A verdadeira paternidade não é um fato puro e simplesmente advindo da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no acolhimento e afeto prestado a criança do que na procedência do sêmen. Os genitores não são pais pura e simplesmente por que geraram seus filhos, mas principalmente pela formação de um estado baseado no afeto. Mas, torna-se válido salientar que essa concepção não exclui os casos de parentesco constatado através do vínculo biológico, e muito menos dos casos que a paternidade biológica e socioafetiva encontram-se na figura de um único pai.

Por isso é que, no que concerne ao estabelecimento da paternidade, a conclusão não é outra, senão a de que o vínculo consanguíneo ocupa papel subsidiário, levando-se em conta que a figura do verdadeiro pai associa-se ao desempenho de verdadeiro ofício que se exerce de forma abnegada em proveito da prole.<sup>12</sup>

---

12 CASSETARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 1a ed., 2014. p. 84

É válido ressaltar que nos casos não é possível determinar a priori a prevalência de uma das espécies de paternidade sobre a outra, devendo ser analisados os interesses envolvidos, para que se conclua sobre a prevalência ou não de uma sobre a outra, sempre atento ao melhor interesse para a criança.

## **8. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica**

A afetividade é fenômeno social e psicológico que é capaz de gerar relações sociais suscetíveis de incidência da norma jurídica. Não é em razão de sua natureza social e psicológica que passa a interessar ao direito, mas sim pela sua capacidade de gerar deveres jurídicos.

O interesse pelo tema da afetividade surge no Brasil, sendo resultado de estudos recentes das transformações ocorridas nas relações parentais a partir de meados do séc. XX. Entre os juristas, teve especial atenção apenas a partir da Constituição de 1988, que alterou o tratamento dado aos integrantes das entidades familiares, deixando para trás o sentido histórico que as caracterizava calcado nos pilares do poder marital e do pátrio poder.

Passando a ser enxergue como grupo social base da sociedade centrado na convivência afetiva, a parentalidade biológica, em muitos casos, passou a ser relativizada frente a parentalidade afetiva. A bem da verdade, retirou-se o critério binário do parentesco da regra, e passou-se permitir o reconhecimento da multiparentalidade.

Com a promulgação da Lei 11.924/2009 restou sedimentada a possibilidade jurídica legalizada pelo Estado ao reconhecimento da Multiparentalidade. Tal lei alterou a redação do artigo 57, fazendo incluir o §8º que autoriza ao enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta, assim sendo:

Art. 57.

[...]

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz

competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

Em sede de repercussão geral, o STF reconheceu a possibilidade da multiparentalidade quando:

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo **quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.**<sup>13</sup> (*grifo nosso*)

Nessa toada, haja vista que anteriormente à vigência da Lei 11.924/2009 o registro apenas prosperava em face de um pai ou mãe (critério binário), hodiernamente é possível o reconhecimento de ambos os pais, o socioafetivo e o biológico, desde que seja de melhor interesse do descendente.

A tese desenvolvida foi a seguinte: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”; o que significa que a multiparentalidade é permitida no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a descendência terá direitos provenientes de ambos os pais reconhecidos. Esses direitos podem ser em relação a alimentos, herança, guarda, acompanhamento e a posse de estado de filiação.

vale ressaltar que o estado de filiação é, segundo José Bernardo Ramos Boeira<sup>14</sup>, “posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e

<sup>13</sup> RE 889.060, Min. Rel. Luiz Fux.

<sup>14</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

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

## **Conclusão**

A “desbiologização da paternidade” faz parte de um processo histórico complexo, pois envolve uma desconstrução e construção cultural, histórica e social. A paternidade, hodiernamente, prova-se muito mais como um fato social, além da esfera sanguínea e adotiva, isso, notadamente, é fruto das relações sociais construídas, mas, fruto também da Constituição Federal de 1988, pois com o seu advento houve uma relevante mudança no comportamento jurisprudencial brasileiro sobre diversos fenômenos na seara do Direito de família.

A constitucionalização do direito de família redesenhou todo o modelo jurídico-social que era imposto, passando a ressignificar o conceito de família, dando legitimidade às construções sociais contemporâneas passando a ter, a efetividade, como grande protagonistas das relações familiares e um importante valor no âmbito jurídico, a afetividade.

Importante contribuidor para a amplitude do conceito da “desbiologização da paternidade” foi João Baptista Villela, jurista que trouxe para o Direito das Famílias conceitos que transcendem o que outrora era a realidade jurídica no país, isto é sob sua visão a paternidade se desvincula da natureza e passa se centrar na afetividade.

Com essa mudança de paradigma por qual o direito brasileiro passou em virtude da democratização da família e das contribuições do autor supracitado, o direito se abre à demandas sociais que lhe possibilita dirimir conflitos da seara familiar com maior justiça, fazendo prevalecer o conceito social de família centrado no amor, afetividade e respeito.

## REFERÊNCIAS

LÔBO, Paulo. **Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva Jus, 2018, p. 35.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 maio de 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3a ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p.200.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Ruth M. Klaus (tradução). São Paulo: Centauro, 2002. p. 22.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/>>. Acesso em: 27 de Maio de 2019. O Acórdão do Recurso Especial citado está disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84986](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84986)>. Acesso em: 27 de Maio de 2019.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.68.

VILLELA, J. B. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, p. 401-419, 1979.

**ESTATUTO DA FAMÍLIA X ESTATUTO DAS FAMÍLIAS:  
O CONFRONTO ENTRE A SINGULARIDADE  
E A PLURALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

*Adriano Vidal  
Geni Britto*



## **Introdução**

O presente artigo analisa o conceito de família proposto por duas proposições legislativas que tramitam no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6583/2013 e o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, conhecidos como Estatuto da Família e Estatuto das Famílias, respectivamente.

Num primeiro momento, torna-se mister trazer à tona a problematização quanto a eventuais retrocessos na garantia de direitos humanos para diversos tipos de famílias que ao longo do tempo tiveram o reconhecimento de seus direitos por meio da Constituição Federal ou por decisões judiciais. Busca-se, nessa senda, confrontar as disposições existentes em ambos os projetos de lei a fim de dialogar a existência das novas famílias, baseadas na afetividade e na pluralidade, que estão sob risco de ficarem desamparadas devido à defesa de um modelo tradicional de família.

Atualmente, a família é vista dentro de uma visão pluralista, permitindo abrigar os mais diversos arranjos familiares a partir do envolvimento afetivo, do cuidado, e da responsabilidade econômica, independentemente de sua conformação. Assim, celebra-se o fato de que a Carta Magna elevou a extensão da entidade familiar, trazendo previsão expressa de proteção aos núcleos decorrentes da união estável e da família monoparental, além de ter inovado na definição da igualdade entre cônjuges e da igualdade existente entre os filhos.

Contudo, embora os diversos avanços notados na perspectiva jurídica e social, podem ser observados movimentos conservadores que desejam retroceder quanto às conquistas obtidas até aqui, violando a proteção dos Direitos Humanos no que se refere à família.

Aliás, apesar da Constituição Cidadã tenha permitido a modernização do conceito de entidade familiar, não é possível visualizar a

menção às novas configurações de famílias, ou seja, não estão exemplificadas as estruturas atuais e diversificadas da família.

Diante do pluralismo das relações familiares, torna-se difícil apresentar um conceito único e absoluto de família. Deste modo, defender a consolidação de um modelo padrão rígido, único e absoluto da entidade familiar é incentivar a permanência de desigualdades no Direito de Família. Afinal, está claro que a família sofreu uma completa reformulação em seu conceito, devendo a igualdade perante a lei se efetivar sem distinção de qualquer natureza.

## **1. Estatuto da família - projeto de lei de nº 6583/2013**

O Projeto de Lei 6.583/2013<sup>1</sup>, intitulado Estatuto da Família, de autoria do então Deputado Federal Anderson Ferreira, hoje prefeito da cidade pernambucana do Jaboatão do Guararapes, concebido e apresentado albergado no intento de revigorar os laços familiares e propor políticas públicas voltadas para valorização e apoio da entidade familiar<sup>2</sup>, tais como, assistência voltada para o combate às drogas e até a proposta de inserção obrigatória da disciplina “Educação para a Família” na base nacional dos currículos do ensino fundamental e médio.

O referido Projeto de Lei, já na justificção, apresenta um conceito taxativo e excludente de família que não dialoga, acompanha e muito menos traduz a realidade brasileira atual. Nesse sentido, a proposta do Deputado positiva no projeto legal uma opção política de tutelar uma visão cristã de família, fundamentada na necessidade premente de procriação, sendo para tanto, necessário a delimitação da composição do núcleo familiar feita por homem e mulher, relegando ainda o papel de residual à família monoparental, uma vez que ela será formada em decorrência da dissolução da entidade familiar homem-mulher.

---

1 BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583, de 2013. Inteiro teor. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>.

2 Cumpre frisar que a entidade familiar tutelada pelo mecanismo legal é bem definida, sendo previstas apenas hipóteses compostas por Homem e Mulher, prevendo ainda a possibilidade do Homem ou Mulher, unipessoalmente, com seus respectivos descendentes.

Da redação do projeto de lei é possível ainda depreender como implicação da inegável restrição ao conceito de família o fato de que qualquer formação familiar que não mantenha correlação com a descrita pelo projeto não seria passível de se ver tutelada pelo Estado, por exemplo, nos termos do art. 226 da Constituição Federal.

Paulo Lôbo, no seu clássico artigo *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus* aponta um rol de vivências familiares encontradas no seio da experiência brasileira atual de modo que pode ser aqui trazido à colação como forma de reforçar a compreensão de que o conceito de família, empregado conscientemente no projeto, não consegue dar conta da complexidade das relações familiares atuais.

A pluralidade dos arranjos familiares presentes no Brasil foi matéria, inclusive, apreciada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4227 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132<sup>3</sup>, de modo que o projeto do Deputado pernambucano representa um claro retrocesso para a sociedade brasileira, podendo inclusive promover notório aumento dos casos de preconceito e injustiças sociais para aqueles que hoje compõem as entidades familiares dissonantes das previstas pelo PL. Ainda acerca da problemática, a Organização das Nações Unidas no Brasil afirma que “negar a existência destas composições familiares diversas, para além de violar os tratados internacionais, representa uma involução legislativa”.

Na contramão do que foi construído por diversos doutrinadores acerca da inclusão e da pertinência do princípio da afetividade no ordenamento constitucional, o autor do projeto ignora o fato de que, após o desaparecimento da família patriarcal, a afetividade figura como elemento fundador e afirmador da natureza da família, visto que a família passa a ser enxergada como uma unidade de relações de afeto (LÔBO, 2004).

Em texto publicado na Revista Época, nos idos de 2015, Anderson Ferreira sustenta que o projeto almeja reafirmar uma interpretação gramatical literal do texto constitucional, em detrimento da adoção de uma interpretação sistemática, de forma que:

---

<sup>3</sup> Julgamento em que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Quem é contra tenta confundir o cidadão. Afirma que o projeto exclui pais e mães solteiros, separados ou viúvos que criam seus filhos. Não é verdade. Os contrários afirmam se tratar de um projeto homofóbico. Consideram naturais os arranjos familiares baseados no afeto e no amor. Defendo o que está na Constituição e nela não consta a união entre pessoas do mesmo sexo.

Desta feita Anderson Ferreira pretende com a aprovação do texto, pacificar, com o perdão pelo uso impróprio da palavra, a interpretação do art.226 da Constituição Federal no

sentido de propor um dispositivo infraconstitucional que corrobora e confirma que o referido artigo, no momento em que define taxativamente as entidades familiares, acaba por configurar o que Paulo Lôbo chama de *numerus clausus*.

Na defesa da pertinência e da necessidade do referido projeto, Antonio Jorge Pereira Júnior, professor da Universidade de Fortaleza, no texto de sua autoria veiculado no site Sempre Família defende que:

No Brasil, em matéria de legislação, a iniciativa mais alinhada ao pensamento e às diretrizes da ONU é o Estatuto da Família, Projeto de Lei6583/2013 da Câmara Federal. Aprovado em 24 de setembro de 2015 em Comissão Especial, aguarda votação no plenário. O PL reforça políticas públicas em favor da entidade familiar, dando vazão à “especial proteção” prometida à família no art. 226 da Constituição Federal. A polêmica instaurada acerca do artigo 2, que repete texto constitucional, encobriu da opinião pública os demais dispositivos, bastante avançados.

Importante ainda refletir acerca do crescimento expressivo da chamada bancada da bíblia ou evangélica dentro das casas legislativas de modo que, dentre os principais focos de atuação dos parlamentares evangélicos, a defesa da família representa papel de destaque, funcionando inclusive como conceito-chave invocado por estes parlamentares em campanhas eleitorais, audiências públicas, redes sociais, entrevistas e proposições legislativas.

## **2. Estatuto das famílias - projeto de lei de nº 470/2013**

Outrossim, torna-se importante citar outro Projeto de Lei de nº 470/2013 que tramita na Câmara dos Deputados, o Estatuto das Famílias, da senadora Lídice da Mata, composto no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, constando regras tanto de direito material como processual.

O Projeto de Lei, já no seu artigo quinto, consagra os princípios da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a responsabilidade, a afetividade, a convivência familiar, a igualdade das entidades familiares, a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente e o direito à busca da felicidade e ao bem-estar. Nesse sentido, prevê a unificação e criação de normas que protegem as novas configurações familiares, a partir da atualização da legislação de família, endossando o conceito de família plural.

Ora, deve-se frisar que a sociedade moderna e seus arranjos familiares não mais decorrem do final dos anos 60 do século passado - período de concepção do atual Livro de

Direito de Família, do Código Civil de 2002. Isso porque, naquela época, tinha-se um modelo familiar patriarcal com constituição apenas pelo matrimônio em detrimento da diversidade atual de formas de relação de família, as quais atendem a um vínculo afetivo para definição do conceito do núcleo familiar. Há, como exemplificação, a união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, as famílias monoparentais, adoções, entre outros.

Em consonância com a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, tem-se um novo paradigma para a esfera das famílias, devendo o Estado reconhecer e proteger essas estruturas modernas. Ao mesmo tempo, torna-se indispensável proporcionar maior agilidade nas demandas jurídicas, principalmente por ser um tópico que tutela, diretamente, a vida de pessoas.

Todavia, é mister discutir que a batalha travada pela modernização do conceito de família não é de hoje. Em 2007, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, conjuntamente com o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, aspiraram pela revogação do Livro IV - Do Direito de Família,

do Código Civil, e também de alguns dispositivos do Código de Processo Civil, a atual Lei de Alimentos (lei 5.478/68), a Lei de Divórcio (lei 6.515/77) e a Lei de Investigação de Paternidade de filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92), e ainda os artigos 70 a 76 da Lei de Registros Públicos<sup>4</sup>.

A Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara aprovou, no dia 26/08/2009, a proposta que institui o Estatuto das Famílias, todavia foi acolhido um projeto substitutivo do deputado cearense José Linhares, descartando todos os dispositivos que, na visão dele, opõem-se aos “valores judaico-cristãos da sociedade brasileira”. Citam-se, como exemplos, a desautorização expressa da previsão para a união civil de pessoas do mesmo sexo, bem como a vedação da adoção por homossexuais.

Por conseguinte, o PL nº 470/2013, em decorrência da lei em vigor totalmente desconfigurada em comparação com a intenção inicial, chega como uma nova tentativa de, verdadeiramente e sob as devidas circunstâncias, valorizar o conceito plural da família, conforme defendeu o IBDFAM<sup>5</sup>:

“Defender a família corresponde à proteção das mais diversas formas jurídicas de expressão do afeto, com liberdade e responsabilidade. O Estatuto das Famílias veio para corrigir a distância entre a realidade da vida e as normas. É o maior projeto de lei já criado para beneficiar todas as formas de família [...]”.

O Projeto de Lei, após consultas aos especialistas e discussões aprofundadas em comissão de juristas, reúne as vicissitudes das famílias brasileiras, como a inclusão da paternidade socioafetiva, a tese do abandono afetivo, alienação parental e as famílias recompostas. Portanto, sustenta-se como um conjunto, ou melhor, um código legal de normas que legislam sobre diversos temas, sendo norteadas pela imprescindibilidade do afeto.

4 AMARAL BAHIA, Claudio José. DE ARÊA LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo. O AFETO E A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FILIARES NAS NOVAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

5 DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. FACHIN, Luiz Edson. DIAS, Maria Berenice. MADALENO, Rolf. FERREIRA BASTOS, Eliene. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. GROENINGA, Giselle Câmara. LÔBO, Paulo. VELOSO, Zeno. **Estatuto das Famílias corrige enganos e injustiças**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticas-desrespeitos>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

Não obstante ser urgente e indispensável a mudança na seara do direito, a psicologia já defende a ideia de que se faz necessária a elaboração de uma legislação eficaz para abarcar as novas formas de “arranjo familiar”, pois família é o instrumento de construção humana<sup>6</sup>. Estando, também, a constituição da psíquica debilitada com os atuais procedimentos para tutelar as necessidades do núcleo familiar.

### **3. Confronto dos projetos legais e as implicações na lógica de tutela dos direitos das minorias**

*A priori*, família era o núcleo social formado pela união entre um homem e uma mulher, através do casamento, com fins econômico e de procriação. Com o passar dos anos, diante das mudanças sociais, o conceito de família se modificou, o afeto e o amor passaram a ser elementos identificadores da família, para além da condição biológica.

Desde o advento da Constituição Federal em 1988, passaram a ser reconhecidas outras formas de família, além daquela consolidada como “tradicional”. Ora, é óbvio que os diversos tipos de núcleos familiares já existiam e mereciam a devida proteção, entretanto somente após a Carta Cidadã passaram a ser juridicamente respeitadas, isto é, passaram a ter seus direitos resguardados por lei. Neste sentido, alega Tartuce<sup>7</sup>:

O Brasil vive, no presente momento, um grande conflito ideológico e, como não poderia ser diferente, tal colisão atinge não só os aplicadores do Direito como também os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, especialmente em temas condizentes aos costumes e à família. Como exemplo desse embate, pode ser citada a tramitação de dois projetos de lei a respeito do conceito de família no Congresso Nacional.

---

6 FÁRIA, Cristiane. GOMEZ GONZALEZ JR., José Luis. VALE A PENA APROVAR O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS? Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.967.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.07.PDF)>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

7 TARTUCE, Flávio. **Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x Plural. Exclusão x Inclusão**. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/249332759/estatuto-da-familia-x-estatutodas-familiassingular-x-plural-exclusao-x-inclusao>. Acesso em: 29/05/2019.

Como já foi trabalhado, existem, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, dois projetos os quais visam a criação de legislação específica e atualizada acerca do conceito de família.

Primeiramente, cita-se Maria Berenice Dias<sup>8</sup> a fim de reiterar que os laços afetivos são os verdadeiros alicerces da família, de modo que conceito de família se exterioriza bem além do “pai-mãe” tradicional:

“É muito perversa esta tentativa de excluir, de limitar a forma das pessoas de viverem, que é a proposta do tal do Estatuto da Família. Toda tentativa de amarrar as relações dentro de um determinado padrão de comportamento gera consequências nefastas. Deixa fora da tutela jurídica do Estado a maneira que as pessoas têm de viver que foge desse modelo (tradicional)”.

Ora, o próprio STF ao interpretar o artigo 226, da Constituição Federal<sup>9</sup>, decidiu que não cabe à Lei estabelecer o conceito de entidade familiar. Portanto, mesmo que o Estatuto da Família defenda a diversidade de sexo para a formação de família, deve-se prevalecer a decisão da Suprema Corte, a qual já reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar sob efeito *erga omnes*.

---

8 DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**. São Paulo: Ed. RT,2015.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 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.

A questão das entidades familiares albergadas pelos díspares projetos carrega em si uma implicação de ordem política e social. O avanço do conservadorismo percebido nos últimos anos no Brasil criou o contexto necessário à legitimação popular de um mecanismo legal que retira direitos e avanços conquistados por certos setores da sociedade.

O Estatuto da Família adota, como já adiantado, um conceito restrito de família e que, já na redação dos artigos 1º<sup>10</sup> e 2º<sup>11</sup>, apenas considera enquanto entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Da leitura do referido mecanismo legal, tem-se claro que algumas entidades familiares, hoje protegidas e tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico, deixam de receber proteção jurídica simplesmente por não estarem presentes no texto legal, a saber: a família monoparental existente entre avós e netos; uniões homoafetivas, sendo elas constituídas pela via da união estável ou do casamento; as famílias recompostas e as chamadas anaparentais, formada a partir da afetividade e sem a presença de pais.

O conceito de família trabalhado de maneira excludente contraria toda uma lógica inclusiva e, de maneira manifestamente inconstitucional, lança mão de um dirigismo estatal com vias de estabelecer entraves, óbices à realização do livre planejamento familiar, relegando ainda a complexa realidade dos arranjos familiares não tradicionais<sup>12</sup> (na perspectiva trazida pela redação do Estatuto da Família) a uma posição de completa insegurança jurídica.

Seguindo caminho diverso, o Estatuto das Famílias proposto pelo IBDFAM adota, já na sua apresentação, um conceito de família inclusivo. Isso fica evidente no momento em que traz para redação do dispositivo

---

10 Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.

11 Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

12 Paulo Lôbo, no seu já clássico manual de Direito Civil intitulado Famílias, ao apresentar dados produzidos pelo IBGE ressalta que a realidade das relações familiares, muitas vezes, sem ostra distante dos modelos legais.

legal importante proposta de que a família deve ser protegida em qualquer das suas modalidades (redação do art. 3º<sup>13</sup>) e que coloca a afetividade e o direito à busca da felicidade e pelo melhor interesse familiar enquanto princípios de aplicação e interpretação do próprio Estatuto.

Apesar de bem recebido por parte considerável dos intelectuais dedicados à matéria de Família, o projeto Estatuto das Famílias encontra na outra parte forte resistência e duras críticas à lógica embasadora do dispositivo legal.

No tocante às críticas acima mencionadas, Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>14</sup>, assume posição de destaque na condição de crítica ferrenha ao projeto do Instituto Brasileiro de Direito de Família no sentido de não conferir reconhecimento às variadas espécies de família. A doutora em Direito Civil criticou, em sede de audiência pública realizada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) o olhar crítico-analítico apenas voltado às questões de regulamentação das relações homoafetivas, o que acabava por não abrir espaço para a análise dos demais dispositivos legais, que segundo Regina, seriam inconstitucionais<sup>15</sup>.

Regina Beatriz, no seu artigo publicado na Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, considera o Estatuto das Famílias carente de conteúdo, na medida em que

É evidente a possibilidade de interpretações variadas nas proposições desse projeto. Afinal, o Estatuto das Famílias do Século XXI (PLC n. 3.369/2015), no único dispositivo conteudista, tem a seguinte redação: “são reconhecidas como famílias todas as formas de união entre duas ou mais pessoas que para este fim se constituam e que se baseiem no amor, na socioafetividade, independentemente de consanguinidade, gênero, orientação sexual, nacionalidade, credo ou raça, incluindo seus filhos ou pessoas que assim sejam consideradas”. É de evidência solar que tudo cabe no conceito de família proposto pelo referido projeto.

---

13 Art. 3º É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram

14 Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), doutora em Direito Civil pela USP e advogada.

15 À guisa de exemplo, Regina Beatriz aponta, entre vários outros, a ampliação do poder discricionário do magistrado como inconstitucional.

O Estatuto, na visão da advogada, instaura uma extinção total dos modelos passíveis de formação familiar na medida em que aponta a afetividade ou o amor como princípio jurídico capaz de solucionar conflitos. A autora demonstra incapacidade de reconhecer na Afetividade um princípio jurídico pertencente ao ordenamento jurídico, considerando-o apenas enquanto um dos elementos que compõem o panteão dos sentimentos humanos.

Ao alargar de maneira expressiva as hipóteses de entidades familiares, como por exemplo a possibilidade de reconhecimento jurídico de relações concomitantes que, segundo ela, não seriam acobertadas pelo ordenamento pátrio por desrespeitarem diretamente a monogamia, elemento estruturante das famílias brasileiras. Inaugura assim o princípio da Irresponsabilidade, travestido de afetividade, no Direito de Família no momento em que percebe que tudo pode vir a ser abarcado pelo conceito de família.

Aliás, deve-se verificar a importância do Princípio da Afetividade como norteador do Direito de Família atual, sendo um fundamento para demarcar a estabilidade das relações socioafetivas e a comunhão da vida<sup>16</sup>. Nessa senda, o princípio proclama, também, valores da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, priorizando a natureza cultural em detrimento da relação meramente biológica.

O princípio da afetividade está assegurado pela Carta Magna de 1988, mais precisamente em seus artigos 226 §4º, 227, *caput*, § 5º *c/c* § 6º, e § 6º os quais prevêm, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus descendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem.

Ademais, nota-se que a afetividade, aqui, não se confunde com o sentimento afeto - como um fato psicológico ou anímico -, uma vez

---

16LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

que propõe diversas progressões no direito brasileiro, quais sejam: a igualdade entre irmãos biológicos e não biológicos, o respeito aos direitos fundamentais de cada ente familiar, a solidariedade recíproca no núcleo acima de interesses patrimoniais, o reconhecimento de casais de mesmo sexo, entre outros.

Afinal, nos dizeres de Maria Berenice Dias, o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira de evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo o valor ídico ao afeto em contrapartida a visões conservadoras de famílias constituídas/originadas apenas por homem e por mulher.

