

IV Seminário do IDCC

NOVOS DIREITOS SOCIAIS



INSTITUTO DE PESQUISA E
EXTENSÃO, PERSPECTIVAS
E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Conflitos, Funcionalização e Socialização dos Institutos Cíveis

Volume I



Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Henrique Ribeiro Cardoso

ORGANIZADORES

Comissão Editorial

Ana Clara Montenegro Fonseca
Cinthia Caroline L. do Nascimento
Filipe Lins dos Santos

Gabriel Honorato de Carvalho
Juliana Fernandes Moreira
Maria Cristina Paiva Santiago

Conselho Científico

Adriano Marteleto Godinho
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Heloisa Helena Pinho Veloso
Henrique Ribeiro Cardoso
Jailton Macena de Araújo

Larissa Maria de Moraes Leal
Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Rodrigo Azevedo Toscano de Brito
Wladimir Alcibiades Marinho Falcao Cunha

C748

Conflitos, funcionalização e socialização dos institutos civis (Vol. I) / Organizadores: Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa; Henrique Ribeiro Cardoso – João Pessoa: IDCC, 2018.

137 p.

ISBN 978-85-92966-06-5

1. Conflitos 2. Funcionalização 3. Socialização dos Institutos Civis.
I. Feitosa, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer II. Cardoso,
Henrique Ribeiro (organizadores).

CDU – 347:342

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	1
A BOA-FÉ OBJETIVA ENQUANTO PRINCÍPIO-FONTE DO DIREITO CONTRATUAL: A EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPA <i>IN CONTRAHENDO</i> NO ROMPIMENTO ABRUPTO E INJUSTIFICADO DO MATRIMÔNIO IMINENTE	1
A INCONSTITUCIONALIDADE DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA – POR UM EXPURGO LEGISLATIVO PÓS-MODERNO	18
DIREITO À MORADIA – MEDIDA PROVISÓRIA 759 DE 2016 E O USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTOS PARA GARANTIA DO DIREITO À MORADIA DIGNA.	34
FAMÍLIAS ANAPARENTAIS SOCIOAFETIVAS – DO RECONHECIMENTO À TUTELA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS	46
FUNDAMENTOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	62
O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CIVIL–CONSTITUCIONAL	75
RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS	92
AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DA FAMÍLIA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A PERSPECTIVA DA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	118
A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA: CONFRONTO DO INSTITUTO DO CASAMENTO COM A UNIÃO ESTÁVEL EM FACE DE FAMÍLIA CONCUBINÁRIA	134

APRESENTAÇÃO

O Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC) foi criado em 2012 por iniciativa de docentes da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) com o objetivo de fomentar estudos e pesquisas na área do direito civil em uma perspectiva transdisciplinar.

O IDCC envolve atualmente uma rede ampla de colaboradores, abrangendo pesquisadores do direito de diversas instituições de ensino nacionais e internacionais, que desenvolvem estudos em temáticas correlatas às pesquisas do direito civil, sob o viés da humanização e da garantia da efetivação da dignidade humana, com fulcro nos direitos humanos e na promoção do desenvolvimento.

Desta forma, o IDCC, no seu IV Seminário tenta abordar, da forma mais ampla possível, as mais várias e multifacetadas compreensões acerca do fenômeno jurídico, reunindo pesquisadores do Brasil e do mundo em torno das discussões sobre hipervulnerabilidade, saúde, humanização e os novos direitos sociais, como panorama para a reaproximação entre as discussões que circunscrevem o direito civil e a sua verdadeira vocação para efetivação do bem-estar social das pessoas.

As novas vertentes jurídicas têm levado a crer que a compreensão do direito é difusa e realoca o centro das discussões não apenas nos aspectos normativos da ordem jurídica constitucional. O ser humano, centro e razão da vida social deve ser posto como norte primordial das discussões e das tentativas de solução para os problemas contemporâneos. A obra que ora se apresenta é fruto destas inflexões e inquietações e representam o melhor das discussões e debates que ocorreram no “IV Seminário do IDCC: Novos direitos sociais”, realizado no Hotel Manaíra, em João Pessoa-PB, no período de 18 a 20 de outubro de 2017.

As apresentações e as discussões, tão caras à academia, produziram os artigos científicos que ora se revelam: são frutos importantes uma produção comprometida com as pesquisas

acadêmicas mais profundas e servem de alicerce para novas discussões que levam a própria transformação do direito.

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Jailton Macena de Araújo

A BOA-FÉ OBJETIVA ENQUANTO PRINCÍPIO-FONTE DO DIREITO CONTRATUAL: A EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPA *IN CONTRAHENDO* NO ROMPIMENTO ABRUPTO E INJUSTIFICADO DO MATRIMÔNIO IMINENTE

Fernando Pessoa de Aquino Filho¹

Thiago Pereira Alves²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar e discutir a excepcional aplicação da teoria da culpa *in contrahendo* nos casos de rompimento abrupto e injustificado em um matrimônio iminente. Para tanto, aborda-se, num primeiro plano, a controversa natureza jurídica do matrimônio, assim como um novo olhar acerca de um dos princípios basilares do Direito Contratual, qual seja o da boa-fé objetiva, com o escopo de demonstrar que este exerce não somente uma função norteadora dentro deste ramo específico do Direito, mas, cumpre, também, um papel decisivo enquanto própria fonte do Direito. Em seguida, discute-se a possível aplicação da teoria da culpa *in contrahendo*, concebida originalmente pelo filósofo alemão Rudolph Von Jhering, nos casos excepcionais de rompimento inopinado e imotivado de um matrimônio propínquo, buscando, à luz da mencionada teoria, investigar se os danos provocados em tais situações seriam graves os suficientes a ponto de vilipendiar os direitos da personalidade do nubente abjurado com o propósito final de se averiguar a possibilidade de condenação a uma reparação pelos danos morais ocasionados. A fim de se atingir os objetivos esperados, utilizou-se enquanto procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica, própria da vertente exploratória, bem como a perquirição dos entendimentos jurisprudenciais relacionados ao objeto da pesquisa em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé; Culpa *in contrahendo*; Responsabilidade civil; Matrimônio.

ABSTRACT: This article aims to present and discuss the exceptional application of the theory of guilt *in contrahendo* in cases of abrupt and unwarranted disruption in an impending marriage. To this end, the controversial legal nature of marriage is discussed, as well as a new look at one of the basic principles of contractual law, namely objective good faith, with the purpose of demonstrating that it exercises not only a guiding function within this specific branch of law, but also plays a decisive role as the source of law itself. Then discusses the possible application of the theory of guilt in *in contrahendo*, originally conceived by the German philosopher Rudolph Von Jhering, in exceptional cases of sudden and unjustified disruption of a propinquo marriage. Enlightened by this theory, this research investigates whether the damage caused in such situations would be serious enough to vilify the rights of abjured betrothed personality with the ultimate purpose of

¹ Graduando do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba – DCJ/UFPB. Pesquisador PIBIC/CNPq/UFPB. Monitor de Direito Civil na Universidade Federal da Paraíba – DCJ/UFPB. Monitor de Direito Constitucional na Universidade Federal da Paraíba – DCJ/UFPB (2016). Membro do ramo brasileiro da International Law Association (ILA-Brasil). *E-mail:* fernandoaquinoufpb@gmail.com

² Graduando do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba – DCJ/UFPB. Monitor de Direito Econômico na Universidade Federal da Paraíba – DCJ/UFPB. Membro da Associação Nacional de Estudos Transnacionais – ANET. *E-mail:* thiagoalvesdri@gmail.com

ascertaining the possibility of condemnation to repair the caused damages. In order to achieve the expected objectives, it was used as technical procedures the bibliographic research, specific to the exploratory field, as well as the search of jurisprudential understandings related to the object of the research in question.

KEY WORDS: Good faith; Guilt *in contrahendo*; Civil responsibility; Marriage.

1. INTRODUÇÃO

O grande corolário para justificar a aplicação da teoria da culpa *in contrahendo* é o princípio da boa-fé objetiva. O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou a funcionalização e a repersonalização das relações jurídicas patrimoniais, as quais passaram a adequar-se à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo, sendo a boa-fé objetiva um elemento essencial à reinterpretação do Direito Contratual, a partir da perspectiva civil-constitucional.

É cediço que o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor foram responsáveis pela consolidação de um novo tripé principiológico que viria a nortear o mundo dos contratos: justiça contratual, função social do contrato e boa-fé. Esses princípios trouxeram consigo a relativização da autonomia privada e do “*pacta sunt servanda*” estrito, sob um óptica constitucional, buscando efetivar relações contratuais mais dignas e justas.

Inicia-se, pois, um novo cenário hermenêutico a ser delineado na aplicação do Direito Contratual. A boa-fé objetiva destaca-se como mecanismo norteador da conduta dos contratantes, não só na fase de conclusão e de execução do contrato, mas, também, no período pretérito e superveniente à perfectibilização da avença, tendo as partes o dever de informação e de obediência aos delineamentos da boa-fé objetiva: confiança, lealdade e honestidade.

A partir desse contexto, questiona-se até que ponto a parte deve ser responsabilizada civilmente pela quebra dos deveres anexos da boa-fé objetiva, não só na pactuação dos contratos, mas, especialmente, na fase pré-contratual, onde as partes depositam confiança e esperança sobre

a convenção vindoura. Traz-se à tona, pois, o cenário do rompimento abrupto, repentino e injustificado das mais variadas tratativas negociais, dentre elas: o noivado na iminência da celebração do matrimônio.

O casamento envolve afeto e amor e, justamente por essa complexidade trazida pelo envolvimento sentimental, não pode ser compreendido pelo Direito como um contrato como outro qualquer. Diferente de alguns ordenamentos jurídicos que definiram em lei sua natureza jurídica³, o Direito Brasileiro deixou este mister a cargo da doutrina a qual, por sua vez, se dividiu em três posicionamentos, compreendendo-o como: a) um contrato; b) uma instituição; c) um ato complexo, de caráter híbrido, misto ou eclético. O direito brasileiro defende um meio-termo entre o caráter de contrato e o caráter de instituição desse fenômeno, considerando-o em sua terceira concepção, ou seja, um ato híbrido (JATOBÁ, 2014).

Essa terceira corrente reconhece a coexistência de características contratuais com as institucionais. Para ela, a autonomia da vontade das partes se resume apenas à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar. Por seu turno, efeitos pessoais como alteração do estado civil, surgimento dos vínculos de parentesco, alteração do nome, deveres de fidelidade e coabitação, entre outros, retiram do casamento sua essência contratualista, já que efeitos pessoais não podem ser regulados por contrato.

Nesse diapasão, ratificando a complexidade atinente ao matrimônio, ressalta Venosa que:

o casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2009)

³ A natureza contratual do casamento, por exemplo, dentro do ordenamento jurídico português restou disciplinada nos termos do artigo 1.577 do seu Diploma Civilista, definindo o casamento enquanto um “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem construir família mediante uma plena comunhão de vidas (...)” (PORTUGAL, 1966).

Assim, a doutrina brasileira conclui que o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição, de modo que toma uma feição mista, híbrida e eclética que mescla, de forma mais ponderada, as duas correntes anteriores.

Por possuir caráter contratual no período de formação, há de se falar, embora em caráter excepcional, em responsabilidade civil pré-contratual no âmbito do matrimônio. Esta é, justamente, a responsabilidade por culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, correspondendo à obrigação de indenizar surgida anteriormente à conclusão do negócio jurídico.

O presente trabalho, portanto, buscará, através da metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstrar a excepcional possibilidade da aplicação da teoria da culpa *in contrahendo* em casos nos quais a quebra abrupta e desmotivada do iminente matrimônio transgredir fortemente os direitos da personalidade de um dos noivos. Para tanto, trabalhar-se-á o princípio da boa-fé objetiva como uma faceta da dignidade da pessoa humana no âmbito dos contratos e, além disso, como uma verdadeira fonte do Direito Contratual.

Ao fim, buscar-se-á indicar caminhos para que o ordenamento jurídico possa lidar, de forma mais categórica, com a problemática trazida à baila por este artigo. Para isso, avultar-se-á proposições de uma nova redação do artigo 422 do Diploma Civil Pátrio e, quiçá, a criação de um instituto próprio para agasalhar a responsabilidade civil resultante da culpa *in contrahendo*.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA ENQUANTO PRINCÍPIO-FONTE DO DIREITO CONTRATUAL

As fontes do Direito têm por escopo, assim como nos remete a própria etimologia do sintagma "fonte", fornecer subsídios capazes de possibilitar a descoberta dos fatos da profundidade da vida social que emergem, por sua relevância axiológica, na superfície do Direito.

Os princípios gerais, como fontes, são responsáveis pela edificação do próprio Direito enquanto produto cambiante no tempo e no espaço, sendo eles a fundação de toda a ciência jurídica,

tendo em vista que tudo, tanto na vida como no Direito, deles decorrem. Basta pensar, para se ter um melhor dimensionamento de sua magnitude, que as regras jurídicas constituem-se enquanto irradiações dos princípios que guiam, fundamentam e limitam as relações sociais.

Nesse sentido, partindo da premissa de que os princípios gerais do Direito funcionam, dentro da lógica prática, como verdadeiros condutores da aplicação dos regramentos previstos no ordenamento jurídico, surge o princípio da Boa-Fé, principal responsável pela nova concepção contratualista dentro do arcabouço civil-constitucional.

A boa-fé, na sua forma objetiva, corresponde ao padrão de postura desejável dos sujeitos dentro do âmbito social, cabendo aos indivíduos ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, probidade e lealdade. Nesse diapasão, definir um conceito preciso ou exato para a boa-fé parece se mostrar uma tarefa não só pretensiosa, senão inexecuível, na medida em que tal definição varia de forma casuística, de tal maneira que não se torna conveniente estabelecer, de forma prévia, um sentido estrito, sob o perigo de se engessar a sua valoração.

O objeto do presente trabalho está localizado na seara da fase pré-contratual. Apesar das negociações pré-contratuais não serem vinculantes e, por isso, não serem capazes de, *per si*, obrigarem as partes à conclusão do contrato, é pacífico que se um dos sujeitos constrói uma linha de confiança - contínua e progressiva - de que o negócio jurídico será formado, mas após, abrupta e injustificadamente, interrompe as tratativas do contrato, o outro terá direito a ser reparado. Aquele que é vilipendiado em sua boa-fé, frustrado na sua esperança e confiança de contratar, merece uma proteção do ordenamento jurídico.

A partir desse raciocínio, podemos compreender, pois, a boa-fé enquanto uma verdadeira faceta da dignidade da pessoa humana no cerne das relações contratuais, figurando como um pressuposto genérico de validade das relações jurídicas negociais após a nova configuração civilista na perspectiva civil-constitucional.

Como se vislumbrará, de forma mais aprofundada ao longo deste trabalho, a boa-fé objetiva, sob uma óptica complexa, deve ser entendida como fonte autônoma do Direito. A razão

para tanto é que a transgressão desse princípio norteador da Teoria dos Contratos e de seus delineamentos, por si só, é uma violenta afronta à segurança jurídica que se espera do direito contratual.

Logo, a postura de um indivíduo componente da relação contratual, quando contrária ao *standard* esperado pelos demais sujeitos no contexto social, não configura uma lesão exclusiva ao princípio ora mencionado, mas, sim, um vilipêndio sistêmico a toda lógica civil-constitucional que fundamenta as relações contratuais na contemporaneidade.

3. A APLICAÇÃO DA CULPA *IN CONTRAHENDO* NO MATRIMÔNIO IMINENTE

Superou-se aquela visão marcada pelo liberalismo econômico⁴, a qual concedia primazia absoluta ao princípio da liberdade contratual em detrimento dos valores constitucionais. Como diria o eminente civilista Paulo Lôbo, “*a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)*”⁵.

Nessa nova perspectiva de dirigismo contratual, diferentemente do que se evidenciava com a aplicação do Código Civil de 1916, cabe ao Estado, quando provocado, agir na vanguarda da proteção dos direitos dos participantes da relação contratual, mesmo quando isso implique na minimização da autonomia das partes. Há de se considerar a função social do contrato como princípio basilar, logo, muitas vezes, a intervenção do Juiz-Estado é feita, de forma justa e oportuna, por questão de ordem pública, garantindo a justiça contratual e a equidade.

⁴“*A ideia de igualdade e liberdade dos homens, concebendo o contrato como o justo e o almejado pelas partes, foi sendo repensada, pois a experiência demonstrou que tal concepção privilegiava os economicamente mais fortes, que dominavam o campo das relações contratuais, impondo sua vontade, em detrimento dos economicamente mais fracos. (...) A tendência do direito, portanto, passou a ser a intervenção do Estado nas relações contratuais, possibilitando um maior equilíbrio entre as partes no negócio, que era impossível de ser alcançado na exaltação máxima da liberdade contratual*”. NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. O código Civil na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2013, p. 291 e 292.

⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

É óbvio, todavia, que ninguém é obrigado a manter relacionamento e casar contra a própria vontade, desde que não “atrole” o respeito e a dignidade do outro. O noivado, como o comprometimento entre duas pessoas de se casarem, não gera obrigação legal alguma de casamento, ou seja, um dos noivos pode decidir pelo término do noivado sem que tenha direito, o outro noivo, de propor ação de cobrança de multas, por exemplo, pelo não cumprimento do “acordo” de casamento.

Malgrado o fim do noivado geralmente causar dor e sofrimento para um ou ambos os noivos, tais sentimentos fazem parte da vida em sociedade e, evidentemente, não são suficientes para a propositura de ação cível alguma que objetive reparar lesão à moral de um deles. Não cabe ao Direito, via de regra, intervir nesse cenário.

O problema emerge quando se considera a forma através da qual se deu o fim do noivado, além das circunstâncias do caso concreto. É o que passaremos a analisar, tendo em vista, por exemplo, a ocorrência de danos ao patrimônio do noivo(a) que arca com as despesas atinentes à celebração do casório, bem como a afronta aos seus direitos personalíssimos, o que geraria responsabilização civil e, por conseguinte, o dever de indenizar. O problema não é o fato de desistir do casamento, mas, sim, as circunstâncias através das quais se dá essa ruptura.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DA RUPTURA ABRUPTA E INJUSTIFICADA DO MATRIMÔNIO IMINENTE

Como já dito, mesmo em caráter excepcional, há, sim, de se ressaltar o dever de indenizar relativo à ruptura do noivado, na iminência do casamento, tendo em vista o consequente vilipêndio à honra e à integridade psíquica do nubente surpreendido. Nesse sentido, nas palavras de Antônio Chaves:

[...] há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a ruptura arbitrária e intempestiva das negociações, contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte, se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou. (CHAVES, 1997)

O que se leva em consideração, precipuamente, para configurar a responsabilidade pré-contratual sustentada pela teoria da culpa *in contrahendo*, é justamente a análise do princípio da boa-fé objetiva como verdadeira fonte do Direito. É o vilipêndio a este princípio-fonte do Direito Contratual que sustenta a tese de que, a depender das circunstâncias do caso concreto, haverá dever de compensação por danos morais ao nubente lesado em seus direitos da personalidade, mormente em sua integridade psíquica.

O que se traz à baila aqui, portanto, é a possibilidade de tal situação, a depender da atmosfera do caso concreto, gerar responsabilidade civil sobre o nubente que vilipendia a boa-fé objetiva construída sobre aquele fato jurídico. Como já posto, tal responsabilização se dá em caráter excepcional, apenas.

Nesse sentido, aduz a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROMPIMENTO DE NOIVADO. NÃO COMPARECIMENTO DO NOIVO AO MATRIMÔNIO. DANO MORAL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA O QUE EVITARIA MAIORES CONSTRANGIMENTOS. DANOS MATERIAIS, COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”. (Apelação Cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075, 6ª Câmara Cível do TJ/RJ, Relator: Des. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA, Julgamento em 19/10/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CASAMENTO. CERIMÔNIA NÃO REALIZADA POR INICIATIVA EXCLUSIVA DO NOIVO, ÀS VÉSPERAS DO ENLACE. Conduta que infringiu o princípio da boa-fé', ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa "in contrahendo", pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé', da' ensejo `a pretensão

indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu. (TJ-RJ - APL: 00099238219998190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 29 VARA CIVEL, Relator: HUMBERTO DE MENDONCA MANES, Data de Julgamento: 17/10/2001, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/10/2001)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná aduziu que “o noivado não acarreta a obrigação de casar. Todavia, a doutrina com repercussão na própria jurisprudência (REsp 251689/RJ, Apelação Cível 0282469-5 do TJ/PR), tem admitido responsabilidade civil por ruptura injustificada de noivado.”

Embora a jurisprudência venha, de forma acertada, posicionando-se em favor da excepcional configuração de responsabilidade civil na fase pré-contratual no que tange ao matrimônio, o artigo 422 do Diploma Civil Pátrio, responsável por estabelecer a boa-fé como parâmetro e corolário das relações contratuais, expressa apenas que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”, todavia, é pacífico o entendimento - doutrinário e jurisprudencial - de que o dever de agir sob a égide da boa-fé objetiva se estende à fase pré e pós contratual.

É nesse diapasão, inclusive, que o Enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil, passou a dispor: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Em consonância, o Enunciado 170, aprovado na III Jornada de Direito Civil, reiterou: “Art. 422 A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”.

Evidencia-se, pois, que o fim do afeto no noivado, gerando o rompimento natural de uma relação humana, é plenamente aceitável. Todavia, é a transgressão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva que causa a violação do patrimônio a interesses patrimoniais e extrapatrimoniais da outra parte. Conclui-se que o caso concreto é que definirá, então, se existirá ou não responsabilidade civil, levando-se em conta se houve ou não, ofensa a direito de personalidade.

Tendo por base tais premissas, sendo insurgente a responsabilidade civil sobre a matéria, passemos a demonstrar, detalhadamente, o cabimento dos danos materiais e morais.

Prevê o artigo 186 do Código Civil Pátrio que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Este dispositivo é sustentáculo para as ações de indenização por dano material e de compensação por dano moral.

Nos casos concretos, as circunstâncias do término do noivado próximo à data do casamento demonstram uma evidente obrigação de reparar por parte do(a) noivo(a) que viola a boa-fé, tendo em vista as despesas que um deles assumiu, todas umbilicalmente relacionadas ao matrimônio, por exemplo, contratação do buffet, aluguel do salão de festas, reserva da igreja, compra de acessórios para a decoração, entre muitas outras despesas. Os gastos despendidos em relação ao matrimônio pela parte surpreendida com o rompimento figuram como parâmetro para a reparação por dano material.

A peculiaridade deste trabalho é demonstrar que, embora excepcionalmente, há, sim, total cabimento de compensação por danos morais com a quebra abrupta de um noivado, desde que as circunstâncias desse término afrontem os direitos da personalidade de um dos nubentes. Destarte, há de se levar em consideração o caso concreto, o cenário fático esculpido.

Como de conhecimento, a Magna Carta prevê, em seu artigo 5º, X, o respeito aos direitos da personalidade como cláusula pétrea e direito fundamental. Nesse diapasão, expressa o artigo 12 do Diploma Civil Pátrio, ao tratar dos direitos da personalidade, que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”.

A situação vexatória à qual o nubente, deixado em cima do altar, por exemplo, submete-se, é uma violenta ofensa à honra objetiva e subjetiva do noivo. Através dos dispositivos

mencionados, chega-se à conclusão de que o direito à honra é um direito da personalidade de caráter fundamental, destacado pela própria Constituição da República como tal. Há uma relação direta deste direito com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República esculpido no art. 1º, III, da CRFB e tido como um verdadeiro norte para o Direito privado, interpretado de forma cada vez mais humanizada. Assim sendo, qualquer forma de vilipêndio a esse direito figura como ato ilícito, gerando a necessidade de reparação pelo dano causado.

Como já mencionado, o que gera o dever de indenização por danos morais – sustentado pela teoria da culpa *in contrahendo* - não é, obviamente, o fato de romper o noivado, mas a maneira e o cenário através do qual se dá tal quebra de expectativa e confiança.

Nesse sentido, cabe destacar, inclusive, que os precedentes jurisprudenciais já entendem, a depender do caso concreto, pelo cabimento dos danos morais. Inclusive, no seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o dano moral foi destacado como presumível, ou seja, dano moral *in re ipsa*. Tal fato robustece, pois, a ideia advogada neste trabalho de que é possível que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, seja configurada a responsabilização civil do nubente que rompe o noivado. A seguir, mais um entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1.Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2.Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3.Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4. Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5.A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se

deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6. Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7. Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8. Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9. Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. (...) Dado parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70027032440, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 21/01/2009).

Em primeira análise, é perceptível que, em casos de ruptura abrupta da iminente celebração de casamento, o dano material estaria bem mais evidente que o dano moral, tendo em vista que as despesas com as quais um dos nubentes arca são facilmente comprovadas. Todavia, como visto nas jurisprudências acima elencadas, cabe ao Juiz-Estado analisar as circunstâncias do caso concreto para, sob uma interpretação apta a aduzir se houve, ou não, vilipêndio a direitos da personalidade como a honra, a imagem e a integridade física e o próprio abalo psíquico de quem é lastimavelmente surpreendido com tal quebra de confiança (dever anexo da boa-fé objetiva).

Se um dos noivos constrói um castelo de ilusões, de modo a depositar no outro a verdade da sua intenção, que é o futuro matrimônio, para depois derrubá-lo, sem atender a padrão algum de conduta moral e ética, há de se considerar a indenização por danos morais. A título exemplificativo, deixar a(o) noiva(o) em cima do altar, diante de todos os seletos convidados –

tendo em vista que não se convida qualquer pessoa para uma cerimônia de casamento, mas apenas as mais especiais ou próximas, depois de ter toda a estrutura da celebração e da festa superveniente montada, é uma quebra de confiança imensurável. É, sim, um vilipêndio aos deveres anexos do princípio-fonte da boa-fé objetiva.

O Direito deve respeitar a autonomia das vontades, não intervindo nas situações cotidianas, típicas da vida em sociedade? Sim. Mas, indubitavelmente, há uma linha tênue firmada em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e, quando transcendida, como no cenário trabalhado neste artigo, cabe ao Direito garantir o seu objetivo primeiro: a feitura da Justiça!

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como herança de sua raiz romana, o Direito Civil sempre tutelou, de maneira extensiva e mais diligente, a proteção dos direitos de natureza material, como a propriedade de bens móveis ou imóveis. Tal ideia, empregada desde a Gênese do Direito Privado, perpetuou-se até os diplomas civilistas contemporâneos. Na realidade jurídica brasileira, o mesmo raciocínio fora empregado, como se percebe através da simples leitura de diplomas como o Diploma Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse aspecto, sob uma análise mais profunda, é possível elucidar que esse pensamento voltado à valorização exacerbada do material levou o Direito a se preocupar, menos intensamente, com os direitos de natureza imaterial – ou extrapatrimoniais – inerentes a todos os sujeitos de direitos.

Nesse sentido, é evidente que o presente artigo trouxe à tona um cenário que carece de maior tutela e proteção por parte do ordenamento jurídico. Este deve, de forma mais categórica, sob a égide da boa-fé objetiva como princípio-fonte do direito contratual, abarcar a possibilidade de responsabilização civil no cenário trazido à baila por este estudo. Como visto, a teoria da culpa

in contrahendo, mesmo em caráter excepcional, aplica-se no cenário de rompimento intempestivo do casório iminente, gerando, pois, o dever de indenizar por parte do nubente que “quebrou” a confiança depositada sobre o contrato-instituição do matrimônio.

Nessa esteira, o que se propõe através deste artigo é que o Direito Civil, que passou por um processo contínuo de constitucionalização e, por conseguinte, de humanização, repouse um olhar mais acurado sobre o tema aqui apresentado. Para isso, há de se fazer transformações em fontes do Direito como a lei e a doutrina.

Assim sendo, é imprescindível que se estabeleça, no âmbito legislativo, de uma vez por todas, a modificação do artigo 422 do Código Civil Brasileiro, ampliando o corolário da boa-fé objetiva para uma condição de parâmetro para as fases pré e pós contratual. Embora os Enunciados 25 e 170 da I e III Jornadas de Direito Civil, respectivamente, já tragam esse entendimento, há a premente necessidade de conceder força normativa e vinculante à ideia defendida. Logo, a modificação deste dispositivo do Código Civil, já citado neste trabalho, via Projeto de Lei tramitado no Congresso Nacional, é um avanço que, por seguir toda a lógica de evolução do Direito Civil e de dirigismo contratual, merece uma rápida efetivação.