Além disso, o Código Civil trouxe, no art. 1.593<sup>17</sup>, a importância do afeto, visto que não importa se os laços de parentesco são consanguíneos ou de outra origem, tendo todos a mesma designação de afeto e dignidade. Portanto, não pode o Poder Judiciário considerar como real apenas a relação biológica. Ao interpretar outra norma específica do Código Civil, art. 1.723<sup>18</sup>, conforme o Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, foi reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar. Ou seja, de acordo com uma análise constitucional, foram garantidos os mesmos direitos e deveres da união estável aos parceiros homossexuais.

De fato, foi uma decisão histórica quando se atribuiu efeitos pessoais e familiares às relações de pessoas do mesmo sexo, mudando, radicalmente, uma jurisprudência omissa nesse tópico que se tornava cada vez mais carente de jurisdição. Desse modo, tendo a decisão efeito vinculante e eficácia contra todos, a instrução da Suprema Corte é que, ao invés de se falar em “homem e mulher”, seja utilizada a expressão “duas pessoas”, colocando em desuso um preconceito enraizado no Código Civil e dando lugar à liberdade de escolha familiar.

---

17 Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

18 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Por isso, visualiza-se de extrema importância a consolidação do Estatuto das Famílias na atualidade, porque nota-se o direito brasileiro omissivo quanto à tutela dos direitos das minorias e das suas relações familiares. Por conseguinte, a crítica da autora Regina Beatriz não deve prosperar, visto que, na situação legislativa do Direito Civil, não existem instrumentos eficazes que garantam a plena proteção no título de Direito da Família.

A essencialidade da proteção desses entes é ímpar num país em que as minorias não são notadas nem tampouco valorizadas no âmbito social, econômico, cultural. Portanto, torna-se mister a edição de um Estatuto das Famílias, tendo em vista a urgência do cuidado dessas relações familiares esquecidas e abandonadas pelas legislações antigas.

## **Conclusão**

Diante de todo o exposto, resta evidente o caminho evado por anacronismos quando se propõe enquadrar os atuais arranjos familiares em categorias superficiais, discriminatórias e distantes da realidade brasileira que hoje se perfaz. Aliás, ao engendrar projetos que pretendem singularizar o conceito de família e dotá-lo de uma rígida caracterização, incorre-se em verdadeiro retrocesso histórico, uma vez que há nítido descompasso entre a pluralidade familiar e a visão reducionista patrocinada por propostas como a do Estatuto da Família, Projeto de Lei nº 6583/2013.

Nesse sentido, conceber as famílias a partir de uma órbita distante daquela fomentada pelo princípio da Afetividade, por exemplo, é permitir, em que pese as múltiplas e infindas mudanças sociais, políticas e culturais, a manutenção da discriminação, do preconceito e das práticas escancaradamente inconstitucionais perpetradas amiúde pelos mais diversos setores da sociedade.

Diante da premente necessidade de valorização dos direitos fundamentais como os da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e do respeito à diferença, do pluralismo das entidades familiares e da proibição de retrocessos sociais, excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que não possam ser compartimentadas na rasa

acepção de “família tradicional brasileira”, como pretende o malfadado projeto, é possibilitar que o direito legitime distinções que não têm guarida nem pertinência a um projeto de país que se pretenda democrático, justo e igualitário.

A significa mudança de paradigma quanto à concepção de família é fruto de uma amálgama de relações familiares, desenhadas hoje por um mosaico cada vez mais complexo e plúrimo, de modo que a busca da plena realização, tanto do indivíduo quanto do grupo familiar do qual o mesmo faz parte, é elemento que retroalimenta os valores tidos como essenciais para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Materialmente inconstitucional, o Projeto de Lei nº 6583/2013 é uma tentativa de sobrepor o discurso conservador àquilo que a própria Constituição tem como basilar e de tratar o que é essencialmente plural como se singular fosse.

O viés do direito civil-constitucional, entretanto, desqualifica essa pretensa restrição ao conceito de família e demonstra a que essa postura, que é, sobretudo, política, subtrai direitos, nega acesso às políticas sociais e tenta invisibilizar parcelas historicamente marginalizadas, distanciando-as da chancela jurídica e estatal. Além disso, como se não bastasse o descompasso com a Constituição pátria, é flagrante a afronta do pretenso Estatuto da Família aos compromissos internacionais pactuados pelo Brasil junto ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos, especialmente no que se refere à Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão Americana de Direitos Humanos - CIDH e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Inegavelmente, em posição diametralmente oposta, o Projeto de Lei de nº 470/2013, o Estatuto das Famílias, fruto dos preciosos influxos do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, é baluarte do conceito plural de família e dos direitos consagrados na Carta Constitucional de 1988. Especialmente no que toca a igualdade das entidades familiares, esse instrumento visa promover o reconhecimento, a proteção e a promoção dos novos arranjos familiares, valorizando a vinculação afetiva e buscando uma atualização do defasado aparato jurídico brasileiro.

Tratar de forma responsável as novas formações familiares também na seara jurídica é crucial para expurgar os desarrazoados argumentos que permeiam a padronização das famílias e a mitigação à liberdade e ao princípio da afetividade. É somente com a ruptura dos insuficientes e autoritários parâmetros impostos - pela sociedade e pela própria legislação -, que se pode delinear avanços significativos na relação do Direito das Famílias com os Direitos Humanos e promover o necessário alargamento jurídico em relação ao reconhecimento das estruturas familiares e dos vínculos afetivos. da Família aos compromissos internacionais pactuados pelo Brasil junto ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos, especialmente no que se refere à Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão Americana de Direitos Humanos - CIDH e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

## REFERÊNCIAS

AMARAL BAHIA, Claudio José. DE ARÊA LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo. **O AFETO E A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FILIARES NAS NOVAS FAMÍLIAS**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. União Homoafetiva. ADI nº 4277/DF**. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 de Maio, 2019.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. FACHIN, Luiz Edson. DIAS, Maria Berenice. MADALENO, Rolf. FERREIRA BASTOS, Eliene. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. GROENINGA, Giselle Câmara. LÔBO, Paulo. VELOSO, Zeno. **Estatuto das Famílias corrige enganos e injustiças**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticas-desrespeitos>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

DA MATA, Lídice. **Estatuto das Famílias**. Novembro de 2014. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Famílias\\_2014\\_para%20divulgacao.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Famílias_2014_para%20divulgacao.pdf)>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**. São Paulo: Ed. RT,2015.

ÉPOCA. **O Estatuto da família vai assegurar direitos**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/o-estatuto-da-familia-vai-bassegurar-direitosb.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

FARIA, Cristiane. GOMEZ GONZALEZ JR., José Luis. **VALE A PENA APROVAR O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS?** Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.967.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.07.PDF)>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nota Do Sistema ONU No Brasil Sobre a Proposta De Estatuto Da Família**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/onu-est-familia.pdf>>. Acesso: 26 de maio de 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Estatuto da Família: o mais ousado projeto de lei do Brasil, ao compasso da ONU**. Disponível em: <<https://www.semprefamilia.com.br/estatuto-da-familia-o-mais-ousado-projeto-de-lei-do-brasil-ao-compasso-da-onu/>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Análise do Projeto de Lei Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/analise-do-projeto-de-lei-estatuto-das-familias/>>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x Plural. Exclusão x Inclusão**. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/249332759/estatuto-da-familia-x-estatutodas-familiassingular-x-plural-exclusao-x-inclusao>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA  
COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO  
NO DIREITO BRASILEIRO**

**THE SHARED CUSTODY OF PETS IN BRAZILIAN LAW**

*Anna Beatriz Pereira Cezar*

*Débora Pincovsky Sobral*

*Marcel Silva Oliveira*



## RESUMO

Este artigo analisa a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada de animais de estimação ao sistema jurídico brasileiro, ante a ausência de normas legais que o regulem expressamente. Para tanto, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e documental acerca do tratamento dos animais enquanto *coisas*, seguida de um exame do regramento da guarda compartilhada no âmbito do direito de família. Em cotejo com a experiência de outros países, observou-se que existe um amplo movimento no meio jurídico no sentido de reconhecer os animais enquanto seres sencientes, cujo bem-estar físico e psicológico demanda uma proteção especial. Também foi possível constatar que a concepção de família multiespécie se insere no contexto plural das entidades familiares albergadas pelas Constituição Federal, sobretudo em função do vínculo afetivo estabelecido entre as pessoas e seus animais de estimação. Por fim, revisando a jurisprudência e a doutrina especializada, inferiu-se que os operadores do direito devem pautar-se na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito para adaptar os preceitos da guarda compartilhada à regulação do direito à convivência com os *pets* após a dissolução do casamento ou da união estável.

**Palavras-chave:** Guarda compartilhada. Animais de estimação. Seres sencientes. Família multiespécie. Vínculo afetivo.

## ABSTRACT

This article analyses the applicability of the shared custody of pets in the Brazilian judicial system, in view of the absence of norms that expressly regulate it. To that end, it was researched through bibliographic and documentary means the legal treatment of animals as things, alongside an investigation of

the norms regarding shared custody in Family Law. By comparing the law from different countries, it was observed that there is a notable movement favouring the recognition of animals as sentient beings, whose physical and psychological welfare demand special protection. It was also possible to verify that the concept of multispecies families inserts itself within the context of the plurality of family entities assured by the Federal Constitution, particularly when taking into account the emotional bond established between persons and their pets. Lastly, by revising the jurisprudence and pertinent literature, it was possible to infer that legal authorities ought to apply analogies, mores and general principles as a way to adapt the norms regarding shared custody into regulation which enables that both parties maintain a connection with their pets after the dissolution of the marriage or civilunion.

**Keywords:** Shared custody. Pets. Sentient beings. Multispecies family. Emotional bond.

## Introdução

“Os animais são todos iguais, mas uns são mais iguais que os outros”, entoa frase marcante do livro “A Revolução dos Bichos”, de George Orwell (ORWELL, 2007). Não obstante a imediata metáfora política lastreada na obra, a proposição também possui um desígnio biológico. Criados nas mesmas condições, os animais, a princípio, conviviam na natureza como partes de um todo meticulosamente coordenado. Contudo, devido à entropia que lhe é inerente, a ordem levou à desordem; a evolução natural assegurou que o ser humano, com sua senciência e polegares opositores, sobressaísse entre os demais, assenhoreando-se do seu ambiente.

Então, da diferenciação nasceu a organização, e desta sobrevieram as leis, que proclamaram o recém-criado direito natural e inerente do ser humano a tudo que o cerca, e eventualmente, consolidaram garantias diversas: vida, liberdade, igualdade — para uns, mais que os outros. A natureza tornou-se direito coletivo, enquanto os interesses animais foram considerados como reflexos dos humanos, seus proprietários, que dão àqueles um propósito — seja a destinação ao consumo, seja enquanto

objetos de afeto. Feras selvagens, como cachorros e gatos, passaram por séculos de adequação, tornando-se companheiros da espécie dominante, e desta receberam o nome de “animais de estimação”.

Tal estima foi responsável por tornar comum a criação de fortes vínculos entre um dono e seu animal. Este, enquanto criatura individualizada, ganhou o caráter de insubstituível para aquele, de maneira que foram criadas normas específicas de proteção aos animais. Contudo, os laços de afeto não são apenas singulares. É perceptível, na sociedade, a importância que os animais de estimação têm no âmbito familiar, incrementando as vidas de todos aqueles que o compõem.

Todavia, embora possam servir como elementos coesivos, podem também atuar como pontos de dissídio, o que é nítido no contexto dos processos de divórcio e de dissolução de união estável. Em alguns desses, parte do litígio é centrada na disputa acerca de quem manterá o domínio sobre o *pet*. Destarte, revela-se oportuno perscrutar as soluções que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm apresentado para regular o direito à convivência com os animais de estimação, haja vista a ausência de uma normatização expressa do instituto da guarda compartilhada no tocante às famílias “multiespécie”.

Nessa perspectiva, este trabalho abordará, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, a natureza jurídica dos animais perante o direito brasileiro, bem como a disciplina da guarda compartilhada extraída da legislação federal, de modo a discutir a viabilidade de compatibilizar diferentes campos da civilística. Ademais, as experiências implementadas em outros países serão reportadas a fim de melhor compreender os novos matizes que a produção acadêmica e as decisões judiciais pátrias têm conferido à relação afetiva travada entre os seres humanos e seus *pets*.

## **1. Breve análise acerca da natureza jurídica dos animais no direito brasileiro**

Para o Código Civil brasileiro (CC), a natureza jurídica dos animais enquadra-se no conceito de *coisas* e são, portanto, objetos de propriedade, não lhes sendo atribuída a qualidade de sujeitos de direitos.

No Direito Civil, as “coisas” são tuteladas juridicamente como sendo o centro de interesse das relações estabelecidas entre os seres humanos. No que tange à distinção entre “coisa” e “bem”, matéria bastante discutida no ramo civilista e objeto de ampla controvérsia, Flávio Tartuce, escrevendo sobre o entendimento esboçado por Silvio Rodrigues, expõe que “coisa seria gênero, e bem seria espécie. Para ele, ‘coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem’. Os ‘bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico’” (TARTUCE, 2012). De acordo com essa compreensão, todo *bem* é uma *coisa*, mas o contrário não é verdadeiro.

Os animais têm, portanto, status de *bens*, já que possuem inegável valor econômico. Desse modo, no CC, todos os artigos referentes aos animais regulam apenas o direito de propriedade existente em torno deles, isto é, não há qualquer previsão legal acerca das *relações afetivas* desenvolvidas pelos seres humanos com os animais, ao menos não a ponto de ensejar algum tipo de efeito jurídico distintivo em relação a outros bens. Exemplo deste tratamento é o artigo 1.313 da codificação civil que, ao tratar acerca de direitos de vizinhança, dispõe:

Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

**II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.** (BRASIL, 2002) (grifo nosso).

Da mesma forma, o § 2º do artigo 445, sobre vícios redibitórios:

§ 2º Tratando-se de **venda de animais**, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria. (BRASIL, 2002) (grifo nosso).

Seria possível ainda citar outros artigos, todos referentes a uma proteção jurídica dada sob o ponto de vista do direito de propriedade (do animal), nas relações jurídicas entre os homens. São exemplos o § 3º do

art. 1.297 (direito de tapagem)<sup>1</sup> e o art. 1.397 (direito do usufrutuário à criação dos animais, que são tidas como frutos, verdadeiro instituto do direito das coisas, ramo do direito civil).<sup>2</sup>

Entretanto, esse tratamento meramente “coisificado” vem sofrendo uma série de críticas, que tentam mudar o *status* que a legislação atribui aos animais, levando em consideração outras questões mais, que não apenas o fato de serem eles objetos de apreciação econômica e de uma determinada relação jurídica. Essa mudança de entendimento vem sendo seguida em diversos países, sendo possível falar em uma tendência mundial, conforme mostraremos mais à frente.

No Brasil, apesar de evidente o longo caminho a ser percorrido para alcançar tal tendência mundial, algumas tentativas têm sido perpetradas. São diversos os exemplos de projetos de lei que buscam alterar a natureza jurídica dada aos animais, o que teria uma influência direta no nosso Código Civil, posto que questionam o tratamento meramente patrimonial dado a eles. Destacam-se o projeto de lei (PL) 215/2007, que propõe a criação de um “Código Federal de Bem-estar animal” (BRASIL, 2007); e o projeto de lei 6799/2013, que propõe a alteração do art. 82 do CC (que trata dos bens móveis), passando este a ter um parágrafo único assentando que o disposto no *caput* do artigo não se aplicaria aos animais domésticos e silvestres, sob o fundamento de que

Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, **sendo vedado o seu tratamento como coisa.** (BRASIL, 2013) (grifos nossos).

Com objetivo semelhante, o projeto de lei 7.991/2014, propõe que seja acrescido no Código Civil o seguinte artigo:

---

1 Art. 1.297, §3º, do CC: A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas. (BRASIL, 2002).

2 Art. 1.397, do CC: As crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto. (BRASIL, 2002).

Art.2-A. Os animais gozam de personalidade jurídica sui generis que os tornam sujeitos de direitos fundamentais em reconhecimento a sua condição de seres sencientes.

Parágrafo único: São considerados direitos fundamentais a alimentação, a integridade física, a liberdade, dentre outros necessários à sobrevivência digna do animal. (BRASIL,2014a).

O que se vê em comum entre os projetos de lei, pois, é a tentativa de enquadrar os animais em um regime jurídico diferente, alheio aos demais bens existentes. Uma das dificuldades a serem enfrentadas, no entanto, é compatibilizar o status de propriedade, que inegavelmente possuem, com o de sujeitos de direitos fundamentais, defendidos por tais PLs. Isto é, vale questionar, a mudança da natureza jurídica dos animais, como proposta pelos projetos mencionados acima, levaria a uma remodelação completa do status civil dos animais? Essa é uma das perguntas que terão de ser debatidas a fundo pelo Legislativo, com repercussão direta no direito civilista brasileiro.

Ainda acerca das tentativas de superação da concepção clássica da natureza jurídica dos animais, há que se ressaltar a ambiguidade apresentada em alguns pontos pelo direito brasileiro (SOUZA, F.; SOUZA, R., 2018). Como visto, o CC submete os animais ao status de coisas, tutelando apenas os interesses resultantes das relações humanas, ou seja, protegendo a propriedade, não considerando o animal como um ser em si.

Do lado contrário, a Constituição Federal (CF), em seu art. 225, § 1º, VII<sup>3</sup>, protege os animais da crueldade humana, ainda que sob o argumento de preservação da fauna e do meio ambiente (BRASIL, 2016c). Embora pareça uma questão sutil, a diferença de tratamento há de ser observada: a compilação civil apenas reconhece os animais juridicamente quando estes são objetos de interesse de uma relação jurídica. Por sua vez, a Carta Magna os atribui uma existência jurídica própria, ou seja, reconhece que eles existem para o direito independentemente de uma relação jurídica estabelecida entre os seres humanos, posto que estipula a necessidade de sua proteção frente aos próprios homens.

---

3 Art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal: (incumbe ao Poder Público) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 2016c).

No norte estabelecido pela Constituição Federal, também chamam atenção as discussões recentes em torno de práticas como a vaquejada, que teve seu status de constitucionalidade questionado em 2016, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após a aprovação de uma lei cearense que regulamentava a atividade, entendida como uma forma de manifestação cultural. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio destacou que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988” (BRASIL, 2016a). Em seguida, porém, foi aprovada a Emenda 96, que acrescentou um parágrafo ao art. 215 da CF, determinando que “não se consideram maus tratos esportes com animais registrados como manifestação cultural” (BRASIL, 2017a).

A manifestação do STF e a resposta contrária do Legislativo servem, logo, para demonstrar que questões como essas, envolvendo direitos e proteção dos animais, estão longe de serem pacificadas, tanto na sociedade como no ordenamento jurídico, restando muitas contradições na legislação e controvérsias ainda não enfrentadas. Sobre o assunto, alertam Fernando Speck de Souza e Rafael Speck de Souza (2018) que

A legislação reflete as ambiguidades e incoerências da relação do ser humano com o animal. Nesse viés, a estratégia brasileira de redefinição do estatuto jurídico para maior proteção animal há de ser precedida de prévio e amplo debate com a sociedade, visando demonstrar a necessidade de ampliação do círculo de consideração moral interespecies, sob pena de se operar apenas reformas pontuais e fragmentadas. (SOUZA, F; SOUZA, R., 2018).

Neste espectro, são cada vez maiores as discussões trazidas à sociedade, não apenas acerca da necessidade de proteção, mas também levando em consideração as relações existentes entre o ser humano e seus animais de estimação, que, modernamente, já deixaram de ser vistas apenas como relações pessoa-coisa. Há, portanto, uma evidente lacuna legislativa, ávida a ser suprida, embora ainda não se saiba como.

Inegável, pois, que devido à relação estabelecida junto a estes animais, os *pets* não podem ser tratados da mesma maneira que uma relação com um objeto, um bem qualquer. Resta, entretanto, definir os impactos

jurídicos dessa mudança de paradigma. O cerne deste artigo, a possibilidade de guarda compartilhada dos animais de estimação, que trataremos mais à frente, guarda relação íntima com o enfrentamento dessa questão.

De fato, a realidade tem mostrado a necessidade de se compreender que os animais de estimação possuem um valor subjetivo distinto de qualquer outro bem material, pois são capazes de causar sentimentos em seus donos que vão muito além de valor pecuniário ou de um simples apego. É exatamente por essas peculiaridades que o regime jurídico dos bens/das coisas, vem se mostrando insuficiente para dirimir conflitos postos à realidade jurídica, quando dizem respeito às profundas relações existentes entre uma pessoa e seu animal. Cada vez mais, haverá a complexificação dos conflitos trazidos à análise do direito, levando a crer na necessidade de evolução do tratamento jurídico dado aos animais de estimação.

## **2. O instituto da guarda compartilhada no direito de família brasileiro**

A guarda compartilhada é o instituto que viabiliza “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”<sup>4</sup>. Esta modalidade de guarda foi expressamente albergada pela legislação brasileira a partir da Lei nº 11.698/2008, que modificou o *caput* do art. 1.583 do Código Civil para fazer constar que “a guarda será unilateral ou compartilhada”, imputando ao juiz o dever de informar aos genitores o significado e os benefícios da guarda compartilhada<sup>5</sup> (BRASIL, 2008). No entanto, apenas com a Lei nº 13.058/2014 o compartilhamento da guarda passou a ser aplicado com maior rigor pelos magistrados, em vista da “obrigatoriedade” ditada por aquele diploma<sup>6</sup> (BRASIL, 2014b).

---

4 Art. 1.583, §1º, do CC: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

5 Art. 1.584, §1º, do CC: Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (BRASIL, 2002).

6 Art. 1.584, §2º, do CC: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002).

A referida virada paradigmática, que destituiu o protagonismo até então exercido pela guarda unilateral, procurou compatibilizar-se com a busca do melhor interesse da criança (ou adolescente), valorizando-a como sujeito de direitos, e não como mero objeto passivo de uma relação jurídica. Isso porque o modelo de convivência entre filhos e pais separados preocupava-se em lidar com os eventuais conflitos surgidos após o término do relacionamento afetivo do casal, relegando a segundo plano a efetiva proteção da pessoa dos filhos e comprometendo o engajamento de ambos os pais na formação e educação da sua prole.

Nesse cenário, o Professor Paulo Lôbo (2018) elenca diversas vantagens associadas à guarda compartilhada, principalmente no que concerne ao exercício pleno da autoridade parental pelos pais (o estado de família é indisponível), evocando não só a igualdade na tomada de decisões (corresponsabilidade), como também a separação do plano das relações entre os adultos, no qual pode haver conflito conjugal, do plano em que se desenvolvem os vínculos afetivos da criança com seus dois pais, sem que se afete o exercício do poder familiar. Reverberando o mesmo entendimento, Maria Berenice Dias aponta que:

A participação no processo desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (DIAS, 2017).

Segundo o art. 1.584 do CC, incisos I e II<sup>7</sup>, a guarda compartilhada pode ser estabelecida por consenso ou decretada pelo juiz, sem prejuízo de sua perseguição através de ação autônoma intentada por qualquer dos pais. Mister ressaltar que, mesmo havendo resistência ao compartilhamento

---

7 Art. 1.584, I e II, do CC: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002).

da guarda, compete ao juiz instituí-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público, desde que ambos os pais estejam aptos ao exercício do poder familiar e nenhum deles abra mão da guarda (art. 1.584, §2º)<sup>8</sup>.

A noção de “obrigatoriedade” não foi aceita pacificamente pela doutrina, a exemplo de Flávio Tartuce, o qual reputa “necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência pacífica mínima, pois, caso contrário, será totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos à formação dos filhos, pelo clima de guerra existente entre os genitores” (TARTUCE, 2019, p. 1.178). Em sentido contrário, a autora Maria Berenice Dias é peremptória ao afirmar que “o significado mais saliente da alteração legal é ter esclarecido expressamente que o compartilhamento da guarda não depende da convivência harmônica dos pais. Esta restrição nunca esteve na lei, foi equivocadamente imposta pela jurisprudência” (DIAS, 2017, p. 554). Tampouco no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a questão encontra-se uniformizada, pois, no ano de 2016, duas decisões emanadas pela corte adotaram concepções diferenciadas, uma delas mais propensa à flexibilização da “obrigatoriedade” (com fulcro no art. 1.586 do CC)<sup>9</sup> em face de casos concretos nos quais haja intenso desentendimento entre os pais do infante (BRASIL, 2016c, 2016d).

Haja vista a primazia assumida pela figura da guarda compartilhada na disciplina do Direito de Família, a Lei 13.058/2014 preservou a possibilidade do juiz utilizar-se de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para fixar as atribuições dos pais e os períodos de convivência, com vistas à distribuição equânime do tempo (BRASIL, 2014b)<sup>10</sup>. Aliás, também em caso de beligerância do casal, o acompanhamento psicológico ou psiquiátrico<sup>11</sup> revela-se essencial para o

8 Art. 1.584, §2º, do CC: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002).

9 Art. 1.586 do CC: Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais. (BRASIL, 2002)

10 Art. 1.584, §3º, do CC: Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002).

11 Art. 129, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico. (BRASIL, 1990).

melhor desempenho das funções parentais, em harmonia com o Enunciado nº 335 do CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, que preleciona: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar” (AGUIAR JR., 2012). Como *ultima ratio*, ante a manutenção de um clima não salutar pelos pais e o dever de zelar pelo princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, resguarda-se ao juiz o poder de conferir a guarda do menor a terceiros, de preferência a algum parente com quem este tenha afinidade e afetividade<sup>12</sup>.