A proposta complementar deste artigo, de caráter mais ousado, é o robustecimento e solidificação, na doutrina civilista, de uma norma específica para abarcar a responsabilidade civil resultante da culpa *in contrahendo* em casos como o rompimento repentino e intempestivo do iminente casamento. A lógica que sustenta a petulante propositura é a relevância dos direitos de personalidade violados que ensejam a reparação por danos extrapatrimoniais. O ser humano, apenas por humano ser, é titular desses direitos inatos e indisponíveis, os quais devem ser precisamente agasalhados pelo ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2ª edição. São Paulo: Lejus, 1997, p. 208.

JHERING, Rudolph von. **Culpa in contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou nãochegados à perfeição**. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2013. v. 3: Contratos

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível: 00099238219998190001**. Rio De Janeiro Capital 29 Vara Cível, Relator: Humberto De Mendonca Manes, Data De Julgamento: 17/10/2001, Quinta Câmara Cível, Data De Publicação: 22/10/2001

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70027032440**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 21/01/2009

TEPEDINO, Gustavo. **O código Civil na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2013, p. 291 e 292.

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

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA – POR UM EXPURGO LEGISLATIVO PÓS-MODERNO

Mariana Lima Valadares Nunes⁶

RESUMO

O artigo ora apresentado, ao assentar as premissas que possibilitam a definição da monogamia como princípio do Direito de Família, objetiva analisar a constitucionalidade das normas que impõem a monogamia no casamento – e, para alguns doutrinadores, também na união estável –, bem como das sanções civis ao descumprimento destas normas. Considerando insuficiente a pretensão, defendida já à exaustão por alguns, de relativização *in casu* das normas legais que prescrevem a monogamia e julgando constituir subterfúgio frágil a negação desta última como verdadeiro princípio estruturante do Direito de Família, pretende-se demonstrar, primeiramente, que a Constituição Federal não é taxativa quanto aos modelos familiares, sendo possível, portanto, construir nova interpretação que insira no conceito jurídico de família as relações plúrimas; que a obrigatoriedade infraconstitucional da monogamia no casamento e nas uniões estáveis fere o direito constitucional à autodeterminação individual e o direito à intimidade e à vida privada e, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana é frontalmente ferido quando aplicadas as sanções civis pela infração das regras que decorrem do princípio da monogamia. Assim sendo, pugna pela exclusão do princípio, e das regras que dele decorrem, do arcabouço do Direito Familiar.

Palavras-Chave: Princípio; monogamia; inconstitucionalidade.

⁶ Advogada. E-mail: marinalvavaladaresn@gmail.com

ABSTRACT

The present essay, by laying the foundations that make the definition of monogamy as a principle of Family Law fairly suitable, intends to examine the constitutionality of the civil rules that impose the monogamy in marriage - and in civil unions, for some authors. The statement, often made, that the relativization of the monogamy principle and its rules is possible, as well as satisfying, seems inconsistent and non-technical. Therefore, this essay, bringing a new approach to the matter, intends to demonstrate that the Federal Constitution does not display a list of family models, and, consequently, new interpretations can be build to insert other family arrangements rather than only the morally traditional ones; that the Civil Code compulsory monogamy rule and its judicial application violate the constitutional right to individual self-determination and the rights of privacy and private life and, finally, that the principle of human dignity is harmed when the civil penalties that come from the violation of the rules deriving from the principle of monogamy are applied. Hence, a change in legislation comes as desirable in order to achieve plain civil-constitutional conformation.

Key Words: Principle; monogamy; unconstitutionality.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O padrão cultural ocidental da afetividade é claramente monogâmico. Este padrão preceitua que a vigência de um relacionamento afetivo-sexual entre dois indivíduos implica exclusividade sexual e afetiva recíproca; em razão disto, quaisquer outros relacionamentos paralelos e posteriores são tidos como ilegítimos pelo direito⁷ e rechaçados pela sociedade. Também sob o comum nome

⁷ No direito comparado: o Código Civil mexicano, em seu artigo 156, estabelece que "*son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: V- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado*", embora o diploma civil não estabeleça, como o brasileiro, o dever de fidelidade; no Código Civil argentino, encontramos, no artigo 198, entre os deveres do matrimônio, o de fidelidade: "*os esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y*

de fidelidade, a monogamia aparece como exigência muito próxima de unânime entre aqueles que desejam relacionar-se de modo estável e duradouro.

Dado o fato de que a monogamia não existe apenas para embalar sonhos românticos, mas, antes, serve a (e surgiu por causa de) fins patrimoniais, morais e de organização social⁸, o direito dela se ocupa e com ela se preocupa. No direito brasileiro, a monogamia é fortemente tutelada: a lei civil prevê a fidelidade recíproca como dever inerente ao casamento, inexpurgável pela vontade dos cônjuges, e impõe sanções a quem descumprir este dever. O modelo de família é monogâmico, e visa sempre à formação de um único laço afetivo-sexual para cada indivíduo.

Atualmente, o Código civil brasileiro dispõe que as relações *não eventuais* (ou seja, relações que vão além de meros encontros casuais e furtivos) entre os impedidos de casar – para o que aqui interessa, que apenas um ou os dois indivíduos já sejam casados – constituem *concubinato*. Concubinato é o termo utilizado para a formação que, apesar de em tudo se assemelhar a uma família, não é juridicamente reconhecida como tal, por carregar máculas legalmente previstas; dentre elas, está a da infração da monogamia. Salvo quando aplicada a Súmula 380 do STF - ou seja, quando haja patrimônio comum a ser partilhado entre os concubinos - ou quando a concubina recebe indenização pelos serviços domésticos prestados⁹, o direito ignora o concubinato, não lhe outorgando qualquer efeito jurídico. Concubinato, portanto, *não é família* aos olhos do direito¹⁰.

Os deveres conjugais estiveram presentes em todas as codificações civis brasileiras (artigo 231 do Código Civil de 1916 e artigo 1.566 do vigente Código Civil). Estes deveres constituem os

alimentos"; também no mesmo sentido, a título de exemplo, o Código Civil português, em seu artigo 1672; o francês, em seu art. 212 e o paraguaio, em seu art. 154.

⁸ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 19.

⁹ RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres domésticos, a título de indenização por serviços prestados. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 323.909/RS, 4ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.05.07, DJ 04.06.07, p. 355).

¹⁰ SIMÃO, José Fernando. Doutrina nem Jusrisprudência Reconhecem Prestação de alimentos a amantes. http://www.conjur.com.br/2017-mai-21/nao-existe-dever-prestar-alimentos-entre-concubinos#_ftnref2. Acesso em 16/07/2017

efeitos pessoais do matrimônio - efeitos que também se dividem em patrimoniais e sociais, segundo Carlos Roberto Gonçalves¹¹. Os deveres do casamento são cogentes, compulsórios, o que quer dizer que, uma vez tendo contraído matrimônio, ambos os cônjuges sujeitam-se aos “efeitos do casamento”, ou seja, a uma gama de direitos e deveres que correm independentemente de sua vontade¹². Isto faz do casamento um contrato *sui generis*. No mesmo sentido, Orlando Gomes: “O casamento é relação jurídica que compreende indeclináveis direitos e deveres preestabelecidos na lei”¹³. E isto porque se supõe que estes deveres atendem, mais que ao bem-estar do casal, a um anseio coletivo e social, que deseja a estabilidade familiar e vislumbra no casamento a base da sociedade.

Entre estes deveres¹⁴, esteve e está o dever de “fidelidade recíproca”. O casal, para o Direito, não pode dispor dos deveres recíprocos de fidelidade estabelecidos na lei (por exemplo, confeccionando um pacto antenupcial que os renuncie). Caio Mário a Silva Pereira ressalta a obrigatoriedade deste dever, que, a despeito de carregar forte conteúdo moral, não deixa de ser jurídico e, portanto, imperativo¹⁵.

No que toca à união estável, o Código Civil fala em dever de lealdade. A doutrina imediatamente associou este dever com o dever de fidelidade previsto para o casamento. Há quem diga que, na prática, são a mesma coisa¹⁶; para a maioria da doutrina, há o consenso de que, embora o uso de palavras distintas por parte do legislador não possa ser ignorado, o dever de fidelidade está *contido* no dever de lealdade, sendo este último de espectro mais abrangente¹⁷. A nota de

¹¹ GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 6. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181.

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: RT, 2006 p. 142.

¹³ GOMES, Orlando. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 131.

¹⁴ No atual Código Civil: Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 170.

¹⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 103; VAREJÃO, Luiz Augusto. União estável: requisitos e efeitos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 95.

¹⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 741; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, volume 5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 304; GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 6. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 625; LOBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

distinção entre os autores desta corrente está no fato de que, enquanto uns admitem a possibilidade de dissociação entre fidelidade e lealdade, outros parecem rechaçá-la, fazendo da fidelidade corolário inafastável da lealdade - ou assim fazem parecer por não terem, por opção ou esquecimento, trazido à tona a possibilidade de o casal decidir que o pacto de fidelidade não se aplica à relação, como coerentemente fazem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁸, Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹⁹ e Paulo Lobo²⁰. Mais que não se confundirem, fidelidade sexual e lealdade podem perfeitamente dissociar-se, como pensa Pablo Stolze Gagliano²¹. Assim também pensa Maria Berenice Dias²².

DISCUSSÃO

Tendo em mente todo o exposto até o presente momento, põe-se uma indagação: a monogamia é um princípio (carregando, portanto, as características estruturantes, supridoras de lacunas e diretivas próprias destes últimos) ou constitui mera regra? Princípios são, segundo Dworkin, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²³”. Ainda segundo Dworkin, a mesma norma pode ter caráter tanto de princípio quanto de regra.

Foi demonstrado acima que há espaço interpretativo para comportar a conclusão de que, nas uniões estáveis, o legislador não comanda a observância da fidelidade sexual, pois, certamente não por um lapso, se utilizou de palavras diferentes para tratar do mesmo assunto – deveres

¹⁸ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286.

¹⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, volume 5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 304.

²⁰ LOBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

²¹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286.

²² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: RT, 2006 pg. 169.

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

familiares. Não obstante, a interpretação gramática e literal da lei pode não se sobrepujar às motivações de cunho axiológico, que guiam, em maior ou menor grau, todo intérprete ao longo do caminho hermenêutico, já que a fria e racional neutralidade por parte daquele que extrai de um texto o seu significado é utópica. Toda interpretação é eivada das particularidades morais, éticas e experienciais daquele que a produz²⁴.

A inserção da monogamia como *princípio* no direito de família advém de construção doutrinária e da aplicação judicial da lei, ou seja: o preceito da monogamia norteia e embasa posicionamentos jurídicos tanto pela literalidade das regras que o externam – o dever matrimonial de fidelidade, a previsão do concubinato, a consequência da infidelidade na seara alimentar e o impedimento do inciso VI do artigo 1.521 - como também muito por razão da vontade de seus intérpretes, e isto se torna claro quando se compreende que à união estável poder-se-ia dar, perfeitamente, tratamento diverso do dispensado ao casamento quando o assunto é monogamia. Mas não é o que ocorre. O STJ, em decisão recente²⁵, negou a existência de uma união estável constituída posteriormente a outra união estável pelo descumprimento do dever de *fidelidade* por parte do homem. Toda a disciplina da família é estruturada visando à consecução da monogamia, e perseguem este mister a lei e - quando esta parece falhar na missão - seus aplicadores e intérpretes.

Assim, por entender que a monogamia é um valor norteador e fundamentador da interpretação e aplicação do direito de família - verdadeiro estandarte moral inegavelmente erigido a preceito jurídico - é que se crê que ela se acha, hoje, na posição de princípio do direito de família²⁶. Note-se que a disciplina jurídica da família - numa macrovisão que conjuga lei, experiência jurisprudencial e doutrina - se presta à consecução de uma formação familiar monogâmica,

²⁴ TAVARES, André Ramos. A Constituição como suporte interpretativo das leis e códigos: o caso da interpretação conforme a Constituição. In: AGRA, Walber; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; CASTRO, Celso Luiz Braga (Coord.). Novas perspectivas do direito privado. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 85.

²⁵ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/stj-nega-reconhecimento-uniao-estavel-falta-fidelidade>. Acesso em 17/07/2017

²⁶ De acordo: MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 814 e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 107.

exclusivista, voltada para o casal. Neste diapasão, a monogamia é também um princípio (e não só mera regra) estruturador do arcabouço de normas jurídicas voltadas para a tutela da família.

Coloca-se em xeque, a seguir, a afirmação de que o princípio da monogamia pode ser relativizado casuisticamente. Ocorre que eventual ponderação casuística pode ferir de morte a isonomia. A regra do artigo 1.727 do vigente Código Civil é clara: os impedidos de casar constituem *concubinato*. Regras são, como sabido, aplicadas pelo critério do “tudo-ou-nada”: devem ser equanimemente aplicadas aos casos textualmente previstos. A relativização, nestes casos, é um acinte ao sistema e ao princípio da isonomia – sendo este entendido como a dispensa de tratamento igual para os que se encontram em igual situação. É necessário, para o mister proposto, que a pertinência da existência do princípio e das regras seja questionada, e isto se faz tendo como parâmetro nada menos que a Constituição Federal, a Lei Maior. Em sua esteira é que se pode buscar substratos para a retirada da obrigação legal e inafastável da monogamia, pois só a mudança da lei será plenamente satisfatória.

O artigo 226 da Constituição Federal, em seu *caput* e parágrafos, estabelece especial proteção à família e seus integrantes. Inova este artigo ao dilatar o conceito de família, passando a reconhecer como tal a união estável e o arranjo monoparental, sobre os quais não havia menção na Carta anterior. A concepção geral é a de que os deveres conjugais - entre eles o de fidelidade - são frutos diretos da proteção constitucional dirigida à família. Assim pensa Antonio Jorge Pereira Junior, ao comentar o artigo 226 da Constituição Federal²⁷. Neste sentido, e especificamente quanto ao dever de monogamia, também se manifestou o Ministro Marco Aurélio de Mello em voto proferido no Recurso Extraordinário nº397. 762-8/BA, julgado em 3 de junho de 2008, do qual também foi relator²⁸. Portanto, seriam tanto a previsão de fidelidade recíproca quanto as regras civilistas de cunho excludente resultado da interpretação natural e lógica do artigo 226 da Constituição Federal, que protege a família.

²² AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2377.

²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE397762CB.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2012.

Observe-se, contudo, que a Constituição, ao tutelar a família, não o faz numa perspectiva excludente. A Constituição não exclui arranjo afetivo-sexual algum, do mesmo modo que tampouco define o que vem a ser família; só deixa claro o que quer ver ser incluído, não que deve ser excluído. Veja-se, neste sentido, a opinião de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

“A manifestação afetiva, pois, não é necessariamente exclusiva. Ademais, não importa para o Direito impor tipos padrões de comportamentos, pois enquanto houver desejo irão se manifestar relações familiares, entenda-se, *entidades familiares* divergentes daquelas estabelecidas aprioristicamente, de sorte que não há como aprisionar o afeto, restringindo-o às relações de casamento, de união estável e a entidade monoparental.²⁹”

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias, ao afirmar que “a intervenção do estado no âmbito da família deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão³⁰”. A Constituição tem disposições abertas e principiológicas para propositalmente ser receptiva a novos influxos sociais, para que nela se acomodem, sem que seja preciso constantemente reformá-la por vias formais, novas interpretações. O artigo 226 da Constituição Federal é uma destas disposições abertas, não taxativas, oportunizadoras da inserção de novas perspectivas. Assim, recorde-se, ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a possibilidade jurídica das uniões homoafetivas.

Voltando à argumentação que encontra ampla aquiescência - a de que a monogamia está a serviço da proteção da instituição da família – tem-se, primeiramente, que isto pode tanto ser verdade quanto não; é aceitável para a esmagadora maioria dos casais, que não querem ou simplesmente não têm condições emocionais de lidar com a concomitância de parceiros, mas

²⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2839>>. Acesso em: 15 maio 2012.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4__adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2012.

lembre-se de que a dissidência existe. Alguns indivíduos *escolhem* não ser monogâmicos. A monogamia, portanto, não é valor unanimemente caro e valioso a todos³¹.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, primeira parte, afirma serem invioláveis a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Também é princípio constitucional a liberdade, que desmembra-se em liberdades específicas como a religiosa e a de consciência. De fato, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada é desdobramento natural do princípio da liberdade: a concessão de liberdade aos indivíduos implica no reconhecimento de uma esfera individual privada na qual a ação e a abstenção são de livre escolha e que, ademais, deve ser livre da ingerência de terceiros³².

A vida privada do indivíduo deve ser protegida de interferências tanto de particulares como também do Poder Público, como bem anota André Ramos Tavares³³. As interferências são indevidas tanto quanto forem as ações individuais atinentes à vida privada desvinculadas de consequências para terceiros. Ingo Wolfgang Sarlet lembra, ainda, que o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada é emanção natural de outro princípio: o da dignidade da pessoa humana.³⁴ A afetividade e a sexualidade, aspectos importantíssimos da vida humana, são construções íntimas e variáveis de um indivíduo para o outro; a fidelidade, a infidelidade, o ascetismo, a experiência homossexual (e o modo de praticar cada um deles), por exemplo, são caminhos estritamente pessoais. As mudanças da pós-modernidade também atingiram o núcleo familiar. A família enquanto instituição sofreu mobilidade no seu eixo de rotação: se, antes, a família se justificava simplesmente por ser a célula procriadora da sociedade,

³¹ “A antropóloga Miriam Goldenberg, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ouviu 1 300 pessoas, entre 20 e 50 anos. O resultado de seu levantamento mostra que 47% das mulheres e 60% dos homens são infiéis. Já a psiquiatra Carmita Abdo, do Hospital das Clínicas de São Paulo, entrevistou 3 000 pessoas na mesma faixa etária e constatou que 67% dos homens e 23% das mulheres já traíram o parceiro”. Obviamente, este percentual é só o das pessoas que tiveram coragem de assumir as infidelidades. Disponível em http://veja.abril.com.br/160102/p_076.html. Acesso em 15 de maio de 2012.

³² SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 242.

³³ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 655.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 104.

numa unidade indivisível em que ficavam em segundo plano as realizações pessoais de seus integrantes, o individualismo mudou este panorama, fazendo com que cada indivíduo da família tenha seu próprio espaço de direitos, aspirações e de atuação no mundo. O indivíduo substituiu a Ideia. A tendência individualista chega à família fazendo com que os desejos e prerrogativas de seus componentes, individualmente considerados, ganhem preponderância sobre as obrigações inflexíveis em nome da instituição³⁵ – tendência que caminha na contramão da rígida tradição moralista que, durante longo tempo, esculpiu a família.

Assim, o *livre uso da sexualidade* é prerrogativa inalienável da pessoa humana, respeitados os direitos de terceiros. Não cabe ao Estado impor, através de lei, um *dever* de monogamia – como também não caberia ao Estado impor o dever de se ser poligâmico, homossexual ou asceta. Ora. Se duas pessoas, maiores e capazes, consentem a prática da poligamia em seu relacionamento afetivo, por que motivo o Estado negaria chancela a esta situação? A absoluta inocuidade do dever imposto também não deixa de saltar aos olhos: a poligamia já ocorre de acordo com a vontade dos indivíduos, e não seria a falta de lei impondo a monogamia que a criaria. A construção e o amadurecimento do afeto, tanto quanto as inclinações emocionais, não são objeto de estudo nem de controle pelo direito. Suas consequências, sim.

Mas e quando se trata da poligamia desleal, isto é, não conhecida e não consentida pelo parceiro? Com a entrada em cena de um *outro dissonante*, é necessário ir além da discussão de ter ou não o indivíduo o direito de organizar sua vida afetiva como bem queira.

O princípio da monogamia serve, como já dito, à proteção absoluta da família que é formada primeiramente em detrimento da família concomitante formada posteriormente; concubinato *não é família* para o direito. Não proteger o concubinato tem carga moral fortíssima, porque a fidelidade é atributo dos mais caros à moral vigente; outro viés, para o direito, é o da proteção da boa-fé e da punição aos atos maledicentes e desleais. De fato, proteger o concubinato desleal – aquele não consentido pelo primeiro cônjuge ou companheiro – é *proteger* ato realizado à surdina e calcado na quebra da confiança de outrem. Para o direito, essa questão – a da punição da má-fé - vem em primeiro lugar. Importa mais punir os infratores do sistema que tutelar o afeto existente entre eles

³⁵ LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade pós-moralista. São Paulo: Manole, 2005. p. 139.

- como se o concubinato existisse *para denegrir, enganar e ludibriar*, ou seja, como se estas fossem suas finalidades e as razões de sua existência.

Quanto de moralidade há em proteger ente criado a partir da quebra da confiança? E quanto de ético há em desproteger um ente que em tudo é igual a uma família? É este, em termos simples, o embate. Porque o concubinato não é, como hipótese aventada alhures, ente constituído com o fim de enganar. O faz quando é desleal, por óbvio, mas o fim é o da *constituição de uma família*. Existe afeto no concubinato, convivência, projetos em comum, filhos comuns, muitas vezes. Esta, de balde a gênese maculada, é a finalidade do concubinato. Fosse o ente formado por ele outra coisa que não uma família, a instituição social mais forte que existe, os efeitos da proteção irrestrita ao indivíduo inocente não pareceriam tão injustos. Diante do duelo entre punição da má-fé e proteção da família vacilam doutrina e jurisprudência, pendendo, majoritariamente, para a prevalência da primeira.

Claro está que, por trás da proteção constitucional conferida à família encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio mais importante da Constituição Federal, suporte de outras tantas normas fundamentais e um dos *fundamentos* da República. Ao proteger o indivíduo enquanto ente familiar, outorgando-lhe proteção especial por ostentar esse *status*, o Estado reconhece, na manifestação de seu afeto, nos laços sanguíneos que o ligam a outrem, parte importante e inalienável de sua dignidade. Reconhece que o afeto, a convivência, o amor, a ligação íntima (obviamente conjugados a critérios objetivos como o vínculo do matrimônio, laços de sangue ou ainda os requisitos configuradores da união estável), todos estes desencadeiam um estado emocional que precisa ser protegido e amparado.

O ministro Carlos Ayres Britto, no Recurso Extraordinário nº397. 762-8/BA, já comentado alhures pelo voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, proferiu voto em sentido totalmente oposto ao do colega – voto que se reputa sensível, lúcido, corajoso e em absoluta conformidade com a teleologia constitucional. *Verbis*:

“Estou a dizer: não há concubinos para a lei mais alta do nosso país, porém casais em situação de companheirismo. (...) Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e

duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúme pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração ‘é terra que ninguém nunca pisou’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva.”

D`outra forma não poderia ser. A Constituição Federal não faz distinção alguma entre famílias legítimas ou ilegítimas ou diz que determinado arranjo não pode ser reconhecido como família. E como poderia fazê-lo, dado que erige como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, como fins desta, a solidariedade, a justiça e a igualdade? Discriminar um ser humano em sua afetividade em nome da moral não é, absolutamente, fim que se depreende do texto da Lei Maior; proteger a vingança privada nunca poderá ser mais importante que proteger a afetividade solidamente construída, companheiramente edificada. Pensamento interessante a respeito é tecido por **Bruna Barbieri Waquim**, que, em artigo sobre das relações adúlteras no âmbito jurídico, afirma:

Ao contrário do que muitos doutrinados alegam, o Direito tem, sim, ingerência sobre os sentimentos do homem. Ao indivíduo que sente prazer em machucar terceiros, o Direito criou as regras penais. Ao indivíduo que não tem escrúpulos nas negociações com a comunidade, o Direito criou as obrigações e contratos. Ao indivíduo que vive egoisticamente sem pensar sequer em seu futuro, o Direito criou a Previdência. Assim, sentimentos do homem, ou aspectos de sua natureza e personalidade, curvam-se às regras do Direito, sob pena do indivíduo receber determinadas sanções e ser marginalizado do convívio social – tudo para a finalidade do bem maior da vida harmônica em sociedade³⁶.

³⁶ WAQUIM, Bruna Barbieri. Relações adúlteras e União Estável: análise crítica à luz do princípio da monogamia. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/35876>. Acesso em 20 de abril de 2012.

Sim: matar e machucar, agredir, roubar: para isto tem o direito as coibições penais; o Código Civil, como coibidor de atos ilícitos, de má-fé, atentadores da honra, da imagem e do patrimônio. E, para os que infringem a monogamia, as sanções excludentes. Pois bem. De fato, para cada infração, uma sanção. Mas há de se perquirir os danos trazidos pela sanção, ou seja, colocar numa balança hipotética o bem jurídico atingido e o valor a ser protegido. No caso da sanção penal, para uma infração menor, prestação de serviços, pagamento de cestas básicas, quando o condenado for merecedor da substituição da pena privativa de liberdade; para as infrações mais graves, como o homicídio, a perda, sempre temporária, da liberdade. Parece justo - de fato é razoável. Mas podemos vislumbrar a mesma razoabilidade nas sanções de invisibilidade e proscricção para com o afeto humano na infração do princípio da monogamia?

CONCLUSÃO

Não é escopo do presente trabalho defender ou condenar comportamentos. A afetividade, por ser aspecto tão íntimo do arsenal humano, não pode e não deve ser discutida em termos peremptórios; não é objeto passível de definição científica. Abstém-se, portanto, de adotar posicionamento pessoal sobre o instituto da monogamia (ou da poligamia), como fazem alguns autores.

Seria, sem dúvida, desejoso que nenhum cônjuge ou companheiro ludibriasse o outro; que as expectativas afetivas se fizessem sempre cumprir. Mas a realidade, este monstro insensível às quimeras humanas, invade as casas pelas janelas, arromba as portas e, líquida, escorre pelas frestas. Cabe ao operador do Direito, para além de fazer valer o dever-ser, saber lidar com aquilo que *não pode mudar*. Para esses momentos em que a sapiência é especialmente testada, Eduardo Bittar propõe uma “feminilização” do direito:

Em uma cultura pai-centrada, a órbita do jurídico é fundada em um conjunto de práticas de imposição vertical. Já em uma cultura mãe-centrada, a órbita do jurídico pode se transmutar para receber influxos

novos de concepções, que devem albergar, necessariamente, práticas de esforços de mediação, diálogo e entendimento. Não é a mera imposição silenciosa que constrói uma sociedade justa, a partir dos imperativos emanados da figura do pai-Estado, do pai-Leviatã, que amedronta pela ordem e pela convenção, para prevenir do mal maior, para prevenir a desordem total que leva à experiência de morte. Trata-se, com isso, de pensar a feminilização do direito. E isso porque se entende que, quando razão e sensibilidade se encontram, o direito opera justiça³⁷.

Sabe-se - e não são necessárias quaisquer referências estatísticas - que a esmagadora maioria das famílias concomitantes tem o homem como fator comum, e não a mulher. O homem, portanto, é legitimado por lei a não assumir responsabilidades familiares para com sua companheira. As indenizações por serviços prestados e a partilha do patrimônio comum não são suficientes. O aspecto sexista da monogamia, que perpassa toda a história de seu surgimento e consolidação como padrão afetivo-sexual também é apontado como fator causador, ainda nos tempos correntes, de flagrantes injustiças. Ao se perceber este fato, fica claro que a monogamia ainda serve ao sexismo, ao negar à mulher os direitos decorrentes de sua posição como ente familiar, também carecedor de especial proteção do Estado. É necessário, como esclarece Maria Berenice Dias, que a responsabilidade advinda da constituição de uma família pelo homem seja devidamente reconhecida³⁸.

Crê-se que da simbiose entre a lógica e a sensibilidade, entre a ordem e o respeito à diversidade, entre as manifestações do masculino e do feminino, podem sair dos nossos Tribunais e Juízos decisões muito mais justas que as que tivemos até hoje.

Esperemos.

³⁷ BITTAR, Eduardo C.B. O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas - 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 425.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4__adult%2C_bigamia_e_uni%3o_est%2vel_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2012.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2839>>. Acesso em: 13 de maio 2011.

BITTAR, Eduardo C.B. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

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

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.278 de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado, 1996.