Merece atenção a acentuada controvérsia doutrinária erigida em torno da redação do art. 1.583, §2º, do CC<sup>13</sup>, por aproximar-se do regime da guarda alternada, a qual é exercida de modo exclusivo pelo genitor que detém a custódia física da criança ou do adolescente, segundo prévia divisão do tempo de convivência designado a cada pai. Para Maria Berenice Dias

Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. (DIAS, 2017, p. 553).

Em contrapartida, o Professor José Fernando Simão, avançando na análise do art. 1.583, §3º, do CC<sup>14</sup>, comenta:

Este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e

---

12 Art. 1.584, §5º, do CC: Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2002).

13 Art. 1.583, §2º, do CC: Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (BRASIL, 2002)

14 Art. 1.583, §3º, do CC: Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (BRASIL, 2002).

necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. (SIMÃO,2014).

Na tentativa de compatibilizar o texto legal com o instituto da guarda compartilhada, vários enunciados<sup>15</sup> foram editados na VII Jornada de Direito Civil, os quais abordam a divisão proporcional do tempo como forma de realizar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente — tendo em vista a disponibilidade de cada genitor para ocupar-se dos cuidados pertinentes ao filho —, sem que isso importe no desempenho exclusivo da guarda por aquele que se encontre na companhia do menor.

Por fim, frisa-se que a convivência familiar compartilhada não implica necessariamente a repartição de despesas, especialmente se os genitores não desfrutarem de condições econômicas semelhantes. Destarte, não há óbice à fixação de alimentos quando atendidos os requisitos do art. 1.694, §1º, do CC<sup>16</sup>, ou seja, observado o binômio *necessidade do alimentando - possibilidade do alimentante*, linha de entendimento consagrada no Enunciado nº 607 da CJF/STJ, da VII Jornada de Direito Civil.<sup>17</sup>

---

15Enunciado nº 603: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o

§ 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

Enunciado nº 604: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

Enunciado nº 605: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

Enunciado nº 606: O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um. (AGUIAR JR., 2015).

16 Art. 1.694, §1º, do CC: Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (BRASIL, 2002).

17 Enunciado nº 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia. (AGUIAR JR., 2015).

### **3. Direito comparado: o status jurídico dos animais de estimação e o fenômeno da guarda compartilhada**

Quando o afeto que um dono sente por seu animal de estimação resulta na demanda por uma tutela jurídica que busca manter tal convivência, gera-se a necessidade que o direito reconheça tal fato para atribuir-lhe os efeitos próprios, ainda que não específicos. A modulação de tal outorga pode ocorrer de maneiras múltiplas, apresentando-se soluções diversas ao problema provocado pelos sujeitos de direito de cada ordenamento jurídico. É oportuno que se faça o exame das respostas apresentadas pelo direito de alguns outros países do mundo, como forma de compreender algumas alternativas que se põem à disposição.

Nos Estados Unidos é notável o número de casos de divórcios contenciosos nos quais se procura a guarda compartilhada dos animais de estimação — em 38% dos processos nos quais as partes têm animais, essa é a solução almejada (PALLOTTA, 2018; COREN, 2018). Isso suscita o debate acerca do status jurídico desses seres no ordenamento pátrio. Todavia, os efeitos legais ainda são limitados: no direito americano, os animais são claramente identificados como propriedade, e tratados como tal no âmbito do divórcio — no qual, em regra, se diz que há a “propriedade conjunta” do bicho, e não a guarda compartilhada —, a despeito dos movimentos em prol de uma reforma legislativa sobre tal matéria (HUSS, 2002; SMITH, 2016). Há aqueles que defendam que os animais sejam tratados como sujeitos de direito, com ressalvas nas quais se manteria a aplicação de elementos da propriedade (HUSS, 2002). Apesar dessa ideia não ser acatada pelos operadores do direito, há um claro ímpeto para uma proteção mais sensível aos animais.

Tal empenho não é circunscrito, sequer recente. A Sociedade Americana para a Prevenção Contra a Crueldade aos Animais (ASPCA)<sup>18</sup> foi criada em 1873, e consiste em um dos primeiros esforços nesse sentido (HODGSON, 2017). De fato, importante amparo legal para a consideração da sensibilidade dos animais advém das normas que garantem a proteção destes contra a crueldade, visto que reconhecem as vicissitudes de tais seres, características da distinção entre propriedade viva e não-viva (HUSS,

---

<sup>18</sup> The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals.

2002). Isso exerce impacto sobre a interpretação das cortes, que, perante as demandas sobre este assunto, têm passado a reconhecer com maior prontidão a possibilidade da guarda compartilhada.

Em troca, essa tendência ganha expressão normativa: devido à sua autonomia legislativa, há Estados Federados que regularam que o bem-estar do animal de estimação deve ser levado em consideração pelo julgador durante o divórcio, sem que se limite apenas ao seu caráter enquanto patrimônio ou ao seu valor monetário, o que certamente odiferencia de outras formas de propriedade (COREN, 2018). Tais leis foram aprovadas nos estados de Alaska, Illinois e Califórnia, e impõem a apreciação do melhor interesse do animal, o de que abre brecha para que o juiz explore outras possibilidades que não a entrega definitiva do bicho a um dono específico (PALLOTTA, 2018). A despeito da importância desse marco normativo, muitas vezes tal resolução não cabe à jurisdição das cortes, visto que é comum a conclusão de acordos extrajudiciais entre os divorciandos sobre a matéria, sem que haja necessidade de intervenção oficial (VIVANCO-PRENGAMAN, 2017).

No Canadá, a situação não é muito diferente, quicá mais rigorosa. A norma define que animais de estimação fazem parte do patrimônio familiar, e as leis estaduais, tal qual a atividade judicial, não mostram grandes estímulos à adoção de ideia contrária (COLÚMBIA BRITÂNICA, 2011). Em Ontário, por exemplo, isso é patente nas normas sobre direito de família, e o *leading case*<sup>19</sup> sobre a matéria rejeita a ideia da aplicabilidade da guarda conjunta a essas causas (ONTARIO, 2004; HOWIE, [20--]). A regra é que o *pet* fique com aquele que o comprou (MACLEOD, 2018). Ainda assim, tal noção começa a ser alterada, como ocorre em Quebec, que emendou seu Código Civil para definir os animais — não só de estimação — como criaturas sencientes, o que é tido como inovador, visto que é uma das únicas leis no mundo a fazê-lo (HODGSON, 2017).

---

19 Em *Warnica v. Gering*, prevalece a ideia expressa pelo Ministro D.R. Timms, quando diz que “a pet could be shared, as happened in the case of *Rogers v. Rogers*. In my view that would be akin to a custody access/order. Whether in the Family Court or otherwise, I do not believe that any court should be in the business of making custody orders for pets, disguised or otherwise.” (ONTARIO, 2004).

Já em países europeus, é notável a tendência ao reconhecimento de status jurídico especial dos animais de estimação. Com o artigo 13 do Tratado de Lisboa de 2009, a União Europeia (UE) passou a reconhecer a sciência desses (UNIÃO EUROPEIA, 2009). De fato, mesmo antes de tal acontecimento, as legislações nacionais já apresentavam seus próprios movimentos nesse sentido.

Em 1988, a Áustria introduziu, via parágrafo 285a do Código Civil, que “os animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais” (ÁUSTRIA, 1998 apud SOUZA, F.; SOUZA, R., 2018). A Alemanha fez o mesmo no parágrafo 90a do BGB, em 1990, e posteriormente, em 2002, introduziu na sua Lei Fundamental o parágrafo 20a, que dispõe que os animais têm o direito de serem respeitados pelo Estado e terem sua dignidade protegida (ALEMANHA, 1896; CONNOLLY, 2002). A Suíça, ainda em 1992, já havia emendado sua Constituição para reconhecer tal dignidade, e em 2003, alterou seu Código Civil para afirmar que animais não são objetos (MICHEL; KAYASSEH, [20--]).

Mais recentemente, Portugal fez o mesmo, com o Estatuto Jurídico do Animais (Lei nº. 8/2017), que alterou o Código Civil português, e reconhece que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”, ressaltado o fato que “na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza” (PORTUGAL, 2017). Diferencia-se, portanto, os animais das pessoas e das coisas, criando uma nova categoria jurídica (PINTO, 2018).

Já o Reino Unido exerceu atuação primordial sobre a proteção aos animais, aprovando a primeira norma a respeito do assunto em 1822, que impedia a crueldade contra o gado, e foi sucedida por outras mais abrangentes de outras espécies, em 1911 e 2007 (BRITISH BROADCASTING NETWORK, [20--]). Outrossim, extrai-se disso a conclusão de que o direito britânico ressalta o respeito e proteção à dignidade dos animais, o que é levado em consideração nos processos de divórcio nos quais se pleiteia a guarda compartilhada, não obstante o caráter de propriedade que tais bichos ainda mantêm (BUCK, 2019). Deveras, em um sistema de *common law*, tal reconhecimento judicial tem autonomia bastante para

prescindir das balizas normativas impostas em outros países. Embora o país reconheça a sciência animal sob a vigência do artigo 13 do Tratado de Lisboa, sua saída da União Europeia torna incerta a prevalência legal de tal conceito, embora o governo afirme a sua intenção de mantê-lo.

Por fim, também a França reconhece a sciência dos animais. O status destes seres vivos como bens móveis, que era presente desde a época do Código Civil Napoleônico, foi definitivamente abolido com a Lei nº 2015-177, que emendou o Código e reconheceu-os como seres dotados de sensibilidade<sup>20</sup>, embora já desde 2003 o artigo 641a determinasse que os animais não eram coisas (FRANÇA, 2019; MICHAUD, 2016). Na verdade, tal alteração mais recente apenas concretiza o conceito da sciência no âmbito civil, visto que já era declarada pelos Códigos Penal e Rural — neste, já desde 1976 (LE MONDE, 2014; BRELS; GOETSCHEL, [20--]).

No processo de divórcio, o animal há de ficar com aquele que o adquiriu, se feito antes do casamento. Se a aquisição foi posterior, o artigo 651a do Código Civil estipula que o juiz deve analisar quem tem as melhores condições de cuidar do animal, independentemente de quem pagou por ele, pois é considerado bem do casal (MICHAUD, 2016). O juiz pode determinar o direito de visita a uma das partes, e até o pagamento de pensão, como foi feito na Corte de Apelações de Créteil, ainda em 1979 (FONDATION 30 MILLIONS D'AMIS, 2010); conquanto muitas vezes tais pontos não se tornem litigiosos, sendo negociado amigavelmente fora do processo.

#### **4. A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação no direito brasileiro**

De acordo com uma pesquisa recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, existem hoje mais cachorros do que crianças nos lares brasileiros (KNOPLOCH, 2015). Embora possa parecer apenas um dado curioso, ele serve de alerta para referir-se à necessidade de remodelação do ordenamento jurídico brasileiro, hoje insuficiente para dirimir os já existentes conflitos gerados quando da dissolução de

---

20 Artigo 515-14. “Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.” (FRANÇA, 2019).

entidades familiares. Afinal, muito mais do que disputar um bem qualquer, para muitas pessoas, ficar sem seu animal de estimação pode ser o mesmo que perder alguém da família. Aliás, para os animais, serem separados de seus donos também pode ser bastante doloroso, pois a ciência entende que eles também sentem (SAMPEDRO, 2019).

A guarda compartilhada de animais de estimação, cuja problemática será aqui abordada, é um fenômeno que exige análise e debruçamento profundo, aliado a um debate entre direito, sociedade, e outras áreas do conhecimento. A possibilidade de aplicação desse instituto aos *pets*, de maneira semelhante com o que ocorre para as crianças e adolescentes, mas adaptada à realidade deles — distinta, por óbvio, da de seres humanos — traz influências diretas na ordem jurídica, sobretudo no que diz respeito à forma com que o direito percebe os animais. Desse modo, torna-se ainda mais relevante o debate acerca da natureza jurídica dos animais.

A ampliação deste instituto aos animais de estimação já é uma realidade em alguns países do mundo, como demonstramos acima. Resta agora compreender se no sistema jurídico brasileiro, tal como posto, seria possível aplicá-lo, bem como o entendimento que vem sendo adotado pelos nossos tribunais. É o que passamos a fazer.

É possível afirmar que nos últimos anos o direito de família tem sofrido transformações que modificaram sua essência, alterando-se o paradigma basilar desse ramo do direito. De fato, as mudanças ocorridas no seio da sociedade foram tamanhas a ponto de repercutir profundamente na ordem jurídica. Este fenômeno é perceptível, por exemplo, diante da lei do divórcio, fruto de uma ampla demanda social, que rompeu com a imagem secular de um casamento indissolúvel, propagado durante tantos anos e refletido também no direito. Um outro grande exemplo é a igualdade entre os cônjuges, enfim reconhecida constitucionalmente, depois de séculos de desigualdade e de submissão dos direitos das mulheres aos dos homens. Cita-se também o fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, de modo que todos os filhos, independentemente da origem, têm hoje os mesmos direitos reconhecidos.

Dentre os princípios que permitiram a gradual modificação de verdadeiros *dogmas* dentro do direito de família, trazendo as mudanças

apontadas acima e tantas outras, podemos citar o princípio da afetividade como um dos principais. De acordo com Paulo Lôbo, este é “o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida” (LÔBO, 2018, p. 70). A grande revolução do princípio da afetividade está em entender a possibilidade de formação de um núcleo familiar construído a partir de fatores culturais de socioafetividade, e não unicamente com base em critérios consanguíneos, isto é, biológicos.

Em verdade, o pluralismo das entidades familiares, grande inovação no direito de família brasileiro consagrado pela Carta de 1988, só é possível pela dimensão dada ao princípio da afetividade, posto que reconhece diferentes tipos de família cuja base é justamente a socioafetividade existente entre aqueles que a compõe, e nada mais (BRASIL, 2016c; LÔBO, 2002).

Feitas tais considerações iniciais, passamos agora a analisar em que o princípio da afetividade se relaciona com a problemática da guarda compartilhada dos animais de estimação. Ora, o primeiro pressuposto a se firmar é o de que, graças a socioafetividade, é possível inferir que a Constituição Federal permite que um casal e seu animal de estimação constituam uma *família*. Dessa forma, os laços formados entre eles são laços baseados no afeto, de uma maneira tipicamente familiar. Embora para algumas pessoas essa ideia pareça um pouco repulsiva, ressaltamos que a CF veda qualquer tipo de discriminação às entidades familiares.

Admitida tal questão, surge o problema: como procuramos ressaltar ao longo deste artigo, não há uma previsão legislativa sobre o que ser feito para solucionar conflitos levando em consideração que as pessoas, em sua maioria, adquirem um animal de estimação buscando a formação de uma relação afetiva, e não um incremento patrimonial. Constatada a existência desta lacuna, enquanto não houver sua superação, cabe ao direito enfrentar os conflitos jurídicos surgidos mediante uso da analogia, dos costumes, e dos princípios gerais do direito<sup>21</sup>, buscando-se uma uniformização com vistas à formação de segurança jurídica.

A afetividade existente entre uma pessoa e seu *pet* certamente é um forte argumento a ser levado em consideração quando da possibilidade de

---

21 Art. 4º, Lei de introdução às normas do direito brasileiro: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 2018e).

aplicação da guarda compartilhada aos animais de estimação, não podendo ser ignorado pelo direito. Se aquela relação tiver sido constituída com bases unicamente afetivas, isto é, sem interesses patrimoniais envolvidos, não há por que entender de modo diverso. Sem dúvidas, há pessoas que têm seus animais de estimação como verdadeiros filhos e, se isto for estendido ao casal conflitante, certamente ambos têm interesse em manter aquela relação, firmada no afeto.

Partindo dessa premissa, Marianna Chaves adota o critério do “melhor interesse do animal”, pautado no seu bem-estar físico e psicológico, para aplicar aos *pets* o regime do Direito de Família, mais adequado ao valor subjetivo único que os distingue de outros tipos de propriedade privada, à guisa do reconhecimento da existência jurídica autônoma dos animais pela Constituição Federal (CHAVES, 2016)<sup>22</sup>. Como visto, após o advento da Lei nº 13.058/2014, o instituto da guarda compartilhada voltou-se para a maximização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (BRASIL, 2014b), o que, numa interpretação analógica, não impede adaptações e ponderações para que o interesse dos “pais” também seja levado em consideração na fixação da guarda compartilhada de animais de estimação — afinal, estes são dotados de sensibilidade, mas não são humanos.

Nessa conjuntura, múltiplos projetos foram apresentados por parlamentares nos últimos anos, com a finalidade de positivar a relação jurídica *sui generis* desenvolvida entre humanos e animais (a exemplo dos Projetos de Lei nº 1.058/2011, nº 351/2015 e nº 1.365/2015), sendo o mais recente deles o Projeto de Lei do Senado nº 542/2018, de autoria da Senadora Rose de Freitas, que se propõe a regulamentar a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável (BRASIL, 2018a). A opção pelo termo “custódia” deixa clara a intenção de distinguir o novo instituto daquele voltado à guarda de crianças e de adolescentes, sem perder de vista a condição peculiar assumida por aqueles seres sencientes no núcleo familiar.

---

22 Art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal: (incumbe ao Poder Público) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 2016c).

Dentre as propostas do projeto supramencionado estão: a determinação do compartilhamento da “guarda”, pelo juiz, quando não houver acordo quanto à custódia do animal de estimação, salvo se ocorrer renúncia por uma das partes (de maneira análoga ao comando normativo do art. 1.584, §2º, do CC, que fixou o caráter de “obrigatoriedade” da guarda compartilhada); a divisão do tempo de convívio segundo o ambiente mais propício à morada do animal, tal como a disponibilidade de tempo e as condições de trato, de zelo e de sustento que cada uma das partes apresentar (regra que evidencia a busca pelo “melhor interessado animal”, de modo correlato ao art. 1.583,

§2º, do CC, em que pese a confusão conceitual com a modalidade da guarda alternada); a perda da posse e da propriedade do animal de estimação por aquele que lhe inflige maus-tratos (atendendo à proteção que lhe é garantida constitucionalmente); a modificação do art. 693 do Código de Processo Civil para incluir os processos contenciosos de custódia de animais de estimação no capítulo que prevê as ações de família (encerrando controvérsia acerca da competência do juízo de família para a solução desse tipo de conflito).

Apesar do vagaroso quadro de implementação de mudanças legislativas, o Enunciado 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, concebe que “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal” (IBDFAM, [20--]). Infere-se que o enquadramento dos animais como bens semoventes não tem excluído uma interpretação sistemática para viabilizar o reconhecimento da família multiespécie, em que as espécies humana e animal se vinculam afetivamente. A pretendida “custódia compartilhada” estende o regramento da guarda compartilhada aos *pets* sem subverter a natureza jurídica dos animais, já que, em última análise, tutela o direito da pessoa humana a uma vida digna.

Sob outra perspectiva, conquanto a mera transposição do instituto da guarda compartilhada para regular o direito à convivência com os animais de estimação consista, a rigor, numa imprecisão técnica (não se pode cogitar que o dever de cuidado presente nessa *custódia* decorra

do poder familiar, categoria dogmática própria da relação entre pais e filhos), também é inegável que esses seres são sensíveis e vulneráveis, demandando uma proteção jurídica especial. No artigo “Uma nova família: a multiespécie”, as advogadas Élide Seguin e Luciane Martins de Araújo, juntamente com o psicólogo Miguel dos Reis Cordeiro Neto, abordam a questão com bastante acuidade:

O certo é que, quando se fala em guarda de animais diferente da posse, que se dá para coisas, deve-se ter por fundamento o disposto na Declaração Universal do Direito dos Animais que, em seu art. 5.º, estabelece que cada espécie animal que “vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie”, mas abrange ainda, o aspecto das relações afetivas adquiridas da relação com o ser humano, aplicando, de fato as disposições sobre guarda de filhos menores. (ARAÚJO; CORDEIRO NETO; SEGUIN,2016).

Ademais, a despeito da falta de consenso acerca da matéria aqui discutida, os tribunais brasileiros não podem se abster de apresentar soluções justas aos casos concretos a eles trazidos. Dessa forma, ausentes os institutos específicos, aplicam-se normas civis e constitucionais por analogia, de forma a adequar a resposta aos valores do ordenamento jurídico brasileiro; embora tal atividade não seja executada de maneira uniforme entre os julgadores.

Questão preliminar importante de ser discutida é a competência. Em acórdão de relatoria do Desembargador José Rubens Queiroz Gomes, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), reforma-se a decisão da Primeira Instância que extinguiu parcialmente ação de união estável em relação ao pedido de posse compartilhada e regime de visitas de animal de estimação. Tal decisão foi proferida com base no entendimento de que os animais são tratados pelo Código Civil como objetos, e devido a essa condição, o pedido formulado seria de competência do Juízo Cível, e não do Juízo de Família e Sucessões.

No voto do relator, constata-se que há uma lacuna legislativa, posto que “a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial” (BRASIL, 2018b). Assim, apresenta como possível solução a aplicação analógica do instituto da guarda compartilhada de filhos, mas que há de ocorrer de acordo com os interesses das partes, não do animal, ressalvada a proteção ao bem-estar deste. A decisão declara a manutenção do processo na Vara de Família e Sucessões. Similarmente, é replicado o entendimento em decisão proferida pelo Desembargador Issa Ahmed, do mesmo tribunal (BRASIL, 2017b). É importante ressaltar, todavia, que é de costume a continuidade incontestada de tal matéria neste juízo, independentemente do reconhecimento ou não da guarda compartilhada, dada a importância do animal no âmbito familiar, seja enquanto mero bem material comum, seja enquanto fonte de afeto. Isso mantém interessante nexos com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) sobre conflito negativo de competência. No caso em voga, a ação de posse compartilhada de animal de estimação movida perante a Vara de Família foi declinada para a Vara Cível, visto que foi tida como uma ação de cunho meramente patrimonial, apartada do pedido de divórcio que a ela antecedeu autonomamente. O juiz questionou a distribuição, arguindo que o valor afetivo que o animal representava para as partes advinha da prévia convivência familiar entre elas. Já o relator entendeu que, fora do fulcro do divórcio, ação familiar propriamente dita na qual não foi suscitada a intenção sobre o animal, tal vínculo emocional não era suficiente, por si só, para qualificar a matéria, que então trataria apenas sobre a posse (BRASIL, 2017c).

Partindo à análise das questões substanciais, é oportuno citar o caso do cão Dully que se consagrou referência no assunto. No processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 2015, em meio a ação de dissolução de união estável, foi concedida a guarda do cachorro à autora, sentença a qual o réu interpôs apelação, pleiteando domínio único sobre o cão. Em seu voto, o relator destaca a importância emocional dos animais para seus donos, e como tal separação pode causar dor e angústia a estes.

Apesar das provas apresentadas pela autora serem idôneas para qualificá-la como proprietária de facto de Dully, o desembargador pretere a supremacia da prova, escolhendo, contrariamente, aplicar o princípio

da dignidade da pessoa humana, de forma a atender parcialmente os interesses de ambos os litigantes. Assim, mantém a propriedade com a autora, mas concede ao réu a posse provisória do cachorro em finais de semana alternados, “devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal” (BRASIL, 2015). Em outro caso do TJ-RJ, a decisão provisória tomou como base esse julgamento para conferir a guarda compartilhada às partes, e foi ainda mais equânime, assegurando a cada um o direito à posse alternada do cachorro durante metade do mês (LUCHETE, 2015).

Hipótese diversa que vale mencionar é aquela julgada pelo TJ-SP, na qual se recorre a liminar de busca e apreensão que objetiva retomar a posse de um cachorro, antes definida como compartilhada devido a acordo celebrado em audiência de conciliação, pleiteando o agravante a sua exclusividade, posto que alegou ser ele quem efetivamente cuidava do animal. A juíza determinou a posse compartilhada do cão, tal qual ajustado previamente pelas partes. Outrossim, o aspecto curioso desse caso é que as partes não eram casadas, sequer mantinham união estável. A ação foi discutida no Juízo Cível, e não se percebeu intenção de suscitar assuntos pertinentes ao direito de família. Ainda assim, a julgadora reconhece o acesso de ambos ao animal, seguindo preceitos da guarda compartilhada. Em suas próprias palavras:

Apesar de não estar configurado o instituto da união estável, nos termos do art. 1723 e seguintes do Código Civil no presente caso, já que as partes apenas mantiveram namoro, não há óbice para que seja instituída posse compartilhada do animal, nos moldes de uma “guarda compartilhada” (BRASIL, 2018c).

Além disso, é impreterível trazer acórdão de 2018 do STJ, no qual se fixa importante paradigma para subseqüentes decisões sobre o assunto. Foi ajuizada ação na qual o autor buscava ser assegurado o direito de visitação ao seu animal de estimação, que estava sob o domínio da ré, após a dissolução de sua união estável. Julgou-se improcedente o pedido, negando-se a aplicação analógica da guarda compartilhada por não ser considerada

uma relação de família; e assegurando-se a propriedade exclusiva da ré, que tinha apresentado provas idôneas nesse sentido. No TJ-SP, permitiu-se a visitação ao autor da ação; a essa decisão, interpôs-se recurso especial.

Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão traz análise abrangente dos aspectos diversos que compõem a ideia de guarda compartilhada de animal de estimação. Ele discorda, a princípio, da aplicação direta do instituto da guarda aos animais, posto que nesse caso inexisteriam os critérios relativos ao interesse dos filhos e aos deveres decorrentes do poder familiar. Todavia, posteriormente, reconhece o valor subjetivo desses seres para seus donos, e embora não os equipare a sujeitos de direito, acaba por dizer que

Deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito. (BRASIL, 2018d)

Dessa maneira, compreende ser possível o direito de visitação do recorrente, e vota pela negação do provimento ao recurso.