BRASIL. Presidência da República. Lei. n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Privilégios masculinos**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_privil%20gios_masculinos%281%29.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio%2C_bigamia_e_uni%20o_est%20vel_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

- FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume 6. Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. São Paulo: Manole, 2005.
- LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIMÃO, José Fernando. **Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes**. http://www.conjur.com.br/2017-mai-21/nao-existe-dever-prestar-alimentos-entre-concubinos#_ftnref2. Acesso em 16/07/2017
- TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, volume 5. Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WAQUIM, Bruna Barbieri. **Relações adulterinas e União Estável: análise crítica à luz do princípio da monogamia**. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/35876>

DIREITO À MORADIA – MEDIDA PROVISÓRIA 759 DE 2016 E O USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTOS PARA GARANTIA DO DIREITO À MORADIA DIGNA.

Anna Karoliny Alves Bezerra³⁹

Paulo Antônio Maia e Silva Júnior⁴⁰

Ramon Terroso Carneiro⁴¹

RESUMO:

O presente artigo objetiva analisar os avanços legislativos no que tange a obrigatoriedade do Estado de garantir o direito à moradia digna, ou até mesmo facilitar o acesso a esse direito. Visa fazer uma reflexão sobre alguns dos instrumentos que tornam possível a regularização da titularidade de imóveis. Esse artigo se deterá na análise da Medida Provisória nº 759 de 2016 e do Usucapião, as inovações e as possibilidades trazidas pela MP 759 de 2016. Foi usado um método de análise crítica do texto Constitucional, das leis infraconstitucionais e defesas em mestrado relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Direitos Humanos, direito à moradia no Brasil, medida provisória nº 759, usucapião, regulamentação das moradias, moradia digna.

³⁹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Extensionista do Projeto “Direito é Saúde: núcleo de assistência jurídica voluntária em ações que envolvam direito da saúde e responsabilidade médica”. E-mail: karol.jp@hotmail.com

⁴⁰ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Extensionista dos Projetos “Direito é Saúde: núcleo de assistência jurídica voluntária em ações que envolvam direito da saúde e responsabilidade médica” e “Endodontia e reabilitação oral: reconstrução de projeto de vida do paciente com neoplasia de cabeça e pescoço”. E-mail: paulojr@paulomaia.adv.br@gmail.com

⁴¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Extensionista dos Projetos “Direito é Saúde: núcleo de assistência jurídica voluntária em ações que envolvam direito da saúde e responsabilidade médica” e “Endodontia e reabilitação oral: reconstrução de projeto de vida do paciente com neoplasia de cabeça e pescoço”. E-mail: ramon.terroso@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Depois que a terra se tornou uma propriedade privada e o capitalismo trouxe a desigualdade social, muitas famílias ficaram sem uma habitação para viver. Os burgueses preferiram construir suas residências nos centros dos bairros, aqueles que não tinham capital suficiente foram sendo marginalizados. Mesmo o passar dos anos esse costume se perpetuou, tanto que nos dias de hoje o maior número de circulação de pessoas e bens se dá nos centros das cidades; as obras de infraestrutura e as melhorias urbanas eram concentradas nos centros dessas metrópoles para beneficiar os ricos, os governadores da coisa pública buscavam agradar aqueles que podiam financiar suas carreiras, garantindo assim suas permanências no poder. As consequências desse círculo vicioso são enormes, mas as debatidas nesse texto são as referentes à moradia.

Com a centralização dos ricos criou-se as comunidades pobres aos redores desses centros, comunidades sem garantias básicas, praticamente auto-suficientes, e é daí que se parte da idéia de “Estado Paralelo de Direito”, por terem sido esquecidos se negaram a cumprir as leis desse Estado que os abandonou, criando suas próprias regras. Atualmente no Brasil, acredita-se que mais de 50% da população possui algum tipo de irregularidade na propriedade de sua moradia, nem todo tipo de irregularidade deve ser associada à pobreza, existem casos de pessoas abastardas que possuem irregularidades em suas unidades habitacionais. Mas os maiores casos estão concentrados nos chamados: loteamentos irregulares.

O presente artigo tratará das políticas públicas que têm como objetivo amenizar o déficit habitacional deste país. No ano de 2016 o atual presidente, Michel Temer, lançou a Medida Provisória nº 759 que tem por finalidade a regulamentação fundiária. O número de famílias que sofrem algum tipo de irregularidade, formal ou material, na propriedade de suas unidades habitacionais, é relevante. A Medida Provisória nº 759 revogou a Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009 conhecida como: “Minha casa, Minha vida” e possibilitou a elaboração da Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017.

1.) O DIREITO À MORÁDIA

Analisando o arcabouço jurídico pátrio, é evidente a tutela dos direitos humanos fundamentais. Juridicamente, é necessário esforço inegável para qualquer tentativa de deslegitimação desses. Normas constitucionais, tratados internacionais ratificados, doutrina e jurisprudência majoritárias corroboram para a inafastabilidade desses direitos ao exercício Estatal.

O direito a moradia, positivado expressamente na Carta Magna brasileira a partir da Emenda 26/2000, detêm relação ontológica intrínseca com os demais fundamentos dos direitos humanos. Não há de se falar em direitos fundamentais sem observância da habitação digna. Inclusive, em sentido amplo, o conceito de moradia ou habitação digna, menos se refere ao espaço material delimitado, cuja função primordial se dá na proteção as intempéries naturais, do que a localidade geográfica com capacidade de fixação emocional, financeira, social do homem. Nas palavras de Edward Coke (Séc. XVI): “a casa de um homem é o seu castelo”.

A morada é pressuposto indispensável da dignidade da pessoa humana. Tanto o é, que sua existência é subtendida em direitos constitucionais, como o direito à intimidade (Art. 5º, X, CF) e a propriedade (Art. 5º, XXII, CF), por exemplo.

Normativamente, em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos(1948) estabelece que:

Artigo 25 - §1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A declaração de Viena(1993), em seu artigo 5º, ressalta a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), expressamente (Artigo 11), elenca, como obrigação dos Estados signatários, a promoção de programas para efetivação de um nível de vida adequado, cuja moradia adequada está inclusa, até o limite de seus recursos disponíveis (Artigo 2º). *In verbis*:

Artigo 11 – 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Artigo 2 – 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Outrossim, em esfera nacional, o direito a moradia já era constitucionalmente implícito antes mesmo de sua positivação expressa no Artigo 6º da carta magna.

O direito à moradia, mesmo antes de sua consagração expressa entre os direitos sociais pela Emenda Constitucional nº26/200, já era considerado por parte da doutrina como direito fundamental implícito, com base no dispositivo que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX). (Novelino, Marcelo. P, 466. 2016).

Pelo corpo de nossa constituição, são numericamente abundantes institutos os quais pressupõem uma moradia já concebida para sua efetivação. Destaque para o salário-mínimo, definido pelo artigo 7º, IV, como:

(...), fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Observando, pois, a força de lei que os tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil detêm, e sua aplicabilidade imediata (Art. 5º, §§ 1 e 2), somados aos princípios constitucionais, além de normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/2001), que convergem ao mesmo plano no tocante ao direito a moradia, temos, enfim, a responsabilidade obrigacional do Estado na promoção de políticas públicas voltadas para efetivação objetiva das diretrizes legais.

Neste sentido, acabou sendo incorporada ao discurso constitucional brasileiro, até mesmo pelo fato de que o direito constitucional positivo assim o exige, a conhecida formulação de Robert Alexy ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das maiorias parlamentares simples. Também por esta razão, os direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material. (SARLET, Ingo. 2009).

O mínimo existencial, se entendido estritamente como mínimo vital – ou seja – as condições básicas de sobrevivência humana, em seu âmago, tem a habitação (em sentido literal de abrigo) como primordial. A satisfação das necessidades mais básicas do homem demandam ao menos um local seguro das intempéries naturais. Contudo, o modelo de Estado adotado pela legislação brasileira, inequivocamente, atribui ao núcleo do princípio dignidade humana, maior abrangência de direitos, no sentido de que a mera sobrevivência do cidadão não é suficiente para o sucesso do exercício Estatal.

2.) DIREITO DE LAJE

Medida Provisória 759 de 2016 modificou a redação do Código Civil e de outras leis do ordenamento jurídico brasileiro para que esse novo tipo de direito sobre bem imóvel passe a

coexistir com os antigos institutos relacionados a propriedade, como o usufruto, hipoteca, penhor e outros.

Esse novo tipo de direito foi nomeado de “Direito de laje” e quase se confunde com a propriedade, mas dela se distingue, por ser uma limitação ao direito dessa. Está relacionado a um bem imóvel e ao uso do espaço aéreo sobre ele, sendo necessário para sua configuração o acesso independente para a via pública. Em uma linguagem popular brasileira seria o famoso “puxadinho”.

Acerca do direito de laje, CARBONARI assevera que este consiste “no poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção, e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito”.

Então estaria relacionado ao direito de propriedade, mas seria menos que esse, pois, o proprietário, desdobra sua propriedade, transmitindo a terceiros os direitos de uso, de fruição e de disposição sobre ela, em parte ou em sua totalidade do espaço aéreo sobre sua propriedade imóvel, mas a uma altura que ainda lhe permita a utilização do solo e/ou do subsolo.

Denomina-se a unidade autônoma titular de um direito de laje acompanhado de sua qualificadora: laje sobreposta. Sendo conhecida pela população apenas como laje. O titular do direito, ou o dono dessa laje, de forma mais técnica pode ser denominado de proprietário horizontal em sobreposição ou proprietário de laje em sobreposição. Já o cidadão, que é igualmente titular de direitos sobre o solo e subsolo do mesmo espaço da superfície terrestre, pode ser denominado de proprietário horizontal sotoposto.

A citada Medida Provisória nº 759, ao criar este novo direito real limitou-se a alterar um artigo do Código Civil em vigor, o de número 1.225, que enumera as diferentes espécies de direitos reais existentes em nosso ordenamento jurídico, nele incluindo um novo inciso (XIII, a laje) e a criar um artigo do mesmo diploma legal, o de número 1.510-A.

Com a entrada em vigor desta Medida Provisória nº 759, o Código Civil foi então acrescido do artigo nº 1510-A, que em sua cabeça e parágrafos enumerados de 1º a 8º fornece a definição e um regulamento elementar deste novo direito real.

Alguns autores criticam a forma que foi tratada esse instituto, ao desvinculá-lo do direito de superfície, que também é sobre projeção vertical de um imóvel, como Otavio Luiz Rodrigues Jr. E Rodrigo Mazei, ao falar:

“Enfim, o novo direito de laje não merece monopolizar toda a coluna. Sobre ele, por certo, escrever-se-ão futuras colunas no Direito Civil atual nos próximos meses. Deve-se, porém, registrar o assombro com a falta de cuidado técnico na elaboração dessa norma, especialmente porque soluções muito mais adequadas poderiam ter sido alcançadas com o já existente direito de superfície.”

A legislação não resolve a questão social referente ao aumento desordenado da densidade populacional, agravado nas áreas periféricas urbanas, geradores de diversos problemas estruturais, principalmente. No entanto, regula essa situação que é fática e traz maior segurança jurídica àqueles que vivem nessas condições.

Com relação ao termo “direito de laje”, caberia alguma alternativa mais adequada, pois, esse termo enseja uma ideia de “propriedade sobre a laje”. Contudo, não se trata disso, posto que, se assim o fosse, o direito exercido seria “na coisa própria” e abrangeria o próprio solo, o que não se dá na hipótese vertente.

3.) SOLUÇÕES POSSÍVEIS A PARTIR DA RESOLUÇÃO NORMATIVA

O país vive uma crise econômica muito forte. Um dos motivos que agrava essa crise é a insegurança jurídica, problemática que afeta diretamente as famílias que vivem em

áreas/loteamentos irregulares. São escassos os incentivos para promoção de melhorias estruturais produzidas pela própria população local, posto que as mesmas não possuem perspectivas futuras de permanência na área. Alguns instrumentos legais possibilitam a regulamentação das moradias. O usucapião é um dos que permite a essas famílias, desde que atendidos os requisitos legais, a titularidade desse imóvel. Mas esse instrumento sozinho não é suficiente para melhorar todo o problema do deficit habitacional no Brasil.

No ano de 2016, o presidente Michael Temer liberou uma Medida Provisória (MP 759 de 2016) que tem como finalidade a regularização fundiária, seja ela urbana ou rural. Essa medida divide a regularização fundiária em dois, a Reurb-S (Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social) contida no artigo 11- inciso I, e Reurb-E (Regularização Fundiária de Interesse Específico) contida no artigo 11 – inciso II. Essa divisão é importante por seu cunho econômico. Os interesses mais atendidos por essa medida são os de caráter socioeconômico, buscando-se amenizar os estragos causados pela desigualdade social.

A medida supracitada é incontestavelmente um avanço legislativo, pois a mesma garante agilidade, desburocratização e até gratuidade (nos específicos) na regularização da titularidade do imóvel. Os instrumentos de melhoria trazidos pela medida são:

i- aumento do rol de legitimados, tornando possível a legitimação também dos proprietários, loteadores ou incorporadores, a Defensoria Pública, o Ministério Público e as entidades da administração indireta;

ii- criação do instituto da **legitimação fundiária** que garante direito real de propriedade a quem detiver área pública ou possuir área privada como sua, com finalidade de habitação;

iii- a medida em seu artigo 31 atribui aos entes federativos a obrigatoriedade de custear melhorias de infra-estruturas urbanas nas áreas que são objetos de regularização fundiária social;

iv- para as famílias que possuam renda máxima de 1800,00 (mil e oitocentos) reais ou as famílias beneficiadas pelos programas do governo é garantido a gratuidade no registro público de imóveis;

v- alteração de artigo 1225 do Código Civil acrescentando o direito de laje ao rol de direitos reais, tornando a laje um direito real é possível ao proprietário do andar de baixo comercializar sua laje (desde que a legislação e o projeto do imóvel permitam a construção), esse caso abarca o fenômeno das comunidades verticais, como por exemplo, a Comunidade da Rosinha- RJ, as unidades habitacionais construídas nas lajes agora poderão ser regulamentadas, separadas e passarão a ter matrículas e registro público de imóvel individuais; vi- essa regularização citada no item “v” se estende também aos conjuntos habitacionais criados pelo governo e imóveis localizados na zona rural, desde que tenha finalidade urbana;

vi- uma mudança trazida pela MP em sua artigo 40 é que ao ente federativo é garantido o direito de regresso em face daqueles que deram início a essas construções irregulares;

vii- foi estabelecido uma ordem adversa da contida na lei federal 11.977/2009, que antes era concedido primeiro a legitimação da posse, para depois de cumprido um prazo de cinco anos poder se conceder a titularidade definitiva, porém depois da elaboração dessa medida, é concedido o direito de titularidade logo após registro único de titularidade, ou seja, ocorre aí uma celeridade enorme, caso seja comprovado que a pessoa possui como sua área urbana repassasse a regulamentação dessa titularidade;

viii- de acordo com a medida áreas públicas podem ser objeto de doação também, diferente da lei federal 11.977/2009 que permitia apenas a concessão de uso para fins de moradia;

ix- resolve a celeuma de forma coletiva, de forma eficiente, rápida e eficaz.

Delimitações e requisitos para a aplicação de tal medida, estão contidos no artigo 21, parágrafo 4º e incisos I, II e III. Além desse rol taxativo de requisitos, há também exigências específicas da medida como: está contida em área pública ou privada que faça parte do núcleo urbano informal consolidado, será cobrado critério temporal de ocupação e é necessário que essa ocupação já seja existente desde a data da publicação da medida.

O capítulo V da medida traz em seu artigo 33, incisos de I a VII, todo o procedimento necessário para a realização da regularização fundiária. O capítulo V, em seus artigos 22 ao 47, tratam de “Do Processo Administrativo” dessa medida. Nos casos da Reurb-E os custos de infraestrutura e melhorias urbanas ficaram por conta dos proprietários dos núcleos habitacionais. Pois como já foi dito, nem toda moradia irregular está atrelada à baixa renda.

O usucapião continua sendo um instrumento importantíssimo para a declaração de direito real à propriedade. Ele possibilita, de forma genuína, a reavaliação do cumprimento da função social da propriedade. O cidadão que detém, cuida, fomenta de forma mansa e pacífica uma unidade habitacional por mais de cinco anos ininterruptos possui o justo reconhecimento deste direito a propriedade. Porém, o mesmo trata dos casos de forma individualizada, resolvendo de forma casuística.

Cada instrumento de regularização da propriedade é dotado de peculiaridades particulares. Contudo, todos findam amenizar efetivamente o grave e significativo deficit habitacional brasileiro.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que, apesar das críticas dogmáticas significativas e relevantes, a Medida Provisória nº 759/2016, convertida na Lei nº 13.465/2017, detém relevante avanço legal no tocante ao direito à moradia. A figura do proprietário de laje é real no Estado brasileiro, cabendo, ao ordenamento jurídico, abarcá-lo, na medida do possível, visando a ordem social.

O deficit habitacional brasileiro é problema crônico e consequência da conjuntura histórica de nossa sociedade em âmbito institucional e privado. É evidente que não há medida legal singular capaz de erradicar tal problemática. Entretanto, é mister a modernização legislativa em cooperação com os Entes Público e os sujeitos particulares no sentido de materialização de melhorias sociais.

Por fim, como dispõe o artigo 1º, III, da carta maior, sendo a dignidade princípio norte de nossa ordem, além dos direitos humanos entendidos como indivisíveis e interdependentes, é irrazoável que haja o esvaziamento semântico do referido sistema, provocado pela inviabilidade de adjudicação das demandas sociais, justificada pela reserva do possível ou entendimento diverso quanto a natureza deste direito(direito à moradia digna). A ponderação de valores se faz primordial, posto que não raramente as prioridades orçamentárias do poder executivo não estão em sintonia com as necessidades públicas. Ademais, o amplo amparo jurídico, demonstrado no presente trabalho, aos referidos direitos, faz-se suficiente para afastamento de dúvidas de mérito.

RIGHT TO DWELLING - PROVISIONAL MEASURE 759 OF 2016 AND THE USUCAPION AS INSTRUMENTS TO GUARANTEE THE RIGHT TO THE DIGNA DWELLING.

ABSTRACT:

The present article aims to analyze the legislative advances regarding the obligation of the State to guarantee the right to decent housing, or even facilitates access to this right. It aims to reflect on some of the instruments that make possible the regularization of ownership of real estate. This article will focus on the analysis of Provisional Measure No. 759 of 2016 and Usucapião, the innovations and the possibilities brought by MP 759 of 2016. A method of critical analysis of the Constitutional text, of the infraconstitutional laws and defenses in masters related to the theme.

Keywords: Human Rights. Ownership Rights. Provisional Measure nº 759/216.

REFERÊNCIAS

AMBIENTAIS, SOCIAIS E JURÍDICAS. Disponível em:<<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/3743/2/RAFAEL%20AMORIM%20MARTINS%20DE%20S%C3%81.pdf>> Acesso: 02 de out de 2017

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

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção, O direito de superfície sob nova perspectiva. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458, acesso em 11 de outubro de 2017.

DE CASTRO, Paola. Novo panorama da Regularização Fundiária Urbana de acordo com a Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://iregistradores.org.br/o-novo-panorama-da-regularizacao-fundiaria-urbana-de-acordo-com-a-medida-provisoria-no-759-de-22-de-dezembro-de-2016/>>. Acesso: 04 de outubro de 2017.

LET., Ingo Wolfgang Sar. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17781906/os-direitos-sociais-como-direitos-fundamentais-contributo-para-um-balanco-aos-vi>>. Acesso em: 01 out. 2017.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759 DE 2016 (REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA). Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127879>>. Acesso: 02 de out de 2017;

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/NovasAquisicoes/2011-09/904558/sumario.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Um Ano Longo Demais e os seus Impactos no Direito Civil Contemporâneo, disponível no: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo> acessado em 11 de outubro de 2017.

FAMÍLIAS ANAPARENTAIS SOCIOAFETIVAS – DO RECONHECIMENTO À TUTELA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

SOCIO-AFFECTIVE ANAPARENTAL FAMILIES – FROM RECOGNITION TO PROTECTION OF INHERITANCE RIGHTS

Jamara Rayssa Camelo da Silva⁴²

RESUMO

O presente estudo intenta abordar a pluralidade de espécies de família, promovendo, em especial, o reconhecimento da família anaparental como uma entidade familiar, partindo da análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da pluralidade das formas de família, bem como, da observância dos entendimentos doutrinários majoritários e as jurisprudências dos Tribunais firmadas acerca da socioafetividade, que precisou ser considerada diante das novas representações sociais e novos arranjos familiares. Junto a essas mudanças sociais, o Direito, afim de cumprir a sua função social, foi forçado a sofrer alterações. Em que pese, tenha sofrido transformações significativas ao longo da história, a legislação civil ainda tem se mostrado insuficiente para alguns institutos, compreendendo lacunas que precisam ser preenchidas, a fim de se proporcionar a devida segurança jurídica aos membros da sociedade. E, é nesse sentido que o presente trabalho buscará examinar os efeitos civis resultantes do reconhecimento das famílias anaparentais socioafetivas, de forma específica, a tutela dos seus direitos sucessórios, a partir de uma apreciação crítica sobre a ausência de legislação expressa, e como tal supressão tem fortalecido nos últimos anos o uso dos princípios jurídicos como norteadores, alicerces do ordenamento pátrio, e promovido a constitucionalização do direito civil. Finalmente, apresentará quais caminhos vêm sendo traçados pelas recentes decisões judiciais e quais alternativas têm se apresentado oportunas à preservação de tais direitos civis.

PALAVRAS-CHAVES: família anaparental; socioafetividade; direito de família; direito sucessório.

⁴² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e-mail: jamaracamelohotmail.com

ABSTRACT

The present study attempts to approach the plurality of family types, promoting, in particular, the recognition of the anaparental family as an family entity, starting from the analysis about the principle of human dignity, affectivity and plurality of family structures, as well as the observance of the major doctrinal understandings and jurisprudence of the Courts signed on socio-affectivity, that had to be considered in the face of new social representations and new familiar arrangements. Along with these social changes, the Law, in order to fulfill its social function, was forced to undergo changes. Even though it has undergone significant transformations throughout history, civil legislation has still proved insufficient for some institutes, including gaps that need to be filled in order to provide due legal certainty to members of society. It is in this sense that the present paper seeks to examine the civil effects resulting from the recognition of anaparental socio-affective families, specifically, the protection of their inheritance rights, based on a critical appraisal of the absence of express legislation, and as such a suppression has strengthened in recent years the use of legal principles as guiding principles, foundations of the national order, and promoted the constitutionalization of civil rights. At last, it presents what paths have been drawn by the recent judicial decisions and what alternatives have been opportune to the preservation of such civil rights.

KEYWORDS: anaparental family; socio-affective; family right; inheritance right.

1. INTRODUÇÃO

A todo tempo inúmeras mudanças cingem a sociedade, o mundo está em constante mutação. De modo que nem mesmo aqueles institutos tidos como inabaláveis conseguiram desviar de tal afetação, de modo especial o instituto denominado família, que por ser a base da sociedade, tem inevitavelmente e simultaneamente, se moldado aos novos arranjos sociais.

Nesse sentido, não há óbices de que a família do séc. XVI não é a mesma do séc. XXI, por exemplo. Na verdade, no século XXI sequer há como se manter a ideia de família como sendo um substantivo singular e sim, um substantivo plural. A família que antes era um único modelo organizacional, composta sempre pelos mesmos protagonistas, passou a ter uma pluralidade de formas e composições, dando espaço, então, às famílias. Pois, como bem menciona Jones

Figueiredo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações.⁴³

Assim sendo, o presente artigo tem como intento analisar, a partir do desdobramento social e jurídico, uma das espécies de família da sociedade contemporânea: a família anaparental, que se constitui através da afetividade⁴⁴ existente entre indivíduos que não necessariamente precisam estar ligados por algum vínculo consanguíneo ou de natureza sexual. Na família anaparental, conforme leciona Maria Berenice Dias (2016), não há uma hierarquia entre gerações, podendo vir a ser constituída pelos irmãos, entre parentes ou até entre pessoas sem laço de consanguinidade, mas cuja convivência forma uma entidade familiar.

Após demonstrados os motivos que levam ao convencimento da existência dessa entidade como espécie familiar, se faz necessário estudar as implicações jurídicas desse reconhecimento, em especial, a garantia dos direitos sucessórios resultantes dessa relação, sob o prisma civil-constitucional. Para tanto, é forçoso iniciar tal aprendizado partindo de uma análise comparativa da evolução social e constitucional do instituto família.

2. REFLEXOS DAS MUDANÇAS SOCIAIS NA FAMÍLIA BRASILEIRA

Quando estamos diante da palavra família é comum que, ainda nos dias de hoje, alguns de nós sejamos conduzidos a atribuir tal instituto à figura de duas pessoas de sexos opostos, unidas pelo matrimônio, acompanhadas de dois ou mais filhos. Isso porque nos últimos séculos a família só era reconhecida como tal quando organizada desta maneira. Esse modelo familiar, reconhecido pela sociedade como sendo a família tradicional, manteve-se por muitos anos como único legalmente reconhecido e gerador de efeitos jurídicos. Muito embora, saibamos que no passado muitas das entidades familiares, que hoje são consideradas como espécies de família, já existiam, porém, a partir da adoção da família tradicional como sendo a única, as demais passaram a não ser reconhecidas como legais.

⁴³ Jones Figueiredo Alves, Abuso de direito no direito de família, p. 482.

⁴⁴Professor Paulo Lôbo conceitua como sendo: “O princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações e na comunhão de vida, com primazia sobre interesses patrimoniais, hereditários ou biológicos”. (Paulo Lôbo, Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro, p. 1)

Parte dessa concepção de família patriarcal e matrimonializada se deu por influência religiosa. Para a Igreja Católica, as relações afetivas aceitáveis eram aquelas que decorressem do casamento entre um homem e uma mulher, visando prioritariamente a procriação e a perpetuação de ensinamentos morais e religiosos. Essa ideologia trouxe consigo a reprovação de determinadas condutas que, quando praticadas fora dessa entidade sacralizada, eram tidas como abomináveis, a exemplo do sexo antes ou fora do casamento – adultério – e do filho gerado de uma relação extraconjugal – bastardia.

Como no Brasil, até o final do século XIX, o Clero ainda exercia forte influência sobre o Estado e as relações privadas, suas ideologias refletiam diretamente nas leis, bem como, nos conceitos de moralidade e eticidade. Prova disso se dá pelo Código Civil de 1916 que, em se tratando de família, buscou a manutenção de vários institutos que circundavam a proteção da família hierarquizada e patriarcal constituída a partir do casamento indissolúvel, na qual a mulher estava subordinada ao marido e os filhos eram meros sucessores do patrimônio da família, como veremos de forma mais esmiuçada adiante.

Diante disso, podemos verificar que talvez a dessemelhança mais significativa entre a família anaparental e a família tradicional conservadora seja essa: a origem do núcleo familiar. A família anaparental desvencilha-se da ideia de hierarquia entre seus membros, bem como, da obrigatoriedade de existência de laços consanguíneos. O que se valoriza aqui são os vínculos afetivos construídos entre seus entes e a sua finalidade real, que consiste na realização e felicidade mútua, livre de qualquer preceito econômico, racial ou social.

A família tradicional, por outro lado, surge da união advinda da celebração do casamento, que entre os sécs. XVI e XIX, representavam verdadeiros contratos conjugais⁴⁵ pelos quais famílias mantinham ou alcançavam interesses econômicos. Os motivos de ordem afetiva raramente contribuíam para o firmamento de uma união conjugal. De modo que, o casamento não representava uma união amorosa entre os indivíduos, e essa sequer figurava como pressuposto necessário à relação conjugal (COSTA, 1976).

⁴⁵ Expressão usada por Jurandir Freire Costa em seu livro *Ordem médica e norma familiar* – Rio de Janeiro: 1979, p. 215-216.