Em voto divergente, a Ministra Maria Isabel Gallotti defende que não caberia a aplicação da limitação do direito de propriedade, sequer a comosse, visto que tem como evidente que o animal pertence à ré. Precipuamente, mantém que no ordenamento jurídico brasileiro não há amparo legal para o direito de visitas a animais, e que não vê isso como uma lacuna, e sim como uma opção consciente do legislador. Conclui dizendo que “penso que escapa, portanto, à atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei” (BRASIL, 2018d).

Posteriormente, o Ministro Marco Buzzi acaba por votar com o relator, mas divergindo quanto à fundamentação. Diz ele que:

Nessa medida, sendo desnecessária a aplicação por analogia do instituto da guarda compartilhada no caso concreto, em virtude de existir no ordenamento jurídico pátrio ditame

legal atinente ao Direito das Coisas – aplicação do instituto da copropriedade - para a solução da contenda, deve ser mantido o entendimento do Tribunal a quo que estabeleceu as diretrizes para esse exercício [...]. (BRASIL, 2018d)

Por fim, também em voto divergente, o Ministro Lázaro Guimarães expõe que não acha que há disposição legislativa no Brasil que autorize a aplicação da guarda compartilhada aos animais e que sequer essa possa ser atingida mediante analogia. Da mesma forma, entende que não é hipótese de copropriedade, posto que tal pedido foi formulado após a partilha de bens na dissolução de união estável. Entende que “neste caso concreto, parece-me que a relação, o afeto de uma pessoa com um animal tem que estar e deve estar no âmbito estritamente privado, é algo que tem que se resumir à família, às pessoas, como elas se comportam” (BRASIL, 2018d).

Assim, mediante os diversos casos aqui expostos, é perceptível que ainda não há consenso nos tribunais brasileiros acerca da possibilidade da guarda compartilhada de animais. É um impasse complexo, sem previsão legal, e cuja continuidade depende crucialmente do uso da analogia e dos princípios gerais do direito por aqueles que defendem a aplicação da guarda, o que oportuniza ainda mais a propagação de divergências.

## **Considerações finais**

A guarda compartilhada de animais de estimação já é uma realidade no direito brasileiro, ao menos do ponto de vista jurisprudencial, conforme demonstramos ao longo deste artigo. Isso porque não há como o direito permanecer alheio à realidade que o cerca, sob pena de transformar-se em uma completa inutilidade. De fato, ante às novas concepções desenvolvidas atualmente em torno dos animais e de suas relações com os seres humanos, é inegável a discrepância legislativa com os problemas atuais envolvendo animais de estimação.

Consoante demonstramos, parece ilógico atribuir aos animais única e exclusivamente o *status* jurídico de coisas, quando não podem ser tratados como um objeto de propriedade qualquer, haja vista as relações afetivas, para além da questão material, que o “proprietário” (ser humano) desenvolve

perante o seu “bem” (animal). Ao mesmo tempo, paradoxalmente, não se pode olvidar o caráter patrimonial igualmente atribuído aos animais, afinal, também são objetos de compra e venda e de status social.

Procuramos apresentar, portanto, que um grande problema a ser enfrentado pela ciência jurídica como um todo, nos próximos anos, é conseguir compatibilizar essas questões aparentemente tão conflitantes. Afinal, o animal, atualmente, é coisa, mas nem tanto. Possui proteção jurídica, mas restrita. Assim, resta o seguinte enfrentamento ao ordenamento jurídico: como conciliar o fato de que um ser ora se comporta como coisa, ora se comporta como uma espécie de sujeito de direitos, a quem é possível aplicar institutos criados exclusivamente para os seres humanos? A construção da ideia de *seres sencientes* é uma solução adotada por alguns países, como destacamos.

Considerando que, apesar da lacuna legislativa, o tratamento dado aos animais de estimação pelo direito parece desenhar-se de uma nova maneira em face dos atuais conflitos jurídicos, ao nos debruçarmos sobre o instituto da guarda compartilhada, constatamos a possibilidade de sua harmonização com esses animais. Por ora, o que permite a aplicação do instituto, sem dúvidas, é a revolução do direito de família trazida pela Constituição Cidadã (1988), que ampliou o conceito de entidades familiares, cujo paradigma é fundado no princípio da afetividade.

Desse modo, enquanto as questões aqui levantadas ainda não são enfrentadas, resta ao operador do direito a tarefa de, utilizando os princípios constitucionais do direito de família, aplicar a guarda compartilhada aos animais de estimação sempre que esta se mostrar possível no caso concreto, em uma verdadeira analogia para o caso de sua aplicação aos seres humanos. Não se trata, por óbvio, de querer atribuir aos animais o mesmo status que o ordenamento jurídico dá aos homens. Ao contrário, buscase, em verdade, proteger as relações humanas em todas as suas vertentes, garantindo a todos os tipos de entidades familiares tratamento igualitário, consoante prevê a Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

AGUIARJR, Ruy Rosado de. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2019.

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **VII Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2019.

ALEMANHA. **Código Civil, de 18 de agosto de 1896**. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2019.

ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis; SEGUIN, Élida. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 20, n. 82, p. 223 - 248, abr./jun. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. 2018e. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 96, de 06 de junho de 2017a**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm). Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266). Acesso em : 04 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm). Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014b.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm). Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 215, de 2007 (Câmara dos Deputados).** Institui o Código Federal de Bem-Estar animal. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=436891&filename=PL+215/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=436891&filename=PL+215/2007). Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 6799, de 2013 (Câmara dos Deputados).** Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL+6799/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL+6799/2013). Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 7991, de 2014a (Câmara dos Deputados).** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1279357&filename=PL+7991/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1279357&filename=PL+7991/2014). Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018a**. Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1559272586179&disposition=inline>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 - CE**. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de outubro de 2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.417.868 - MG (2013/0376914-2)**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016c, DJe 10/06/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1511016&num\\_registro=201303769142&data=20160610&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1511016&num_registro=201303769142&data=20160610&formato=PDF). Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 6 de dezembro de 2016d, DJe 15/12/2016d. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547573&num\\_registro=201502237840&data=20161215&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547573&num_registro=201502237840&data=20161215&formato=PDF). Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.713.167/SP**. Recurso Especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de junho de 2018d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 313060/SP**. Leis 10.927/91 e 11.262 do município de São Paulo. Seguro obrigatório contra furto e roubo de automóveis. Shopping centers, lojas de departamento, supermercados e empresas com estacionamento para mais de cinquenta

veículos. Inconstitucionalidade. Recorrente: Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA. Recorrido: Município de São Paulo. Relatora: Min. Ellen Gracie, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTPAC&docID260670>. Acesso em: 19 ago. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (30. Câmara de Direito Privado). **Agravo de instrumento 21972952120178260000 SP 2197295-21.2017.8.26.0000**. Agravo de instrumento. Liminar de busca e apreensão. Animal de estimação. Aquisição durante namoro. Discussão sobre a propriedade do bem. Acordo firmado. Posse compartilhada. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti, 20 de junho de 2018c. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594316418/21972952120178260000-sp-2197295-2120178260000/inteiro-teor-594316512?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (22. Câmara Cível). **Apelação cível 0019757-79.2013.8.19.0208**. Apelação cível. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (3. Vara). **Agravo de instrumento 2052114-52.2018.8.26.0000/SP**. Agravo de instrumento. Relator: Des. José Rubens Queiroz Gomes, 23 de março de 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (3. Vara). **Conflito negativo de competência 00264230720178260000 SP 0026423-07.2017.8.26.0000/SP**. Conflito negativo de competência. Ação de guarda de animal doméstico adquirido na constância de relacionamento amoroso. Competência para julgar a demanda do juízo em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Conflito julgado procedente. Relator: Des. Issa Ahmed, 4 de dezembro de 2017b. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530838380/264230720178260000-sp-00264-23-0720178260000/inteiro-teor-530838401?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (19. Câmara Cível). **Conflito negativo de competência 70074572579/RS**. Conflito negativo de competência. Ação de posse compartilhada de animal de estimação. Relator: Des. Eduardo João Lima Costa, 29 de setembro de 2017c. Disponível em: [https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504716653/conflito-de-competencia-cc-700\\_74572579-rs/inteiro-teor-504716658?ref=serp](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504716653/conflito-de-competencia-cc-700_74572579-rs/inteiro-teor-504716658?ref=serp). Acesso em: 26 mai. 2019.

BRELS, Sabine; GOETSCHER, Antoine. The evolution of the legal status of animals: From things to sentient beings. *World Animal Protection*, [20—]. Disponível em: <https://www.globalanimalnetwork.org/evolution-legal-status-animals-things-sentient-beings>. Acesso em: 21 mai. 2019.

BRITISH BROADCASTING NETWORK. **Welfare law in the UK**. [20—]. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/ethics/animals/defending/legislation\\_1.shtml](http://www.bbc.co.uk/ethics/animals/defending/legislation_1.shtml). Acesso em: 21 mai. 2019.

BUCK, Kate. **Who gets to keep the dog in a divorce?** *Metro*, 7 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://metro.co.uk/2019/01/07/who-gets-to-keep-the-dog-in-a-divorce-8320217/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? **Direito UNIFACS - Debate Virtual**, Salvador, n. 187, p. 1 - 34, jan. 2016.

COLÚMBIA BRITÂNICA. **Family Law Act, de 23 de novembro de 2011**. Victoria, Colúmbia Britânica: Legislature, [2011]. Disponível em: [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/statreg/11025\\_01](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/statreg/11025_01). Acesso em: 21 mai. 2019.

CONNOLLY, Kate. **German animals given legal rights**. *The Guardian*, 22 de junho de 2002. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2002/jun/22/germany.animalwelfare>. Acesso em: 21 mai. 2019.

COREN, Stanley. **In a Divorce Who Gets Custody of the Dog?** *Psychology Today*, 3 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/intl/blog/canine-corner/201810/in-divorce-who-gets-custody-the-dog>. Acesso em: 21 mai. 2019.



KNOPLOCH, Carol. **Brasil tem mais cachorros de estimação do que crianças, diz pesquisa do IBGE**. 2 de junho de 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-q-ue-criancas-diz-pesquisa-do-ibge-16325739>. Acesso em: 25 mai. 2019.

LE MONDE. **La France pourrait reconnaître aux animaux la qualité d'«êtres sensibles»**. 15 de abril de 2014. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/planete/article/2014/04/15/la-france-reconnait-aux-animaux-la-qualite-d-etres-sensibles\\_4402099\\_3244.html](https://www.lemonde.fr/planete/article/2014/04/15/la-france-reconnait-aux-animaux-la-qualite-d-etres-sensibles_4402099_3244.html). Acesso em: 21 mai. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. IBDFAM, 2002. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf). Acesso em 26 de maio de 2019.

LUCHETE, Felipe. **Juíza fixa “guarda compartilhada” de cachorro para casal separado**. Consultor Jurídico, 4 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/juiza-fixa-guarda-compartilhada-cachorro-casal-separado>. Acesso em: 26 mai. 2019.

MACLEOD, Meredith. **Divorcing your dog**: Ruling opens door to new view of pets in splits. CTV News, 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.ctvnews.ca/lifestyle/divorcing-your-dog-ruling-opens-door-to-new-view-of-pets-in-splits-1.3908212>. Acesso em: 21 mai. 2019.

MICHAUD, Patricia. **Un toutou pour deux maisons**. La Liberté, 23 de agosto de 2016. Disponível em: [http://www.unifr.ch/ius/assets/files/DOCUMENTS/Medias/2016\\_08\\_23\\_Prof.Fountoul\\_akis\\_La%20Liberte.pdf](http://www.unifr.ch/ius/assets/files/DOCUMENTS/Medias/2016_08_23_Prof.Fountoul_akis_La%20Liberte.pdf). Acesso em: 21 mai. 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013**. Jornal Carta Forense, 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013/14747>. Acesso em: 11 maio 2019.

SMITH, Gary. **When two people, either married or unmarried, break up, who gets to keep the pet(s)?** [...]. Massachusetts Law Updates, 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://blog.mass.gov/masslawlib/legal-topics/pet-custody/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

ONTARIO. Superior Court of Justice. **Warnica v. Gering**. Relator: Min. Roger TImms, 17 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2004/2004canlii50065/2004canlii50065.html#document>. Acesso em: 21 mai. 2019.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PALLOTTA, Nicole. **California's New "Pet Custody" Law Differentiates Companion Animals from Other Types of Property**. Animal Legal Defense Fund, 5 de novembro de 2018. Disponível em: <https://aldf.org/article/californias-new-pet-custody-law-differentiates-companion-animals-from-other-types-of-property/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

PINTO, Bernardo. **O direito dos animais no Brasil e a Lei Portuguesa 8/2017**. DomTotal, 28 de novembro de 2018. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1312628/2018/11/o-direito-dos-animais-no-brasil-e-a-lei-portuguesa-8-2017/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

PORTUGAL. **Lei n.º 8/2017, de 3 de março de 2017**. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil. Lisboa: Assembleia da República, [2017]. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>. Acesso em: 21 mai. 2019.

SAMPEDRO, Javier. **Os animais têm consciência de seu sofrimento?** 27 de janeiro de 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/26/ciencia/1548516480\\_501246.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/26/ciencia/1548516480_501246.html). Acesso em: 25 mai. 2019.

SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. **A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo (Parte 3)**. Consultor Jurídico, 4 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>. Acesso em: 21 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Qual a diferença entre bens e coisas?** 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820217/qual-a-diferenca-entre-bens-e-coisas>. Acesso em 10 mai. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**. 1 de dezembro de 2009. Disponível em: [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf). Acesso em: 26 mai. 2019.a

VIVANCO-PRENGAMAN, Leonor. **New state law treats pets more like children in custody cases**. Chicago Tribune, 25 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.chicagotribune.com/news/breaking/ct-met-pet-custody-law-20171218-story.html>. Acesso em: 21 mai. 2019.



**ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL**  
**Análise à luz da Constituição de 1988**

*Aline Araújo de Albuquerque Melo*  
*João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo*



## RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal expor a incompatibilidade da aplicação do erro essencial sobre a pessoa transexual com a Constituição Federal. Para tanto, trata-se dos problemas relativos a dignidade da pessoa humana, da afronta a legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero e, por fim, aos Direitos da Personalidade.

**Palavras-Chave:** identidade de gênero; direito civil; direitos fundamentais; direito e gênero.

## ABSTRACT

This paper has as its main goal to expose the incompatibility the application of the essential error about transsexual person have with the Federal Constitution. In order to do so, we seek to look over the problems related to the human rights and dignity, the outrage to the internacional law about human rights with regard to sexual orientation and gender identity and, finally, to the Rights of Personality.

**Key- Words:** gender identity; civil law; fundamental rights; law and gender.

## Introdução

O Direito das Famílias, importante ramo do Direito Civil, desde a sua constituição na Roma Antiga, até à Escola de Savigny, na qual o Código Civil pátrio de 1916 foi inspirado, baseava-se na noção de família

como um conjunto de relações humanas esteadas pelo laço sanguíneo. A figura masculina, o *pater familias*, fruía do poder de ditar os destinos deste conjunto e o patriarcalismo entranhou-se como único e possível modelo para sociedade.

Tendo em vista a Constituição de 1988, outros modelos de família tornaram-se possíveis, sendo os próprios fundamentos do conceito de família reformulados. Isso se deu, especialmente, a partir dos princípios da afetividade, da solidariedade e da igualdade entre os entes familiares. Nasce, portanto, a noção de grupo familiar como um ambiente para o desenvolvimento dos sujeitos que o compõe.

A Constituição, com isso, pautou um novo paradigma para o direito de família, visando não só a uma nova compreensão da prática judiciária, mas um novo sentido aos institutos infra-constitucionais que disciplinam a matéria. Esse segundo objetivo, contudo, tem sido motivo de grandes incongruências dentro da realidade do direito de família hodierna. Questiona-se a utilização de institutos advindos do Código Civil de 1916, e ratificados pelo código posterior, sem a devida leitura a partir da Constituição Federal, uma vez que a publicação do Código Civil de 2002 é posterior à Constituição de 1988, no entanto seu esboço já estava projetado desde 1984.

Nesse sentido, coloca-se em discussão o inciso III, do art. 1550 c/c arts. 1556 e 1557<sup>1</sup>, relativos ao conceito de erro essencial, no que diz respeito à aplicação deste instituto para casos em que um dos cônjuges descubra, após o matrimônio, que o seu consorte é uma pessoa transexual.

O objeto do referido artigo se atém a questionar a aplicação do erro essencial para tal situação, sem que, com isso, sejam violados princípios e

---

1 Art. 1.550. É anulável o casamento:

[...]

III - por vício da vontade, nos termos dos [arts. 1.556 a 1.558](#);

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

direitos subjetivos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade. A fim de analisar apropriadamente, é elementar discorrer acerca do conceito da transexualidade, a partir do movimento pós-estruturalista, e dos direitos da personalidade, aplicados ao indivíduo transexual.

Afinal, escolher formar uma relação familiar comporta em um dever do indivíduo desnudar sua privacidade em relação a seu cônjuge? A situação existencial do ser transexual incorre em um direito à privacidade ou a um dever de comunicação, tendo em vista a relação familiar?

Ademais, cabe indagar se, diante destes casos, faz-se necessária a anulabilidade do matrimônio ou o simples divórcio. Para isso, é preciso comparar a anulabilidade -e suas consequências, inclusive, na esfera do direito penal- e a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio.

A partir de tais levantamentos, é imprescindível perceber que o tema central deste artigo culmina em um questionamento maior: acerca dos paradigmas do direito de família pautados pela Constituição de 1988.

## **1. Desenvolvimento**

### **1.1. O conceito de Transexualidade**

Vincular comportamento a sexo, gênero à genitália, definindo o feminino pela presença da vagina e o masculino pelo pênis, remonta ao século XIX quando o sexo passou a conter a verdade última de nós mesmos (FAUCAULT, 1985). Transexualidade e travestilidade são expressões identitárias que revelam divergências com as normas de gênero, apresentam-se como maneiras de transitar entre os gêneros.

A obra *Gender and trouble: feminism and the subversion of identity*, de Judith Butler, é marco fundamental para a compreensão do gênero como uma ferramenta social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares em constante produção de corpos “de homem” e “de mulher”. A transexualidade é uma experiência identitária, que se caracteriza pelo conflito do indivíduo com as normas de gênero socialmente impostas.

A concepção segundo a qual homens e mulheres pertencem a sexos diferentes é recente na história da medicina. Segundo Thomas Laqueur (1992), ela só se deu a partir do século XVIII, sobretudo no século XIX, antes dessa época a concepção herdada dos gregos admitia apenas um sexo biológico, no qual homens e mulheres seriam igualmente dotados de pênis e testículos, mas na mulher esses órgãos não se teriam exteriorizado.

A partir do Renascimento, percebe-se que a concepção de sexo e gênero, muito mais do que por razões científicas, foi sendo modificada com base no contexto social e em demandas sociais particulares. Para Laqueur (1992), a política de gênero afetava tanto a interpretação de dados clínicos e laboratoriais quanto a sua própria produção. No entanto, o ser humano em sua complexidade e as suas relações sociais conduzem a uma ampliação da ideia do binarismo, macho e fêmea.

As performatividades de gênero que se articulam fora da amarração socialmente construída sobre gênero e sexualidade são postas às margens, analisadas como transtornadas, aberrações. De acordo com Judith Butler (2003), as normas de gênero definem o considerado “real”, delimitando o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos.

A cirurgia de readequação genital, e outros tipos transformação corporal, são meios para estabelecer a unidade entre corpo-mente e entre suas identidades, para além disso, uma forma de alcançar o reconhecimento do seu pertencimento à humanidade, o reconhecimento social de sua condição humana (BENTO, 2006). Para construir esses corpos e alcançar essa humanidade almejada, elas se tornam negociantes em relação às normas de gênero, podendo, com isso, reproduzi-las ou desestabilizá-las (BUTLER, 2003).

Logo, faz-se importante perceber que a importância da cirurgia de readequação varia de acordo com as vivências e experiências de casa pessoa transexual. No entanto, é necessário que se compreenda que para muitas pessoas transexuais a cirurgia pode representar a possibilidade de reconhecimento social, conforme relato de Valkíria ao Jornal Tribuna Brasil:

É horrível nos sentirmos mulheres, vivermos como mulheres, em alguns casos passar pela cirurgia, mas ser vistas como homem. Estou com os papéis prontos para dar entrada na

mudança de nome. A operação não era o mais importante, mas melhorou muito a minha vida. (BENTO, 2006)

O termo “passabilidade” é utilizado para descrever mulheres ou homens transexuais que possuem diversas características consideradas femininas ou masculinas e passam a ser vistas como mulheres ou homens cisgênero na sociedade. Tal característica é muitas vezes desejada pela pessoa transexual, visto que evita violências física, verbal e emocional. Por outro lado, cria o delicado momento de contar ao novo parceiro ou parceira que são transexuais.

São notórios os relatos de mulheres transexuais que, após falar sobre sua identidade de gênero, foram deixadas, espancadas ou brutalmente assassinadas pelos companheiros<sup>2</sup>. O envolvimento afetivo com os corpos marginalizados pela sociedade é, também, subalternizado, não quistos para se relacionar.

Em entrevista à Djamla Ribeiro, feminista e mestre em filosofia, a cantora Linn da Quebrada fala sobre a solidão do feminino<sup>3</sup>:

O que eu mais percebo tem sido o espaço da solidão. O espaço que o feminino ocupa independentemente do corpo em que esteja posicionado [...] é o espaço que se espera apenas servidão e sexo, o contato, o afeto e a relação está em detrimento disso. (FUTURA PLAY, 2017)

### 1.1.1. Avanços jurídicos

A população LGBTI+ – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, intersexuais e outras identidades de gênero e sexualidade – é um grupo hipervulnerável, tendo em vista a discriminação e violência às quais está submetido em seu cotidiano. Dentre os indivíduos LGBTI+, as pessoas trans e travestis tendem a ser ainda mais discriminadas pela sociedade, família e Estado. De acordo com o Dossiê da Rede Nacional de

---

2 “Médico russo mata e desmembra namorada ao descobrir, na cama, que ela era trans”. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2019-04-23/medico-russo-mata-e-desmembra-namorada-ao-descobrir-na-cama-que-ela-era-trans.html>>. Acesso em: 20 jun. 2019

3 “A solidão da mulher trans – Linn da Quebrada”. Disponível em: <<http://www.futuraplay.org/video/a-solidao-da-mulher-trans-mc-linn-da-quebrada/347785/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Pessoas Trans do Brasil, baseado na pesquisa da rede europeia Transgender Europe, o Brasil é o país que mais mata pessoas transexuais e de gêneros não-binários no mundo (NOGUEIRA, AQUINO, CABRAL, 2017).

Através de uma atuação incisiva de militantes da causa LGBTI+ e dos Direitos Humanos, diversas foram as conquistas deste grupo nos últimos anos. Desde 2008, através da Portaria nº 1707<sup>4</sup>, o Ministério da Saúde instituiu o processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde, SUS. No ano de 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 175, que passou a garantir aos casais homoafetivos o direito ao casamento civil, obrigando tabeliães e juízes a registrar a união.

Em decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4275, em 1º de março de 2018, foi dada ao art. 58 da Lei 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, interpretação conforme à Constituição de 1988 e ao Pacto de São José da Costa Rica, no sentido de assegurar a alteração de prenome e gênero no registro civil de pessoas transexuais mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

A partir da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu na Opinião Consultiva nº. 24 que os Estados-parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm a obrigação de garantir o acesso à retificação da documentação civil, em conformidade com a identidade de gênero autopercebida pela pessoa transexual, através de um procedimento não patologizante, que respeite a autodeterminação e garanta aos indivíduos o exercício da sua personalidade civil de forma plena. Por adequação, a justiça do estado de Pernambuco Regulamentou o procedimento de averbação da alteração de prenome e sexo através do provimento CGJ Nº 07/2018.

Mais recentemente, no dia 20 de março de 2019, a transexualidade foi desclassificada da categoria de transtorno mental<sup>5</sup>. Em Genebra, na 72º

---

4 A portaria foi posteriormente revogada pela PORTARIA Nº 2.803/2013, “Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).”

5 Transexualidade deixa de ser considerada transtorno após 28 anos. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/05/20/transexualidade-deixa-de-ser-considerada-transtorno-mental-apos-28-anos/>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

Assembleia Mundial da Saúde, os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) adotaram a 11ª versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID)<sup>6</sup>, organizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A partir dessa nova edição, a transexualidade passa a integrar a categoria de “condições relacionadas à saúde sexual” e é classificada como “incongruência de gênero”.

### 1.1.2. Adequação à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais

A população travesti e transexual, historicamente afetada pelo padrão heteronormativo e cisgênero, é rotulada como desviante, devendo ser “combatida” ou “curada”. A Constituição e todo o arcabouço jurídico-normativo, de modo geral, devem ser interpretadas de forma a assegurar às pessoas transexuais o tratamento adequado, endossando direitos básicos cotidianamente negados. Ao negar direitos garantidores da identidade travesti e transexual, perpetuando-se discriminações, não é afetado apenas o indivíduo atingido pela ausência do tratamento – reforçando-se profundo estigma social desde a sua primeira infância – mas todo o grupo<sup>7</sup>.

A identidade de gênero do transexual é subsidiada pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal, consagrando o direito à igualdade, mais especificamente ao respeito à diferença e a não discriminação, correlacionados à livre expressão sexual.

Em outros termos, os direitos sobre o qual o transexual é sujeito entraria no âmbito dos direitos de personalidade, mais especificamente no que tange ao direito à vida, à luz do direito da busca pela felicidade pessoal plena, como também o direito à liberdade individual, este último tendo como corolários a privacidade e a intimidade.

É importante salientar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em duas importantes decisões (Caso Atalla Rifo y niñas vs. Chile e Caso Duque vs. Colômbia) e na Opinião Consultiva nº 24/2017, todas versando sobre a discriminação da população LGBTI+, foi categórica

<sup>6</sup> *International Classification of Diseases 11th Revision*. Disponível em: <<https://icd.who.int/en/>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. Anotações para um voto oral do Min. Luis Roberto Barroso ao RE 845779.

ao afirmar que a orientação sexual e a identidade de gênero são protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (diploma erigido a status supralegal pelo Supremo Tribunal Federal), da qual o Brasil é signatário.

Portanto, restam vedados, no plano interno, atos, práticas e normas discriminatórios com base na identidade de gênero, seja por parte de autoridades estatais ou particulares. Assim, entende a Corte Interamericana de Direitos Humanos que não se pode restringir, de modo algum, direitos com base na identidade de gênero.

Faz-se relevante observar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, atua enquanto “sobrepincípio” e irradia a sua carga jurídico-normativa para outros princípios, produzindo, inclusive, direitos não expressamente estampados em normas escritas.

O Direito à Busca da Felicidade, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011), está umbilicalmente ligado à Dignidade da Pessoa Humana, pois expressa a capacidade do indivíduo de autodeterminar-se, ao possuir a liberdade de escolher os seus próprios objetivos, cabendo ao Estado assegurar que as múltiplas capacidades (próprias) sejam respeitadas. O mencionado direito tem por função balancear as práticas – omissivas ou não – que impeçam a concretização de direitos fundamentais:

O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado 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 direitos e franquias individuais.

Os Princípios de Yogyakarta, diploma voltado à proteção de Direitos Humanos LGBTI+, elaborado com a participação do Estado Brasileiro, estabelece diretrizes para a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tal diploma foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso

Extraordinário 477.554, de relatoria do Ministro Celso de Mello, acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo:

É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero.

A Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, passou a prever que tratados aprovados pelo Congresso em dois turnos terão força constitucional, entretanto, os Princípios de Yogyakarta não se caracterizam como tratado internacional, nem passaram pelo crivo do Congresso Nacional.

É preciso ressaltar, contudo, que a partir do momento em que o Brasil passou a compor a Organização das Nações Unidas, e mostrou-se favorável à criação da Comissão de Direitos Humanos, assumiu o dever de considerar as orientações de proteção às minorias sexuais que o referido órgão apresenta ao adotar os Princípios de Yogyakarta.

## 1.2 Direitos da Personalidade, aplicado à população transexual

Os Direitos da Personalidade materializam a dignidade da pessoa humana no âmbito civil. Faz-se interessante analisar, dentre os Direitos da Personalidade, o direito à privacidade e ao esquecimento sob a perspectiva dos direitos humanos aplicados à identidade de gênero.

Segundo o doutrinador Paulo Lobo (2018), o direito à privacidade “resguarda de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público [...] incluem-se nos direitos à privacidade os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem”.

A carta dos Princípios de Yogyakarta fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 6, sobre o Direito à Privacidade, cujo teor assim dispõe:

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de

**privacidade**, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais. (*grifos nossos*)

O documento prevê, ainda, diversas medidas que os Estados-membros devem tomar a fim de proteger o direito à privacidade, destaca-se uma delas:

f) Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, **quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero**, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas. (*grifos nossos*)

Não por acaso o direito de revelar informações sobre a identidade de gênero está elencado no documento de Yogyakarta. É necessário compreender que sigilo da identidade de gênero faz parte do processo de (trans)formação e de integração social. A pessoa transexual sabe, em seu íntimo, que pertence ao sexo oposto e empenha-se para que seja aceita como tal. Desta forma, a revelação de sua identidade de gênero pode ser prejudicial aos processos de aceitação que a circundam. É compreensível que, vivendo em uma sociedade que constantemente aponta o transexual como aberrante, não seja natural revelar a identidade de gênero.

Outro Direito da Personalidade, o direito ao esquecimento, foi aplicado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação nº 1074167-11.2013.8.26.0100, na qual a maioria dos desembargadores deu provimento ao recurso para conceder a transexual o direito de ter alterado o sexo no registro civil, mesmo sem realização de cirurgia de transgenitalização, sendo que as informações completas relativas às alterações de nome e sexo poderiam constar apenas no respectivo Livro do Cartório de Registro Civil, não devendo constar na certidão qualquer

referência ao antigo nome e sexo, haja vista a aplicação do direito ao esquecimento visando preservar o direito à intimidade da autora.

Especialmente, no caso dos transexuais, a partir da alteração do registro civil, é necessário tratamento diferenciado para que possa construir uma nova vida em igualdade de condições aos demais. Gustavo Teppedino sugere a adaptação dos direitos da personalidade de modo que venha a proteger, efetivamente, indivíduos em diferentes situações:

“Desse modo, a personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se protegerem eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias”. (TEPPEDINO, 2003)

Como consequência do direito fundamental à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que assegura inviolabilidade à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, a transexualidade do indivíduo deve ser entendida como afeta somente a sua esfera mais íntima, devendo ser evitado que outras pessoas tenham acesso a informações sobre a vida passada do transexual enquanto pertencente ao gênero oposto, exceto se for de sua vontade contar, como forma de preservar a sua liberdade de gênero.

Por fim, é crescente o movimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro no sentido de privilegiar a solução dos conflitos familiares em espaços privados quando possível for. O citado alhures inciso X do art. 5º da Constituição promove a privacidade ao status de direito fundamental inviolável.

No mesmo sentido, a nova redação dada ao §6º do art. 226 da Constituição Federal suprimiu a exigência de causa, culposa ou não, para realização do divórcio. Conforme Paulo Lobo (2018): “O processo judicial invasivo da privacidade contribuía para o acirramento das diferenças, colocando-se as partes como contendores de uma disputa, segundo o código binário de tudo ou nada, certo ou errado, inocente ou culpado”.

### 1.3. A interpretação do conceito de “erro essencial” e possíveis inconstitucionalidades

O instituto do erro essencial é uma das causas de anulabilidade do casamento trazidas pelos arts. 1550, 1.556 e 1.557 do Código Civil, centra-se na ideia de um “engano” que o indivíduo comete em relação às circunstâncias que o levaram a praticar o matrimônio.

Nesse sentido, expressa de forma evidente Caio Mário Pereira da Silva (2001) a conceituação do instituto: “Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação”. É importante ressaltar que esse conceito se relaciona com a figura do homem médio, haja em vista que não será qualquer engano que poderá anular um casamento, mas aquele significativo impossibilitando a manutenção daquela união.

Como se pode observar, o código civil traz esse instituto em relação a três esferas: identidade, boa-fama e honra, pois entende que um erro de aferição em relação a algum desses três elementos é o suficiente, e legítimo, para anular um casamento. A identidade estaria relacionada a elementos como a identidade moral e social que o indivíduo utiliza que, na verdade, não é a que de fato possui, como o uso de um nome falso. A boa-fama e a honra, contudo, trazem a consideração do indivíduo em relação à pessoa que incidiu em erro, no sentido de que compreende à aparência daquele indivíduo, em relação a ela e a sociedade. O direito brasileiro, diferentemente do direito alemão, não exige, para a aferição do instituto, a existência do dolo, sendo um instituto mais abrangente, comportando noções em que se configura uma culpa.

Nota-se que, com relação ao instituto em questão, sua conceituação e construção dependem muito de uma aferição moral da sociedade, em desconformidade com a ideia clássica do Direito de separação da *ratio* jurídica da *ratio* moral. Quando expresso esse sentido, a moralidade insere-se em conceitos funcionando como balizador do que seria aceitável ou não para configurar o erro essencial.

Nesse sentido, na tentativa de explicar o que estaria dentro desse conceito, a doutrina vincula-se à moralidade, podendo entrar em conflito com direitos constitucionalmente garantidos. Nesse sentido, expressa Caio Mário:

“O erro quanto à “identidade moral” enseja anulabilidade, como na hipótese de ter o cônjuge conhecimento de que o outro é dado a **práticas homossexuais ou leva vida desregrada**, ou já foi condenado à pena criminal por crime infamante no ambiente social.” (PEREIRA, 2016). (*grifos nossos*)

Tendo em vista essa interpretação, e a consideração do fato que esse instituto estava presente desde o Código Civil de 1916, observa-se que muito do que se foi pensado e interpretado sobre o instituto, não condiz com a evolução que o ordenamento jurídico brasileiro sustenta. Com isso, cabe o questionamento de interpretações que relacionam orientação sexual e identidade de gênero à práticas desviantes ou desregradadas.

Faz-se importante salientar que poucos doutrinadores tratam especificamente do assunto, e mesmo as que assim fazem, ainda colocam a transexualidade como uma doença. Os poucos que exploram melhor a questão, como Maria Berenice Dias e Pablo Stolze, diferenciam, em um primeiro plano, transexualidade e homossexualidade, para em seguida afirmar o dever de revelação de sua identidade de gênero ao futuro cônjuge, sob pena de configurar erro em relação a identidade do indivíduo. Nesse sentido, cabe trazer as considerações de Pablo Stolze e Tartuce:

“Nada impede, como vimos, que o transexual, que obteve a alteração da sua identidade civil, possa contrair matrimônio. No entanto, sob o influxo do princípio da boa-fé, aplicado às relações de família, é forçoso convir que o(a) seu(sua) nubente tem o direito de ser informado quanto à situação vivida pelo transexual e, principalmente, quanto à mudança de identidade que se operou.” (STOLZE, 2014)

“Mesmo assim, entendemos que o transexual tem o dever de informar o outro nubente do seu estado anterior quando

da iminência do casamento. Trata-se de um dever anexo, relacionado com a boa-fé objetiva, que também merece ser aplicada às relações familiares. A quebra desse dever anexo pode gerar a anulabilidade do casamento por erro quanto à identidade do outro nubente [...]. Além disso, dependendo das circunstâncias e do trauma gerado no outro nubente, que não percebeu a situação anterior da nova mulher, caberá a reparação de danos morais, por desrespeito ao dever de informar, anexo à boa-fé objetiva” (TARTUCE, 2014)

Constata-se, a partir desses trechos, que o instituto poderia ser aplicado se ignorado o dever de evidenciar sua identidade de gênero, dever este decorrente da boa-fé objetiva. A noção de homem médio, presente no conceito de boa-fé objetiva, deve ser aplicada de forma equitativa à realidade das pessoas transexuais, a não-identificação com o gênero biológico, e as problemáticas sociais decorrentes desta condição, devem ser levadas em consideração para resolução da lide.

O instituto do erro essencial, portanto, deve ser interpretado de forma a equilibrar a autonomia e direitos subjetivos de ambos os cônjuges. Nesse sentido, observa-se que a ideia do instituto do erro teria que ser interpretada *cum granum sales*, a fim de que direitos constituídos pela população LGBTI+ não sejam violados.

#### **1.4 Diferenças entre o instituto da anulabilidade e o da separação judicial/divórcio**

Um dos motivos pelas quais o presente artigo se debruça nesta diferenciação faz-se porque não mais se comporta a argumentação de que, no caso em que há uma descoberta da identificação transexual pelo outro cônjuge, não haveriam soluções outras que não a anulação do casamento. Haja vista que, se não houver a consideração dessa situação como um erro essencial, há o instituto do divórcio e, para os que ainda firmam sua existência, do instituto da separação que o antecederia.

Tais institutos possuem uma lógica diferente dos casos de nulidade, pois se observa que sua função é de, justamente, dissolver a união feita pelo casamento, mas não questionando se a mesma possuiria qualquer

tipo de vício ou problema, mas tão somente dissolver e encerrar o vínculo de uma união. Seguindo a orientação da doutrina mais moderna, baseada nas alterações constitucionais e infra-constitucionais, sobre a questão do divórcio, ambas as partes não possuiriam mais o aspecto volitivo de manter o status do casamento, não entrando no mérito de requisitos como culpa ou inocência de cada cônjuge. Nesse sentido, observa-se o descrito na doutrina:

“De qualquer forma, nas legislações em geral distinguimos, portanto, o chamado divórcio vincular, ou simplesmente divórcio em nosso sistema, que dissolve o vínculo conjugal, alterando o estado de família a partir da sentença que o decreta, restituindo capacidade plena matrimonial aos cônjuges, sem prejuízo da validade do matrimônio desfeito e de seus efeitos até a decisão” (VENOSA, 2003)

Nota-se que o instituto do divórcio encerra o vínculo matrimonial e dissolve a relação conjugal em um mesmo momento, mas não questiona a validade do ato jurídico realizado e de seus efeitos realizados até a sentença declaratória do divórcio. A separação judicial, para a parcela da doutrina que ainda acredita em sua existência, tem efeitos reduzidos, pois tão somente dissolveria a relação conjugal em relação a alguns deveres, mantendo o vínculo conjugal, assim não sendo possível que invalide a relação por, justamente, manter seu vínculo, mesmo que temporariamente.

No caso da anulabilidade, ela é um instituto que visa resguardar “interesses individuais considerados relevantes” (LOBO, 2018) que influem no ato jurídico do casamento, a partir do momento que esses interesses individuais atuaram para seu acontecimento ou, posteriormente, rompem com uma expectativa criada que fundamenta o matrimônio.

A anulabilidade, apesar de sanável e poder ser convalidada, é um instituto que compreende um vício dentro da celebração da relação conjugal e do casamento. Nesse sentido, nota-se que a diferença entre os institutos se dá em relação aos seus fundamentos de existência, haja em vista que a anulabilidade questiona o matrimônio enquanto um ato jurídico que existe, mas seria inválido, enquanto o divórcio e a separação judicial já tomam como pressuposto a existência, validade e eficácia do ato jurídico em questão.

Em relação aos efeitos que a anulabilidade produz, é importante ressaltar que o sistema de nulidades relativos ao casamento é excepcional ao regramento das nulidades trazidas pela parte geral, pois haveria uma fundamentação diferente para cada um: enquanto o primeiro se embasa em situações de caráter patrimonial, o segundo envolveria, para além dessas questões, consequências relativas ao plano existencial dos sujeitos de direitos em questão. A anulabilidade e a nulidade, por isso, possuem regramentos diferenciados, visando sempre, conforme o princípio favor matrimonio, resguardar a instituição do casamento. Nesse sentido, observa-se que, mesmo no caso de uma nulidade, alguns atos podem manter sua eficácia, visando-se resguardar possíveis relações com terceiros de boa-fé e, com o mister do professor Paulo Lobo, aponta-se que a anulabilidade não possuiria quaisquer efeitos retroativos, *in verbis*:

“A consequência mais importante, diferentemente da nulidade, é a não retroatividade dos efeitos de sua declaração, interpretação em sentido contrário do art. 1563 do Código Civil, permanecendo íntegros todos os atos, relações e situações jurídicas constituídos durante a vigência da relação conjugal” (LOBO, 2018)

É interessante observar que setores da doutrina, desde a implementação da Lei nº 6.515 de 1977, arguem que a entrada do divórcio no Brasil esvaziou as ações de nulidade e de anulabilidade, haja vista que, pelo regime especial de nulidade que possuem, em termos práticos, não possuiriam diferença em relação ao uso do instituto da separação e, por consequência, do divórcio. Nesse sentido, explicita Silvio de Salvo Venosa:

“Com a introdução do divórcio na legislação brasileira e a facilidade com que pode ser obtido, reduziram-se em muito as ações de nulidade e anulação do casamento [...] Podemos dizer, sem receio, que atualmente apenas se recorre à ação de nulidade quando se trata de vício patente e evidente. [...] o pensamento evoluiu no sentido da irrelevância definidora do estado de solteiro ou divorciado.” (VENOSA, 2003)

O pensamento do referido autor se mostra correto, mas o objetivo do questionamento trazido pelo artigo aqui em questão é mostrar o efeito

simbólico importante entre a alegação de uma anulabilidade, decorrente do erro essencial à questão da transexualidade do outro cônjuge, e o simples requerimento do divórcio e/ou do processo de separação judicial.

Simbolicamente, a aplicação da anulabilidade em questão pode implicar em uma desqualificação do sujeito transexual de sua condição equânime de sujeito de direitos e deveres, enquanto a aplicação do divórcio ou da separação judicial não implicaria em tal violação.

Nesta perspectiva, transexuais estariam obrigados a revelar sua identidade de gênero, sob pena de não agir com uma boa-fé objetiva e, mesmo sem o elemento dolo, ter seu casamento invalidado. Essa interpretação se mostra inversa ao se tratar dos institutos do divórcio e da separação judicial, pois estes possuem como pressupostos a existência, validade e eficácia do ato jurídico do casamento.

Logo, os institutos do divórcio e da separação judicial não desqualificariam o transexual de sua condição de sujeitos de direitos, mas o atribuiria a condição de, ocorrendo de seu cônjuge perquirir pelo fim do vínculo conjugal, não ter sua transexualidade usada como erro para invalidar o casamento. É preciso que seja respeitada a legitimidade do ato jurídico realizado, mesmo que de forma juridicamente simbólica, conciliando os interesses e direitos de ambos os cônjuges.

Nota-se que, em uma visão progressista de direitos advindas da constituição, o uso do instituto da anulabilidade, mesmo que referendado pela doutrina majoritária e pela legislação infra-constitucional, acaba por provocar relativizações ao reconhecimento equânime das pessoas transexuais. Isso porque ocasiona uma *conditio sine qua non* de atribuição de validade a seu casamento, a revelação de sua identidade de gênero prévia ao casamento.

Relevante, portanto, que a diferenciação dos institutos em questão, pois apesar de ambos, na prática, possuírem efeitos quase equânimes, opera-se no plano jurídico do respeito simbólico dos direitos fundamentais em questão. O divórcio e a separação estariam conforme os direitos fundamentais de liberdade e, especialmente, de privacidade das pessoas transexuais, atribuindo respeitabilidade as suas decisões pessoais, conforme a sua identificação e em acordo com e as atuais normativas dos direitos humanos, por isso, seria a via adequada de resolução dos conflitos com essa temática.

Nesse sentido, caberia ao magistrado, como um “primeiro passo”, dar interpretação em conformidade com os direitos humanos aplicados à identidade de gênero, aplicando preferencialmente o divórcio ao invés da anulação, a depender do caso concreto. Assim trata Amilton Bueno de Carvalho, como uma das ideias que abarca os estudos do Direito Alternativo, reforçando o papel do Judiciário de uma busca maior que a mera reprodução do sentido do legislador, *in verbis*:

“A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário não teria sentido a sua existência” (CARVALHO, 2005)

Essencial ressaltar, por fim, que há previsão no Código Penal Brasileiro de crime decorrente do erro essencial:

Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Nota-se que, em desconformidade com o princípio do direito penal mínimo, a tipificação visa proteger a regularidade da realização dos casamentos. O delito seria doloso, cometido com pleno conhecimento da indução em erro essencial. Todavia, no caso objeto deste artigo, o dolo não estaria voltado para induzir o cônjuge a erro, mas garantir o direito fundamental inviolável da privacidade.

Como se não suficiente a notória marginalização que sofre a população transexual, a incriminação do erro essencial sobre a pessoa transexual é, tão somente, a criminalização da transexualidade em si.

## Conclusão

É necessário pontuar que o tema é minudencioso e conta com expressiva doutrina favorável à aplicação do instituto do erro essencial ao matrimônio de pessoa transexual realizado sem que revelasse previamente sua identidade de gênero. Defende-se, de maneira audaz, que o instituto do erro essencial deveria adaptar-se às tendências trazidas pela Constituição e pelos Tratados Internacionais.

Parte da doutrina civilista hodierna continua a reproduzir discursos preconceituosos ao tratar do erro essencial equiparando homossexualidade à rufianismo e práticas de magia negra (CAMPOS; LOBO; LEAL, 2014). A orientação sexual e a identidade de gênero não podem ser compreendidas como imorais, desonrosas ou infames. Nesse sentido, a complexidade da questão transexual exige adequação do instituto, caso contrário, continuará a reproduzir violações à sua condição de sujeito de direitos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. RE 845.779 TRATAMENTO SOCIAL A SER DISPENSADO A TRANSEXUAIS: Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anotacoes-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo: Sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. P. 74, 230.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1074167-11.2013.8.26.0100. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/566366587/andamento-do-processo-n-1122202-6020178260100-retificacao-ou-suprimento-ou-restauracao-de-registro-civil-registro-civil-das-pessoas-naturais-13-04-2018-do-tj-sp>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - ADI: 4275 DF, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 1º.03.2018. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-045 06/03/2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-198 14/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – RE: 477.554 MG, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 1º.07.2011. Data de Publicação: DJe-148 03/08/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça - Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL DE FATO. Transexualidade deixa de ser considerada transtorno mental pela OMS. 2019. Disponível em: <<https://www.brasiledefato.com.br/2019/05/20/transexualidade-deixa-de-ser-considerada-transtorno-mental-apos-28-anos/>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade (R. Aguiar, Trad.). São Paulo: Civilização Brasileira, 2003. P. 200-201.

CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; LOBO, Fabíola Albuquerque; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Direito das Famílias e das Sucessões. Recife: Editora Nossa Livraria, 2014. P. 137.

CARVALHO, Amílton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 7. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. P. 30.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. Princípios de Yogyakarta:

Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2007. Disponível em < [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf) > Acesso em: 26 mai. 2019.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 372.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. Rio de Janeiro: Graal, v. 2, 1985. P. 65.

FUTURA PLAY. A solidão da mulher trans – Linn da Quebrada. 2017. Disponível em: <<http://www.futuraplay.org/video/a-solidao-da-mulher-trans-mc-linn-da-quebrada/347785/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

IG (São Paulo). Médico russo mata e desmembra namorada ao descobrir, na cama, que ela era trans.2019. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2019-04-23/medico-russo-mata-e-desmembra-namorada-ao-descobrir-na-cama-que-ela-era-trans.html>>. Acesso em: 20 jun. 2019

LAQUEUR, Thomas. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992 (ed. or.: 1990). P. 150.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias: 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 48, 120.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: volume 1: parte Geral/ 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 151.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. Curso de bioética e biodireito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 295.

NOGUEIRA, Sayonara; AQUINO, Tathiane; CABRAL, Euclides. DOSSIÊ: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017. P. 49.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições do Direito Civil: Direito de Família. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. P. 170.

\_\_\_\_\_. Instituições do Direito Civil: Direito de Família. 19. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. P. 326.

TEPPEDINO, Gustavo. Cidadania e Direitos da Personalidade. Revista Jurídica 309 – Julho 2003 v. 51. P. 10, 77-22.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: volume 6: Direito de Família/ 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2003. P. 119, 207.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Diseases. 11th Revision. Disponível em: <<https://icd.who.int/en/>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

# **A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO DIVÓRCIO NO DIREITO BRASILEIRO**

*Maíra Machado Sena de Oliveira  
Thiago Mariano de Cerqueira  
Tiago de Oliveira Machado.*



## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo elaborar uma análise histórica da evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro. Afinal, nos últimos anos, o número de divórcios realizados no território brasileiro tem aumentado exponencialmente. Todavia, nem sempre isso foi possível. Por um longo período de nossa história, não apenas a mulher era considerada relativamente incapaz, como também não existia a possibilidade de haver a quebra do vínculo conjugal, por falta de previsão legal. Diante disso, passa-se à análise de como o “divórcio” foi se desenvolvendo em nossa legislação, até se transformar no instituto que conhecemos hoje..

**Palavras-chaves:** Divórcio - Separação de fato - Separação judicial - Evolução.

## Introdução

O divórcio como instituto, na legislação brasileira, só passou a ser aceito com o estabelecimento da Lei do Divórcio em 1977 (Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977). E mesmo assim, ainda eram exigidos certos requisitos para que ele pudesse se configurar.

Foi somente com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, em 13 de julho de 2010, que tivemos uma inovação no âmbito do Direito de Família brasileiro. Isso porque foi somente com a referida emenda que se proporcionou maior dinamicidade ao instituto do divórcio, já que a mesma extinguiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato comprovada por mais de dois anos.

Diante disso, compreende-se que o divórcio, como forma de dissolução do vínculo matrimonial, é inovação recente no direito brasileiro.

Todavia, por mais que o divórcio seja recente na legislação brasileira, ele era previsto em muitas outras culturas, que já nos tempos antigos o praticavam. Logo, entende-se que o divórcio não é inovação da modernidade, pois há muito já se configurava. Nas incríveis palavras de Sílvio Venosa:

Os povos da antiguidade, babilônios, egípcios, hebreus, admitiam o divórcio com maior ou menor extensão. No direito romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. Desse modo, a perda da afeição matrimonial era, mais do que um conceito de separação, uma consequência do casamento romano. Desaparecendo a *affectio*, desaparecia um dos elementos do casamento. Belluscio (1987, v. 1:356) aponta que embora de início o divórcio fosse raro na prática, na época clássica, no contato com a civilização grega, houve modificação nos costumes primitivos e enfraquecimento da organização e estabilidade familiar. Por outro lado, o desaparecimento do casamento *cum manu* também contribuiu para facilitar o divórcio.