A influência da Igreja sobre o Estado também contribuiu para esse engessamento do afeto. Ambas instituições utilizaram o matrimônio como forma de exercer um controle sobre a sociedade, isso se verifica claramente na, já mencionada, indissolubilidade do casamento, onde vigorava a máxima do “até que a morte nos separe”. Uma vez casado, esse vínculo era *ad eternum*, pouco significando a satisfação e felicidade dos membros na constância do casamento (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Ainda, como bem explana Jurandir Freire Costa (1976), não bastasse o interesse econômico supramencionado, na celebração do matrimônio também circundavam interesses sociais e preconceitos raciais que corroboravam para o distanciamento do afeto nas alianças conjugais. A escolha dos futuros genros e noras a partir de critérios étnicos, poderio econômico e família a qual pertenciam era uma postura comum. Inclusive, a endogamia não era uma prática estranha, inúmeros casamentos foram celebrados entre parentes próximos como, por exemplo, tios com sobrinhas e primos com primas, como forma de se manter o poder econômico na posse da mesma família e de se evitar a miscigenação.

Passadas várias décadas, mais precisamente, após a industrialização, o cenário social inicia a sua transição acarreado de mudanças que alcançam o seio familiar. Num primeiro momento, tem-se a migração da população do campo para a cidade, atraída pela ilusória expectativa de melhores condições de vida e, posteriormente, temos a inserção da mulher no mercado de trabalho. Ainda que tímida, essa participação da mulher na manutenção financeira do lar já foi significativa para o rompimento do paradigma de que a mulher estava fadada à serventia doméstica e cuidado dos filhos, enquanto que o homem estava incumbido do glorioso dever de manter a ordem e o sustento da família.

Além disso, também não podemos deixar de memorar que a ciência e os avanços tecnológicos também corroboraram para as mudanças das estruturas familiares, inclusive na própria constituição dos núcleos familiares. As reproduções assistidas, por exemplo, preconizaram grandes avanços no campo jurídico. Vez que, ao desvincular a maternidade da conjunção carnal, possibilitou à mulher o direito de ser mãe sem a necessidade de ter um parceiro para assumir a paternidade do seu filho, contribuindo, assim, para o reconhecimento das famílias monoparentais. Já a produção assistida, através do uso das técnicas de inseminação artificial, permitiu aos casais

que possuíam algum tipo de infertilidade, a possibilidade de constituírem um núcleo familiar sem que o fator biológico lhes representasse qualquer impedimento, protagonizando, por conseguinte, o vínculo socioafetivo existente (PEREIRA, 2013).

Mais adiante, após anos de enfrentamentos e lutas por direitos, podemos observar com clareza que essas quebras de paradigmas conduziram à uma relação familiar mais igualitária e cooperativa entre o homem e a mulher, de modo que algumas atribuições familiares que antes eram exclusivas da mulher passaram-se a também serem executadas pelos homens e, do mesmo modo, no sentido inverso. Como bem sintetizam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves toda essa evolução:

(...) a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes. (2015, p. 5)

Desta forma, é inegável que essas reconfigurações sociais tenham sido consequência direta da redemocratização pela qual o Brasil passou no período pós-ditadura. A Carta Magna de 1988 trouxe, junto com o Estado Democrático de Direito, a família democrática, onde o poder patriarcal cede espaço ao diálogo e cooperativismo entre os membros, onde a dignidade da pessoa humana, reafirmada pela valorização do eudemonismo, sobreleva quaisquer valores patrimoniais. A família avança da compreensão como sendo núcleo econômico e reprodutivo para uma compreensão socioafetiva, trazendo à baila novas representações sociais e arranjos familiares (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

3. AS TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO BRASILEIRO

As mudanças pelas quais a família passou, forçou a legislação às mais diversas alterações. Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, algumas alterações legislativas já apresentaram certa relevância, como, por exemplo, o Decreto nº 181 de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu à mulher casada a plena capacidade e assegurou-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho, como também, o instituto do Divórcio (EC 9/77 e Lei nº 6.515/77), que acabou com a

indissolubilidade do casamento, extirpando a concepção religiosa que denotava a ideia da família como sendo uma instituição sacralizada. (DIAS, 2016)

Entretanto, o grande salto rumo à tutela das famílias se deu mesmo pela Magna Carta de 1988, ao tratar da família e instituí-la como sendo a base da sociedade, concedendo ao Estado o dever de protegê-la e assisti-la⁴⁶, o que antes, devido à dicotomia entre direito público e privado, estava centralizado no Código Civil, que detinha de forma isolada a disciplina das relações privadas.

Ao longo dos anos, pôde-se perceber que, em alguns aspectos, o Código Civil não mais acompanhara as transformações sociais, tornando-se incapaz, por si só, de sanar os conflitos sociais e suas complexidades. E foi diante dessa conjuntura que a “constitucionalização do direito civil” se apresentou como oportuna ao ordenamento jurídico. Como bem leciona Paulo Lôbo (2013), “a constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que tomou corpo principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais”.

A Constituição Federal de 1988, ao intensificar a força normativa dos princípios, exigiu do intérprete uma melhor análise da norma diante de cada caso concreto. Reivindicando, assim, uma visão mais humana e menos patrimonialista das relações privadas, bem como, proporcionando uma aplicabilidade mais eficaz e incisiva da norma constitucional nas mesmas.

Nesse sentido, podemos afirmar que o direito de família foi um dos ramos do Direito Civil mais afetados por esta nova roupagem. Os princípios constitucionais que circundam o direito das famílias são inúmeros, indo desde o macro princípio da dignidade da pessoa humana, o qual sustenta todos os demais, até o mais recente, porém, de suma importância, princípio da afetividade.⁴⁷ Esses, ao se tornarem essenciais à apreciação de qualquer relação que trate de família,

⁴⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, Código Civil Brasileiro, 2002.

⁴⁷CUNHA, Rodrigo Pereira. Uma principiologia para o Direito de Família. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1871_1893.pdf> Acesso em: 06 de setembro de 2017.

fizeram nascer uma necessária revisão dos institutos de direito das famílias e adequação das suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional.

Tem sido através da observância dos princípios que importantes conquistas no cenário jurídico brasileiro vêm sendo alcançadas. Dentre as quais, podemos destacar a recente e emblemática posição adotada pelo STF ao equiparar a proteção dos direitos sucessórios da família constituída pelo casamento às famílias formadas pela união estável, seja por pares heteroafetivos ou homoafetivos. Tal equiparação restou verificada nas decisões dos julgamentos dos Recursos Extraordinários (REs) 646721⁴⁸ e 878694⁴⁹, nos quais foi aprovada a tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil⁵⁰, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens.

Oportuna e relevante se faz a análise dos fundamentos usados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, relator do supracitado RE 878694, ao proferir seu voto no RE 646721, que tratava do direito sucessório do companheiro sobrevivente de uma relação estável homoafetiva mantida por mais de 40 anos. O Ministro destacou, num primeiro momento, a proteção dada pela Constituição às diferentes famílias, constituídas além do vínculo do casamento, e em momento posterior, pontuou que, apesar de ter entrado em vigor em 2003, o Código Civil de 2002 foi produto de um debate da década de 70, o que fez com que, ao tempo que foi aprovado, o Código já não acompanhasse mais as questões atuais do direito de família.

Assim, não resta óbice quanto a importância e significação da valoração dos princípios trazida à baila pela Carta de 1988 para o Direito das famílias, pois, assim como demonstrado no caso concreto acima, no qual os princípios da dignidade da pessoa humana e da pluralidade das formas de família foram indispensáveis para o reconhecimento dos direitos sucessórios da família constituída pela união estável, também esses e tantos outros princípios tornaram-se essenciais para se alcançar o próprio reconhecimento de outros diversos núcleos familiares, como também, os

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646721. São Martin Souza da Silva. Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de maio de 2017.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694. Maria de Fátima Ventura. Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2015.

⁵⁰ “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil”

direitos decorrentes desse reconhecimento, como é o caso das famílias recompostas e das famílias anaparentais – objeto de estudo desse trabalho –, bem como, a tutela dos seus direitos sucessórios, que devem o seu reconhecimento especialmente ao princípio da afetividade, como se passa a apreciar a seguir.

3.1. Famílias anaparentais socioafetivas

O elemento essencial ao atual conceito de família é o afeto. O afeto ganhou *status* e relevado valor jurídico, e em consequência dessa valoração diversas entidades familiares alcançaram novas percepções e se encaixaram no chamado conceito de família socioafetiva, com amplo reconhecimento jurídico na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Isso porque, após o desaparecimento da família patriarcal, a família passou a ser “um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade”⁵¹ e o ambiente familiar deve prezar pela dignidade e felicidade pessoal de cada um dos seus membros, pelas conquistas pessoais, a partilha do sofrimento, enfim, todos os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito⁵².

O vínculo consanguíneo, antes essencial, abriu espaço ao reconhecimento do vínculo afetivo existente entre os membros, como o legislador felizmente avançou ao reconhecer no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.593⁵³. E é nesse espírito que devemos tutelar o pluralismo familiar e aquiescer as novas formas de família e de filiação, tal qual a filiação socioafetiva, que se funda na posse de estado de filho, e as famílias parentais ou anaparentais, assim chamadas em razão da inexistência de ancestralidade, que podem ser constituídas por irmãos, por tios-avôs e sobrinhos-netos, por tios e sobrinhos ou até mesmo por dois amigos, desde que os membros tenham o propósito comum de constituir uma entidade familiar.

⁵¹ LÔBO, Paulo, Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em 07 de setembro 2017.

⁵² Expressão usada por Maria Berenice Dias em sua obra DIAS, Maria Berenice. Lar: lugar de afeto e respeito. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_lar_-_lugar_de_afeto_e_respeito.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

⁵³ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, Código Civil, 2002.

Para a identificar a posse de estado de filho da filiação socioafetiva, Flávio Tartuce (2017) se apodera dos critérios expostos pelo Ministro Luiz Fux, quando relator do Recurso Extraordinário 898.060, quais sejam: i) o tratamento (*tractatus ou tractatio*), relativo ao fato de que entre si e perante a sociedade as partes se comportam como pais e filhos; ii) A fama (*reputatio*), que representa a ampla repercussão desse tratamento, com reconhecimento geral da situação que se concretiza perante a comunidade; e, por último, iii) o nome (*nominatio*), quando a situação fática revela que o filho utiliza o sobrenome do seu pai afetivo ou é conhecido onde vive pelo nome do pai. Mas, como bem assevera o próprio autor, esse último critério não é primordial ao reconhecimento da posse de estado de filhos e parentalidade socioafetiva.⁵⁴

Já a família moderna, para além do afeto, podemos observar-se a estabilidade e a ostensibilidade. Tal conclusão se dá através de análise feita pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo que, ao extrair os dados de uma pesquisa realizada pelo IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), na qual foram traçados os perfis familiares, pôde identificar os elementos comuns que sinalizam se determinada relação pode ser considerada como uma entidade familiar ou não, quais sejam: afetividade, estabilidade e ostensibilidade.⁵⁵

Observe-se que em ambos os casos, os laços afetivos aqui considerados não se tratam de relações efêmeras ou encobertas, mas sim, de vínculos permanentes, explícitos e voluntários, de modo que os indivíduos naturalmente se afirmam, agem e são reconhecidos socialmente enquanto entes familiares. Ouso, inclusive, diante de análise social prática, aditar uma característica também existente, mas não essencial à esta relação, que é a colaboração financeira existente entre os membros. Essa característica se torna bastante evidente quando o vínculo afetivo se dá com o envolvimento de menores. Não é raro os casos em que o padrasto ou madrasta assume, de forma voluntária, responsabilidades ou obrigações para com aquele enteado(a) que, para ele(a), ocupa posição de filho(a), a exemplo disso podemos tomar o pagamento de mensalidade escolar, manutenção de necessidades básicas, como alimentação e vestuário. Também pode se verificar essa característica na relação entre dois irmãos que, solteiros e órfãos

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil, volume 6: direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵⁵ LÔBO, Paulo, Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em 07 de setembro 2017.

de pai e mãe, empregaram forças e, de forma solidária um com o outro, construíram seu patrimônio e partilham suas obrigações.

Diante disso, levando-se em consideração o agrupamento de todos esses elementos, princípios e preceitos constitucionais, se determinada relação estiver compreendida desses e, portanto, restar identificada enquanto entidade familiar, a ela deve ser garantida toda proteção que o ordenamento pátrio prevê à família, não sendo cabível atribuir a ela ou a qualquer de seus membros nenhuma distinção, pois tal medida configuraria grave violação de direitos e garantias. E, é nesse sentido que as famílias anaparentais, ao serem reconhecidas enquanto entidades familiares, devem ter resguardados seus direitos e deveres, como, por exemplo, obrigação de prestar alimentos e o direito à herança.

4. O DIREITO SUCESSÓRIO DAS FAMÍLIAS ANAPARENTAIS

O direito das sucessões surge quando um direito ou um bem puder ser transferido para outra pessoa em razão da morte do seu titular. Essa transferência poderá se dar pelo cumprimento da vontade expressa do *de cuius* por via testamentária ou, na ausência dessa, pela vontade da lei, que vai determinar que são os herdeiros legítimos ao recebimento da herança.

O artigo 1.829 do Código Civil de 2002 traz a ordem da vocação hereditária, que compreende preferência aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Na ausência desses, herdam os ascendentes, também em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Na ausência de ascendentes e descendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente. Finalmente, na ausência de todos os anteriores, herdam os colaterais até o quarto grau. Dentre esses, apenas os colaterais se apresentam como herdeiros facultativos, os demais foram consagrados como necessários pelo próprio artigo 1.845 do mesmo Código.

Da análise dos artigos que tratam do direito sucessório, aparentemente não há complexidade alguma, os dispositivos são bastante objetivos. Num primeiro instante, não nos parece demonstrar qualquer objeção aos direitos sucessórios das famílias socioafetivas, pelo menos no plano da filiação socioafetiva, que desde o Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito

Civil⁵⁶ já vem sendo amplamente difundida pela doutrina e pelos Tribunais, juntamente com a noção de multiparentalidade.

Os Tribunais Superiores têm se posicionado pelo reconhecimento do vínculo da socioafetividade, da paternidade e maternidade afetiva. Felizmente, inúmeras demandas judiciais de indivíduos que reivindicam o reconhecimento da filiação socioafetiva têm obtido decisões favoráveis aos seus pedidos. São conquistas não só de cunho patrimonial e alimentar, mas sim, de direitos, como guarda compartilhada, inclusão do nome do pai/mãe socioafetivo no registro de nascimento e permissão para visitação periódica, como se pode ver na decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, que ao julgar a Apelação Cível nº 70057350092, concedeu à ex-companheira da mãe biológica o direito de visitar a enteada, por verificar inequívoco vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança.

De outra banda, o que ainda precisa ser amadurecido, tanto pelos juristas quanto pelos magistrados, por isso a importância de ser objeto de estudo desse trabalho, é a sucessão da família anaparental socioafetiva, pois sendo essa composta por indivíduos que não descendem um do outro, que podem ou não estar ligados por um vínculo de consanguinidade, da leitura puramente fria do texto do artigo 1.829 e seguintes do Título II – Da sucessão legítima, o direito sucessório dos membros da família anaparental estaria fortemente prejudicado.

Daí se extrai a suma necessidade de se elevar a afetividade e afastar a consanguinidade da definição de parentalidade, de se considerar a socioafetividade existente entre os membros. Pois, se essa já é uma realidade social e amplamente difundida pelos operadores do direito, me parece que o mais justo a ser feito, no plano da família anaparental, ante a supressão legislativa, é fornecer uma equivalência do parentesco socioafetivo com o rol dos herdeiros legítimos do art. 1.829, do CC/2002. De modo que, se na composição de uma família anaparental o indivíduo B ocupa a posição de irmão afetivo de A, e A vem a falecer, seja dado a B o direito de concorrer

⁵⁶ Enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>> Acesso em: 12 de setembro de 2017.

com os demais herdeiros legítimos, caso existam, de forma igualitária aos direitos sucessórios de A.

Muito embora, por vezes, pareça ser mais justo que o herdeiro afetivo mereça, até mesmo, a preferência em relação ao de vínculo consanguíneo, como, apropriando-se do exemplo de Maria Berenice Dias (2016), ocorre com duas irmãs que sozinhas conjugam esforços para a formação do seu acervo patrimonial. Na hipótese de vir uma delas a falecer, não parece digno que se partilhe os bens de forma igualitária entre todos os irmãos pelo simples fato de todos serem herdeiros colaterais. Sendo o mais justo preferir à irmã, com quem a falecida convivia e partilhou sua vida, a integralidade do patrimônio construído pelo esforço mútuo de ambas.

Diante da supressão de norma legislativa que trate de forma direta e incisiva acerca do tema e proporcione segurança ao direito sucessório decorrente do vínculo afetivo anaparental, a sucessão por via testamentária, resguardada pelo art. 1.857, do CC/2002, se apresenta como uma oportuna garantia de acesso à sucessão. Mais que isso, como efetiva expressão de vontade do autor da herança, para que, dentro dos limites legais, possa beneficiar aqueles que consideram serem dignos de usufruir dos seus direitos e patrimônio.

Em meio a tal problemática, oportuna se faz as palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011), ao sinalizarem que além dos efeitos tipicamente previstos em lei, como o reconhecimento de guarda entre irmãos ou a proteção do bem da família anaparental, também devem-se reconhecer outras garantias. Nesse sentido, o STJ já reconheceu, no julgamento do REsp 159.851⁵⁷, a impenhorabilidade do bem onde viviam dois irmãos solteiros, por considerar que ali residia uma entidade familiar, não podendo vir a ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.

Por fim, mostra-se incontroverso que o direito sucessório não pode mais se fundamentar em preceitos de cunho religioso ou patrimonial, como outrora. Como explica, Giselda Hironaka (2007), a transmissão *causa mortis* tem encontrado fundamentação no direito de família, objetivando, dessa forma, proteger a família, uni-la e perpetuá-la. Se a família, portanto, tem

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 159.851. Edimilson Alves Bezerra e outro. Pedro José Sisternas Fiorenza. Relator: Ministro Ruy Rosa de Aguiar. Brasília, DF, 22 de junho de 1998.

passado por transformações e, especialmente após da Constituição, a valorização do vínculo socioafetivo fez nascer novas espécies de famílias, cabe à norma infraconstitucional redefinir seus institutos, buscando adequá-los à Carta Magna e à própria realidade social, para que assim possa tutelar a todos sem distinção, nem prejuízos.

5. CONCLUSÃO

A família, enquanto base da sociedade, absorveu de forma direta as mutações sociais. Todas os momentos sociais, revolucionários e científicos contribuíram de algum modo para a constituição da família moderna, na qual, não mais prevalecem os vínculos biológicos, mas sim os vínculos afetivos.

Esse reconhecimento da socioafetividade fez nascer novos arranjos das relações familiares. E, por óbvio, acabou por refletir nos direitos e obrigações, de modo especial, nos direitos sucessórios, vez que são estritamente ligados. É impossível alcançar a aplicabilidade do direito sucessório sem prévia e obrigatória análise do parentesco do *de cujus* para se chegar aos herdeiros legítimos.

Em que pese a legislação brasileira, a jurisprudência e a doutrina já tenham avançado bastante nessa matéria, alguns institutos ainda carecem de justa apreciação legal. E é diante desse cenário que os estudos, as pesquisas e discussões precisam ser instigadas por meio dos Institutos de pesquisa científica. Nesse ponto, merece reconhecimento o papel do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que ao longo das últimas duas décadas pôde contribuir de forma significativa para novas concepções e mudanças do sistema jurídico brasileiro, servindo como instrumento de intervenção político-científica capaz de tornar o Judiciário um espaço mais conectado às demandas sociais contemporâneas.

Nesse sentido, a família anaparental socioafetiva, fundada na afetividade, ao ser reconhecida como entidade familiar, encontra enfrentamentos diante da ausência de norma legislativa que preserve e garanta seu direito à sucessão. O que nos faz perceber e reivindicar a urgente necessidade de uma reformulação dos institutos de direito sucessório do nosso Código Civil, vez que a própria Constituição reclama, por meio de normas e princípios, uma nova percepção das relações privadas.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. *Abuso de direito no direito de família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/22.pdf> Acesso em: 28 de agosto de 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.851*. Edimilson Alves Bezerra e outro. Pedro José Sisternas Fiorenzo. Relator: Ministro Ruy Rosa de Aguiar. Brasília, DF, 22 de junho de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 646721*. São Martin Souza da Silva. Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 878694*. Maria de Fátima Ventura. Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2015.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

CUNHA, Rodrigo Pereira. *Uma principiologia para o Direito de Família*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1871_1893.pdf>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias*. 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Lar: lugar de afeto e respeito*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_lar_-_lugar_de_afeto_e_respeito.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Curso de direito civil: famílias, volume 6*. 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 07 de setembro 2017.

_____. *Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf> Acesso em: 28 de agosto de 2017.

_____. *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em: 07 de setembro de 2017.

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

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, volume 6: direito das sucessões*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FUNDAMENTOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tainá de Freitas⁵⁸

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo tecer uma análise das razões que embasaram a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em maio do corrente ano, que declarou a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Brasileiro. A idéia de confeccionar o presente artigo surgiu da curiosidade em observar as mudanças ocorridas nas legislações que regulamentaram a união estável, após o seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. As Leis especiais n.º 8.971/94 e n.º 9.278 haviam conferido direitos sucessórios equiparados aos do cônjuge viúvo, garantidos pelo Código Civil de 1916. Em contramão às seguranças trazidas pelas citadas leis, o Código Civil de 2002 surgiu aferindo tratamento extremamente diferenciado aos cônjuges, em detrimento dos companheiros, em sua parte que disciplina os direitos sucessórios. Através de uma pesquisa essencialmente bibliográfica e jurisprudencial, o presente artigo analisa as adequações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro no resguardo do direito sucessório na união estável, culminando no posicionamento da Corte Suprema do país, que, ao nosso sentir, sanou uma grave distorção legislativa existente no Código Civil de 2002. Cumpre ressaltar que o art. 1790 deu tratamento preconceituoso aos companheiros, protegendo de forma inferior os direitos dos conviventes, quando a Carta Magna, em seu art. 226, tutelou igualmente os direitos daqueles que constituem família, seja através do casamento, seja unidos de maneira informal.

Palavras-chave: União estável; Sucessões; Inconstitucionalidade.

⁵⁸ Advogada – Formada pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Diretora Tesoureira da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraíba - OAB/PB, Membro do Instituto de Direito Eleitoral da Paraíba – IDEL/PB, Assessora Jurídica da Fundação Cultural de João Pessoa – FUNJOPE. E-mail: taina_jp@hotmail.com

ABSTRACT

The present paper purpose is to comment on an analysis of the reasons that was based upon a decision uttered by the Federal Supreme Court in May of the present year that declared the unconstitutionality about the Brazilian Civil Code article 1790. The present article idea for doing it came from the curiosity in observing the changes occurred in the legislations that ruled the common law marriage after being recognized as a family entity by the Federal Constitution of 1988. The special laws number nº 8.971/94 e nº 9.278 had conferred inheritance rights assimilated to those of the widowed spouse, guaranteed by the Civil Code of 1916. On the other hand the security brought by the laws mentioned before, the Civil Code from 2002 arose giving extremely different treatment to the spouses to the detriment of the companions in its part that disciplines the successions rights. Through an essentially bibliographic and jurisprudential research, the present article analyzes the adjustments occurred in the Brazilian legal system in the protection of inheritance law in the common law marriage, culminating in the decision of the Supreme Court of the country that in our understanding solved a serious existing legislative distortion in the Civil Code of 2002. It should be emphasized that the article 1790 gave prejudiced treatment to the companions, protecting in an under way the cohabitation rights, as the constitution in its article 226, has rightly protected the rights of those who constitute a family, whether through marriage or in an informal way.

Keywords: Common Law Marriage; Successions; Unconstitutionality.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O casamento como meio formal de constituição de família surgiu na Roma antiga. Com o advento do cristianismo, a convenção do casamento ganhou ainda mais força, e passou a ser considerada pela igreja católica como união sacramentada e indissolúvel. Porém, as uniões informais afetivas existentes entre homem e mulher jamais deixaram de existir, mas eram vistas

com bastante preconceito pela sociedade e, conseqüentemente, eram marginalizadas pela legislação.

Nos tempos modernos, o legislador brasileiro de 1916 encarava as uniões de fato como famílias ilegítimas, chamadas à época de relações concubinárias, cuja classificação se dava em puras ou impuras. Apenas a partir da Constituição Federal de 1988, é que o legislador passou a admitir a união entre homem e mulher, sem a formalidade do casamento, na qualidade de entidade familiar, devendo esta ser protegida pelo Estado.

Com o objetivo de regulamentar a entidade familiar consagrada pela Constituição, foram editadas duas leis especiais: a Lei n.º 8.971/94 e a Lei n.º 9.278/96. Através dos citados diplomas legais passaram a ser conferidos aos companheiros direitos similares aos dos cônjuges.

Em 2002, foi lançado o novo código civil brasileiro, que passou a vigorar no ano de 2003. A atual legislação deveria ter sanado toda e qualquer lacuna deixada pelas citadas leis especiais, no que tange aos direitos dos companheiros a serem tutelados pelo Estado. E o fez em muitos aspectos. Entretanto, com relação aos direitos sucessórios daqueles que optam por uma formação familiar através da união estável, o Código de 2002 cometeu um grave equívoco legislativo.

Após ostensivos debates doutrinários e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2017, em decisões proferidas nos Recursos Extraordinários n.º 878.694 (equiparação entre cônjuges e companheiros), e n.º 646.721 (uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais), ambos de repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002.

O presente trabalho realiza uma análise da evolução legislativa tutelar dos direitos dos conviventes, partindo de seu reconhecimento como entidade familiar, considerada pela Carta Magna como a base da sociedade.

1 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil de 1916 repudiava toda e qualquer forma de união existente entre homem e mulher, sem a convenção do casamento. O legislador da época vislumbrava proteger apenas o que a sociedade entendia como “famílias legítimas”, e deixava à margem de seu texto as “famílias ilegítimas”, sempre promovendo o preconceito às uniões de fato. Cumpre ressaltar que as citações

ao concubinato eram extremamente punitivas, especialmente quando se tratava do concubinato impuro.

Evidentemente, aquele diploma legal adotava as idéias que vigoravam no início do século 20. Porém o século passado foi um período de enormes mudanças. A política sofreu reviravoltas, muitos foram os avanços na medicina, as mulheres passaram a lutar por igualdade de direitos, dentre tantas outras novidades que culminaram em uma inovação na maneira de pensar e de agir dos brasileiros.

Os avanços legislativos acompanharam as mudanças sociais. Assim, finalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, a lei reconheceu a família de fato. Em seu art. 226, a lei maior nacional definiu a família como a base da sociedade, estabelecendo uma proteção especial do Estado a esta instituição. Como dito, até então, a idéia de família seguia a regra da sua formação através do casamento. A nova Carta Magna destacou o casamento, porém este deixou de ser o pressuposto único para formação da entidade familiar.

Madaleno (2014, p.1068) dissertou acerca da quebra de paradigmas, e da maneira inovadora que a Constituição tratou a união estável:

Alterava a Constituição Federal de 1988 os paradigmas socioculturais brasileiros ao retirar o *concubinato* do seu histórico espaço marginal e passar a identificá-lo não mais como uma relação de aventura e de segunda categoria, mas, doravante, como uma entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, e com alternativa de ser transformada em casamento (MADALENO, 2014, p. 1068).

Em 1994 surgiu a primeira legislação específica para regulamentar a união estável. Através dela, restaram assegurados o direito a alimentos e os direitos sucessórios aos companheiros. Infelizmente, apesar do avanço em estabelecer direitos antes inexistentes, a citada lei foi editada com inúmeros retrocessos e máculas legislativas, tanto de natureza gramatical quanto pela sua incompletude.

O primeiro apontamento a ser traçado acerca da Lei 8.971/94 é o de que ela estabeleceu um tempo mínimo de 05 (cinco) anos de convivência, para fazer valer os direitos que tutelava. No mesmo sentido, ela limitava o rol daqueles que poderiam formar uma união estável. Tantas falhas legislativas foram amplamente criticadas pela comunidade jurídica, uma vez que os equívocos e preconceitos contidos no texto legal prejudicavam sua finalidade.

Euclides de Oliveira cita Jorge Lauro Celidônio, que defendeu a total inconstitucionalidade da Lei 8.971/94, por afrontar ao art. 226, §3º da Constituição: “pois ao invés de estar facilitando a conversão em casamento, desestimulando o concubinato, está na realidade estimulando a sua continuidade”. (apud. OLIVEIRA, 2003, p. 90.)

Diante de tantas falhas na lei de 1994, restou evidente a necessidade de criar um diploma legal mais abrangente. Assim, apenas dois anos depois, em 1996, promulgou-se a Lei 9.278/96, que conceituou a união estável como aquela duradoura, pública e contínua. O pressuposto de tempo mínimo de existência deixou de existir, bem como passou a ser possível reconhecer a existência de união estável entre alguém casado, porém separado de fato.

2 - DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme relatado no capítulo anterior, a legislação brasileira foi evoluindo no sentido de reconhecer as entidades familiares formadas sem o enlaçamento matrimonial, adequando a norma à realidade social.

Infelizmente, mesmo após tantos anos de estudo e preparações para a sua promulgação, o Código Civil de 2002 conseguiu ser totalmente desajustado ao tratar do direito sucessório dos companheiros.

Apesar da evidente evolução legislativa brasileira, com o advento da Constituição de 1988, e da edição das leis 8.971/94 e 9.278/96, o Novo Código tratou esta matéria deveras relevante com verdadeiro desdém e preconceito.

No que tange a sucessão entre companheiros, a primeira observação que merece ser tecida é a constatação de que a matéria veio estranhamente regulamentada no Capítulo das Disposições Gerais do Direito Sucessório, evidentemente em local distante da parte do Código que trata da vocação hereditária.

No mesmo norte, verifica-se que o Diploma legal limitou-se a afirmar que o companheiro ou companheira participará da sucessão um do outro, estipulando normas de concorrência com os herdeiros. Vejamos o texto legal (BRASIL,2002):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: **I** - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Como visto, foram estabelecidas regras de concorrência, regras estas claramente prejudiciais aos companheiros. Conforme se depreende da leitura do artigo em estudo, a sucessão entre companheiros apenas se dá sobre os bens adquiridos na constância do relacionamento, depois de separada a meação.

Ao ponderar acerca da forma e do local de inclusão da sucessão entre companheiros no texto da legislação cível de 2002, Sílvio de Salvo Venosa destacou:

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança, Que figura híbrida ser essa senão herdeiro! (VENOSA, 2009, pg.144)

O tratamento dado pelo Código de 2002 ao companheiro foi de encontro às inovações trazidas ainda na Carta Magna de 1988, na qual, em seu art. 226, §3º, considerou, para efeito da

proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, lembrando que a família foi conceituada pela norma como a base da sociedade, detendo proteção especial.

A questão acerca da previsão sucessória na união estável no Código Civil vem sendo analisada e debatida pelos doutrinadores e pelos Tribunais do nosso País, desde que passou a valer a norma. Desde então se iniciaram os debates sobre a constitucionalidade do art. 1790.

Para Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O artigo é totalmente impróprio, inadequado na forma e conteúdo, mas daí a inferir-se a sua inconstitucionalidade há certa distância. A lei ordinária não deveria, mas pode dar tratamento diferenciado à união estável em comparação ao casamento no que se refere às questões patrimoniais. Aliás, se o Código faz previsões diversas no direito sucessório do próprio cônjuge, de acordo com seu regime de bens, ou de acordo com a circunstância de ser ou não ascendente dos herdeiros com quem concorrer, porque não poderá distinguir o companheiro do casado no direito à herança (não excluir, mas tratar de forma diversa)? (CAHALI, HIRONAKA, 2014, p.212)

Por outro lado, Maria Berenice Dias defende claramente que é injustificável a omissão da lei ao não inserir o companheiro sobrevivente na ordem vocacional hereditária, bem como criticou durante o fato de ter o convivente o status de herdeiro de última classe.

Dias afirma que:

A saída para esta tormentosa questão é interpretar os inceisos III e IV do art. 1790 como fazendo referência à totalidade dos bens do *de cujos*, assemelhados a qualquer tempo e a qualquer tipo, e não apenas aos aquestos, como parece sinalizar o caput do artigo. Fará jus à totalidade do acervo sucessório somente na hipótese de o falecido não ter nenhum parente. É o que consegue extrair da lei (CC 1.844): não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível, a “herança” é

devolvida ao ente público em que se localizam os bens (DIAS, 2011, P.139).

Ainda que reconhecida por parte da doutrina a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, as Críticas acerca da sua dicção foram uníssonas.

Carlos Roberto Gonçalves afirmou:

Embora o tratamento dispar da sucessão do companheiro tenha resultado de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais, merece críticas que lhe são endereçadas: a) por limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento; b) por repetir, no caso de concorrência com descendentes, a inédita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança, e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro; e c) por estabelecer concorrência com os colaterais (GONÇALVES, 2002, p. 172 e 173).

O entendimento que o tratamento diferenciado conferido pelo Código de 2002 não feria os ditames constitucionais perdurou por bastante tempo. Nos Tribunais, a jurisprudência pátria manifestou-se por diversas oportunidades no sentido de reconhecer a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil.

Por outro lado, tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei n.º 508/2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que prevê a revogação do art. 1790 da Lei n.º 10.406, Código Civil. Porém, antes do Poder Legislativo se debruçar sobre o tema, a discussão chegou ao Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 878.694 (equiparação entre cônjuges e companheiros), e RE n.º 646.721 (uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais), se posicionou definitivamente sobre a questão, conforme estudaremos no Capítulo a seguir.

3 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 PELO STF

No dia 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal deu um fim à querela existente acerca da constitucionalidade do art. 1790 o Código Civil brasileiro. A Egrégia Corte definiu que não pode haver discriminação entre os direitos de herança e sucessões entre cônjuges e companheiros. O entendimento foi, inclusive, estendido para relações homossexuais.

Na oportunidade, o Plenário do STF finalizou o julgamento de dois recursos com repercussão geral reconhecida, fixando o entendimento que o Código Civil não pode ser interpretado de maneira que crie divergências entre regimes sucessórios de cônjuges e companheiros.

A decisão se deu por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso. Ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso.

A repercussão geral foi do caso foi reconhecida, pois entendeu a Corte tratar-se de matéria de relevante valor social, pois evidentemente culmina na proteção da instituição família, constitucionalmente resguardada, conforme amplamente demonstrado:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 878694 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

A tese vencedora concluiu que tanto a união estável quanto o casamento são modalidades de união constitucionalmente asseguradas. Neste diapasão, consideraram os ministros se tratarem de situações iguais e que, por consequência, devem ter tratamento isonômico pela legislação infraconstitucional.

Entendeu o Supremo que a lei não pode instituir uma hierarquização entre pessoas em virtude do modelo de constituição de família por ela adotado. Em outras palavras, a lei não pode conceder direitos em maior extensão aos casados, quando as uniões estáveis são igualmente asseguradas pela Carta Magna.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, encartado nos autos do Recurso Extraordinário n.º 878.694, citou Ronald Dworkin, nos seguintes termos:

Aqui, pode-se citar Ronald Dworkin, que, em síntese, reconhece a 2 Em elaboração RE 878694 / MG essencialidade de uma liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política ‘verdadeira’, assim entendida como aquela que i) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, seu membro moral, bem como ii) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e iii) “seja feita de agentes morais independentes”, não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes (DWORKIN apud FACHIN, 2017)

Continuando sua explanação, o Ministro defendeu:

Por fim, a décima premissa é no sentido de que o modelo de conjugalidade não se confunde com regime de bens. Tanto o casamento quanto a união estável são atos essencialmente existenciais em sua natureza, ainda que dotados tanto de efeitos pessoais quanto patrimoniais. Trata-se, em um ou outro modelo, de comunhão de vida afetiva: um ninho com moldura e

outro sem, mas sempre um ninho. Por isso, é falacioso o emprego do argumento de que, se o legislador diferencia os efeitos sucessórios entre os regimes de bens do próprio casamento, poderia criar diferentes efeitos sucessórios para casamento e união estável. Os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros (FACHIN, 2017)

No caso concreto, o STF declarou o direito da recorrente, companheira sobrevivente, a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

Nos termos da Certidão de Julgamento, firmou-se: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

Tecendo uma acurada análise das motivações, dos argumentos jurídicos, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal sanou uma grave falha legislativa cometida quando da promulgação do Código Civil de 2002. A forma em que o Diploma legal disciplinou a sucessão na união estável foi um retrocesso na evolução antes traçada no ordenamento jurídico brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÕES

O que se pretendeu através do presente trabalho foi fazer uma breve análise da evolução legislativa reguladora da união estável, em especial no que tange aos direitos sucessórios assegurados aos companheiros.

Foram analisadas as leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, ambas editadas para atender os ditames constitucionais no sentido de regulamentar as uniões afetivas que passaram a ser resguardadas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226.

Concluiu-se que na época da vigência dos citados diplomas legais, apesar das falhas legislativas nelas existentes, o legislador objetivou equiparar os direitos sucessórios dos conviventes aos direitos sucessórios dos cônjuges, aproximando-se, nesta particular matéria, ao que previa o Código Civil de 1916.

Entretanto, esta evolução legislativa sofreu um grande impacto com o advento do Código Civil de 2002. Da forma em que foi disposto o direito sucessório do companheiro sobrevivente no texto do art. 1790 daquela lei, restou conferido àqueles que optam por se unirem sem a formalidade do casamento, um tratamento díspar aos cônjuges, em evidente retrocesso às mudanças sociais e legislativas observadas no nosso país.

O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1790 pelo Supremo Tribunal Federal, na análise dos autos do Recurso Extraordinário n.º 878694, veio para garantir o respeito ao princípio da isonomia entre a proteção do Estado à entidade familiar, seja ela formada através do casamento, seja através da união afetiva.

A decisão da Colenda Corte Suprema foi prolatada em boa hora, embasada na constante busca de uma sociedade justa, e na garantia da manutenção de uma legislação fundada em valores que preservam a dignidade da pessoa humana, sem preconceitos, e tratamentos díspares entre aqueles que vivenciam situações iguais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Revista dos Tribunais: 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil Congresso Nacional** (1988). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário n.º 878694**. - Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28878694%2ENUME%2E+OU+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/he2a4o4>. Visualizado em 20set2017.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 32-40. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-fachin.pdf>. Visualizado em 20set2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. VII.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao casamento**. São Paulo: Método, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. VII.

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CIVIL–CONSTITUCIONAL

SUELLEN DANTAS DOS SANTOS⁵⁹

JULIANA FERNANDES MOREIRA⁶⁰

RESUMO: Embora remonte ao período clássico e pré-clássico romano, o direito real de habitação, surge no Brasil com o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, sendo recepcionado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002. Nos últimos anos, com as alterações principiológicas encabeçadas pelo fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil e as mudanças no conceito de família, este instituto, garantidor do direito fundamental à moradia, urge por uma nova roupagem, capaz de lhe dar a natureza jurídica de que precisa para não entrar em coalisão com os demais princípios constitucionais. O presente trabalho tem por objetivo estudar o direito real de habitação e sua configuração na atualidade, trazendo para análise, dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça que já espelham essa nova realidade, e para tanto se utilizará da metodologia de pesquisa qualitativa, acadêmica, de caráter exploratório, teórica, bibliográfica, documental e dogmática.

Palavras-Chave: Direito Civil – Constitucional; Direito Real de Habitação; Família.

ABSTRACT: Although dates back to classical and Roman period Preclassic, the real right to housing, arises in Brazil with the Status of Women Married in 1962, and approved by the Civil Code of 1916 and the Civil Code of 2002. In recent years, with the principiológicas changes headed by the phenomenon of constitutionalisation of civil law and the changes in the concept of family, this institute, guarantor of the fundamental right to housing, it is urgent for a new guise, able to give it the legal status it needs to not go into coalition with the other constitutional principles. This work aims to study the real right to housing and its configuration today, bringing to analyze two precedents of the Supreme Court already reflect this new reality, and both will be used in a qualitative, academic research methodology, exploratory, theoretical, bibliographical, documentary and dogmatic.

Keywords: Civil Law - Constitutional; Real Housing law; Family.

⁵⁹Assessora Jurídica da 1º Turma Permanente da Capital, Especialista em Direito Civil - Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Discente do curso de Especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. E-mail: suellends@hotmail.com

⁶⁰ Professora do Departamento de Gestão Pública (CCSA) UFPB, Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Mackenzi-SP, Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo PRODEMA-UFPB, Doutoranda em Desenvolvimento e Meio Ambiente também pelo PRODEMA-UFPB. E-mail: jfernandesmoreira@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A Sociedade atual está caracterizada pela mutação de antigos conceitos. Como em um bailar perpétuo, busca-se, de forma contínua, aprimorar o alcance de antigos termos legais. É a transformação da enunciação enunciada, que, através de um processo de metamorfose conceitual, modifica a norma, em sentido lato. A inovação do conceito de família é exemplo significativo dessa mudança de paradigma.

Com a mudança da estrutura familiar não há como deixar de analisar direitos garantidores como o direito real de habitação, previsto no Código Civil de 2002, que repetiu a previsão estatuída inicialmente pela Lei 4.121/64 - Estatuto da Mulher Casada ao cônjuge sobrevivente, no intuito de assegurar o direito à moradia previsto na Constituição Federal de 1988, também precisa acompanhar essa modificação. Se o intuito era garantir o direito de moradia àquele que era hipossuficiente, mas contribuía de forma efetiva para a manutenção da família, deve ser observado que as relações familiares não mais apresentam as características que antes apresentavam, já que hoje diversas estruturas familiares se consolidam e necessitam das mesmas garantias concedidas ao cônjuge supérstite.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante à família total proteção, atribuindo-lhe o título de base da sociedade, e, por isso, o direito real de habitação permaneceu no Código Civil de 2002, com a finalidade de propiciar existência digna, por meio da moradia. Ocorre que ele permaneceu restrito ao cônjuge, não acompanhando o enlarguamento do conceito de família ou aquilatando os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos e aos incapazes.

O presente artigo busca destacar a necessidade de coesão quanto à garantia de direitos e a necessidade de um melhor sopesamento de princípios, adequando-os aos novos anseios sociais e inibindo a criação de categorias privilegiadas, condição não compatível com os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana só pode ser compreendido e edificado a partir do momento em que alcança amplitude suficiente para abarcar a todas as pessoas, reconhecendo-as como sujeitos de iguais direitos, na medida da sua igualdade. Em época recente, as mulheres estavam excluídas do mercado de trabalho, sem falar das pessoas com deficiência. Com a extensão do direito à dignidade a todos, independentemente de gênero, cor ou condição

física, se compreende o real conceito de igualdade. Verifica-se que o surgimento dessa nova significação do conceito de família ocorreu em espaço de tempo próximo, e só a partir do reconhecimento dessa categoria jurídica é que se torna possível reconhecer princípios a ela atinentes.

2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Primordialmente, tem-se necessário delinear os aspectos históricos que envolvem o direito real de habitação para que seja possível analisar sua aplicação atual e a possível colisão com alguns direitos fundamentais.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Apesar de não possuir a nomenclatura utilizada hodiernamente, o direito real de habitação possui raízes no antigo império romano, representando uma atenuação ao direito de propriedade. Para os romanos, a condição feminina de incapacidade era inalterável, por isso, a possibilidade de disposição de direitos atinentes ao patrimônio, era uma alternativa apta a garantir a subsistência da mulher no seio familiar após o óbito do *paterfamilia*.

Como afirma Maurício Lindenmeyer Barbieri (2015), o Direito Real de Habitação surgiu fruto do usufruto ainda nos períodos pré-clássico e clássico e desenvolveu-se da forma como é reconhecido atualmente.

Como os demais institutos do direito moderno o usufruto surgiu em Roma. Nos dizeres de Maurício Lindenmeyer Barbieri (2015, n.p.):

Entende-se que o usufruto surgiu em Roma, ao fim do Século III, numa disputa entre o jurista Bruto, de uma parte, e Manlio Manílio, de outra, sobre a expectativa de caber ao filho natural da escrava em usufruto de pertencer ao usufrutuário em vez do nu-proprietário. Esta disputa pressupunha, obviamente, o reconhecimento do usufruto sobre o escravo, o qual, por sua vez, segundo a opinião prevalente, foi anterior ao reconhecimento sobre propriedade.

Esta datação histórica revela a razão socioeconômica do instituto. A atribuição a um sujeito do gozo temporário (ao máximo vitalício) de todas as utilidades de uma coisa deve ser relacionada com a evolução em que a instituição da família e do matrimônio sofreu entre os Séculos II e III, para efeito da profunda transformação na economia e na sociedade, derivada da expansão romana no Mediterrâneo. A mulher começou a ser cada vez mais submetida à *manus* do marido e a permanecer, por consequência, privada de direitos sucessórios do patrimônio. Não podia, sequer, contar com a solidariedade do grupo familiar ao qual, como submissa a tutela do marido, viesse a tornar-se inclusa. O marido, então, se entendesse conveniente, poderia instituir por testamento (não privando os filhos de determinada cota do patrimônio) à mulher à utilidade de alguns de seus bens ou ainda de todo o seu patrimônio, a título de gozo, e até que a mulher se mantenha em vida. Esta é a fórmula jurídica que, depurada e aperfeiçoada no decorrer dos séculos pelos juristas e outros operadores do direito, veio a transformar-se na instituição do usufruto. (BARBIERI, 2015).

Da forma como restou configurado o usufruto, dando posteriormente o embasamento jurídico necessário para criação do direito real de habitação, entende-se que este surgiu através da extensão da vontade do *paterfamilia*, após o seu óbito, como forma de garantir o gozo vitalício da esposa sobre um bem ou bens, sem que esta fosse necessariamente a proprietária, até porque não possuía direitos da personalidade. Tudo isso dentro de um núcleo familiar fechado. Ora, cumpre assinalar que o direito não permite que o *de cuius* possa dispor de seu patrimônio sem observar a legítima e por isso o usufruto teve que ser visto como um direito vinculado àquele que o usufrui, e desta mesma forma justifica-se o fato de ter natureza jurídica distinta da propriedade.

Maurício Lindenmeyer Barbieri (2015) assim cita: GAIO nas Institutas define o usufruto (*usus fructus*) como *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (direito de usar e desfrutar coisa alheia, sem alterar a sua substância). Ainda, o citado autor traça um retrospecto de como este direito se desenvolveu na Idade Média e de como foi observado pelo direito alemão.

A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos Séculos XII e XIII no ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os seguimentos mas o que analisaremos é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de nova consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. Busca-se segregar a religião do direito; o direito surge com uma função própria e uma autonomia que, representam hoje, a civilização ocidental.

Na Alemanha, o período da Idade Média ofereceu espaço para que o instituto do direito real de habitação se desenvolvesse. Nesta época, o marido poderia constituir em favor da sua mulher um direito vitalício sobre propriedade e era considerado como propriedade vitalícia, no entanto, mais adiante, observou-se o equívoco e compreendeu-se que se tratava de um desmembramento do direito de propriedade, transformando-se em direito sobre coisa alheia dirigido ao aproveitamento pleno da mesma. Considerando sua finalidade, este direito era considerado personalíssimo e, por isso, intransmissível e inalienável. No final da Idade Média, século XV, o usufruto do cônjuge supérstite sobre o patrimônio do pré-morto já era ordenado pela lei. De outra parte, o usufruto foi sendo estendido, via contrato, a outras relações, como a transmissão de propriedades.

Desta forma, podemos observar que foi na Alemanha que o direito real de habitação tomou a forma que possui hoje. Nestes termos, dispõe Maurício Lindenmeyer Barbieri (2015, n.p):

Com desenvolvimento autônomo o direito tedesco configurou o chamado *Leibsucht*, disciplinado no *Sachenspiegel*, que é um direito de gozo vitalício e pessoal e assim intransmissível, criado pela convenção (*Leibgedinge*), por meio de uma autolimitação do proprietário. O verdadeiro e próprio usufruto, chamado *Niessbraucht*, não pode ser confundido com *Leibzucht*, que continuou a ser observado com as limitações até sua supressão no código tedesco de 1900.

No Brasil, o Código Civil de 1916 manteve em seu art. 742 o instituto do uso com as mesmas características da *lex romana*: “O usuário fruirá a utilidade dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família.” (BRASIL, 1916, n.p.), já o atual Código Civil tratou de substituir o termo “fruirá” por “usará”, nos artigos 1.412 e 1.413, com a intenção de delimitar os direitos do usufrutuário aos frutos.

Todo este aparato histórico serviu como embasamento ao direito real de habitação estabelecido pela primeira vez no país no Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, no intuito de assegurar ao cônjuge supérstite, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o direito à moradia, mesmo em detrimento dos herdeiros.

A mulher no Brasil de 1962 não era tratada de forma diferente do que em Roma, na Alemanha ou na França. Vista como um acessório masculino, não possuía direitos e seus deveres se restringiam ao ambiente doméstico. Foi nesse cenário social que foi criado o Estatuto da Mulher

Casada, como forma de iniciar um processo de emancipação da mulher, processo que ganhou grande impulso com a Constituição de 1988 e que ainda está em vias de concretizar-se.

Assim dispõe Maurrem Nessa Matos (2007) *apud* Ferreira (1985, p.79):

No tempo em que foi elaborado, final do século XIX, o legislador brasileiro estava preocupado com uma pequena sociedade burguesa e conservadora, tanto que admitiu, no artigo 6º, inciso II, do Código Civil Brasileiro de 1916, em sua redação original, o absurdo de a mulher ser declarada relativamente incapaz, ao lado dos menores púberes, índios e pródigos.

Bevilacqua (1975) *apud* Ferreira (1985, p. 34) tentou justificar a incapacidade relativa da mulher, afirmando em um de seus comentários ao Código Civil que “[...] embora o Código a tivesse mantido era quase meramente formal”.

Buscando manter o tabu da superioridade masculina, os paternalistas da época tentavam justificar o caráter absolutista da posição do marido na família sustentando que:

[...] os direitos de ambos os cônjuges são exatamente os mesmos e que apenas por questão de unidade na direção de assuntos domésticos, indispensáveis à boa ordem familiar, entrega-se ao marido a autoridade dirigente, destinada a coibir discórdias que fatalmente surgiriam com a dualidade de orientações. (MONTEIRO, 1962, p. 114 *apud* FERREIRA, 1985, p. 63).

Deve-se atentar, ainda, que quando do surgimento do direito real de habitação o matrimônio era indissolúvel, sendo normatizado apenas a partir da Lei 6.515/77.

É cediço que o Código Civil de 2002, em obediência à atual Constituição Federal, estabeleceu direitos e obrigações igualmente para homens e mulheres, e ampliou a garantia do direito real de habitação também ao homem, contudo, apenas esta modificação não atende mais os anseios sociais.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

O Direito Real de Habitação se trata de direito sucessório a ser exercido pelo titular, possuindo como principais características o fato de não ser presumido, de não sofrer renúncia de forma tácita, de ser requerido a qualquer momento, inclusive após o inventário, devendo ficar

registrado na matrícula do imóvel. Trata-se de direito oponível a terceiros, inclusive contra herdeiros e outros interessados na partilha dos bens, é direito de moradia, de forma que não pode ser transferida a posse direta do imóvel, mesmo a título gratuito.

Sua previsão legal está discriminada no art. 1.831⁶¹ do atual Código Civil, o qual trouxe a possibilidade da garantia deste direito, independente do regime de casamento. Antigamente a lei só o permitia no regime da comunhão de bens.

Via de regra, esse direito é inalterável, a independer da classificação dos herdeiros com os quais o cônjuge está concorrendo, sejam ascendentes ou descendentes. No entanto, mostra-se pela análise jurisprudencial que o entendimento pela inalterabilidade vem se modificando no decurso do tempo e que o engessamento da ideia de um direito real de moradia apenas ao cônjuge parece incompatível com a atual estrutura familiar e as garantias dos direitos fundamentais.

Cumpra salientar que se faz necessário que o imóvel do qual se pleiteia o direito real tenha sido utilizado como moradia do autor da herança e de seu consorte, não sendo possível que este venha a pleitear tal direito apenas após o óbito do *de cuius*, quando não o exerceu enquanto com este convivia.

Tem-se, ainda, que registrar que o Código Civil não impôs restrições ao tamanho ou valor do imóvel objeto da garantia. Bem assim, necessário se faz ressaltar que o fato de o cônjuge sobrevivente possuir em seu nome outro imóvel, não integrante da herança, não o faz perder o direito aqui declinado. De fato, da forma como restou estabelecido pelo artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o direito real de habitação não tem mais limitação ao seu exercício, extinguindo-se apenas com o falecimento do cônjuge supérstite, uma vez que se trata de direito personalíssimo.

Ao final se pode observar que o direito real de habitação foi criado com uma única finalidade: a de impedir que os demais herdeiros deixem aquele que ficou viúvo sem moradia.

2.2.1 Do direito real de habitação na união estável

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, intitulada de Constituição Cidadã, adveio a primeira lei que regulamentou o instituto da união estável, Lei nº 8.971/94, no

⁶¹ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002).

intuito de salvaguardar aos companheiros o direito aos bens e ao usufruto vidual, contudo, não fez qualquer ressalva quanto ao direito real de habitação. Somente no ano de 1996 foi publicada a Lei 9.278, que tratou de forma expressa a garantia deste direito aos companheiros por meio do parágrafo único do artigo 7^o⁶² do citado dispositivo legal.

É necessário ressaltar que o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), por seu turno, deixou de outorgar expressamente o direito real de habitação à união estável, mantendo a descrição deste instituto apenas em seu artigo 1.831, sem, entretanto, mencionar os companheiros como titulares, o que se dá atualmente face a interpretação analógica e válida deste, em consonância com princípios constitucionais.

Para Venosa (2007) é possível a aplicação da lei 9.278/96 aos companheiros, uma vez que atende ao princípio da simetria das leis em relação à atual Constituição Federal, que não faz diferenças entre os tipos de entidades familiares existentes.

Antes do encerramento do período de *vacatio* do Código Civil de 2002, a matéria foi amplamente debatida e foi aprovado o Enunciado 117 na Jornada de Direito Civil de 2002, nos seguintes termos: “Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por ter sido revogada a previsão da lei nº. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/1988” (Brasil, 2002, n.p.).

2.2.2 Do direito real de habitação aos filhos incapazes

Outra questão a ser levantada é a da possibilidade de extensão deste direito ao filho doente ou incapacitado para o trabalho, garantido por meio da Lei 10.050, de 14 de novembro de 2000, que introduziu no Art. 1.611 do Código de 1916 o §3º, com tal revisão legal. Não há no atual Código Civil nenhuma disposição legal neste sentido.

Acerca da aplicação deste instituto jurídico ao filho portador de necessidades especiais, é consentâneo afirmar que não é toda deficiência que daria ao filho do *de cuius* tal direito, uma vez que a política atual é de inclusão das pessoas portadoras de tais necessidades, porém em alguns

⁶² Art. 7º Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

casos a deficiência física ou mental é tão grave que não possibilita ao seu portador o exercício de atividade laboral. Nesta situação é imperativa a manutenção deste no ambiente doméstico, garantindo ao mesmo, ao menos, o direito de moradia.

Para alguns doutrinadores há infringência da máxima constitucional da igualdade jurídica de todos os filhos, argumento do qual se discorda no presente artigo. É cediço que a igualdade não se dá com o tratamento igual a todos, mas com o tratamento adequado a cada um, respeitando a sua individualidade. Nesse sentido, Aristóteles (384 a.c à 322 a.c) soube sintetizar muito bem suas palavras “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Por fim, salienta-se que este direito, embora não previsto no atual Código Civil, está sendo aplicado em algumas decisões judiciais dos Tribunais Superiores, as quais serão analisadas mais adiante.

3 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMA NA ESTRUTURA FAMILIAR

O desenvolvimento da filosofia ocidental resultou no que se denomina de Movimento Giro Linguístico, colocando a hermenêutica jurídica no centro de todos os questionamentos. Seguindo este norte, o teor do Artigo 226 da atual Carta Magna esboça um contexto compatível com os novos valores adrede emergentes da sociedade moderna. O fenômeno da Constitucionalização do Direito de Família está cada vez mais inserido no Estado Moderno, onde a base para todo o ordenamento jurídico passa a ser os ditames constitucionais em substituição aos Códigos. Pela supremacia dos seus primados pode-se obter um ordenamento jurídico coeso e unânime. Dessa forma, é do texto constitucional que se pode definir os contornos da família contemporânea.