É evidente que, com o cristianismo, há uma sensível modificação no direito matrimonial, especialmente no tocante à dissolução do casamento. Desaparece definitivamente a noção de repúdio da mulher, criando-se maiores dificuldades para a separação do casal. A doutrina sobre a indissolubilidade do vínculo toma forma definitiva no século XII, ao mesmo tempo em que se cria a teoria da separação de corpos, que faz cessar a vida em comum sem possibilidade de contrair novas núpcias, como o desquite, que vigorou entre nós até 1977, quando da Emenda Constitucional nº 9/77, que introduziu o divórcio no ordenamento brasileiro, após vencer fortes barreiras de resistência.<sup>1</sup>

Assim, diante do trecho acima citado, percebe-se que, historicamente, a indissolubilidade do casamento não era regra. Em verdade, como afirma Caio Mário da Silva Pereira, os povos antigos cultivavam a noção do vínculo conjugal passível de rompimento, salvo algumas poucas exceções.<sup>2</sup>

---

IVENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 172 e 173.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 275.

O mesmo ainda diz que:

Os monumentos que nos legaram as civilizações antigas atestam a existência do divórcio. O velho testamento do povo hebreu o aprovava, indo mesmo mais longe, por admitir o repúdio unilateral - *libellum repudii* - como prerrogativa marital. O código de Hamurabi facultava o divórcio ao marido e à mulher. Na Grécia, praticou-se o divórcio e admitiu-se o repúdio da mulher estéril. Em Roma, não obstante proclamar-se, o casamento era união por toda a vida - *consortium omnis vitae* - e o divórcio era consequência natural de ser o casamento sustentado pela *affectio maritalis*: desde que esta desaparecia, tinha lugar a separação - *divortium*. Mesmo o matrimônio sacramental e solene (*confarreatio*), que a princípio se reputava indissolúvel, veio a dissolver-se 'pr uma cerimônia contrária - *diffarreatio* <sup>3</sup> *genus erat sacrificii quo inter virum et mulierem fiebatdissolutio*.

Conclui-se, então, que o divórcio era sim previsto em várias culturas antigas. Contudo, como afirma o autor Sílvio de Salvo Venosa, o referido instituto encontrou maiores dificuldades para ser aplicado em legislações recentes devido ao crescimento do cristianismo, o qual rejeita imensamente a ruptura do casamento.

Ou seja: o cristianismo configurou grande resistência ao desenvolvimento do instituto do divórcio em inúmeras legislações, estando dentre elas, a brasileira.

Por isso, ainda no século XX não era possível haver a dissolução do vínculo conjugal no Brasil. O próprio Código Civil de 1916 não trazia essa possibilidade. Logo, somente era possível haver o chamado “desquite” e, mesmo assim, por meio de tal instituto apenas havia o rompimento da sociedade conjugal, mas não do vínculo matrimonial existente entre os cônjuges.

Todavia, hoje em dia, no início do século XIX, nós brasileiros já temos o direito de nos divorciarmos. Isso sem que seja exigido nenhum requisito prévio, como separação judicial ou separação de fato.

---

<sup>3</sup> *Op. Cit.* p. 275.

Inclusive, é importante frisar que a quantidade de divórcios ocorrendo no país é imensa. Segundo demonstram os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:

O Brasil registrou 1.095.535 casamentos civis em 2016, dos quais 1.090.181 entre pessoas de sexos diferentes e 5.354 entre pessoas do mesmo sexo. Houve queda de 3,7% no total de casamentos em relação a 2015. É o que mostra a pesquisa Estatísticas do Registro Civil 2016, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A redução foi observada tanto nos casamentos entre cônjuges de sexos diferentes quanto entre cônjuges do mesmo sexo, com exceção das regiões Sudeste e Centro-Oeste que apresentaram aumento nos casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, de 1,6% (de 3.077 para 3.125 casamentos) e 7,7% (de 403 para 434 casamentos), respectivamente. [...] Em 2016, a pesquisa apurou que foram concedidos 344.526 divórcios em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais, um aumento de 4,7% em relação a 2015, quando foram registrados 328.960 divórcios.

[...] No Brasil, o tempo médio entre a data do casamento e a data da sentença ou escritura do divórcio é de 15 anos.<sup>4</sup>

Ainda, vale trazer que:

[...] A gerente da pesquisa, Klívia Oliveira, mostrou que este é o segundo ano consecutivo com aumento do número de divórcios e diminuição de casamentos “A proporção é de três casamentos para cada divórcio”, comenta. E a exceção fica por conta dos casamentos homoafetivos que, apesar de representarem pouco mais de 0,5% das uniões registradas, são<sup>5</sup> a porção que segue crescendo, com aumento de 10% em 2017.

---

4 CAMPOS, Ana Cristina. **Brasil registra queda no número de casamentos e aumento de divórcios em 2016**. 2017. Artigo disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2017-11/brasil-registra-queda-no-numero-de-casamentos-e-aumento-de-divorcios-em-2016>. Acesso em 27/05/2019, às 12:00.

5 LOSCHI, Marília. **Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país**. 2018. Artigo disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>. Acesso em 27/05/2019, às 12:07.

Por isso, diante dos crescentes índices de divórcio realizados no país, é imprescindível estudar o desenvolvimento de tal instituto no âmbito do direito brasileiro. Afinal, mesmo sendo instituto recente em nosso direito, já tem possui enorme abrangência dentre a população.

## **1.A evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro**

### **1.1. O “divórcio” no código civil de 1916**

Durante a vigência do Código Civil de 1916 não era possível ocorrer a dissolução de vínculos conjugais.

Em verdade, na época, a mulher somente era considerada plenamente capaz enquanto ainda era solteira. Quando casava, a mulher perdia a sua plena capacidade e passava a ser considerada como relativamente incapaz. Em seu artigo “A mulher no Código Civil”, Maria Berenice Dias afirmou que:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido.<sup>6</sup>

Ainda, na época, existia uma visão bastante estreita acerca da entidade “família”, de forma que a mesma era limitada ao grupo originário do casamento, caracterizado pelacosanguinidade. Portanto, entende-se que, naquele tempo, só o casamento era capaz de constituir família legítima.

Aqueles filhos que nascessem de relações extramatrimoniais seriam considerados filhos ilegítimos, não podendo ser reconhecidos e muito menos

---

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Artigo disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18 - a mulher no c%F3digo civil.pdf>. Acesso realizado em 17/05/2019, às 16:38.

se tornar herdeiros. Também existia distinção entre os filhos naturais e os adotivos, de forma que, se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária.

Ainda, os indivíduos os quais quisessem constituir uma relação livre, como seria a união estável nos dias de hoje, não teriam sua família reconhecida, pois, para isso, era preciso haver o casamento.

Assim, devido à essa imensa sacralização da família e do casamento, não havia a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Existia, excepcionalmente, a possibilidade de romper a sociedade conjugal, no caso de “desquite”, todavia, por mais que houvesse essa ruptura da sociedade conjugal, o casamento em si não era dissolvido. Nas palavras do autor Flávio Tartuce:

A sociedade conjugal constitui um ente despersonalizado formado pelo casamento e relacionado com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime debens.<sup>7</sup>

Ou seja: como só era possível acabar com a sociedade conjugal, e não com o vínculo matrimonial, os indivíduos apenas eram desobrigados quanto aos deveres acimacitados - coabitação e fidelidade recíproca.

O desquite, por sua vez, poderia ocorrer em casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e de abandono voluntário do lar conjugal por dois anos subsequentes. Caso houvesse a configuração de uma dessas hipóteses, caberia a um dos cônjuges propor a ação de desquite. Se fosse incapaz, poderia ser representado por ascendente ou irmão. Inclusive, segundo Eduardo Pereira de Araújo:

Frente ao crescimento do movimento divorcista, que aos poucos vinha ganhando força principalmente entre os congressistas, o legislador constitucional se antecipou a uma possível regulamentação infraconstitucional da separação e do divórcio e inseriu a indissolubilidade do casamento na Constituição de 1934, o que conferiu status constitucional a esse preceito. O art. 144 da então Constituição eraclaro:

---

7 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil V: família**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.178.

“Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo”<sup>8</sup>

Diante do acima exposto, pode-se compreender que o instituto do divórcio é bastante recente, vez que na vigência do Código Civil de 1916, instituído pouco mais de 100 anos atrás, ainda não era permitida a dissolução do vínculo conjugal. Ou seja: o divórcio, como conhecemos hoje, só é possível devido a uma intensa luta social.

### **1.1.1 A separação de fato como consequência da indissolubilidade do vínculo conjugal**

É necessário discutir, ainda, sobre o fato de que, durante o período de vigência do Código Civil de 1916, passou-se a configurar um quadro intenso de separação de fato entre os indivíduos, face à indissolubilidade do vínculo conjugal entre os indivíduos.

É verdade que em casos específicos poderia haver a dissolução da sociedade conjugal, contudo, como já foi dito, mesmo assim não poderia ocorrer o rompimento do casamento. Logo, entende-se que não existia a possibilidade de encerrar o casamento.

Entretanto, o fato de a lei não prever a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal não impediria os indivíduos de não ficarem mais juntos. Ou seja: no âmbito jurídico, as pessoas não teriam como se separar nem como casar novamente, mas fora dele os indivíduos tinham liberdade para agir como se não estivessem mais casados. Afinal, como eles seriam forçados a ficar juntos?

Em função disso, hoje, entende-se que, na época, com a impossibilidade de ruptura do vínculo conjugal, o que ocorria era a separação defato.

---

8 ARAÚJO, Eduardo Pereira de. **Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º66/ 2010**.2010. Artigo disponível em:[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-dos-institutos-da-separacao-e-do-divorcio-no-direito-brasileiro-e-a-emenda-constitucional-n,29383.html#\\_edn8](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-dos-institutos-da-separacao-e-do-divorcio-no-direito-brasileiro-e-a-emenda-constitucional-n,29383.html#_edn8). Acesso realizado em 17/05/2019, às 17:13.

Por sua vez, para discutir melhor esse instituto, vale citar o que dizem os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sobre o tema:

Malgrado a falta de previsão expressa no Código Civil de 1916 e a natural indiferença do sistema jurídico, hodiernamente, não paira qualquer dúvida quanto à possibilidade de decorrerem efeitos jurídicos da separação de fato.

Assim, da mesma forma que o estado fático pode ter o condão de constituir uma família (por intermédio da união estável), pode determinar efeitos extintivos sobre um determinado núcleo familiar, fazendo cessar situações diversas, de cunho pessoal ou patrimonial.

É fato jurídico. Um simples reconhecimento da *teoria da aparência*, visualizando consequências jurídicas de um estado factual relevante para as relações familiares.

A separação de fato é estado continuativo, não se caracterizando pela simples cessação da coabitação em razão de interesses profissionais ou pessoais dos consortes, quando, por exemplo, resolvem conviver em casas separadas.<sup>9</sup>

Também contribui para o entendimento do instituto em questão, o autor Flávio Tartuce, o qual afirma que:

É notório que a separação de fato somente ocorre no plano físico e extrajudicial, não se confundindo com a separação de direito ou jurídica, pois não gera os mesmos efeitos jurídicos.<sup>10</sup>

Diante disso, compreende-se que a separação de fato corresponde à situação fática na qual se encontram os cônjuges. Ou seja: como a legislação do Código Civil de 1916, diferentemente de nossa legislação atual, não

---

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias: de acordo com a Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 - Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.p. 343 e 344.

10 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil V: família**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.

permitia a ruptura do vínculo matrimonial, apenas ocorria a separação de fato, que corresponderia à separação fática dos cônjuges. Inclusive, esse tipo de separação ainda é bastante comum nos dias de hoje, a exemplo de indivíduos que, por motivos religiosos, não querem romper o seu vínculo de casamento, mas deixam de ficar juntos, sem precisar observar os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca. Era o que ocorria na época, até o surgimento da possibilidade de haver a separação judicial e o divórcio.

### 1.1.2 Criação do instituto da separação judicial e surgimento da possibilidade de haver a ruptura do vínculo conjugal

A separação judicial, por meio da qual os cônjuges não precisam mais manter os deveres do casamento (mais especificamente, pondo fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens), apesar de não poderem contrair novo matrimônio, foi instituída no Brasil, ainda no Código Civil de 1916, pela figura do desquite, sendo necessário um tempo mínimo de dois anos de casamento para que pudesse ser pedido o desquite por mútuo consentimento.

A Lei nº 6.515/77, conservando o que estava previsto nos arts. 317 e 318 do Código Civil Brasileiro de 1916, previa, em seu artigo 4º, a separação judicial por mútuo consentimento, e em seu artigo 5º a separação judicial pedida por um dos cônjuges, sendo uma sanção imputada ao outro que praticasse “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” (art. 5º). Tais modalidades receberam a denominação, respectivamente, de separação-remédio e separação-sanção, uma vez que previam causas culposas e não-culposas de separação.

Era personalíssima dos cônjuges a legitimidade para a propositura de tal ação, além de ser exigido um prazo mínimo de um ano de convivência conjugal antes de poder-se entrar com o pedido de separação-remédio. No caso de incapacidade de um dos cônjuges, o direito de pedir a separação judicial poderia ser exercido mediante representação por meio de curador, ascendente ou irmão, conforme dispunha o §1º do art. 3º da Lei 6.515/77.

Há uma grande divergência doutrinária no que tange o Código Civil de 2002, uma vez que o mesmo traz previsto tanto o instituto do

divórcio quanto o da separação judicial. Há autores que defendem que os dois institutos ainda são previstos e podem ser utilizados, como demonstra Caio Mário da Silva Pereira ao escreverque:

O Código Civil de 2002, seguindo a linha de orientação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, abraçou a teoria do “divórcio-remédio”, sem prejuízo da separação judicial pura e simples (contenciosa ou consensual), que provoca a dissolução da sociedade conjugal sem a ruptura do vínculo matrimonial.<sup>11</sup>

Em contrapartida há outros que afirmam que atualmente é aplicável apenas o divórcio, mesmo o atual Código Civil prevendo os dois institutos em seus artigos 1571-1582. Para os propósitos deste artigo iremos explicar como funciona este instituto como se ele ainda fosse utilizado, nos afastando inicialmente deste debate.

A separação judicial pode ser dividida em dois tipos, conforme citado anteriormente: a separação-remédio, que se traduz no procedimento de separação judicial por mútuo consentimento; e a separação-sanção que é expressa pelo procedimento de separação a pedido de um dos cônjuges ou separação litigiosa.

### **1.1.2.1 Separação Judicial por Mútuo Consentimento**

Conforme explica o art. 1574 do atual Código Civil, há separação judicial por mútuo consentimento sendo eles casados há mais de um ano e manifestando tal desejo perante o juiz. Seu procedimento era regido pelo art. 34 da Lei do Divórcio e pelos arts. 1120-1124 do CPC/73. A Lei nº 11.441/2007 acrescentou o art. 1124-A ao CPC, possibilitando a realização da separação por escritura pública, quando não haja filhos menores ou incapazes do casal. Como afirma Silvio de Salvo Venosa:

Essa alteração era reclamada de há muito, pois não há mesmo necessidade de intervenção judicial se os cônjuges estão de pleno acordo. Se há filhos menores ou incapazes do casal,

---

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V: direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 309.

a intervenção judicial se justifica de persi, para a proteção ampla deles. As partes podem valer-se da escritura pública se preencherem os requisitos. Trata-se de uma faculdade como aponta o texto legal. Este é o grande trunfo dessa norma, principalmente porque as escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário.<sup>12</sup>

### 1.1.2.2 Separação Litigiosa

Quando foi introduzido no Brasil a figura do desquite, por meio do Código Civil de 1916, constava em seu art. 317 que o desquite litigioso só poderia ser pedido se se adequasse a uma das condutas previstas no art. 317, a saber: adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do lar por mais de dois anos. Em sentido oposto, a Lei do Divórcio, em seu artigo 5º, deixa de prever um rol taxativo, apresentando uma fórmula genérica que tanto abrange quanto expande as razões do rol do art. 317 do CC/1916. O Código Civil de 2002, em seus artigos 1572 e 1573, prevê um rol de condutas que ensejam a separação judicial.

As principais razões elencadas para a separação litigiosa baseadas na impossibilidade de comunhão de vida previstas no Código Civil de 2002 estão dispostas nos incisos do artigo 1573:

Art. 1573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I: Adultério; II: Tentativa de Morte; III: Sevícia ou Injúria Grave; IV: Abandono Voluntário do Lar durante um ano contínuo; V: Condenação por crime infamante; VI: Conduta Desonrosa.<sup>13</sup>

Vale a pena ressaltar que o art. 1577 do Código Civil prevê que pode haver reconciliação dos cônjuges, restabelecendo a sociedade conjugal, independentemente de qual seja o motivo que ensejou a separação.

---

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 174.

13 CÓDIGO CIVIL DE 2002: Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Tal requerimento deve ser feito nos autos da ação de separação, sendo restabelecido o casamento da mesma forma como foi constituído e, a priori, com o mesmo regime de bens. Venosa afirmaque:

O art. 46 da Lei nº 6.515/77 determina que requerimento nesse sentido seja feito nos autos da ação de separação. A norma é processual e continua, em princípio, em vigor. Quando se tratar de separação efetivada por escritura pública, há de se concluir que o pedido deve ser instruído com a respectiva certidão. O casamento é restabelecido nos mesmos termos em que foi constituído, mantido, portanto, o mesmo regime de bens. Para que ocorra a modificação do regime de bens. Para que ocorra a modificação do regime de bens, segundo o vigente Código, há necessidade de que os cônjuges façam pedido nesse sentido, justificando a necessidade (art. 1.639, § 2º). Essa é uma das hipóteses em que pode efetivamente ocorrer necessidade de alteração do regime patrimonial.<sup>14</sup>

## 1.2 O divórcio no código civil de 2002

O Código Civil de 2002 trata do divórcio em seus artigos 1571-1582, tendo seguido a teoria do divórcio-remédio, segundo o qual os cônjuges findam à relação conjugal quando as circunstâncias fáticas se demonstram incompatíveis com a sobrevivência de tal vínculo, mantendo a linha de orientação da Lei nº 6.515/77. O sistema aqui implantado teve inspiração no Direito Francês, que admite tanto a separação de corpos quanto o divórcio. Assim sendo, do mesmo modo que no Direito Francês, o legislador brasileiro permitiu a conversão da Separação Judicial em Divórcio.

Vale a pena salientar que com o divórcio finda o casamento Civil, uma vez que ao legislador não cabe interferir com a validade do casamento no âmbito religioso, como consta no art. 24 da Lei nº6.515/77 (Lei do Divórcio). Ademais, o Código Civil de 2002 manteve muito do que consta na referida lei.

---

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 207.

Com relação ao que constava na Lei nº 6.515, houve significativa mudança em relação ao divórcio com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que mesmo não revogando o disposto na referida lei, deixou de exigir prazo para que um dos cônjuges, ou ambos, entrassem com o pedido de divórcio.

No Código Civil em conjunto com a Lei 6.515/77 prevêem dois tipos de divórcio: 1: Divórcio Direto: um dos cônjuges ou os dois ingressam diretamente com a ação de divórcio; 2: Divórcio-Conversão: o casal que já se encontra separado judicialmente ingressa com ação para converter a separação judicial em divórcio. Tal conversão põe fim à relação conjugal, dissolvendo o casamento e habilitando ambos a contraírem novas núpcias.

As vantagens da realização do divórcio no cartório é o tempo para execução, posto que após o pagamento dos impostos e taxas necessários o divórcio é realizado em poucos dias.

Os requisitos para que a realização do divórcio direto são: 1: Casal separado de fato; 2: Inexistência de filhos menores ou incapazes; 3: Partes assistidas por advogados.

Os documentos necessários são:

**a) Das partes:** 1: Cópias da cédula de identidade (RG, CNH e etc...) e do CPF; 2: Certidão de casamento na validade de 90 dias (original e cópia autenticada); 3: Indicação da qualificação completa dos separados: nacionalidade, profissão, endereço residência; 4: Certidão de nascimento ou cédula de identidade dos filhos absolutamente capazes, se for o caso (original e cópia autenticada).

**b) Dos bens imóveis a serem partilhados:** 1: Certidão atualizada da matrícula ou da transcrição do imóvel (vale por 30 dias) (original e cópia autenticada); 2: Certidão negativa de Tributos Imobiliários (original e cópia autenticada); 3: Espelho do IPTU ou certidão de valor venal do ano corrente (original e cópia autenticada).

**c) Dos bens móveis a serem partilhados:** 1: Veículos: Certificado de Propriedade do Veículo e comprovação do seu valor venal (Ex.: valor venal para fins de IPVA); 2: Ações Negociais na Bolsa, no caso de S/A: estatuto social e

comprovação da cotação média das ações alcançada na Bolsa de Valores, do mês anterior, através de jornais ou documentos emitidos pela Bolsa de Valores (duas cópias autenticadas de cada); 3: Cotas de Ltda ou Ações Não Negociadas na Bolsa, no caso de S/A: contrato social ou estatuto e o último balanço da sociedade, para cálculo do valor patrimonial da cota ou ação (duas cópias autenticadas decada);

**d) Outros créditos:** documentos comprobatórios de sua natureza e valor (duas cópias autenticadas);

Caso haja excesso de meação (um cônjuge abrir mão de um pedaço na sua parte na divisão dos bens em favor do outro) deverão ser calculados e previamente recolhidos os valores referentes ao ITBI e ITCMD. Os valores envolvidos no procedimento são os honorários advocatícios que podem variar de profissional para profissional e as taxas do cartório.<sup>15</sup>

Caso haja filhos menores ou incapazes, é necessário que o divórcio ocorra por via judicial, uma vez que os interesses dos filhos menores devem ser tutelados e protegidos pelo Estado, justificando assim a existência de tal exigência.

Caso o divórcio não seja consensual, deverá seguir a via judicial e o que dispõe a Lei 6.515/77 e o Código Civil, não sendo necessário que haja prévia partilha de bens para que seja declarado o divórcio, conforme o artigo 1581 do Código Civil.

### 1.2.1 Emenda Constitucional nº 66: extinção do requisito de prévia separação judicial para possível dissolução do casamento

O casamento como o conhecemos hoje, conforme discutido ao longo do artigo, passou por uma série de transformações resultantes do avanço sistemático da sociedade como um complexo sistema grupal, em que os valores de um todo refletem, por consequência, naqueles indivíduos e causas individuais.

---

15 YLENA, Luna. **Divórcio x Separação Judicial**. 2014. Disponível em: <https://lunatenorio.jusbrasil.com.br/artigos/151946160/divorcio-x-separacao-judicial>. Acesso em: 27/05/2019 às 11:19.

Historicamente, o casamento surgiu e se instalou na sociedade local como um reflexo daquele meio, havendo dois grandes modelos medievais que ilustram bem esse reflexo: o casamento pagão e o casamento cristão.

Os politeístas, normalmente provenientes de regiões como a Normandia e a Escandinávia, enxergavam o casamento como uma forma de instaurar a paz, procriando e garantindo a serenidade comum daquelas famílias e daquele povo, de maneira que essas uniões eram tomadas justamente por critérios políticos e sociais – e não sentimentais, já que o amor era visto como subversivo, i. e., como destruidor, adúltero ou ilegítimo –sendo possível, inclusive, um casamento poligâmico .

De outro lado, tem-se o casamento cristão, base da sociedade ocidental. Há nesse instituto uma verdadeira romantização do ato, já que, desde a instauração da religião católica como religião oficial do mundo ocidental, vê-se nisso uma oportunidade de, além de fazer prevalecer interesses políticos de famílias específicas, bater de frente com o paganismo e promover a evangelização e os valores católicos no mundo.

O casamento, nesse sentido, instaurou-se enquanto associação perpetuadora de valores católicos, como a formação de alianças entre indivíduos e, essencialmente, comou ma ferramenta de imensa rejeição aos valores pagãos. Exemplo disso é a abominação, verbi gratia, à poligamia e ao concubinato; e a valorização da virgindade feminina – algo entendido como pureza<sup>17</sup> .

A valorização da imortalização do casamento, destarte, nada mais é do que uma forma de eternizar esses valores, o que dá espaço, culturalmente, a uma verdadeira aversão ao instituto do divórcio como ferramenta limitadora dos valores católicos, conforme já discutido ao longo do texto.

Essa romantização ocidental do casamento tem consequências, é importante dizer, também no Brasil, já que o país compartilha, apesar de ser um país laico, de uma série de valores cristãos, tendo considerado o divórcio, tradicionalmente, como algo, no mínimo, indigno e, por isso, havendo censurado a sua institucionalização.

---

16 SOUSA, RAINER GONÇALVES. **Casamento, uma invenção cristã**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/casamento.htm>. Acesso em 13 de Maio de 2019.

17 Op. Cit.

Com o tempo, entretanto, houve a flexibilização dessas regras, conforme elucidado ao longo do artigo, e a conseqüente promulgação de normas que tornaram a separação – e, hoje em dia, o divórcio – cada vez mais viável.

Tendo feito essa recapitulação histórica da aversão ao instituto do divórcio e da promulgação de normas facilitadoras do instituto, faz-se imprescindível sublinhar o marco da Emenda Constitucional nº 66 para o avanço da flexibilização do divórcio no campo jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pode-se apontar, para um melhor entendimento didático, que, após as novidades trazidas pelo Código Civil de 1916 quanto à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal por morte, nulidade e desquite<sup>18</sup>; pela Súmula 380 do STF, que permite o rompimento judicial com a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum<sup>19</sup>; e pela lei nº 6.515/77, que permite o fim da sociedade conjugal pelo divórcio consensual<sup>20</sup>; faz-se novamente importante examinar as novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, já que servem de base para o estudo da EC nº66/10.