A presente Constituição Federal veio apenas dar ao instituto da família o que ele sempre representou: um grupo, posto que formado por mais de uma pessoa, unidos pelos laços do afeto, com estabilidade e com deveres recíprocos de respeito, responsabilidade e cuidados. A família nunca prescindiu de ritos para se estabelecer, não possuía critérios, pois foram criados por ditames e crenças religiosas no intuito de excluir os grupos que não pertenciam ao padrão ditado pela sociedade. A garantia de direitos não pode subjugar o que de mais importante se possui no arcabouço do ser: a natureza humana.

Ao engendrar-se pelo caminho do afeto como critério a formação dos núcleos familiares agiu bem o legislador, valorizando os interesses coletivos em detrimento do individualismo liberal, caminhando em direção à concretização do art. 3º, inciso I, da Constituição, que apregoa uma sociedade livre, justa e solidária.

Encontra-se, principalmente no art. 226 do texto constitucional, o fundamento capaz de justificar a extensão de certos direitos aos demais membros componentes da célula familiar, uma vez que se trata de cláusula geral de inclusão.

Entendemos que a proteção da pessoa humana pelo ordenamento jurídico, iníbe a proteção de alguns tipos de entidades familiares em detrimento de outros, uma vez que a exclusão de qualquer tipo de entidade familiar da proteção do Estado, compromete o princípio da dignidade humana.

Assim, necessário se faz refazer uma releitura do direito real de habitação, que não pode mais possuir hoje como única finalidade a proteção do cônjuge ou daquele que vive em união estável. Trata-se do fenômeno da repersonalização do Direito Civil, que nos dizeres de Lôbo (1999), recoloca a pessoa humana no centro do direito moderno, lugar antes ocupado pelo patrimônio.

Desta forma, os institutos presentes no Direito Civil, e dentre eles o Direito de propriedade, tão importante para análise do Direito Real de Habitação, em razão da constitucionalização e publicização, passou a ser condicionado a sua função social. Nos dizeres de Lôbo (1999, p. 42-45):

A publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

Do contrário, constata-se que situações em que a “atual” família pode ficar às margens dessa proteção ainda garantida nos moldes estabelecidos pelo anterior conceito de família. Como fica a família constituída por genitores idosos residentes com o único filho, e deste completamente dependentes, com o óbito do mesmo, caso ele tenha descendentes? Como garantir ao cônjuge com plena saúde física e mental o direito real de moradia e negá-lo ao filho portador de necessidades

especiais que tem o *de cuius* como único provedor o mesmo direito? Entende-se pela predominância do princípio da igualdade dos filhos, porque aquele que é descendente do cônjuge supérstite pode aferir o benefício de permanecer na residência após o óbito do genitor enquanto o outro não descendente é obrigado a mudar-se? E irmãos que hoje também formam uma família, por que deixá-los de fora?

O direito de habitação não pode mais se enquadrar apenas ao contorno histórico-social que o criou, porque esse contorno não atende mais aos ditames constitucionais, não respeita direitos fundamentais, antes é desigual e segregador e como tal não obedece ao critério de validade, não podendo permanecer no ordenamento jurídico sem que uma nova leitura seja feita.

4 UMA ANÁLISE DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SEGUNDO JULGADOS DO STJ

Nos julgados do Superior Tribunal de Justiça que serão analisados, encontram-se ditames norteadores muitas vezes distintos que demonstram ainda uma certa fragilidade quanto ao norte interpretativo a ser dado ao direito real de habitação no novo seio familiar.

No Recurso Especial (Resp) nº. 1.329.993/RS, cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, publicado em 18/03/2014, dentre outros direitos, a autora buscava junto ao espólio o reconhecimento do direito real de habitação face à união estável da mesma com o *de cuius*. Dentre os argumentos utilizados pela defesa encontra-se o de que o novo diploma não contemplou a companheira como destinatária do direito real de habitação, em face da revogação da Lei n. 9.278/96 pelo Código Civil atual, que disciplinou inteiramente a matéria da sucessão do convivente no seu art. 1.790, que a Constituição Federal prestigia o casamento e estimula a conversão da união estável em vínculo matrimonial formal.

Garante ainda que a Carta não igualou as duas situações e naquelas em que existe impedimento para o casamento, como é o caso presente, em que o matrimônio permanecia, não se reconhece o direito de habitação à companheira. Afirma que o art. 1.790 do Código Civil regulou inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior e, assim, está presente a hipótese descrita no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, devendo ser declarada a inexistência do direito de habitação por parte da companheira desde sua vigência.

Informa que o direito de habitação do imóvel onde reside só é reconhecido ao cônjuge se este for o único desta natureza a inventariar, afirmando, por fim, que o novo Código Civil restringiu

à esposa o direito de habitação, de modo que reconhecê-lo à companheira importa em colocar esta em vantagem em relação àquela, o que é incompatível com o texto constitucional em vigor.

Neste julgamento, ao mesmo tempo em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no caso em comento que o novo Código Civil regulou por completo a sucessão do companheiro, abrogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não deixou de aplicar os princípios constitucionais, afirmando que a atual legislação garante aos companheiros os mesmos direitos que aos cônjuges e que a supressão deste seria ir de encontro a direitos fundamentais, desta forma atingindo frontalmente o princípio da vedação ao retrocesso social, também deu ao direito de moradia o caráter de prioridade, determinando a garantia do direito real de habitação à companheira, mesmo quando o cônjuge do *de cuius* já o exercia em outro imóvel. Nestes termos restou ementado:

[...] A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre/RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cuius*, como é o caso.

É interessante como esse acórdão traz um norte quanto ao alargamento desse instituto, quando desconsidera, no caso *in concreto*, a parte final do disposto no art. 1.831, que assevera, “[...] desde que seja o único daquela natureza a inventariar”. Predomina a natureza do instituto, que é de garantir igualdade de condições entre a cônjuge, que tem para si o direito de habitação em um dos imóveis pertencentes à herança, e a autora, companheira, que ao residir em outro imóvel durante anos com o *de cuius* também assenhorou para si o mesmo direito.

Assim dispõe o Ministro Luis Felipe Salomão, ao citar os autores Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 293) e Mario Antonini:

O cônjuge e o companheiro têm direito real de habitação referente ao imóvel em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo excluir do uso do bem os descendentes e ascendentes do falecido que porventura se tornarem seus condôminos, a menos que também já morassem no local. Desse modo, **independentemente de existirem ou não outros imóveis na herança, o cônjuge ou companheiro do falecido tem o direito de usar aquele em que residia ao tempo da abertura da sucessão**, podendo ademais excluir desse uso os descendentes e ascendentes que se tornaram seus condôminos, a menos que também já residissem no local.

Pertinente a análise de Mauro Antonini (2012, p. 2.213-2.214, grifo nosso):

Como observa José Luiz Gavião de Almeida, **a parte final do artigo não pode ser aplicada literalmente**. Estabelece que haverá o direito real de habitação no imóvel residencial se for o único dessa natureza a inventariar. A limitação ao único imóvel a inventariar é resquício do Código anterior, em que o direito real de habitação era conferido exclusivamente ao casado pela comunhão universal. Casado por esse regime, o viúvo tem meação sobre todos os bens. Havendo mais de um imóvel, é praticamente certo que ficará com um deles, em pagamento de sua meação, o que lhe assegura uma moradia. Nessa hipótese, não tem necessidade do direito real de habitação. No atual Código, porém, estendido esse direito a todos os regimes de bens, não há sentido, por exemplo, em negar o direito real de habitação ao casado pela separação de bens, se houver mais de um imóvel residencial a inventariar. Com mais razão deve lhe ser assegurada tal proteção se houver mais de um imóvel. Como também observa esse jurista, com inteira razão, o viúvo, na hipótese de vários imóveis, não poderá escolher sobre qual pretende fazer recair o direito real, embora possa exigir um que seja de conforto similar àquele em que morava.

Aplicação distinta do princípio da solidariedade foi dada no Resp. 1134387/ SP, cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, publicado em 29/05/2013, onde se pode observar como causa de pedir a venda do imóvel objeto do direito real de habitação face a existência de filhos exclusivos do *de cuius*, sendo um deles portador de deficiência mental. O argumento principal a embasar a peça é o questionamento do próprio instituto alegando que o mesmo não pode coexistir com o divórcio uma vez que beneficia determinados filhos em detrimento de outros, frutos do antigo relacionamento, atingindo diretamente o princípio da isonomia entre os filhos. Os autores suscitam a existência de filho incapaz do casamento anterior e que uma das herdeiras tem a mesma

idade da companheira beneficiada pelo direito real de habitação e, dessa forma, pode vir a não usufruir do patrimônio.

Como fundamento à decisão a Ministra expôs a ausência de solidariedade entre os filhos do *de cujus* e o cônjuge supérstite, pois não possuem com este vínculos de parentalidade, e que por terem idade similar à da beneficiada pelo direito real de habitação podem nunca exercer o direito de propriedade. Conclui a relatora:

Daí vem a assertiva de que é forçoso circunscrever este direito real aos lindes da família tradicional, aqui definida como aquela em que a prole tenha ancestralidade comum. É dizer, apenas entre pais e filhos vige o direito real de habitação, *ope legis*. As filhas do primeiro casamento do *de cujus* são, por força de lei, herdeiras do patrimônio amealhado pelo pai, em igualdade de condições – respeitado os respectivos quinhões – com os demais herdeiros necessários: os filhos do segundo casamento. Contudo, essa igualdade fica evidentemente fragilizada quando se verifica a impossibilidade de essas herdeiras usufruírem daquele patrimônio, de forma direta ou indireta. É razoável, repita-se, que os filhos tornem-se nu-proprietários, em fração ideal do imóvel que herdaram de um dos pais, para que o outro ancestral possa viver no mesmo imóvel pelo resto de sua vida. No entanto, não é razoável que fora do grupo familiar prevaleça essa imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal. Não há elos de solidariedade entre as filhas do primeiro casamento e a cônjuge supérstite recorrida, mas ao revés, sofrem a supressão, talvez perene, de um direito que lhes foi assegurado por herança. Nessa situação, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a imposição do direito real de habitação ao cônjuge supérstite, em face de sua própria prole, deixa de ter razoabilidade, pois se glosa dos direitos à propriedade de quem não compõe o grupo familiar.

Entende-se que o resultado do acórdão foi satisfatório, posto que decidiu pela ausência do direito real de habitação face a desigualdade de fruição do bem entre os filhos do primeiro e do segundo casamento. O princípio da igualdade jurídica dos filhos no caso em apreço, tem aqui uma limitação negativa. Vislumbra-se que o gozo mútuo do imóvel por todos os filhos é inviável, e em função disto, também se torna inviável a manutenção do direito real de habitação para a segunda esposa.

Os julgados citados ocupam polos distintos na análise da problemática aqui enfrentada. No REsp 1329993/RS, a extensão da garantia à todos os cônjuges superstités, sem a limitação adstrita

ao núcleo familiar, ou quanto a análise da possibilidade do esvaziamento do próprio direito de propriedade, ao nosso sentir, fere frontalmente o ordenamento jurídico atual e a própria natureza do instituto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados, conclui-se que o instituto do direito real de habitação iniciou sua construção quando da necessidade de proteção da mulher, enquanto esta não possuía possibilidade de sustentar-se, posto que considerada incapaz e submissa à vontade do *paterfamilia*, perdurando aos dias atuais, quando se estendeu também ao homem. Contudo, as relações familiares já não atendem aos requisitos de outrora. Ampliaram-se de maneira contínua, ganhando novos contornos.

A manutenção do direito real de habitação no ordenamento jurídico requer a adaptação aos princípios constitucionais que o embasam e as novas estruturas familiares.

Princípios Constitucionais como o da solidariedade, igualdade, vedação ao retrocesso social, junto a garantias fundamentais como o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana ganharam no ordenamento jurídico uma nova projeção, o que acaba por influenciar de maneira positiva o instituto do direito real de habitação, na medida em que alargam-se as possibilidades de sua aplicação quanto aos demais componentes do grupo familiar. Se antes tínhamos apenas a mulher numa situação de risco social, hoje temos outros grupos carentes da mesma proteção jurídica. Que dizer do genitor idoso ou do filho deficiente que requer cuidados especiais? Por que excluí-los dos deveres familiares de proteção?

Entendemos que não há como conceber a manutenção do direito real de habitação apenas ao cônjuge superstite. No entanto, concordamos com a posição adotada no Resp. 1.134.387/ SP, de que este instituto se legitima apenas entre os membros da mesma família, face a inexistência de qualquer dever familiar dos membros do primeiro casamento com a nova família do *de cujos*.

Quanto aos fundamentos expostos no Resp. 1329993/RS, lavrado pelo Ministro Luiz Felipe Salomão, embora tenhamos defendido a premissa de que o direito real de habitação se estende a união estável, somos da opinião de que tal instituto não pode ser reconhecido de forma concomitante com o casamento, seja por inexistência de vínculo familiar, capaz de fundamentar a

existência de deveres recíprocos, entre ambos os membros das famílias, seja pela possibilidade do esvaziamento do direito de propriedade e do direito sucessório.

Sendo assim, faz-se necessária uma reanálise da disposição legal prevista no Código Civil de 2002, atinente ao direito real de habitação, seja porque da forma como se encontra, conflitua com os próprios princípios constitucionais que a embasam, ou porque já não atende aos anseios sociais, com as mudanças no novo perfil de família.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. **O usufruto no direito francês e alemão**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0033.htm>>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. **Lei N. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. **Lei N. 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 19 nov. 2015.

Ética a Nicômaco. Os pensadores: Abril Cultural, 1979.

FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. **A mulher casada no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LEITE, E. O. **Comentários ao novo código civil. Direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)**, v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira do Direito de Família**, v.1, n.1, p. 42-45, Porto Alegre, abr./jun. 1999.

NICZ, Alvacir Alfredo. **O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito**. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9>. Acesso em: 1 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STJ, **Recurso Especial – REsp 1329993/RS**, T4 – Quarta Turma, j. 17/12/2013, v.v, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJE 18/03/2014.

_____, **Recurso Especial – REsp 1134387/ SP**, T3 – Terceira Turma, j. 16/04/2013, v.v, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJE 29/05/2013, RJP, vol 52, p 155.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Direitos Reais**. 7 ed. V. 5. São Paulo: Atlas, 2007.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Wendel Alves Sales Macedo⁶³

RESUMO: o presente trabalho analisa a responsabilidade civil do Estado no caso de violações dos Direitos Humanos com foco no sistema prisional brasileiro. O mencionado estudo não tem por objetivo esgotar o tema, mas sim fazer uma análise jurídica crítica do sistema penal brasileiro e apresentar o dever de reparar o dano causa pelo Estado. Não é nada atual a crise do sistema criminal no Brasil e isso vem causando problemas para toda a sociedade como insegurança jurídica, violência dos mais variados tipos, não respeito aos direitos humanos, retrocesso social, injustiças, entre outros. Já está mais que na hora de o Brasil adota uma política criminal que gere, principalmente, prevenção. Isto não significa dizer em viver em uma “ditadura”, pelo contrário, a sociedade brasileira deve viver em um Estado Democrático de Direito em que haja um respeito à dignidade da pessoa humana, haja a garantia do mínimo existência, não haja desigualdade social, haja participação de todos na resolução do conflito, haja reconhecimento de todos os seres humanos sem discriminação negativa: haja um bem-estar social. Dessa forma, o presente trabalho estabelece uma análise teórica sobre o problema do sistema penal brasileiro numa perspectiva de humanizar a aplicação da pena, porém enquanto esta humanização não acontecer o Estado tem o dever jurídico de reparar os danos causados aos presos no sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Responsabilidade do Estado; Sistema Penal Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a responsabilidade civil do Estado em caso de violação de direitos humanos com ênfase na superlotação carcerária no Brasil. Nesse sentido, o objetivo do referido texto não é esgotar o estudo sobre essa temática, pelo contrário, é um ponto de

⁶³ Bolsista CNPQ e mestrando em Direitos Humano no PPGDH da UFPB. Graduação no Curso de Direito na UFCG; especialização em Direito Civil e Processual Civil pela FAISA; especialização em Direito Público pela FAISA; especialização em Direito do Trabalho e Processo do trabalho pela Damásio Educacional; mestrando em Direitos Humanos no PPGDH na UFPB; integrante do IDCC da UFPB; integrante do AFROEDUCAÇÃO da UFPB; membro da Comissão da OAB de Direitos Humanos; membro da Comissão da OAB de Arbitragem, Conciliação e Mediação; e advogado. Email: wendel_direito@hotmail.com

partida para uma análise jurídica crítica do sistema penal brasileiro e para apresentar a obrigação jurídica do Estado em reparar os danos causados ao preso.

A metodologia do trabalho está embasada em dois métodos: qualitativo e dedutivo. São analisadas as fontes do Direito Brasileiro, tais como, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2002, o Código Penal Brasileiro de 1940, a Lei de Execução Penal de 1984, doutrinadores brasileiros dos mais variados ramos do Direito, as jurisprudências do STF e STJ, entre outras fontes.

Atualmente, vivencia-se um contexto completo: por um lado, vive-se no Estado Democrático de Direito; mas, por outro lado, o cenário é de crise do sistema penal brasileiro que traz reflexos nos mais variados campos como educação, saúde, segurança, trabalho, lazer e etc. A realidade brasileira é de violações, exclusões, controles e desigualdades, nesse sentido, indaga-se: como é tratada a questão das violações dos direitos humanos pela superlotação carcerária no Brasil?

A hipótese do trabalho é a no sentido de que deve haver mudanças no sistema penal brasileiro para humanizar o tratamento com o preso, com a vítima e com a coletividade. Porém, até que isso aconteça o dano causado ao preso (a vítima e a coletividade) pelo Estado deve ser indenizado.

Justifica-se o trabalho pela importância e atualidade do tema, tendo em vista que a decisão do STF (estudo jurisprudencial) que trata sobre a responsabilidade civil do Estado em caso de superlotação carcerária é de 2017: RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16.2.2017. (RE-580252). Entretanto, não se pode negar que já existe, há algum tempo, um estudo doutrinário sobre o dever do Estado em reparar o dano causa.

O texto encontra-se dividido da seguinte forma: breve histórico da responsabilidade civil do estado; conceito de responsabilidade civil do estado; previsão e requisitos da responsabilidade civil do estado; teoria adotada para a responsabilidade civil do estado; panorama do sistema penal brasileiro atual; direitos humanos dos presos; controle judicial de políticas públicas no sistema prisional; estado de coisas inconstitucional; e responsabilidade civil do estado por superlotação carcerária.

2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em relação a uma breve análise histórica da Responsabilidade Civil do Estado, constata-se que é possível verificar três fases: a primeira fase é da “irresponsabilidade do Estado”; a segunda fase é da “responsabilidade subjetiva do Estado; e a terceira fase é a da “responsabilidade objetivo do Estado”. Nesse sentido, Macedo⁶⁴ (2014, p. 146) alude que: “Inicialmente, a análise história da responsabilidade civil do Estado é composta por fases que se inicia com a total irresponsabilidade do Estado e termina com a responsabilidade objetiva estatal, que neste caso não é analisado a culpabilidade”.

No mesmo sentido, Gonçalves (2012, p. 169):

A responsabilidade civil do Estado é considerada, hoje, matéria de direito constitucional e de direito administrativo. Em sua evolução, podemos observar que, nos primórdios, subsistia o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado (The King can do no wrong). Após passar por vários estágios, atingiu o da responsabilidade objetiva, consignada no texto constitucional em vigor, que independe da noção de culpa.

A primeira fase é marcada pelo absolutismo, em que “o Estado não poderia ser responsabilizado em juízo”, tendo em vista que “o rei não erra nunca”. Essa fase é marcada pela “irresponsabilidade do Estado”, como já mencionado.

Em seguida, a segunda fase é determinada pela “responsabilidade do Estado em caso de praticar ato com dolo ou culpa”. Nessa fase, o Estado pode ser “responsabilidade subjetivamente em juízo”. O Estado era culpado em juízo por “não prestar um serviço ou por prestar o serviço deficiente causando um dano a outrem”.

Por fim, a terceira fase é a atual, em que o Estado responde em juízo de forma objetiva. Nessa perspectiva, a vítima apenas tem o ônus de provar que o Estado causou um dano a ela e que esse dano teve como causa a prestação de um serviço. Logo, a vítima não precisa provar culpa ou dolo por parte do Estado, tendo em vista que este responde com base no nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Conforme mencionado por Gonçalves (2012), o estudo sobre a responsabilidade civil do Estado pode ser feito no Direito Constitucional e/ou no Direito Administrativo.

⁶⁴ No artigo original publicado em 2014 houve erro de digitação e o sobrenome que está lá é Macêdo. Porém, o correto é Macedo.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o artigo 37, que mencionado sobre a administração pública, percebe-se que não há um conceito legal/constitucional do que vem a ser Responsabilidade do Estado. Por essa razão, é interessante apresentar a definição doutrinária.

Quanto ao que vem a ser responsabilidade, Fiuza (2010, p. 280): “juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato”. Já Gagliano e Filho (2008, p. 3) aludem que:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

A responsabilidade, na categoria jurídica, é (ou pode ser) entendida como sendo o dever jurídico de parar o dano causado a outrem. Isso significa que é uma obrigação assumida pela por uma pessoa conseqüência de um dano causado outra pessoa. Ao apresentar essa definição, questiona-se: o que vem a ser responsabilidade civil do Estado?

De forma objetiva, Macedo (2014, p. 147) entende que: “a responsabilidade civil do Estado consiste na reparação do dano por parte dos Entes Federativos (União, Estados, Distrito Federal e/ou Município) a uma pessoa. Dessa forma, a Administração Pública responde pelo dano causado a um terceiro”.

Conforme Carvalho (2014, p. 324): “sendo assim, o ente público deve reparar os danos causados em sua atuação, independentemente de vínculo ou relação anterior com o sujeito prejudicado, nos moldes estipulados pela Constituição Federal”.

Então, a responsabilidade civil do Estado consiste no dever jurídico – obrigação - do ente público em reparar o dano causado a outrem. Para que haja essa reparação não se analisa o vínculo ou a relação anterior com o Estado. Nesse sentido, cabe responsabilização do dano causa pelo

agente público a uma pessoa, sendo neste caso a responsabilidade objetiva. O Estado pode ingressar com a ação de regresso em face do agente público que agiu com dolo ou culpa.

4 PREVISÃO E REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado está prevista no texto constitucional no artigo 37, parágrafo 6º. Esse dispositivo constitucional trata que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ao interpretar o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, à luz de uma hermenêutica constitucional, verifica-se que tanto a pessoa jurídica de direito público como a pessoa jurídica de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos causados pelos seus agentes, em serviço ou utilizado dessa qualidade, causados a um terceiro. É possível ação de regresso em face deste agente que gerou o dano em caso de dolo ou culpa. Nessa concepção, Macedo (2014, p. 149) entende que: “Interpretando-se o dispositivo mencionado, a regra é aplicar à responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito público. E a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos é também objetiva”.

Há a previsão legal sobre a responsabilidade civil do Estado no artigo 43 do Código Civil de 2002. Esse dispositivo dispõe que:

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Como se pode notar a redação do artigo 43 do Código Civil de 2002 está embasada no artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal de 1988. Macedo (2014, p. 151) alude que:

Analisando o artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Cidadã de 1988 e o artigo 43, do Código Civil, de 2002, percebe-se que eles apresentam o mesmo raciocínio jurídico: o Estado responde objetivamente ao dano causado ao indivíduo e o Estado ingressará com ação de regresso em face do agente causador do dano que agiu com dolo ou culpa.

Partindo da interpretação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 43 do Código Civil de 2002 identifica-se requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam: dano causado; agente específico; e nexos de causalidade.

Para Macedo (2014, p. 151):

A responsabilidade objetiva é a que possuem como requisitos: a conduta do agente público ou particular que exerce atividade pública; o dano causado a um particular; e o nexos de causalidade de que a conduta do agente deu causa ao dano. Dessa forma, nessa responsabilidade não há discussão de nenhum elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Primeiro, para que haja responsabilidade objetiva do Estado é necessário que haja um dano. Este deve ser certo e real, ou seja, dano já configurado. Logo, não cabe essa responsabilidade no caso de dano presumido ou dano virtual. O dano pode ser material, moral e/ou estético. Por um lado, está claro que há mais de um tipo de dano, por outro lado, indaga-se: é possível cumulação de dano?

A resposta para essa pergunta acima é ‘sim’, conforme interpretação de duas súmulas do STJ: 37 e 387. A súmula 37 do STJ trata que: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Já a súmula 387 do STJ alude que: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Segundo, o agente é específico na responsabilidade objetiva do Estado. Isso quer dizer que quem deve causar o dano é um “agente público” como regra, ou seja, para que haja responsabilidade objetiva civil do Estado a pessoa deve fazer parte da administração pública. O

Agente público precisa estar em serviço ou nessa qualidade, por exemplo, Estado não responde em caso de o servidor público de folga (não se encontra nessa qualidade) causa dano a outrem.

O terceiro, deve haver um nexo de causalidade entre a conduta do agente público agindo nessa qualidade e o dano causado a outrem. O dano causado deve acontecer pela prática de um agente público agindo nessa qualidade.

Observa-se que é admitido causas excludentes de responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Nesse sentido, Macedo (2014, p. 152) informa que: “em regra, as excludentes de responsabilidade são: o caso fortuito, a força maior, a culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Essas hipóteses de excludente atingem o nexo de causalidade. Nesse caso, o ônus da prova é das excludentes é do Estado”. No mesmo sentido, para Di Pietro (2012, p. 707): “são apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima”.

5 TEORIA ADOTADA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Depois de tratar sobre a evolução histórica, o conceito, a previsão, os requisitos, as causas excludentes de responsabilidade, é interessante tratar sobre a Teoria Adotada na Responsabilidade Objetiva do Estado.

Há uma corrente doutrinária que entende que o Estado responde no caso de ação danosa de forma objetiva. Enquanto, que ele responde no caso de omissão danosa subjetivamente. Por outro lado, é possível visualizar uma segunda corrente que entende que o Estado responde objetivamente tanto no caso de ação danosa como no caso de omissão danosa. Para dirimir essa questão, de acordo com a dignidade da pessoa humana, é interessante/viável/necessário adotar que a responsabilidade do Estado é objetiva no caso da proteção dos direitos humanos do preso. Neste sentido, o STF entendeu no informativo 520 de 2014 que: a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva ” (CAVALCANTE, 2017, p. 124).

Com relação à teoria Adotada no caso da Responsabilidade do Estado há duas teorias (as mais conhecidas): a do Risco Administrativo e a do Risco Integral. Segundo Macedo (2014, p. 152):

A teoria adotada na responsabilidade objetiva, como regra, é a teoria do risco administrativo na qual fundamenta que a atividade administrativa é arriscada, com isso o Estado deve assumir o risco da prestação do serviço público não importando os aspectos subjetivos.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro para com a responsabilidade do Estado é a Teoria do Risco Administrativo. Porém, é possível visualizar a aplicação de outra teoria de forma excepcional, nesse sentido, Macedo (2014, p. 152) entende que:

A teoria adotada na responsabilidade objetiva do Estado, como exceção, é a da teoria do risco integral que menciona que o Estado deve ser totalmente responsabilizado em todos os seguintes casos: no dano nuclear; no dano ambiental; no dano a bordo de aeronaves que esteja no espaço aéreo brasileiro; e no dano de ataque terrorista. Essa teoria não admite as excludentes de responsabilidades, visto que o Estado é garantidor universal da reparação desses danos.

De forma excepcional o Estado Responde com base na Teoria do Risco Integral. Isso significa dizer que não se admite causas excludentes de responsabilidade quando aplicada essa teoria. Os casos que o Estado Responde dessa forma são: dano nuclear; dano ambiental; ataque terrorista; dano a bordo de aeronave que se encontre no espaço aéreo brasileiro.