Quanto à Constituição Federal de 1988, é nítida a novidade trazida pelo Artigo226, § 6º, quanto à possibilidade de dissolução do vínculo conjugal pelo instituto do divórcio, que deveria, para uma eventual aprovação, contar, sob faculdade do casal, com uma prévia separação, no âmbito judicial, de um período de um ano ou, na hipótese do divórcio direto, de um período mínimo de, obrigatoriamente, dois anos<sup>21</sup>.

Ratificando esse suposto, tem-se no Código Civil de 2002 uma série de hipóteses que versam justamente sobre a separação judicial como exigência para o divórcio, sobretudo entre os artigos 1571 e 1580 do Código, devendo o cônjuge – ou ambas as partes – requerer tal conversão

---

18 AHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed, 2005, Pg. 39.

19 **Aplicação da Súmula 380 do STF**. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=APLICA%C3%87%C3%83O+DA+S%C3%9AMULA+380+DO+STF>. Acesso em 13 de Maio de 2019.

20 CAHALI, Yussef Said. **A lei do divórcio**: na jurisprudência dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 1984, Pg. 24.

21 BOBSIN, Diego Rafael de Oliveira. **O divórcio após a Emenda Constitucional n.º 66**. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12235](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12235). Acesso em 14 de Maio de 2019.

de separação judicial em divórcio, passado o lapso temporal, em cartório, a fim de, enfim, dissolver a sociedade<sup>22</sup>.

Sob forte crítica à disposição desse pré-requisito da separação dos cônjuges para só então haver o divórcio, foi lançado, em 2005, um anteprojeto de Emenda Constitucional perante a Câmara dos Deputados brasileira no tangente à redação do Artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a qual dispunha que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”<sup>23</sup>.

Propunha-se através do anteprojeto, destarte, a modificação do trecho que versava sobre a separação judicial ou a de fato, restando tão somente a seguinte escrita: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A questão, quanto à discussão do anteprojeto na Câmara, foi levada a debate sob manifestação de uma série de argumentos de ambas as partes, sendo eles contrários ou a favor da aprovação da medida.

No tangente aos fundamentos contrários à medida e, por conseguinte, favoráveis à permanência do pré-requisito temporal no Artigo, destacam-se aqueles que apontam o lapso temporal como algo positivo frente à desistência do casamento, dado que, condicionados a um tempo mínimo de separação, o casal teria um tempo para pensar e eventualmente desistir da conduta<sup>24</sup>, evitando arrependimentos e conservando, ainda assim, os valores cristãos da imortalidade do matrimônio.

Quanto aos argumentos favoráveis à eliminação do requisito temporal do instituto da separação, salienta-se o fato de, além de satisfazer a preferência dos casais – que, via de regra, tendem a preferir não ter que passar por um período de “teste” para conseguir se divorciar –, ser uma maneira de evitar que o casal prolongue ainda mais os sofrimentos do divórcio, garantindo que sua privacidade seja resguardada e que suas vidas não sejam trazidas à tona em pleno tribunal.

---

22 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., Vol. 5, 2008, Pg. 330.

23 LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2014, P. 133.

24 *Op. Cit.* P.134.

25 *Op. Cit.* P.133.

Aprovada a Emenda em 2010 e conseqüentemente alterado o Artigo 226, § 6º, pode-se dizer que o divórcio agora é tão somente direto – tanto por mútuo consentimento quanto por litígio – já não havendo um critério temporal para a sua permanência. Não é mais necessário haver uma separação judicial por mais de um ano ou uma comprovada separação de fato por mais de dois anos para haver o divórcio.

Vale colocar, ainda no tangente à EC66/10, que se discute, doutrinariamente, se a retirada do trecho que versava sobre a separação judicial do Artigo 226, § 6º, teria colocado fim ao instituto da separação ou, ao contrário, se, a partir dele, possibilitou-se a faculdade do instituto – já que ao mesmo tempo em que há uma negligência constitucional quanto à separação, há uma série de normas vigentes do CC/02 versando sobre a matéria.

Destrinchando as razões prós e contras, tem-se, de um lado, que a Emenda provoca a extinção do instituto da separação, já que, de acordo com essa linha, a constituição de nada dispôs sobre a separação, propositalmente, no intuito de fazê-la desaparecer, de maneira que o Código Civil, ainda que possua uma série de Artigos que versem sobre ela, não deve ser levado em conta – já que, diante da hierarquização das normas, uma lei ordinária jamais pode ir contra uma lei constitucional<sup>26</sup>.

O entendimento majoritário em relação à separação, em contrapartida, é o da faculdade do dispositivo, segundo definição da Quarta Turma do STJ. Isso porque o entendimento prevalecente, definido em via recursal, é o de que, por haver uma omissão legal quanto ao dispositivo, esse deve ser interpretado como uma possibilidade e não como uma restrição, sendo a separação algo inerente à liberdade de escolha dos indivíduos, à luz do CC/02 – segundo a ministra relatora Isabel Gallotti, quem pode o mais, pode o menos<sup>27</sup>.

### 1.3. O divórcio impositivo e seu lugar na legislação brasileira moderna

Convém pontuar, ainda, que o instituto do divórcio sofreu, recentemente, sua mais nova alteração, abarcada pelos Provimentos

26 *Op. Cit.* P. 135.

27 **Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges). Acesso em 15 de Maio de 2019.

06/2019 e 25/2019, de Pernambuco e do Maranhão, respectivamente. Aprovado primeiramente no dia 14 de maio de 2019 pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e, posteriormente, no dia 21 de maio do mesmo ano pelo Tribunal de Justiça do Maranhão<sup>28</sup>, os provimentos versam sobre o Divórcio Impositivo, cabendo analisá-lo.

De acordo com a deliberação, o divórcio pode agora, no estado de Pernambuco – primeiro estado a aprovar a medida – e no Maranhão ser realizado sem a concordância de um dos cônjuges e, portanto, sem a necessidade de judicialização da medida, funcionando como um direito potestativo do requerente – daí seu nome, Divórcio Impositivo.

É possível, a partir da entrada em vigor do provimento – qual seja a data da sua publicação<sup>29</sup> –, que o divórcio seja realizado sem a presença, ou, até mesmo, consentimento do outro cônjuge, sendo averbado no cartório de registro civil em que se registrou o casamento, através do seguinte rito: o interessado comparece acompanhado de defensor, elabora o documento sob interesse unilateral e impõe fim ao casamento, sendo o outro cônjuge notificado em um prazo de cinco dias e, independentemente de sua concordância ou sumiço, averba-se o divórcio<sup>30</sup>.

Há, entretanto, algumas ressalvas quanto à possibilidade do casamento ser dissolvido através de tal previsão legal, tais como a ciência de que haverá uma presunção de preferência da parte de que os bens do casal sejam divididos igualmente; e o requisito da obrigatoriedade da ausência de filhos frutos do matrimônio, de nascituros, filhos de menor idade ou incapazes. Importante colocar, também, que eventuais ações de alimentos serão propostas posteriormente frente ao juízo competente<sup>31</sup>.

Permite-se, ainda no pedido de averbação do divórcio impositivo, falar em retomada do nome de casado para o nome de solteiro do requerente, devendo-se, nesse caso, registrar a alteração, também, no

---

28 COSTA FILHO, V. T.; ALBUQUERQUE JR, R. P. **Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao#_ftn1). Acesso em 18 de junho de 2019.

29 **Provimento.06/2019**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em 18 de junho de 2019.

30 *IdemIbidem*.

31 *IdemIbidem*.

assento de nascimento, respeitando-se a unidade competente para fazê-lo e, de mesma forma, o art. 41 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça<sup>32</sup>.

Aponta-se, através do divórcio impositivo, a existência de uma tendência à ratificação do divórcio como não mais um instrumento de culpa e sanção, mas como um direito potestativo do indivíduo, em que, por não se fazer um juízo de valor de vontades e responsabilidades da decisão, faz-se da medida um avanço em relação ao burocrático ordenamento jurídico brasileiro.

Estabelece-se, assim, o posicionamento da mudança como uma forma de proteção à mulher agredida, de maneira que ela, por gozar dessa possibilidade de divórcio unilateral, não necessitaria da anuência do cônjuge para se desfazer do matrimônio, desprendendo-se mais facilmente daquele casamento infeliz<sup>33</sup>.

Há, entretanto, uma série de críticas ao divórcio impositivo, indo desde a discordância da necessidade de defensor na averbação do divórcio impositivo em cartório civil à inconstitucionalidade da medida – já que a Constituição Federal expressamente prevê as hipóteses de dissolução do casamento, sejam por via judicial ou extrajudicial (através de escritura pública), não havendo nenhuma previsão do fim do instituto pela modalidade administrativa, como deliberado pelos Provimentos 06/2019 e 25/2019<sup>34</sup>.

Nesse sentido, como afirma Thaís Precoma Guimarães:

Além disso há a previsão do Divórcio Direito Consensual Extrajudicial, procedimento que permite que o divórcio possa ser realizado diretamente em cartório, independentemente de intervenção judicial, apesar de ainda ser necessário a presença de um advogado. Apesar de o provimento atender

---

32 **Provimento–CGJ–25/2019**. Disponível em: [http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento\\_25\\_2019\\_cgjma\\_21052019\\_1823.pdf](http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento_25_2019_cgjma_21052019_1823.pdf). Acesso em 18 de junho de 2019.

33 *Idem Ibidem*.

34 **TJPE aprova provimento que possibilita “Divórcio Impositivo”**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em 18 de junho de 2019.

ao necessário desafogamento do Poder Judiciário e a desburocratização da realização de procedimentos simples, a sua constitucionalidade é questionável. Isso porque na legislação civil estão previstas apenas duas modalidades de divórcio: o que for decretado judicialmente e o formalizado por meio de escritura pública.

Nesse sentido, a tabeliã Priscila Agapito, presidente da Comissão Notarial e Registral do IBDFam, destaca que “a lei 11.441/07 que cuidou da desburocratização dos procedimentos de separação, divórcio e inventário já determinou que há necessidade de intervenção do ente estatal para a formalização de vontade e esclareceu transparentemente que se trata ou do juiz ou do notário, ambos imparciais. É requisito de validade. A meu modesto entender, não pode um provimento mudar, alterar uma regra legal, suprimindo a presença do juiz ou notário, banalizando a solenidade da dissolução do casamento. O registrador civil não tem atribuição para realizar o casamento, mas sim, o juiz de paz. O registrador apenas reduz a termo o que presenciou, dando publicidade erga omnes àquele fato jurídico”.<sup>35</sup>

#### 1.4. As implicações do instituto do divórcio na contemporaneidade

O casamento, após todos os avanços estudados no artigo, permitiu, à luz de sua última alteração legal – isto é, da EC 66/10 e dos Provimentos 06/2019 e 25/2019 – e de todas as demais, que, caso cessasse o interesse em continuá-lo por uma ou ambas as partes, houvesse uma série de previsões que possibilitassem a dissolução do vínculo conjugal.

Dentre tais possibilidades, há o divórcio direto – bem como a faculdade do instituto da separação – e as hipóteses de anulabilidade do casamento, a exemplo, v. g., do ato de coagir outra pessoa a se casar consigo, algo que, insiste-se, não diz respeito ao divórcio, mas a hipótese de anulabilidade do casamento.<sup>36</sup>

---

35 GUIMARÃES, THAÍS PRECOMA. *Constitucionalidade do divórcio impositivo é questionável*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-26/thais-guimaraes-constitucionalidade-divorcio-impositivo>

36 LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2014, P. 136.

A culpa pelo divórcio, nesse sentido, não é mais levada em consideração no processo, de maneira que as partes, caso decidam se divorciar, já não devem expor suas razões perante o Juízo, não havendo na culpa ou nas razões do divórcio, portanto, quaisquer implicações no âmbito, v. g., da partilha dos bens ou da guarda dos eventuais filhos do casal<sup>37</sup>.

O ordenamento jurídico que regula uma sociedade, é interessante colocar, é reflexo da forma como a própria sociedade se enxerga e enxerga toda a matéria ao seu redor, de maneira que as inúmeras alterações – e avanços – discorridas no presente artigo representam o retrato de uma sociedade em mudanças.

O casamento não é o mesmo do tempo medieval e tampouco é o divórcio, o que justifica os incontáveis avanços em relação ao tema. Exemplo disso é a própria mudança de significado, no Dicionário Brasileiro Michaelis, do instituto do casamento, que ou, após pressão online a requerimento de um leitor, a redação de “união legítima entre homem e mulher” para “ato solene entre duas pessoas”<sup>38</sup>.

Outro avanço jurídico frente à metamorfose contínua do corpo social é o fato do direito ter conferido a primeira pensão alimentícia a um indivíduo homossexual, além de ter deferido a primeira sentença de divórcio gay no país, algo inédito na jurisprudência brasileira – sobretudo se comparado à dissolução do vínculo conjugal do Código Civil de 1916.

A mudança do entendimento do casamento pelo Dicionário Michaelis somada às primeiras sentenças de dissolução de vínculo homossexual no país, dessa forma, são mudanças de valores importantíssimos quanto à adaptação dos meios à realidade social, dado que a sociedade, por estar em uma constante ebulição, altera-se e reinventa-se a cada dia, sendo dever do direito acompanhá-la.

É importante dizer, frente a tantos progressos no divórcio do ordenamento jurídico brasileiro, que a matéria ainda está longe, entretanto, da perfeição, sendo um instituto, via de regra, duradouro e burocrático, o

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> SENRA, Ricardo. **Dicionário Michaelis muda definição de casamento após pressão online**. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150702\\_salasocial\\_dicionario\\_michaelis\\_casamento\\_rs](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150702_salasocial_dicionario_michaelis_casamento_rs). Acesso em 15 de Maio de 2019.

que faz com que as partes acabem se ferindo ainda mais nesse traumático procedimento e, muitas vezes, sofrendo mais do que o necessário.

Torna-se imprescindível, portanto, que o instituto do divórcio continue progredindo e acompanhando a sociedade que abarca, naturalizando cada vez mais o processo e a figura do divorciado, a fim de garantir a reiteração de sua inclusão social – razão de ser do direito.

## **Conclusão**

Ainda no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, não era possível haver a dissolução do vínculo conjugal, devido à imensa sacralização da família que ocorria na época. Filhos tidos fora do casamento eram considerados. Além disso, a própria mulher casada era considerada relativamente incapaz, sendo o poder familiar focado na figura do marido. Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, foram surgindo formas que permitissem que houvesse a separação do casal, inicialmente sem a quebra do vínculo conjugal, apenas com a desobrigação dos deveres matrimoniais.

A primeira vez que uma forma de haver separação de um casal com a efetiva dissolução do vínculo conjugal foi com a previsão do divórcio em 1977, ainda que com exigências de tempo mínimo. Com o passar dos anos, tal exigência de tempo veio a inexistir, bem como se observa que os institutos anteriormente criados para promover a separação conjugal caíram em desuso, quer por evolução e mudança dos conceitos da sociedade, quer por não se adequarem mais ao contexto social como um todo.

Apesar de recente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o instituto do Divórcio demonstra-se como um grande passo que garantiu, para além da quebra do vínculo conjugal, a equiparação da mulher na relação conjugal, ao ser garantido a ela a possibilidade de exercer o pedido para que ocorra o divórcio.

Percebe-se, ademais, que o grande aumento no número de divórcios, para além da previsão legal, é um reflexo da mudança de valores da sociedade como um todo, que passa a considerar a manutenção de uma relação prejudicial e que mantém as pessoas em uma situação de infelicidade menos importante do que a busca pela felicidade de ambos.

## REFERÊNCIAS

**Aplicação da Súmula 380 do STF.** Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=APLICA%C3%87%C3%83O+DA+S%C3%9AMULA+380+DO+STF>. Acesso em 13 de Maio de 2019.

ARAÚJO, Eduardo Pereira de. **Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 66/2010.** 2010. Artigo disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/evolucao-historica-dos-institutos-da-separacao-e-do-divorcio-no-direito-brasileiro-e-a-emenda-constitucional-n,29383.html#\\_edn8](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/evolucao-historica-dos-institutos-da-separacao-e-do-divorcio-no-direito-brasileiro-e-a-emenda-constitucional-n,29383.html#_edn8). Acesso realizado em 17/05/2019, às 17:13.

BOBSIN,DiegoRafaeldeOliveira.**O divórcio após a Emenda Constitucional n.º 66.** Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12235](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12235). Acesso em 14 de Maio de 2019.

CAHALI, Yussef Said. **A lei do divórcio:** na jurisprudência dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 1984.

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

COSTA FILHO, V. T.; ALBUQUERQUE JR, R. P. **Divórcio impositivo é grave risco** à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opinioao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opinioao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao#_ftn1). Acesso em 18 de junho de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Artigo disponível em:[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_-\\_a\\_mulher\\_no\\_codigo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf). Acesso realizado em 17/05/2019, às 16:38.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., Vol. 5, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, nelson. **Direito das famílias: de acordo com a Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 - Lei da Separação, Divórcio e Inventário Etrajudiciais.** Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GUIMARÃES, Thais Precoma. **Constitucionalidade do divórcio impositivo é questionável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-26/thais-guimaraes-constitucionalidade-divorcio-impositivo>. Acesso realizado em: 23/06/2019, às 17:35.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Vol. V: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V: direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**Provimento–CGJ–25/2019**. Disponível em: [http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento\\_25\\_2019\\_cgjma\\_21052019\\_1823.pdf](http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento_25_2019_cgjma_21052019_1823.pdf). Acesso em 18 de junho de 2019.

**Provimento n. 06/2019**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documentos/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em 18 de junho de 2019.

**Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges). Acesso em 15 de Maio de 2019.

SENRA, Ricardo. **Dicionário Michaelis muda definição de casamento após pressão online**. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150702\\_salasocial\\_dicionario\\_michaelis\\_casamento\\_rs](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150702_salasocial_dicionario_michaelis_casamento_rs). Acesso em 15 de Maio de 2019.

SOUSA, RAINER GONÇALVES. **Casamento, uma invenção cristã**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/casamento.htm>. Acesso em 13 de Maio de 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil V: família**. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.

**TJPE aprova provimento que possibilita o “Divórcio Impositivo”**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em 18 de junho de 2019.

VIEIRA, J.L.; KORTE, J.; IMERCIO, A. **O primeiro caso de divórcio gay no Brasil**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/o-primeiro-caso-de-bdivorcio-gay-no-brasil.html>. Acesso em 15 de Maio de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001.

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

YLENA, Luna. **Divórcio x Separação Judicial**. 2014. Disponível em: <https://lunatenorio.jusbrasil.com.br/artigos/151946160/divorcio-x-separacao-judicial>. Acesso em: 27/05/2019 às 11:19.

**MULTIPARENTALIDADE BIOLÓGICA, O CASO  
DA DUPLA PATERNIDADE BIOLÓGICA DOS GÊMEOS  
UNIVITELINOS E A SUA VIABILIDADE JURÍDICA  
DIANTE INSTITUTOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

*Ana Luísa Gomes Galvão*

*José Gabriel de França*

*Raquel Spinelli*



## **Introdução**

Historicamente, a classificação que diferencia filhos legítimos dos ilegítimos foi superada pelo princípio constitucionalmente assegurado da igualdade de filiação. Ao estabelecer que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, independentemente da relação na qual tiveram sua origem, a Carta Magna põe termo às diferenciações filiais, em um processo que representou a superação do modelo patriarcal e hierárquico das Constituições liberais e sua substituição pelo intervencionismo do Estado social (LÔBO, 2011).

Para além das relações naturais, a constitucionalização do direito de família também surtiu efeitos no âmbito do parentesco civil. A adoção, anteriormente interpretada como instrumento jurídico de complementação para as famílias de casais com dificuldades de terem filhos, passou a representar um instituto voltado à busca de figuras paternas para as crianças que foram retiradas do seio da família.

Insurgem-se, portanto, como princípios norteadores das relações paterno-filiais, além da afetividade, representando o dever mútuo existente entre pais e filhos, a proteção da pessoa dos filhos, ramificada na convivência familiar e no melhor interesse da criança. A aplicação integrada de tais orientações jurídicas visa à garantia incondicionada dos direitos da criança e do adolescente, a serem tutelados não só pelos pais no exercício do poder familiar, mas também pela sociedade como um todo, bem como pelo Estado.

Nesse contexto, ganha certo destaque o direito da criança à filiação. A necessidade de identificação pessoal e social nas relações familiares é um importante elemento da formação do indivíduo, razão pela qual, quando não for possível estabelecê-la no âmbito dos vínculos naturais, deve-se buscar supri-la através da constituição do parentesco civil. Com o fito de

assegurar a materialização do direito de filiação, podem a mãe, o filho ou até mesmo o Estado (MORAES, 2017), a partir da Lei nº 8.560/92, se valer da ação de investigação de paternidade, para assegurar que o registro de nascimento do menor conte com maternidade e paternidade devidamente estabelecidos.

Diante das possíveis intempéries que o processo judicial de tal natureza pode ocasionar, tais como recusa do investigado e consequente presunção de paternidade, a ação de investigação de paternidade torna-se uma matéria cuja análise e problematização é imprescindível na atualidade, dadas a grande quantidade de demandas levadas aos tribunais superiores e a existência de decisões judiciais discrepantes.

À vistas dos elementos expostos, o desenvolvimento do presente artigo está ancorado na análise do caso da dupla paternidade biológica atribuída a gêmeos univitelinos no estado de Goiás. A questão que se apresenta e se discute neste texto gravita em torno dos elementos discutidos na sentença, em especial, a multiparentalidade biológica e o princípio do melhor interesse da criança.

A despeito de o caso tramitar em segredo de justiça, por se tratar de processo judicial que versa sobre alimentos e do interesse de criança, a sentença prolatada pelo Juízo de primeiro grau do estado de Goiás, mais precisamente na Comarca de Cachoeira Alta/GO, ganhou ampla visibilidade nos espaços de discussões e da mídia, por sua peculiaridade em condenar 2 (dois) gêmeos idênticos a serem incluídos na certidão de nascimento de uma criança, além de pagarem, cada um, pensão alimentícia para a filha.

Com a delimitação do objeto a ser analisado, qual seja, a tese jurídica sustentada para a condenação, parte-se para a compreensão dos elementos contidos na sentença à luz dos diálogos sedimentados em nosso ordenamento jurídico e da doutrina, afetos ao direito das famílias.

Segue breve resumo, a título ilustrativo, da decisão tomada no caso objeto do presente estudo<sup>1</sup>.

---

1 Dupla paternidade biológica: juiz determina que gêmeos idênticos paguem pensão à criança. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/6716-dupla-paternidade-biologica-juiz-determina-que-gemeos-identicos-paguem-pensao-a-crianca> Acesso em: 25 maio 2019

O caso selecionado para o desenvolvimento do presente texto está assentado no julgamento de uma ação de investigação e reconhecimento de paternidade com pedido de tutela antecipada de alimentos provisórios.

Na espécie, tem-se que a mãe da autora mantinha relacionamento com o seu suposto genitor, e que o nascimento da autora se deu em face de tal relação. Narra-se, também, que os indivíduos dispostos no papel de genitora e de genitor, realizaram o exame de DNA, para fins de comprovação da filiação com a autora, e o resultado fora positivo.

Entretanto, o suposto genitor, doravante genitor n1, em sua defesa, contestou o resultado positivo do exame de DNA, e requereu a realização de novo exame, dessa vez realizado com o seu irmão gêmeo idêntico/univitelino, doravante genitor n2.

Por sua vez, o genitor n1 requereu o ingresso de seu irmão gêmeo à lide, alegando sua ilegitimidade passiva diante do novo resultado do exame, e além, sustentou a ausência de envolvimento amoroso com a genitora da autora. Por fim, requereu a realização de um novo exame, agora capaz de atestar com precisão a paternidade, pleito pela feitura do exame de DNA completo, TWIN TEST. Tal exame, como apontado na decisão prolatada, possui custo elevado de realização e baixa precisão na formulação do resultado.

O genitor n2, agora ingresso como litisconsorte passivo, seguiu a tese defensiva formulada por seu irmão, é dizer, também aduziu a sua ilegitimidade passiva e a ausência de relacionamento com a genitora da autora.

Ao compulsar os autos, o Juízo da Comarca de Cachoeira Alta/GO vislumbrou a situação de que os irmãos gêmeos, valendo-se de sua condição genética e de feitio, usavam o nome do outro, de forma aleatória e dolosa, para a obtenção de vantagens afetivas.

Então, diante da inviabilidade da realização do exame de DNA completo, o TWIN TEST, devido ao grau de incerteza do resultado e do alto valor monetário para a sua realização, atrelado ao fato da conduta contrária à boa-fé empreendida tanto pelo genitor n1 como pelo genitor n2, o Juízo entendeu pelo reconhecimento da vinculação biológica da

autora em relação aos dois supostos genitores, por meio da aplicação da tese chamada de multiparentalidade biológica.

Assim, o provimento judicial proveu o pedido de reconhecimento de paternidade para ambos os gêmeos idênticos, fixando os alimentos em 30% (trinta por cento) do salário mínimo vigente, para cada demandado.

Na conjunção deste artigo, realiza-se o cotejo da decisão em comento às compressões de multiparentalidade, do direito de filiação e da incidência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com o objetivo de analisar a possibilidade jurídica da multiparentalidade biológica aplicada ao caso que lastreou a produção do texto.

## **1. O direito de filiação e a investigação de paternidade**

É possível definir filiação como “a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau” (TARTUCE, 2017) ou “conceito relacional; (...) relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga” (LÔBO, 2011). Torna-se um consenso doutrinário, portanto, que a filiação não implica necessariamente em laços biológicos, mas de qualquer origem.

Diante de tais perspectivas, o Provimento nº 63 do CNJ, de novembro de 2017, traduziu um avanço no Direito Civil, como instrumento bastante útil na regularização dos registros de estado de filiação pelas vias extrajudiciais, posto que adequou a norma à realidade fática multifacetada das configurações familiares existentes na sociedade brasileira (CALDERÓN e TOAZZA, 2019).

Superada a questão da exclusividade biológica da filiação, observa-se que um dos postulados mais mencionados do Direito de Família, pertinente ao direito de filiação, diz respeito à máxima latina “*mater cemper certa est*”, representando a certeza que envolve os laços filiais maternos. De maneira oposta, não é possível afirmar o mesmo da paternidade, vez que a presunção dela decorrente tem caráter relativo, relacionado à existência de

casamento contemporâneo ao nascimento. Tais pressupostos são de grande importância em demandas que envolvam direito de filiação.

Indiscutível é que, em casos de abandono ou desconhecimento das figuras parentais, a criança deve ter o apoio do Estado, através do aparelho judicial, para consecução do suprimento dessa lacuna. Isso porque “a nova tábua axiológica de valores inaugurada pela atual Constituição consagra a filiação como um direito de todos os filhos, independentemente do modo de concepção ou da natureza da relação que os vincula aos pais (CF, art. 227), e que se desatrela indelevelmente da permanência ou durabilidade do núcleo familiar” (CHAVES, ROSENVALD e BARRETO, 2010).

Por tais circunstâncias, não sendo suficiente a presunção de paternidade para fins de suprimento do direito de filiação, tornou-se comum na jurisprudência a busca pela verdade biológica, atestada através de exame de DNA (TARTUCE, 2017). Trata-se de uma ferramenta científica bastante prática e eficaz, principalmente no âmbito das hipóteses de investigação de paternidade de filhos havidos no curso ou nos períodos subsequentes à dissolução de relação conjugal.

Nos casos de investigação de paternidade relativa a filhos havidos fora do casamento, a questão torna-se mais tortuosa, pela possibilidade de impugnação e recusa de realização de teste com argumentação na integridade física do investigado. Com vistas a elaborar uma solução para este impasse e assegurar o direito à filiação, em 2009 foram acrescentados o Art. 2º-A e seu parágrafo único à Lei nº 8.560/92, que trata dos procedimentos de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Os supracitados dispositivos claramente representam a tutela absoluta pelo Estado do direito de filiação, devendo este prevalecer inclusive nas situações de negação de realização dos testes sanguíneos, uma vez que estabelecem a possibilidade da utilização de todos os meios legais em sede de ação de investigação de paternidade para alcançar a verdade dos fatos. Assim sendo, a recusa do investigado gera uma das hipóteses de presunção de paternidade.

A persecução dos vínculos biológicos reais pode ser obstaculizada por outras razões. A exemplo do processo de investigação de paternidade

de Cachoeira Alta, o exame em apreço na presente análise não possui pertinência ou utilidade nas circunstâncias em que se questione a possibilidade de vinculação paterna de indivíduo cujo irmão gêmeo univitelino também é querelado. Isso porque a identidade da constituição genética de tais pessoas é matéria consolidada e consensual, devidamente comprovada, na comunidade científica<sup>2</sup>, o que implicaria no descobrimento de dois vínculos paternos na realização de exame de DNA.

No caso em estudo no presente artigo, decidiu-se, portanto, em mesclar institutos independentes do Direito Civil. Diante da existência de má-fé de irmãos que negam a paternidade e tentam ocultá-la através da condição de gêmeos, além da comprovação de identidade genética através de exame de DNA, não tendo sido possível comprovar a efetivação de relação de nenhum dos dois com a mãe, optou-se por reconhecer a dupla filiação. Em análise preliminar, já é possível detectar certa incongruência na decisão em apreço, considerando que se por um lado visou a garantia do direito de filiação, ao mesmo tempo perpetuou a incerteza no conhecimento da origem genética do demandante. Por tal motivo, a questão merece uma análise mais aprofundada.

## 2. Multiparentalidade

Como mencionado anteriormente, o critério legal para definição da paternidade no Brasil era o biológico. Assim, a filiação legal foi fundamentada no sistema codificado, associando-a a origem biológica através do casamento juridicamente fundado, e somente se proveniente dele seriam os filhos tidos por legítimos.

Entretanto, a família não é uma estrutura engessada e pode se constituir das mais diversas e variadas formas, o que, obrigatoriamente, torna a noção que a família baseada apenas por liames genéticos, biológicos e decorrentes do casamento civil, ultrapassada e insuficiente para disciplinar as situações complexas que buscam a tutela jurisdicional.

---

<sup>2</sup> PENA, Sérgio D.j.. O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade. **Revista Bioética**, Brasília, v. 1, n. 1, p.1-1, 04 nov. 2019.

A Constituição Federal de 1988 normatiza valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato, consolidando a superação do matrimônio como único critério para definição legítima da paternidade no Brasil.

Por causa disso, a constituição familiar deve ser percebida e compreendida pelo direito, não só como proveniente do casamento formal, mas também da união estável, entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

Além disso, a promulgação da referida Constituição trouxe princípios norteadores da família como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227); a isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher, cônjuges e companheiros; o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Maria Helena Diniz também pontua princípios como o Princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável que estabelece como fundamento básico da vida conjugal a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida; o Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629); o Princípio da pluralidade familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental); o Princípio da consagração do poder familiar (CC, arts. 1.630 a 1.638), em substituição ao marital e o paterno, no seio da família; o Princípio da liberdade, que pode ser traduzido livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável<sup>3</sup>.

Esses princípios constitucionais do Direito de Família trouxeram significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

---

3 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17-24.

Assim, ao invés de priorizar a proteção do patrimônio, como fazia o Código Civil de 1916, foi o direito dos indivíduos que passou a figurar em primeiro plano, iniciando, assim, o reconhecimento das relações interpessoais existentes na sociedade pelo direito positivado.

O conceito de multiparentalidade repousa sobre “a possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais”<sup>4</sup>.

Em uma conceituação à prima facie pode-se dizer que a multiparentalidade, portanto, é o instituto que confere a possibilidade de a criança ou do adolescente incluir, em seu registro, mais um pai ou mais uma mãe, por vínculo constituído através da socioafetividade.

Esse instituto traz para o plano fático a possibilidade de se considerar uma relação afetiva ao invés de uma relação biológica, como também é perfeitamente possível que se considere a coexistência de vínculos biológicos e afetivos ao mesmo tempo<sup>5</sup>, mas, como mencionado, respeitando-se os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

É relevante pontuar que a evolução dos direitos conferidos aos casais homoafetivos, pois o reconhecimento de famílias constituídas por indivíduos do mesmo gênero, ampliou a possibilidade de se incluir mais um pai ou mais uma mãe no registro de nascimento do seu filho, visto que, nesses casos, sempre terão duas mães ou dois pais.

Também guarda relação importante com o instituto da multiparentalidade, o aumento na existências de famílias ditas reconstituídas que trazem a figura do padrasto e da madrasta, pois, apesar de o Código

---

4 PÓVOAS, Maurício Cavallazi. Multiparentalidade – a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Editora Conceito, 2012; pg. 79

5 Neste sentido, temos a tese de repercussão geral 622, do STF, na qual o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Civil de 2002 não estabelecer o exercício do poder familiar, determinando deveres e direitos em relação aos seus enteados, mas que são palco para o surgimento de laços afetivos que geram uma relação de filiação socioafetiva.

Também, nesta toada, contribui Cassetari:

A multiparentalidade ou pluriparentalidade constitui-se como fato jurídico contemporâneo, comumente existente nas famílias reconstituídas, nas quais tanto os pais biológicos quanto os padrastos e madrastas exercem parentalidade socioafetiva na vida dos seus enteados, colaborando com a criação e desenvolvimento destes, bem como nas hipóteses de filho de criação, na qual uma pessoa acolhe criança, conhecendo ou não seus pais biológicos, para dedicar-lhe os cuidados e funções da paternidade e ou maternidade, sendo tais relações marcadas pela afetividade e convivência comum (CASSETTARI, 2015, p. 55).

Dessa forma, a multiparentalidade pode ser muito benéfica ao solucionar conflitos trazidos pelos novos arranjos familiares, mas que deve ser utilizado com cautela e sob nenhuma hipótese como um “coringa” para solucionar litígios de difícil resolução. Assim, conclui-se que sempre há de ser observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial anterior, a multiparentalidade apenas foi positivada em abril de 2009, com a decretação da Lei nº 11.924/09, que alterou o art. 57 da Lei nº 6.015/73, estabelecendo a possibilidade de coexistência de filiação socioafetiva e de origem biológica nos casos em que a mãe ou o pai contraírem novo laço conjugal, tendo sido influenciada pela tese de Christiano Cassetari, de que a multiparentalidade decorreria da socioafetividade. Nesse sentido, a multiparentalidade apenas seria compatível com a filiação socioafetiva, não existindo espaço para se falar de multiparentalidade biológica.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em regime de Repercussão Geral, a possibilidade de coexistência de paternidades de diferentes naturezas. Ao analisarem o Tema 662, que teve como *leading case* o Recurso Extraordinário 898060, o Plenário do STF não só estabeleceu

a possibilidade do reconhecimento dos vínculos concomitantes da paternidade socioafetiva e de filiação baseado na origem biológica, mas que tal coexistência não eximiria de responsabilidade o pai biológico.

Trata-se de hipótese na qual o recorrente, o pai biológico, alegou a preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, em situação de superveniência da descoberta da última, sob a argumentação de que tal entendimento impediria o reconhecimento ou não da paternidade de acordo com a conveniência, sustentada em possíveis efeitos patrimoniais. Baseando-se no princípio da paternidade responsável, o Tribunal fixou a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Novamente, é reconhecida a multiparentalidade na coincidência de vínculos de origem biológica e socioafetiva, não sendo compatível tal tese com a proposição de duas relações biológicas.

O reconhecimento da multiparentalidade, como é de se esperar, traz diversos efeitos jurídicos. No âmbito das sucessões, pela legislação atual não conferir distinção entre os filhos, o indivíduo que possuir a multiparentalidade reconhecida no momento da transmissão da herança configurará como herdeiro necessário de todos os pais que tiver.

Ainda na seara da sucessão, no que concerne aos ascendentes, no caso da ausência de descendentes do indivíduo com multiparentalidade reconhecida, todos aqueles que figurarem como seus pais - ou mães - são considerados herdeiros sem qualquer tipo de distinção, concorrendo entre si e com eventual cônjuge sobrevivente, assumindo todos a condição de herdeiros necessários.

Como efeitos no campo previdenciário, o descendente ou ascendente multiparental seria sempre seu próprio beneficiário, ambos, um do outro, uma vez que o artigo 16, inciso I, da Lei de Benefícios Previdenciários ( Lei 8.213/91, 24/07/1991), determina:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;  
II - os pais.

Ao ler os dois primeiros incisos do referido artigo, percebe-se que como o estabelecimento da multiparentalidade, a relação previdenciária é como em qualquer relação de filiação (porque de fato o é, não há distinção!). Assim, os pais, biológicos ou afetivos, e o filho, recebem a condição de dependentes do segurado.

Ao avaliar os efeitos no direito previdenciário e sucessório, é de se imaginar os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade em outros setores, pois, não há relação de distinção entre os filhos ou pais socioafetivos em face dos filhos ou pais biológicos.

Dessa forma, para sabermos os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade na esfera dos alimentos, basta que observemos os dispositivos que regem essa matéria.

O artigo 229 da CF/88 dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Neste mesmo sentido, estabelece o artigo 1.696 do Código Civil que a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, de modo que todos os pais poderão prestar alimentos aos filhos, bem como, estes poderão prestar alimentos a todos os pais, caso necessitarem.

É clarividente que ambas, no que tange à multiparentalidade, não deverão ser aplicadas de modo diverso e quanto à isso há entendimento jurisprudencial de que a ausência de vínculo biológico afasta a obrigação alimentícia, visto que os alimentos são prestados para atender as necessidades básicas dos filhos.

ALIMENTOS. DESERÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.1. Cuidando-se de ação de alimentos, onde se discute a

capacidade econômica do alimentante, o qual alegou insuficiência de recursos e pediu a gratuidade, a ausência de preparo não induz à deserção, sendo razoável conceder a dispensa do preparo.<sup>2</sup> Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia, pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo socioafetivo, decorrente da posse do estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar.<sup>3</sup> Os alimentos se destinam ao atendimento das necessidades dos filhos, que são presumidas, dentro da capacidade econômica do alimentante. Recurso desprovido.<sup>6</sup>

Quanto ao nome do indivíduo, o reconhecimento da multiparentalidade lhe assegura o direito ao prenome e apelido da família que advém o seu pai ou sua mãe socioafetivos. O direito do uso do nome do pai pelo filho é direito fundamental que não pode ser vedado, sob pena de prejudicar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esse entendimento, pode ser expressado no entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná:

DECISÃO. Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F, brasileiro, filho de E. F. F. E R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. Da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. A adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. E Z. Z.. Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes,

---

6 AI nº.700077987399; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; TJRS; Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2004.

arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando.<sup>7</sup>

### **3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente enquanto vetor da solução de casos difíceis**

A questão de fundo que se debruça sobre a análise do caso da dupla paternidade biológica dos gêmeos univitelinos, decidido pelo magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO), repousa na possibilidade da aplicação da tese da multiparentalidade biológica, da relevância em nosso ordenamento jurídico dos vínculos genéticos e a preponderância do melhor interesse da criança.

Em primeiro momento, repisa-se que a paternidade biológica, dentro da perspectiva atual da doutrina sedimentada afasta a prevalência dos elementos genéticos sobre os socioafetivos. Em 1979, João Baptista Vilella em seu texto “Desbiologização da Paternidade”<sup>8</sup> já trazia a seguinte compreensão:

A paternidade, como conceito, poderia ter-se formado nessa linha de acomodação, que, partindo do fato biológico, então incontornável, chegava aos rudimentares predicamentos sociais, jurídicos e religiosos, que lhe A origem radicaria, assim, em pura base biológica. Note-se, entretanto que a garantiam um lugar ao sol no incipiente *thesaurus* da cultura.

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos. é bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não. Tanto mais evidente se torna assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e o que é fato da natureza. O homem tem o poder

---

7 TJPR, Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Cascavel – autos nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Juiz Sergio Luiz Kreuz.

8 VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. - volume 27, n. 21 (maio 1979). Belo Horizonte. 1979.

de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição. Insista-se, porém: a linha de fenômenos que vai desde a concepção até o nascimento não tem característica propriamente humana, no rigoroso sentido do termo, isto é, não constitui manifestação e liberdade.

Assim, a paternidade não é condição atrelada ao vínculo genético, mas sim condição a ser avocada por uma pessoa em relação a outra. É dizer, a paternidade não está adstrita, puramente, ao reconhecimento/compatibilidade de elementos naturalísticos, mas sim a vínculos psicológicos e afetivos, de cuidado e pertença.

Nessa perspectiva de distanciamento entre o elo biológico, a função paterna e a figura do pai, instaura-se a dinâmica da socioafetividade que é tão cara à multiparentalidade como trabalhado neste texto em outro momento. Desse modo, revisita-se a noção da socioafetividade pela abordagem trazida por Teixeira e Rodrigues (2015)<sup>9</sup>:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é o genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

---

9 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova figura de parentesco na contemporaneidade. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. – volume 04, (abr./ jun. 2015) -. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Por fim, tem-se que as questões afetas às relações parentais estão sob a incidência de princípios constitucionais, desde o advento da Constituição Cidadã de 1988, que possuem o condão de orientar o posicionamento interpretativo da atividade judicial desenvolvida no ramo do direito das famílias.

Dentro do espectro de princípios, encontra-se o princípio do melhor interesse da criança/adolescente que, dada a sua abrangência, intrínseca a sua nomenclatura não exauriente, serve de lastro para análise de diversos institutos do direito de famílias e das relações familiares em si.. Mas na busca de identificar o sentido do que seria o melhor interesse da criança/adolescente, adota-se a lição de Pereira(2015)<sup>10</sup>:

O princípio do melhor interesse da criança/adolescente significa o assento e a consolidação de uma mudança paradigmática. É este princípio que autoriza e dá sustentação, por exemplo, para que a guarda dos filhos esteja com aquele que tiver melhores condições psíquicas para cuidar dos menores, independentemente de ser o pai ou a mãe biológica. É este princípio, associado à dignidade e ao princípio da afetividade, que fez nascer novos institutos jurídicos como a guarda compartilhada e a parentalidade socioafetiva.

Logo, é o princípio do melhor interesse da criança/adolescente que deve servir de fio condutor, recurso determinante, para a solução dos conflitos familiares que envolvam a participação de crianças e adolescentes, tal qual o que ocorrera no caso analisado ao longo do presente texto. Desta monta, o princípio do melhor interesse da criança/adolescente assenta o entendimento de que o bem estar e o bom convívio familiar, da criança e do adolescente, independentemente da forma com que o vínculo familiar seja instaurado, está sobre qualquer outra questão de fundo que possa se desenrolar na dinâmica parental.

Concluída a breve digressão que retoma os elementos centrais abordados nos pontos anteriores deste artigo, parte-se agora para a análise da multiparentalidade biológica conclamada pelo Juízo da Comarca de

---

10 PEREIRA, Rodrigo Cunha da. Uma principiologia para o direito de família. Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB - ano 1, n.1. 2015.

Cachoeira Alta/GO, quando da prolação da sentença em comento, em paralelo à aplicação do princípio do melhor interesse da criança/adolescente.

É possível inferir dos componentes coligidos na decisão do magistrado que, os demandados, os gêmeos univitelinos, sustentam a rejeição da paternidade e a conseguinte acusação recíproca de paternidade. A conduta impetrada é flagrantemente atentatória à boa-fé e ao dever de cooperação exercido pelas partes em qualquer contenda judicial, de tal monta que a incerteza acerca da paternidade biológica encontra guarida na inconclusão dos exames convencionais de investigação dos identificadores genéticos.

Dessarte, as rotas convencionais de investigação de paternidade e de imposição da responsabilidade parental restaram objurgadas por fato da ciência e do grau de insegurança com base nos relatos e dados acessórios necessários ao reconhecimento da paternidade por um dos demandados. A criança, evidentemente, encontra-se em estado temeroso, pois, resta tolhida de seu direito de ter acesso às suas raízes e origens, importa dizer que, a insegurança produzida afeta de forma direta a dignidade da criança.

A questão que se descortina para o direito das famílias cinge-se ao alcance da aplicabilidade do princípio em comento e a viabilidade de se resolver uma questão que, em primeiro momento, não pode ser dirimida unicamente pela via habitual da realização do exame de DNA.

Seguindo a lógica de proteção integral da criança de nosso ordenamento jurídico e também do plano do direito internacional, resta inequívoca a compreensão de que frente à situações de alto grau de complexibilidade, ou seja, que demandem, por parte dos órgãos judiciais competentes, a incidência da atuação de agentes externo à esfera jurídica, nenhuma decisão poderá ser tomada em detrimento ao bem estar da criança.

Esta previsão no plano do direito brasileiro repousa no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>, cuja redação é a seguinte:

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,

---

11 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) - Acesso em: 25 maio 2019.

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.

Bem como nos arts. 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA<sup>12</sup>, assim dispostos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Por fim, no plano do direito internacional e sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, na órbita da Convenção sobre os direitos da Criança, há previsão expressa em seu art. 3.1, aqui transcrito na tradução apresentada por Piovesan(2008)<sup>13</sup>:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social,

---

12 BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266)>. Acesso em : 25 maio 2019

13 PIOVESAN, Flávia (Coord.). Código de direito internacional dos direitos humanos - anotado. São Paulo: DPJ Editora, 2008.p. 314.

tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

A posição sustentada na sentença, qual seja, determinar a inclusão do nome de ambos os gêmeos idênticos na certidão de nascimento da criança, além da condenação de ambos ao pagamento de pensão alimentícia no valor de 30% (trinta por cento) do valor do salário-mínimo, a despeito da inexistência de segurança no que diz respeito ao exame de DNA e a confirmação da paternidade, expressa a aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Neste sentido, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente enquanto vetor interpretativo a ser adotado pelos órgãos judiciais competentes é suficiente para manter a decisão que assegura à criança a proteção integral presente no sistema jurídico pátrio.

Entretanto, o princípio em comento, de *per si*, não é capaz de exaurir e sustentar a tese da multiparentalidade biológica, sobretudo, no fato de que, a paternidade biológica só pode ser reconhecida em face de um dos gêmeos, tendo em vista a hipótese do caso analisado.

Ademais, atrelar a paternidade ao fato biológico, é reconhecer a existência da predominância do vínculo genético sobre os vínculos de afetividade, o que por sua vez encontrará novas barreiras com o desenvolvimento da ciência. A exemplo desta afirmativa tem-se o caso da criança com o DNA de 3 (três) pais<sup>14</sup>, em que, diante da excepcionalidade da técnica reprodutiva, não se vislumbra óbice à multiparentalidade biológica. Já no caso dos gêmeos univitelinos, tem-se apenas a escusa da assunção da responsabilidade decorrente da paternidade biológica, sendo possível, portanto, a adoção de outras medidas, que à evidência servem de substrato para a investigação da paternidade.

---

14 Bebê com DNA de 'três pais' nasce na Grécia. Galileu, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/04/bebe-com-dna-de-tres-pais-nasce-na-grecia.html>. Acesso em: 27 maio 2019.

## Conclusão

A tese da multiparentalidade biológica ou genética, em primeiro momento, mostra-se contrastante com as noções sedimentadas para a aplicação da multiparentalidade, isso é, a questão biológica em nada dialoga com o ponto da socioafetividade no que tange ao reconhecimento do vínculo necessário para a determinação da paternidade.

Já quanto ao reconhecimento do direito à filiação, e sobretudo à inclusão no registro de nascimento, não se observa, de plano, gravames suficientes para afastar a possibilidade de constarem, em registro de nascimento, o nome de duas pessoas no mesmo polo parental.

De mais a mais, a despeito da discussão acerca da tese da multiparentalidade biológica revelar um campo a ser explorado pelo direito das famílias, na solução de casos difíceis, tais quais o caso dos gêmeos univitelinos que, ancorados na inconclusividade dos meios habituais, se esquivam da assunção da paternidade biológica, serve de exemplo da consubstanciação do princípio da dignidade da criança, sobretudo, no que diz respeito à garantia de sua proteção integral.

Contudo, a multiparentalidade biológica suscitada no caso analisado não exaure a discussão acerca da paternidade dos gêmeos univitelinos em relação à filha biológica de um deles. É que, conforme exposto na sentença, não se discute a existência de vínculo afetivo, mas sim, puramente, de vínculo biológico, e na hipótese dos autos só é viável a existência de um único vínculo naturalístico com um dos gêmeos.

Apesar de a tese da multiparentalidade biológica, em primeiro momento, por a salvo o interesse da criança, garantindo assim os alimentos por parte dos gêmeos univitelinos, ela não é limitada no que tange à decretação da paternidade, que, em nosso ver, não pode ser adstrita unicamente ao exame de DNA, mas sim dos elementos acessórios que culminaram no estabelecimento da relação entre os possíveis genitores.

## REFERÊNCIAS

Bebê com DNA de ‘três pais’ nasce na Grécia. **Galileu**, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/04/bebe-com-dna-de-tres-pais-nasce-na-grecia.html>. Acesso em: 27 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266)>. Acesso em : 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8560.htm)>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) - Acesso em: 25 maio 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: Efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. **Código das Famílias Comentado**. Del Rey, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Dupla paternidade biológica: juiz determina que gêmeos idênticos paguem pensão à criança. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/6716-dupla-paternidade-biologica-juiz-determina-que-gemeos-identicos-paguem-pensao-a-crianca> Acesso em: 25 maio 2019.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2017.

MORAES, Diego Pimenta. O interesse constitucional na investigação de paternidade oficiosa. **Revista Panóptica**, São Paulo, v. 10, n. 1, p.120-134, nov. 2017.

CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do CNJ. **Ibdfam**, Santo Agostinho, v. 1, n. 1, p.1-1, jan. 1.

PENA, Sérgio D.j.. O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade. **Revista Bioética**, Brasília, v. 1, n. 1, p.1-1, 04 nov. 2019.

PEREIRA, Rodrigo Cunha da. **Uma principiologia para o direito de família**. Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB - ano 1, n.1. 2015.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos - anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **A multiparentalidade como nova figura de parentesco na contemporaneidade**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. – volume 04, (abr./ jun. 2015) -. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. - volume 27, n. 21 (maio 1979). Belo Horizonte. 1979

*Título* **PRIMEIROS ESTUDOS DE DIREITO DE FAMÍLIA**

*Organizadores* Fabíola Albuquerque Lobo  
Dimitre Braga Soares de Carvalho

*Projeto Gráfico/Capa*

*Revisão de Texto* Organizadores

*formato* 15,5 x 22,0 cm

*fontes* Minion Pro

*papel* Offset 75g/m<sup>2</sup> (*miolo*)

Triplex 250 g/m<sup>2</sup> (*capa*)

*tiragem*

*Impressão e Acabamento* Oficina Gráfica | EdUFPE



Editora  
UFPE