6 PANORAMA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO ATUAL

Cotidianamente se ver falando que o Sistema Penal Brasileiro se encontra em crise, está falido, não cumpre as finalidades da pena (prevenção, repressão e ressocialização), não proporciona reeducação, há impunidade em vários casos, há exclusão de parte da sociedade, há controle social por parte do Estado; há uma cancerização em massa da população negra e pobre; entres outras. Essas são algumas das características desse sistema. Para Macedo, Gomes e Almeida (2017, p. 117):

O sistema penal atual brasileiro é um sistema **violador** dos Direitos Humanos, por exemplo, pelas penas injustas, penas cruéis, morosidade na

resolução do problema penal, superlotação dos presídios, más condições dos presos, omissão da vítima na solução do conflito penal, controle social, entre outros. É um sistema **excludente**, tendo em vista que exclui a vítima e a sociedade da resolução do problema. E caracteriza-se também como é um sistema **ultrapassado**, pois grande parte das Leis está desatualizada, não corresponde com a realidade, como é o caso do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal de 1941, etc. (Grifo do Autor)

Os mencionados autores apresentam três características básicas do sistema penal brasileira na atualidade, quais sejam: é um sistema violador de Direitos Humanos; é excludente e é ultrapassado. Quanto à primeira característica é possível visualizar que dia-a-dia fica claro as violações de direitos humanos sofridas não só pelos presos, mas também por toda a sociedade. Com relação à segunda característica é visível que há a exclusão da vítima e da sociedade na resolução do conflito penal. Por fim, é notório que o sistema penal brasileiro precisa se renovar, principalmente, renovar as leis penais e leis processuais penais.

Os mesmos autores (2017, p. 117) mencionam que:

O Brasil vivencia um grande problema que é o elevado número de encarcerados (e conseqüentes violações aos Direitos Humanos). O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – constatou que a população carcerária no Brasil é de 711.463 presos e, na Paraíba, a população carcerária era de 9278 no ano de 2014 Enquanto há países que estão fechando presídios por ausência de presos e de crimes como é o caso da Holanda e da Suécia. Por exemplo, em João Pessoa-PB, no ano de 2016, o Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba constatou violações aos Direitos Humanos em razão da superlotação no presídio do Roger, entre outros problemas.

Não é novidade para ninguém que há um problema estrutural no Sistema Prisional Brasileiro quanto ao elevado número de encarcerados. No ano de 2014, foi constatada pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça uma população carcerária brasileira de 711.463 presos. Atualmente, a população carcerária é a quarta maior do mundo, conforme o CNJ⁶⁵. Há ainda um alto congestionamento de processos judiciais e isso contribui com uma insegurança jurídica.

⁶⁵ CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>. Acesso em: 24.03.2017

Um exemplo de violação de direitos humanos é a superlotação nos presídios, entre outras violações. Isso decorre de uma ausência de Política Criminal efetiva no Brasil, bem como deficiência de políticas públicas que proporcione uma “mínima” qualidade de vida para todos. Mas esse problema tem solução, tendo em vista que há países que estão fechando presídios como é o caso da Holanda e da Suécia.

No Brasil, há outros problemas como o grande índice de violência, uma alta desigualdade social e a teoria do Etiquetamento. Segundo Macedo, Gomes e Almeida (2017, p. 117 e 118):

Em relação à violência no Brasil, é possível visualizar um medo/temor da população brasileira com a violência generalizada, pois as pessoas não se sentem seguras até mesmo para sair de casa para ir ao trabalhar, estudar e etc. Um exemplo disso é a cidade de João Pessoa-PB que está entre as 5 mais violentas do Brasil e entre as 21 mais violentas do Mundo.

A desigualdade no Brasil proporciona uma pobreza generalizada e uma exclusão social. Essa desigualdade prejudica o desenvolvimento do país, porque não há uma inclusão e uma acessibilidade social de todos para que se possa haver um desenvolvimento coletivo.

A teoria do Etiquetamento é muito forte no Brasil, pois as pessoas pensam que o pobre e o negro tendem a ser criminosos. Mas isso não corresponde com a realidade. A discriminação no Brasil está presente cotidianamente, pois as pessoas são tratadas pelo que aparenta ser ou ter, por exemplo: por um lado, pessoas bem vestidas e/ou com um belo carro e/ou com uma boa casa tende a ser bem tratadas; por outro lado, as pessoas simples tendem a ser mal tratadas. Há no Brasil a discriminação em razão da raça, do gênero, da situação econômica, da posição social, entre outros.

A violência brasileira é preocupando tanta para o poder público como para a população. As pessoas estão com medo de sair de casa e isso não é de agora. Exemplificando a complexidade desse problema é que o Brasil é um dos países mais violentos do mundo, ou melhor, “está no topo da violência” quando o assunto é violência, por exemplo, “São pelo menos 130 homicídios por dia”⁶⁶.

No aspecto social, o Brasil é um país “muito” desigual socialmente, tendo em vista que poucas famílias detêm mais grande parte da riqueza do país, enquanto quase a totalidade da população detêm pouco para sobreviver: há um elevado número de família que não detêm nem o

⁶⁶ CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 24.03.2017

mínimo existencial. O Brasil está na “posição 79 entre 188 Nações no rank de IDH”, levando em conta “educação, renda e saúde”⁶⁷.

Diante da violência e da desigualdade social houve a criação da Teoria do Etiquetamento em que a população historicamente menos favorecidas são as que mais sofrem com o Sistema Penal atual. É preocupante a prática dessa teoria e isso deve ser mudado, tendo em vista que há uma exclusão social e um controle social para com a população menos mais carente economicamente.

7 DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

É interessante que fique claro que o direito de punir do Estado abrange no máximo o direito à liberdade ou algumas limitações de direitos ou o dever ao pagamento de uma multa. Isso quer dizer que no Brasil há três tipos de pena penal: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito e a de multa.

O preso não sofre a exclusão dos mais variados direitos humanos. Logo, ele continua com todos os outros direitos humanos, tais como: direito à vida, direito à saúde, direito à educação, direito à alimentação, direito ao trabalho, direito à visita íntima, direito à visita dos familiares, direito ao banho de sol, direito ao julgamento justo em prazo razoável, direito ao devido processo legal, direito à ampla defesa, direito à assistência judiciária, direito ao duplo grau de jurisdição, direito ao cumprimento de uma pena digna e etc.

No site Guia dos Direitos⁶⁸ é possível visualizar os seguintes direitos do preso:

Quando uma pessoa é presa, todos os seus outros direitos que não são atingidos pela perda do direito de ir e vir, devem ser mantidos. Desta forma, todos os seus direitos de cidadão como educação, saúde, assistência jurídica, trabalho (não sujeito ao regime da C.L.T.) e outros continuam sendo garantidos pelas leis brasileiras. Mesmo estando privado de liberdade o preso tem ainda direito a um tratamento humano, sem sofrer violência física ou moral.

Os direitos dos presos (e das presas) estão indicados na Constituição

⁶⁷ El País. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html. Acesso em 24.03.2017

⁶⁸ Guia dos Direitos. Disponível em: http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=947. Acesso em: 22.03.2017.

Federal e na Lei de Execuções Penais, lei que trata do direito dos presos e de sua integração à sociedade.

A Constituição em seu artigo 5º XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e a Lei de Execuções Penais determina que o Estado tem obrigação e deverá prestar ao preso:

- I – Assistência Material: fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas;
- II - Assistência Saúde: atendimento médico, farmacêutico e odontológico, tanto preventivo, quanto curativo;
- III - Assistência Jurídica: destinada àqueles que não possuem recursos para contratar um advogado;
- IV - Assistência Educacional: o ensino do primeiro grau é obrigatório e é recomendada a existência de ensino profissional e a presença de bibliotecas nas unidades prisionais.
- V - Assistência Social: deve amparar o preso conhecendo seus exames, acompanhando e auxiliando em seus problemas, promovendo sua recreação, providenciando a obtenção de documentos e amparando a família do preso. A assistência social também deve preparar o preso para o retorno à liberdade
- VI - Assistência Religiosa: os presos devem ter liberdade de culto e os estabelecimentos deverão ter locais apropriados para as manifestações religiosas. No entanto, nenhum interno será obrigado a participar de nenhuma atividade religiosa.
- VII - Assistência ao egresso: orientação para reintegração em sociedade, concessão (quando necessário) de alojamento e alimentação por um prazo de dois meses e auxílio para a obtenção de um trabalho.

São ainda direitos dos presos:

- ser chamado pelo próprio nome;
- receber visita da família e amigos em dias determinados;
- escrever e receber cartas e ter acesso a meios de informações;
- ter acesso a trabalho remunerado (no mínimo $\frac{3}{4}$ do salário mínimo);
- contribuir e ser protegido pela Previdência Social;
- ter acesso à reserva de dinheiro resultado de seu trabalho (este dinheiro fica depositado em caderneta de poupança e é resgatado quando o preso sai da prisão);
- ser submetido a uma distribuição adequada de tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo;
- ter conversas pessoais reservadas com seu advogado;
- ter igualdade de tratamento, a não ser no que se refere às exigências de individualização da pena;

- ter audiência especial com o diretor do estabelecimento prisional;
- poder se comunicar e enviar representação ou petição a qualquer autoridade, em defesa de seus direitos;
- receber anualmente da autoridade judiciária competente um atestado de pena a cumprir.

O referido site elenca vários direitos do preso. Esses direitos são considerados como Direitos Humanos e não pode ser violado. Caso haja qualquer violação é direito do preso em comunicar/reclamar ao Diretor do Presídio. Caso depois desta comunicação/reclamação nada seja feito o preso tem direito de comunicar ao juiz criminal. Caso o problema ainda não seja resolvido cabe a denúncia de violação de direitos humanos à ONU ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Há regras mínimas para tratamento de prisioneiros da ONU⁶⁹. Essas regras são denominadas de “Regras de Mandela”⁷⁰. Nesse sentido, indaga-se: qual é o escopo dessas regras? A resposta desta pergunta é a seguinte:

O objetivo das presentes regras não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados - os princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros.

Como se pode verificar a finalidade das “Regras de Mandela” são apresentar teorias administradas na atualidade e informar sobre um sistema humanizado: estabelecer “princípios e regras” que gere organização penitenciária e contribua com as práticas que cumpram as finalidades da pena.

⁶⁹ ONU, Regras Mínimas para tratamento de Prisioneiros. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>. Acesso em: 22.03.2017.

⁷⁰ CNJ, Regras de Mandela. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em 22.03.2017

Quais são as principais regras mínimas? As regras mínimas para tratamento de reclusões foram sistematizadas por área. Conforme o CNJ⁷¹:

- (a) Respeito à dignidade e valor inerentes aos seres humanos (Regras 6, par. 1; 57-59; e 60, par. 1),
- (b) Serviços médicos e de saúde (Regras 22-26; 52; 62; e 71; par. 2),
- (c) Medidas disciplinares e sanções, incluindo o papel dos profissionais de saúde, as penas de isolamento, e a redução da alimentação (Regras 27; 29; 31; e 32),
- (d) Investigação de todas as mortes em custódia, bem como de qualquer sinal ou alegação de tortura; ou tratamento ou punição desumanos, ou degradantes (Regra 7 e as Regras propostas 44 bis e 54 bis),
- (e) Proteção e necessidades especiais dos grupos de vulnerabilidade privados de liberdade, levando em consideração países em circunstâncias difíceis (Regras 6 e 7),
- (f) O direito à assistência jurídica (Regras 30; 35, par. 1; 37; e 93),
- (g) Queixas e inspeções externas (Regras 36 e 55),
- (h) Substituição de terminologias defasadas (Regras 22-26; 62; 82 e 83, além de diversas outras),
- (i) Capacitação de pessoal relevante para a implementação das Regras Mínimas (Regra 47),

Logo, o preso tem todos os direitos humanos, salvo o direito à liberdade. Não se pode haver nesse caso qualquer tipo de violação desses direitos. Casa haja deve haver denúncia para que o problema seja resolvido o quanto antes. Observa-se que o Código Penal no artigo 38 segue essa linha de raciocínio ao determinar que: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. Bem como, a Lei de Execução Penal alude no artigo 3º que:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

⁷¹ CNJ, Regras de Mandela. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em 22.03.2017

Interpretando o artigo 38 do Código Penal e o artigo 3º da Lei de Execução Penal verifica-se que o preso tem todos os direitos humanos já conquistados e reconhecidos, não sendo admitido qualquer tipo de violação (“não se permite distinção racial, social, religiosa ou política”). É possível que a lei ou a sentença judicial atribua privação e/ou restrição ao preso, mas essas não podem ir contra os direitos humanos. Diante do exposto, as leis, as decisões judiciais e as políticas públicas devem respeitar o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos.

8 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA PRISIONAL

Diante da crise do sistema penal atual é necessário que haja políticas públicas que adequem esse sistema a realidade brasileira com vista em proporcionar: um mínimo existencial aos presos, integral assistência a vítima e a família desta e segurança para a coletividade.

O poder legislativo detém por função precípua “inovar o ordenamento jurídico”, nesse sentido, deve haver leis que tratem o preso como sujeito de direitos. As leis brasileiras não vêm melhorando o sistema penal e isso pode ser visto nos presídios brasileiros.

O poder executivo atua na construção e efetivação de políticas públicas. As poucas políticas criminais que existem no Brasil são ineficientes. Nessa concepção, esse poder deve mudar o cenário atual com intervenções no sistema prisional garantindo o mínimo existencial do preso.

Como se pode verificar o poder legislativo não cria leis que mude para melhor a realidade e o poder executivo não proporciona políticas públicas que humanize o cumprimento da pena, mas e o que, o Poder Judiciário vem fazendo? O poder judicial vem, de forma questionável, com decisões judiciais atuando no sistema prisional (ativismo judicial). Essa atuação não vem garantindo melhorias num contexto geral, apesar da possibilidade de intervenção direta e/ou indireta no sistema criminal. É necessário que haja um Estado-juiz que aplique o direito ao caso concreto com vista em mudar a realidade para melhor. Mas o que é o melhor para a coletividade? “Mudar a realidade para melhor” significa reconhecer, promover e efetivar dos direitos humanos.

Conforme o Informativo 543 de 2014 do STJ: “judiciário pode determinar reforma de cadeia ou construção de nova unidade prisional”, bem como o Informativo 794 de 2015 do STF que dispõe que “judiciário pode determinar a realização de obras emergenciais em estabelecimento prisional” (CAVALVANTE, 2017, p. 29). Analisando juridicamente esses informativos contata-

se que cabe atuação do Poder Judiciário no reconhecimento, na promoção e na efetividade dos direitos humanos. Porém, construir ou reformar presídios, apensar de ser relevante quanto aos direitos do preso, não muda o contexto brasileiro. Não só os presídios devem ser melhoras, mas sim a saúde pública, a educação, o trabalho, a segurança e etc. O poder público e o povo devem se unir para desenvolver socialmente, culturalmente, politicamente, juridicamente e economicamente todo o país.

9 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Em relação ao que vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucional, conforme no Informativo 798 de 2015 do STF:

No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

O Estado de Coisas Inconstitucional foi denominado pela Corte Constitucional da Colômbia e é marcado por violações a “Direitos Humanos Fundamentais”. Nesse sentido, Cavalcante (2017, p. 30) alude que:

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional consiste no contexto político-social-jurídico caracterizado por violações de direitos fundamentais de caráter geral e sistêmico. Essas violações são causadas pela ausência e/ou pela incapacidade reiterada por parte do Poder Público em mudar

esse contexto. Nessa concepção fica evidente que deve haver mudanças com vista em garantir a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88). Essa mudança pode/deve se dá com atuação do Poder Público em conjunto com o povo para com garantir a efetividade dos Direitos Humanos.

Nos Informativos 796 e 797 o STF entendeu que:

Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797.

Diante do contexto de violações dos Direitos Humanos, o STF deferiu liminar para que seja proporcionado pelos juízes e tribunais as seguintes ações: motivação das decisões com vista em ser apresentado os motivos de não aplicar penas alternativas; implantação das audiências de custodias

no prazo de 90 dias; analisar o quadro vivenciado pelo Brasil antes de aplicar medidas cautelares, penas e execuções; estabelecer penas alternativas quando possível e como primeiro plano; abrandamento dos requisitos para a fruição e benefícios e direitos dos presos, por exemplo, progressão de regime, livramento condicional, suspensão condicional do processo e etc.; abatimento do tempo da penal por entender que o sistema penal brasileiro extrapola os limites dos direitos humanos; o CNJ deve fazer mutirões para analisar os processos em execução de pena privativa de liberdade para adequá-los para que seja respeitada a dignidade humanas dos presos; a União deve liberar verbas para melhorar o sistema prisional brasileiro.

O plenário do STF reconheceu na ADPF 347 que:

(...) No sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.

Há violações de caráter geral e sistêmico dos direitos humanos fundamentais dos presos. Essas violações abrande a dignidade, vida, saúde, integridade física e psíquica e etc. As penas aplicadas pelo Estado são cruéis e desumanas e essas penas não são admitidas no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, constata-se que há violações de normas de âmbito nacional como a Constituição Federal, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e etc., bem como há violações de normas de âmbito internacional como Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penais Cruéis, Desumanos e Degradantes, Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outras.

O plenário do STF complementa na ADPF 347 que:

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

O sistema prisional brasileiro não cumpre as finalidades da pena, pelo contrário, ele contribui para que haja o aumento da criminalidade, tendo em vista que há uma transformação de “pequenos infratores criminal” em “monstros do crime”. Isso pode ser provado pela ineficiente Política de Segurança Pública que contribui com o aumento das taxas de reincidência. Portanto, a situação prisional no Brasil é “assustadora” quanto às penas apresentadas e é “violadora” de direitos humanos.

O pleno do STF na ADPF 347 entendeu que:

Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional.

Na ADPF 347 MC/DF o plenário do STF atribuiu a responsabilidade do sistema criminal vivenciado no Brasil aos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que as leis são desumanas; há ausência de políticas públicas que mude a realidade prisional brasileira e não há o cumprimento das finalidades (retribuição, prevenção e ressocialização) da penal. Isso deve mudar: inicialmente, é necessário haver diálogos entre os Poderes e o povo, em seguida, deve haver ações que garantam a dignidade da pessoa humano e o mínimo existencial.

10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

A questão da superlotação carcerária não é nova, vista que durante décadas o Brasil apresenta essa violação aos Direitos Humanos no cenário nacional e internacional. A política criminal brasileira não inclui a vítima e o povo na resolução do conflito (Justiça Restaurativa), não apresenta um Direito Penal Mínimo (Direito Penal como último a ser aplicado) e não leva em conta a luta pelo reconhecimento como uma diretriz a ser seguida na descriminalização (Abolicionismo Penal).

Com a ineficiente/ausente política criminal quem sofre com a violência é a sociedade brasileira, principalmente, a coletividade, a vítima e o condenado. É necessário mudar um contexto de insegurança para um de segurança pública com vista em proporcionar um espaço em que a coletividade não tem medo de viver (sair de casa, por exemplo). Na atualidade, o povo brasileiro vive em um paradoxo, pois as pessoas têm medo de sair de casa por causa da violência no Estado Democrático de Direito. Esse medo deve desaparecer não com uma “ditadura” imposta, mas sim com uma atuação do Poder Público com a coletividade para com a segurança pública.

Tanta a vítima como a sua família não detêm assistência integral do Estado nem reparação do dano pelo autor do fato-crime. Neste caso, deve ser construído um Direito Penal que se preocupe com a vítima e a família desta, além de cumprir as finalidades da pena. Uma medida, dentre as várias a ser adotadas, é a implantação da justiça restaurativa no Brasil nos mais vários crimes (crimes pequeno, médio e grande). O Direito Penal deve ser adotado em último caso e não se pode deixar de fora o abolicionismo criminal para com a reforma do sistema criminal: reconstrução das condutas que devem ser consideradas como criminosas.

Em relação ao dano causado ao condenado e da família deste no cumprimento da penal cabe reparação pelo Estado. Isso significa que se adota um modelo criminal em que o preso é sujeito de direitos, deveres e dignidade. Nesse sentido, é interessante estudar sobre a responsabilidade civil por superlotação carcerária.

Conforme o Informativo do 854 do STF de 2017, o pleno do Supremo entendeu que:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Em caso de não haver efetividade/cumprimento dos padrões mínimos de humanidade nos presídios cabe responsabilidade do Estado na obrigação de ressarcir os danos comprovadamente causados ao preso, conforme interpretação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal à luz da hermenêutica constitucional.

O plenário do STF no RE 580252/MS em repercussão geral entendeu que:

O Tribunal, em conclusão e por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, a qual **fixara indenização no valor de dois mil reais a favor de detento**. Consoante o acórdão restabelecido, estaria **caracterizado o dano moral** porque, após laudo de vigilância sanitária no presídio e decorrido lapso temporal, não teriam sido sanados os **problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e de higiene do estabelecimento penal**. Além disso, não sendo assegurado o **mínimo existencial**, seria inaplicável a teoria da reserva do possível — v. Informativos 770 e 784.

Prevaleceu o voto do ministro Teori Zavascki (relator). (Grifo nosso)

Com base nos Direitos Humanos, o STF entendeu que cabe indenização por dano moral em caso de “superlotação carcerária”, de falta de “condições mínima de saúde e de higiene” do estabelecimento penal e “ausência de garantia do mínimo existência”. O Estado não pode alegar a “reserva do possível”, pois não se usa essa tese em caso de Direitos Humanos e/ou Direitos Fundamentais.

Com relação ao valor da reparação civil do Estado (valor da indenização) no presente caso concreto, no RE 580252/MS, foi determinado o valor de 2 mil reais. Porém, o valor dado nesse caso não deve ser tratado como um valor para todos os casos, tendo em vista que o valor da indenização é determinado pela extensão do dano.

Então, a precariedade do sistema penitenciário brasileiro gera danos aos presos e esses danos precisam ser reparados: cabe responsabilidade civil do Estado para indenizar os presos que comprar danos em decorrência da situação carcerária. Essa responsabilidade civil é objetiva, tendo em vista que o Estado deve garantir todos os direitos do preso previstos no ordenamento jurídico interno e na legislação internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se no presente trabalho que é possível dividir em três fases a responsabilização do Estado em caso de dano a outrem: inicialmente, o Estado era irresponsável, pois o rei/soberano não errava; em seguida, o Estado poderia ser responsabilizado subjetivamente em juízo; e, por último, o Estado responde de forma objetiva, em que não se analisa o dolo ou a culpa, mas sim a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Em relação ao que vem a ser a responsabilidade civil do Estado, o conceito apresentado no texto faz uma relação entre a obrigação de haver uma reparação pelos danos causados a um terceiro pelos agentes públicos diante da prestação (lesiva, ineficiente ou ausente) de um serviço público.

Quanto à previsão da responsabilidade do Estado, como estudado, há o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República Federativa de 1988, bem como o artigo 43 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica de direito pública e a pessoa jurídica de direito privados prestadora de um serviço público no caso de dano causado a outrem mediante a prestação de um serviço público.

Há três requisitos que caracteriza a Responsabilidade Civil do Estado sendo: conduta de um agente público ou de um particular prestando serviço público; dano causado a um terceiro; nexo de causalidade entre a conduta e o dano. É adequado lembrar que, em regra, há causas excludentes de responsabilidade civil do Estado, quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

A teoria adotada na responsabilidade civil objetiva do Estado é, em regra, do Risco Administrativo. Porém, é possível adotar em alguns casos excepcionais a Teoria do Risco Integral: “dano nuclear; dano ambiental; ataque terrorista; dano a bordo de aeronave que se encontre no espaço aéreo brasileiro”.

O Sistema Penal Brasileiro, na atualidade, é composto por algumas características, sendo: precariedade; ultrapassado; ausência de alcance das finalidades da penal; impunidade; exclusão social; controle social; cancerização em massa; etiquetamento criminal; violador de direitos humanos, entre outros.

Quando o Estado-juiz aplica a punição a uma pessoa o máximo que deveria acontecer era a restrição da liberdade, a limitação de alguns direitos e/ou o pagamento de uma multa. Isso significa

que no Brasil só há três tipos de sanção penal: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e multa. Então, não se pode aplicar no Estado Democrático de Direito: pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; penas cruéis; pena degradantes; penas de trabalho forçado; pena de castigo corporal; entre outras penas desumanas. Isso quer dizer que, salvo as hipóteses previstas na constituição e em leis, os presos têm todos os direitos humanos já reconhecidos e conquistados.

É interessante que fique claro que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – estão em crise e não vêm efetivando todos os direitos humanos. Nesse caso, cada Poder deve cumprir seu papel perante a sociedade com vista no interesse da coletividade. Um entendimento importante (que é objeto de críticas) do STF é no sentido de ser possível controle judicial de políticas pública no sistema prisional com o objetivo de garantir a dignidade e o mínimo existencial dos presos.

A expressão Estado das Coisas Inconstitucional foi utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia. Esse Estado é caracterizado pela generalidade e pelas sistêmicas violações de direitos humanos e fundamentais dos presos. Nesse sentido, há um contexto político-social-jurídico que precisa ser mudado para melhorar o sistema prisional brasileiro. A responsabilidade pelas violações é dos três poderes e a principal vítima é o povo brasileiro. Como vimos deve haver uma mudança cultural para a implantação de uma política criminal que priorize as penas alternativas e que trate o preso como sujeito de direitos, deveres e dignidade.

Diante do sistema criminal vivenciado, caracterizado por violações de direitos humanos, o STF reconheceu, conforme interpretação da legislação nacional e internacional, a responsabilidade civil objetiva do Estado pela superlotação carcerária. Isso significa que deve haver mudanças para cessar as violações e enquanto houver dano cabe reparação. A indenização pelo dano moral deve ser medida pela extensão do dano. Então, o Estado tem o dever jurídico de garantir ao preso o cumprimento da pena que respeite os Direitos Humanos (dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, entre outros) sob pena de responsabilização. Quando a matéria tratar sobre Direitos Humanos e/ou Direitos Fundamentais o Estado não pode alegar em sua defesa a reserva do possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25.03.2017

_____. **Código Civil**, Lei de número 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em 25.03.2017

_____. **Código Penal**, Decreto-Lei de número 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 25.03.2017

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade mecum de jurisprudência dizer o direito**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007

CÉSAR, Fiuza. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>. Acesso em: 24.03.2017

_____, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 24.03.2017

_____, Regras de Mandela. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em 22.03.2017

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

El País. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html. Acesso em 24.03.2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Guia dos Direitos. Disponível em: http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=947. Acesso em: 22.03.2017.

MACEDO, Wendel Alves Sales Macedo, **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DO CÓDIGO CIVIL**. In, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa, Rodrigo Toscano de Brito, Erica Simone Barbosa Dantas, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Robson Antão de Medeiros. Anais do 2º Seminário do Instituto de Pesquisa e Extensão: perspectivas e desafios de humanização do direito civil-constitucional: rediscutindo a constitucionalização do direito civil; 20 a 22 de março de 2014. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

MACEDO, Wendel Alves Sales Macedo; GOMES, Milena Magalhães; e ALMEIDA, Rossana Tavares. **JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL: EM BUSCA DE UMA DIGNA SOLUÇÃO PARA O CONFLITO PENAL**. In, MACEDO, Wendel Alves Sales Macedo (organizador). **ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO OLHAR SOBRE O CONFLITO NO BRASIL**, Bahnhofstrabe: novas edições acadêmicas, 2017

ONU, Regras Mínimas para tratamento de Prisioneiros. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>. Acesso em: 22.03.2017.

STF, ADPF 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25.03.2017

_____, Informativo 520 de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>. Acesso em: 25.03.2017

_____, Informativo 794 de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em: 25.03.2017

_____, Informativo 798 de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em 25.03.2017

_____, Informativos 796. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>. Acesso em 25.03.2017

_____, Informativo 797. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm>. Acesso em 25.03.2017

_____, Informativo do 854. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm>. Acesso em: 25.03.2017

_____, RE 580252/MS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25335328/recurso-extraordinario-re-580252-ms-stf>. Acesso em 25.03.2017

STJ, Súmula 37. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em 25.03.2017

_____, Súmula 387. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em 25.03.2017

_____, Informativo 543 de 2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ZIP/informativo_ramos_2014.pdf. Acesso em 25.03.2017

AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DA FAMÍLIA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A PERSPECTIVA DA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Ana Júlia Pepeu Gomes⁷²

Paulo Antônio Maia e Silva Júnior⁷³

RESUMO

O presente artigo busca realizar uma análise das transformações de conceitos que a entidade familiar vivenciou e ainda vivencia nos dias de hoje, rompendo-se com a arcaica noção de que a família é, única e exclusivamente, aquela advinda do matrimônio existente entre um casal heteroafetivo. Nesse sentido, observou-se, também, as implicâncias dessas transformações na órbita das técnicas de reprodução humana assistida, em especial do procedimento conhecido enquanto gestação solidária. A partir disso, efetuou-se o estudo específico da maneira com a qual o direito brasileiro contempla as famílias advindas deste meio de perpetuação humana, analisando as dificuldades legais que recaem nestes núcleos, exaltando-se a necessidade uma legislação federal específica que regulamente esta temática.

Palavras-chaves: Direito Civil; Família; Técnica de reprodução assistida; Barriga solidária.

INTRODUÇÃO

A sociedade mudou, evoluiu e, por consequência, igualmente o Direito. Nesse sentido, ao tratarmos sobre as inovações sociais, o âmbito no qual mais é possível verificar a presença dos reflexos de tais mudanças é o familiar, principalmente no que tange a reprodução humana. Dessa forma, no Brasil, o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, garante a segurança ao

⁷² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Extensionista do Projeto “Direito é Saúde: núcleo de assistência jurídica voluntária em ações que envolvam direito da saúde e responsabilidade médica”. E-mail: anajuliapepeu@gmail.com.

⁷³ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Extensionista dos Projetos “Direito é Saúde: núcleo de assistência jurídica voluntária em ações que envolvam direito da saúde e responsabilidade médica” e “Endodontia e reabilitação oral: reconstrução de projeto de vida do paciente com neoplasia de cabeça e pescoço”. E-mail: paulojr@paulomaia.adv.br@gmail.com

planejamento familiar, de maneira que deve se tratar de uma decisão única e exclusiva do casal, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Assim, consiste em obrigação constitucional do Estado assegurar todos os suportes educacionais e científicos possíveis para que a prática do livre exercício do projeto parental seja, de fato, efetivada em nosso país.

Nessa esfera, pode-se notar que não predomina mais a ideia de um filho advir unicamente de um sistema legalista ou de vínculos genéticos (OTERO, p. 2). Hoje, a concupiscência não é mais requisito essencial para se ter a continuidade familiar. Assim, na contemporaneidade, o reconhecimento da filiação não depende mais de modo exclusivo da prática de métodos tradicionais de reprodução humana ou do sistema de adoção desenvolvido por cada Estado, de maneira que, atualmente, ele está pautado na dignidade, solidariedade, afetividade e proteção integral. Logo, torna-se válido creditar os títulos de paternidade e maternidade às pessoas que garantam segurança, afeto e assegurem a sobrevivência das nossas crianças independentemente da maneira com a qual foram concebidas ou de quem exercerá o projeto parental, pois “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo de dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2009, p. 65).

Isto ocorre porque, segundo Maria Berenice Dias (2010, p. 2), o conceito de família pluralizou-se, estando cada vez mais dissociada da tríplice tradicionalmente conhecida: casamento, sexo e procriação. Afinal, o movimento das mulheres, a popularização das pílulas anticoncepcionais, as descobertas e aprimoramentos da engenharia genética demonstraram que a relação sexual não é mais o único meio para que haja concepção, assim como o casamento deixou de ser a única fonte de conjugalidade, de tal maneira que a própria Constituição brasileira respalda as relações extramatrimoniais.

É importante, também, abordar que a nossa Magna Carta passou a reconhecer e proteger a família parental, aquela constituída por somente um dos pais e seus filhos. A Justiça, por sua vez, garante que as estruturas familiares reconhecidas constitucionalmente não pertencem a um rol taxativo, de maneira que

continuou a reconhecer como família outras estruturas familiares. Assim as famílias anaparentais, constituídas somente pelos filhos, sem a presença dos pais; as famílias parentais, decorrentes do convívio de pessoas com

vínculo de parentesco; bem como as famílias homoafetivas, que são as formadas por pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2015, p. 1)

Nesse sentido, constitui o objetivo deste artigo analisar a transformação da noção de família na nossa sociedade e, conseqüentemente, para o direito, perpassando pelas variadas técnicas de reprodução humana em voga na contemporaneidade e efetuando o estudo específico do método conhecido cientificamente enquanto “cessão uterina” e a sua prática no Brasil. Por fim, far-se-á uma breve abordagem acerca da ausência de respaldo legal para a supramencionada técnica, avaliando as implicações deste aspecto do Direito Brasileiro no tratamento jurídico ofertado para as famílias que optam por este método de reprodução em detrimento dos núcleos familiares que se constituíram a partir de artifícios tradicionais.

1 ROMPENDO PARADIGMAS TRADICIONAIS: AS VARIABILIDADES DE FAMÍLIA QUE ENSEJARAM NOVOS CONCEITOS

É cediço que a família é uma das instituições mais antigas e mais importantes da sociedade. Todavia, para que se possa compreender o cenário atual, é importante que se entenda a origem de uma das mais importantes instituições do mundo.

O termo “família” é de origem do latim *famulus*, que quer dizer criado ou servidor. De início, essa palavra era designada a um conjunto de empregados que serviam a um senhor, sem qualquer vínculo de afinidade ou da consanguinidade.

Entretanto, com o passar dos tempos, passou-se a empregar o termo “família” não mais para designar apenas um conjunto de pessoas que serviam a um senhor, mas para poder determinar certas pessoas que, agora, eram unidas, de fato, por laço de sangue, que viviam na mesma casa e estavam submetidas à autoridade comum de um chefe, uma vez que, antigamente, as famílias eram patriarcais, patrimoniais e matrimoniais.

As famílias eram tidas como patriarcais porque tínhamos o “chefe da família”, que era o líder do grupo familiar e era responsável toda e qualquer decisão, considerado como provedor e suas decisões deveriam ser, obrigatoriamente, seguidas por todos. No que tange ao quesito das famílias serem patrimoniais, é porque as uniões eram formadas não por afinidade ou por sentimento, mas, sim, com o interesse de se aumentar o poder e o patrimônio da família, faziam

isso para honrar o nome da família e para fortalecer o seu poderio econômico. Já no aspecto matrimonial, diz-se isso uma vez que a constituição familiar se dava antigamente, única e exclusivamente, pelo casamento, não havendo, assim, outros meios de constituição família como a união estável, como vemos hoje em dia.

Por sofrer fortes influências do catolicismo, fruto do auge da igreja católica no século X, o casamento acabou se tornando uma instituição sacralizada e indissolúvel, ou seja, a figura do divórcio se tornou inimaginável. O próprio código canônico rege que, para que se finde a união matrimonial é preciso que esta união seja feita por indivíduos de sexos opostos e que uma vez selada essa união, não poderia mais dissolve-la, senão vejamos:

Cânon 1055, §1º: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.

Cân. 1056 – As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento.

Contudo, não só o conceito de família mudou, mas a própria família em si. Com o advento da constituição Federal de 1988, através do seu art. 226, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, o casamento deixou de ser a única forma legítima de se construir uma família, configurando-se novas formas de constituição familiar, como a união estável e famílias monoparentais, além da igualdade na sociedade conjugal entre homem e mulher e a dissolução do casamento como pode-se ver adiante :

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.

§ 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.

Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal, em cinco de maio de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar através da ADI 4277, estimulando, assim, que mais tarde, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça reconhecesse o direito da conversão da união estável em casamento pelos casais homoafetivos.

Portanto, é inegável afirmar que, atualmente, temos inúmeros tipos de famílias existentes, pois não mais se impõe um modelo único de família que deva ser seguido, uma vez que é preciso se adequar às inúmeras realidades presentes em nossa sociedade. É indubitável aceitar as mudanças ocorridas em nossa sociedade. Nesse sentido, até a igreja católica mudou a sua postura, pois o próprio Papa Francisco, em uma carta enviada ao I Congresso Latino-americano da Pastoral Familiar, afirma que família não é mais uma união feita para se ter um líder ou que deve ser feita para visar o aumento patrimonial e poderio econômico. A família, então, seria um meio em que se deve prevalecer o respeito e a comunhão, senão vejamos:

O que é a família? Para além dos seus problemas prementes e das suas necessidades decisivas, a família é um «centro de amor», onde reina a lei do respeito e da comunhão, capaz de resistir ao ímpeto da manipulação e da dominação por parte dos «centros de poder» mundanos. No centro da família, a pessoa integra-se com naturalidade e harmonia num grupo humano, superando a falsa oposição entre indivíduo e sociedade. No seio da família, ninguém é posto de lado: nela encontram acolhimento tanto o idoso quanto a criança. A cultura do encontro e do diálogo, a abertura à solidariedade e à transcendência encontram nela a sua origem.

Ou seja, os novo modelos familiares vem ganhando, cada vez mais, força, visibilidade e espaço no mundo, já que a família, além de ser essencial para a inclusão do indivíduo na sociedade é, também, fator *sine qua non* na formação de um indivíduo, por isso não se deve procurar fabricar

um modelo perfeito de família existente ou prever todos os possíveis tipos de famílias que poderão vir à tona, pois, como Maria Berenice Dias afirma, uma vez que “ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter em uma legislação” (2006, p. 22), já que para ser família as únicas condições pré existentes são a existência de amor, respeito e comunhão entre os seus, independente de qualquer etnia, sexo ou religião.

2 A “BARRIGA SOLIDÁRIA”: UMA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A SUA PRÁTICA NO BRASIL

A reprodução humana assistida trata-se de um conjunto de técnicas praticadas por médicos devidamente especializados que objetivam gerar a procriação humana sem que haja a relação sexual obrigatoriamente. No entanto, é preciso enfatizar que estes métodos não excluem da perpetuação humana o ato sexual integralmente, mas apenas retiram a sua obrigatoriedade, de maneira que se entende enquanto reprodução assistida a ocorrência de interferência médica para que a procriação seja facilitada ou viabilizada (SOUZA, 2010, p. 350).

Desse modo, o advento desses procedimentos de reprodução, cuja sigla é RHA, e os avanços da medicina, proporcionaram ao ser humano a possibilidade de um direito que foi lhe foi cerceado pela natureza: a fertilidade. Nessa esfera, o rol de técnicas reprodutivas possibilita, atualmente, a realização do projeto parental de todo e qualquer ser humano, independentemente da sua condição de esterilidade do ou da incompatibilidade sexual que os casais homoafetivos vivenciam.

Isto ocorre porque os métodos de reprodução humana assistida tornaram-se um alento a todas aquelas pessoas afetadas pela infertilidade e que, por essa razão, não conseguiam ter filhos, na medida em que se trata uma solução diante de um caso de esterilidade nos relacionamentos, seja ela ocasionada por questões fisiológicas ou pela incompatibilidade sexual. Com isso, a reprodução assistida se tornou um verdadeiro alicerce de esperança para aqueles que viam o seu desejo de constituição familiar impedido, dada as possibilidades que, atualmente, dispomos, como pode-se verificar a seguir:

Por outro lado, um dado estatístico, a saber, que realça a importância da descoberta destas técnicas de reprodução assistida e da necessidade de sua regulamentação legal é que, segundo a Organização Mundial da Saúde, entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade, que, com o emprego de algum dos procedimentos de procriação artificial, poderá ser sanado, possibilitando a desejada gravidez. Outro fator importante é que a evolução da biotecnologia, juntamente com a modificação do conceito de família, a cujas transformações sociais estamos assistindo, permitirá que casais homoafetivos tenham filhos com a utilização do gameta de um deles, assim como pessoas sós poderão se valer das tais técnicas. São, pois, numerosas as possibilidades de procriação artificial com a utilização das técnicas, hoje conhecidas, de reprodução assistida. (SOUZA, 2010, p. 348)

Nesse diapasão, temos a gestação por substituição, também denominada enquanto maternidade de substituição, maternidade por sub-rogação, barriga solidária e gestação por outrem, porém comumente conhecida como “barriga de aluguel”, a mais popular dentre tantas outras técnicas de reprodução humana assistida, mas que não constituíram objeto de estudo do presente artigo, como a fecundação *in vitro*, inseminação artificial e doação de gametas, por exemplo. A maternidade por sub-rogação, especificamente, como técnica de RHA, é indicada quando a mulher não possui condições de gestar um filho naturalmente em virtude de problemas que impedem a gestação ou a sua continuidade. Assim, a título ilustrativo, nos casos de mulheres que apresentam o útero bicorno (quando o útero é dividido em duas cavidades) ou o útero hipoplástico (conhecido como infantil, pois o útero é menor que o normal para poder gestar o embrião), aderências uterinas (quando as paredes pélvicas são coladas entre si dificultando a chegada do espermatozóide ao óvulo) ou nos casos em que o útero foi retirado em virtude de miomas ou de um câncer, estamos lidando com potenciais candidatas ao tratamento de gestação por substituição.

Contudo, faz-se imprescindível abordar, também, que diante da inexistência de aparato legal federal que disponha sobre esta prática, o Conselho Federal de Medicina (CFM) usa como norte moral e ético a sua Resolução de nº 2.121/2015, que permite o método da maternidade por substituição não apenas nas situações em que a mulher se encontra impedida de gestacionar, mas, igualmente, nos casos que envolvem a união homoafetiva, sendo estas as duas únicas hipóteses que permitem o exercício de tal procedimento. Em ambas as possibilidades, a mulher cedente do útero, segundo o citado diploma do CFM, deve ser parente em até 4º grau de um dos pais ou de uma das mães que nutrem o projeto parental.

Isto porque estando impossibilitada de gerar a sua própria criança, a mulher poderá ceder óvulos próprios ou utilizar gametas femininos e/ou masculinos de doadores para realizar uma fecundação *in vitro*, ou seja, realizar laboratorialmente a fertilização do óvulo colhido. O embrião advindo deste ato é introduzido no útero da mulher cessionária, de tal modo que esta será a responsável por gerar o/a bebê em todo o período gestacional. Logo, a mulher cessionária está cedendo o espaço do seu útero para gerar uma criança que não será sua, mas de uma terceira que possui o anseio de ser mãe, porém não detém condições físicas próprias para gerar o/a próprio/a filho/a.

No entanto, em razão da nomenclatura pela qual tornou-se vulgarmente conhecida (“barriga de aluguel”), a maternidade por sub-rogação passou a ser vista enquanto objeto de caráter, única e exclusivamente, lucrativo e comercial, de modo que uma das maiores discussões acerca desta temática coloca em xeque a existência da comercialização da cessão uterina pelas mulheres hipossuficientes, que se submetem a este método não pela solidariedade familiar e afetiva, mas pela necessidade econômica que as cerca. Dessa maneira, a reportagem jornalística de Adriana Dias Lopes (2008), conforme mencionada por Eneida Rosélia Nascimento Silva (2016, p. 22 – 23), ilustra o mercado de locação de útero existente no Brasil, como podemos verificar na passagem a seguir:

No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em ‘caráter solidário’. Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero – e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados. ‘Por motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem’, (anuncia uma dona de casa do interior de São Paulo). Nove meses de aluguel de uma barriga saem, em média, por 40 000 reais, mas há casos em que esse valor chega a 100 000 reais.

A Resolução 2.121/2015 do CFM proíbe expressa e claramente a existência de remuneração à doadora temporária, ou seja, veda-se que a gestação por substituição tenha um caráter lucrativo ou comercial. A própria Constituição da República, por sua vez, em seu artigo 199, § 4º, que fora

regulamentado pela Lei 9.434/97, proíbe a comercialização do corpo ou parte dele, tornando, assim, qualquer relação ou contrato oriundos de uma gestação por substituição, em que haja por objetivo o lucro, inconstitucionais. Entretanto, é interessante constatar que a inexistência de amparo legal no âmbito federal que regule a prática da barriga solidária no território brasileiro dificulta a efetividade das normas supramencionadas, na medida em que a lacunosidade do direito brasileiro, infelizmente, fornece respaldo para que a locação uterina pautada na expectativa de remuneração monetária exista em nosso país, afrontando, inclusive, diretamente um dispositivo da nossa Carta Magna como podemos observar.

3 AS FAMÍLIAS ADVINDAS DA “BARRIGA SOLIDÁRIA”: A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO E AS DIFICULDADES VIVENCIADAS

Conforme já mencionado no tópico anterior, no Brasil inexistente regulamentação federal para a prática da barriga solidária, de maneira que a principal fonte que norteia este procedimento é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Contudo, é preciso observar que a inexistência de respaldo legal acerca deste método de reprodução humana assistida impõe dificuldades para as famílias que optam por este caminho para concretizarem o seu projeto parental.

A primeira dificuldade enfrentada por essas famílias consistia no registro de nascimento dos seus filhos e filhas. Até 2016, para conseguirem efetuar este ato que diz respeito a um direito básico das crianças recém-nascidas, era necessário mover uma ação judicial em razão da inexistência de regras específicas que regulassem a emissão de certidão de nascimento para os bebês oriundos desta modalidade de reprodução. Essa dificuldade, felizmente, fora superada a partir do Provimento 52/2016 publicado pela Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o registro de nascimento para as crianças fruto de métodos de reprodução humana assistida.

A partir desta disposição, os pais e mães não precisam mais mover uma ação judicial para efetivar o direito de seus/suas bebês serem devidamente registrados/as. Isto porque a judicialização ocorria para que a filiação da criança constasse na certidão de nascimento enquanto pertencente à mãe socioafetiva. Esta dificuldade se fazia presente porque para registrar a criança faz-se necessária a apresentação da Declaração de Nascido Vivo (DNV), documento elaborado pelo hospital no qual explicita apenas o nome da parturiente, ou seja, da mulher que gestacionou o/a recém-nascido/a.

Com isso, a mulher detentora do projeto parental e que socioafetivamente se identificava enquanto mãe da criança não seria a figura materna apresentada nos documentos oficiais de seu filho ou sua filha.

Isto ocorria, vale salientar, em razão da premissa “*mater semper certa est*”, que norteia o direito civil brasileiro e que, literalmente, considera a mãe enquanto sempre certa. Logo, a mãe seria, inexoravelmente, a mulher que gerou o/a bebê. No entanto, este pressuposto não se faz mais razoável na contemporaneidade, tendo em vista que com o advento das técnicas de reprodução humana assistida, temos até três figuras passíveis de maternidade: a mulher doadora do material genético (óvulo), a mulher cessionária do útero e/ou a mulher detentora do projeto parental. Com essa dinamicidade de possíveis figuras maternas possibilitadas pelo avanço das ciências médicas, a sentença “*mater semper certa est*” tornou-se ultrapassada e, conseqüentemente, faz do Código Civil brasileiro um diploma legal caduco no que tange ao reconhecimento da filiação.

Com o Provimento 52/2016, entretanto, esta dificuldade foi sanada, na medida em que o vínculo biológico existente entre a(s) doadora(s) e o bebê não importará para reconhecimento da filiação nem, tampouco, para os efeitos jurídicos advindos do registro da criança. Dessa forma, no âmbito dos registros de nascimento, a premissa “*mater semper certa est*” fora sanada.

Contudo, o mesmo não ocorre quando tratamos da licença-maternidade. Isto porque ainda se predomina a noção de que a licença-maternidade deve ser concedida para a mulher que gestacionou a criança e não para mãe socioafetiva, posto que se analisa apenas as dificuldades enfrentadas pela mulher durante o período de gestação e após o parto, havendo o esquecimento da necessidade da convivência e adaptação familiares com a chegada do/a bebê e que serão vivenciadas apenas pela mãe socioafetiva. Neste diapasão, é preciso ressaltar que são objetivos da licença-maternidade o fornecimento de um descanso físico e psíquico para a mulher após o estado gravídico e parto, bem como a proporção da convivência integral com o filho ou filha durante os períodos iniciais de sua vida e de rotina familiar, como podemos depreender do trecho a seguir:

A previsão da licença maternidade ultrapassa a esfera legal, com viés principiológico, para que haja o convívio familiar, um meio de proteção à mulher trabalhadora que, por motivos biológicos, necessita de descanso, com o objetivo de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto, além do convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à

maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida ou no de sua vida em um novo lar, como no caso da adoção (SALIBA; RIBEIRO. p. 4).

Embora a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) se mostre omissa com relação aos casos de gestação solidária, entendemos que tanto a mulher cessionária do útero quanto a mulher que será mãe socioafetiva da criança devem ser contempladas pela licença-maternidade. Afinal, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da proteção constitucional à maternidade, bem como os objetivos da concessão deste benefício, compreendemos ser plausível que a mulher que passou pelo estado gravídico detenha de um período de afastamento para que possa se recuperar física e psicologicamente das mudanças pelas quais passou em razão da gestação e do parto da criança. A mãe socioafetiva, por sua vez, no nosso entendimento, também faz jus ao benefício para que possa usufruir de uma convivência integral junto do/a recém-nascido/a, adaptando-se às novas rotinas que a chegada de um bebê implica na sua vida enquanto mulher e, também, na vida familiar.

Entretanto, observando os princípios supramencionados, compreendemos que o período para benefício deve ser distinto para ambos os casos: no caso da mãe socioafetiva, compreendemos que ocorre a mesma situação que acontece com as mães que obtêm a guarda judicial de uma criança. Logo, entendemos que prazo a ser concedido nesta hipótese deve ser o mesmo previsto no art. 392-A da CLT e, conseqüentemente, no art. 392 do mencionado diploma legal, ou seja, 120 dias, afinal em ambos os casos estamos lidando com uma mulher que receberá em sua casa uma criança e, portanto, passará por todo um período de adaptação, como já explicitado. No caso da mulher cessionária do útero, por sua vez, é justo que ela descanse do período gravídico e do impacto que vivenciou no momento do parto. Assim, acreditamos que seja plausível que a sua licença seja concedida a partir do seu afastamento laboral em virtude do fim gestacional e proximidade do parto até o fim da fase puerperal, período de 6 a 8 semanas pós-parto, em que o corpo da mulher está retornando ao estado pré-gravidez, devendo este ciclo servir de parâmetro para determinação do prazo do benefício para a mulher cedente do útero.

Outra dificuldade vivenciada diz respeito a utilização dos benefícios do plano de saúde da mãe socioafetiva pela mulher cessionária do útero sem que haja uma contraprestação. É entendimento dos nossos tribunais a inexistência dessa possibilidade em razão do desequilíbrio

econômico e financeiro gerado para a seguradora, na medida em que esta teria que arcar com duas coberturas, recebendo apenas a contraprestação financeira de uma. Além disso, prima os nossos tribunais pelo cumprimento do contrato tal qual acordado entre as partes inicialmente, de modo que se não há uma cláusula que observa essa possibilidade, o contrato deverá ser cumprido conforme estabelecido. É o que podemos observar no julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. BARRIGA SOLIDÁRIA. PEDIDO DE EXTENSÃO PARA A DETENTORA DO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO SEM CONTRAPRESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO COMO BENEFICIÁRIA TEMPORÁRIA COMO DETERMINADO NO JUÍZO DE BASE. LEGALIDADE NO PROCEDER ADOTADO PELO MAGISTRADO PRIMEVO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO FRENTE AO JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (Classe: Agravo Regimental, Número do Processo: 0005760-56.2016.8.05.0000/50000, Relator (a): Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 17/08/2016)

(TJ-BA - AGR: 00057605620168050000 50000, Relator: Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/08/2016)

Contudo, ousamos discordar de tal posicionamento. Isto porque acreditamos na inexistência de tal desequilíbrio mencionado, haja vista que a mãe socioafetiva não fará uso de serviços obstétricos para gerar a criança, na medida em que recorreu ao procedimento da barriga solidária. Com isso, os serviços pelos quais pagou, mas não utilizará poderiam ser transferidos para a gestante solidária sem que ocorra ônus para a empresa, que permanece recebendo igualmente as mensalidades que cobrem serviços obstétricos, mas cuja beneficiária originária não fará uso. Logo, essa troca se resume apenas a mulher que será beneficiada pelos serviços obstétricos, tendo em vista que o plano já recebeu e permanece recebendo uma quantia monetária para prestar este tipo de cobertura. Aqui, lidamos novamente com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Um outro aspecto acerca da barriga solidária que nos cabe abordar diz respeito ao uso deste procedimento por casais homoafetivos e que nutrem um desejo por um projeto parental. Nesse sentido, é interessante observar que até a Resolução 2.013/2013, as uniões homoafetivas não

poderiam fazer uso deste procedimento a fim de concretizarem os seus desejos à maternidade/paternidade, o que violava diretamente princípios constitucionais como a igualdade e a liberdade de planejamento familiar inerente a todo e qualquer sujeito. Isso ocorria em razão do preconceito existente em nossa sociedade em que, infelizmente, ainda impera noções conservadoras de família, haja vista o indevido temor da homossexualização social. Contudo, graças à nova redação atribuída pela CFM por meio da supramencionada resolução e mantida pela Resolução 2.015/2015, finalmente foi garantido às uniões homoafetivas o direito à utilização deste método, o que ocorreu, principalmente, por causa da ADI 4.277 e da ADPF 132, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que as famílias podem ser compostas tanto por pessoas do mesmo sexo quanto por pessoas heteroafetivas, de modo que inexistem distinções entre ambas as formas de entidades familiares.

Ainda neste segmento, se faz imprescindível mencionar que o Provimento 52/2016, que rege o registro de nascimento das crianças advindas de métodos de reprodução humana assistida como já falado, também permite que na certidão de nascimento da criança conste os nomes dos pais ou das mães independentemente de prévia autorização judicial e sem que haja distinção com relação à ascendência paterna ou materna do/a bebê.

CONCLUSÃO

Resta nítido, então, conforme exposto, que o conceito de família, em nossa sociedade, passou por diversas transformações, de maneira que hoje existe uma diversidade na composição dos núcleos familiares, que não estão mais baseados em uma composição heteroafetiva para que sejam reconhecidas social e legalmente. Neste esteio, as técnicas de reprodução humana assistida possibilitam o exercício do projeto parental de todo e qualquer casal, independentemente da sua sexualidade ou condição de infertilidade. E, desse modo, é um meio que permite a consolidação da existência da diversidade de composição das entidades familiares.

A gestão solidária, nesse sentido, é um procedimento de RHA que envolve, pelo menos, duas concepções de figuras maternas e, sendo assim, coloca, de fato, em xeque a maneira com a qual ocorria o reconhecimento da filiação no Brasil, que, assim como os conceitos familiares, teve que obter uma flexibilização a fim de contemplar os diversos modelos de família hoje existentes.

No entanto, percebe-se que, ainda que tenham ocorrido transformações no entendimento e reconhecimento das entidades familiares e ascensão de novos meios para constituição familiar, ocorre uma inércia do Poder Legislativo com relação a regulação dos novos métodos de perpetuação humana. Isto, vale observar, proporciona uma série de dificuldades para o reconhecimento e efetivação dos direitos dos pais e/ou mães que optam pelas técnicas de reprodução humana assistida, além das próprias crianças advindas destes procedimentos.

Neste segmento, a ausência de uma legislação federal que regule o procedimento da gestação solidária em nosso país atinge diretamente aspectos que as famílias que não necessitam de métodos de reprodução assistida para exercer os seus projetos parentais não se vêem atingidas. Isto ocorre em razão da predominância ainda existente no Brasil de valores e noções correspondentes aos moldes familiares tradicionais, que são constituídos pelo pai homem, mãe mulher e seus respectivos filhos/as.

Contudo, o desenvolvimento e consolidação prática destas técnicas de reprodução assistida pelos brasileiros têm tornado cada vez mais imprescindível que haja uma regulamentação federal. Entretanto, enquanto os nossos parlamentares permanecem inertes com relação a essa questão, entidades como a Corregedoria Nacional de Justiça e o Conselho Federal de Medicina emitem dispositivos que, embora não tenham força de lei federal, regem a procedimentalização dessas formas de procriação humana, tendo em vista que a dinamicidade das nossas relações sociais provocada pelo desenvolvimento científico obrigam que antigos conceitos sejam repensados, bem como haja novos posicionamentos que guiem, de algum modo, as transformações da nossa sociedade.

THE CONCEPTUAL TRANSFORMATIONS OF THE FAMILY AND THE TECHNIQUES OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: THE PERSPECTIVE OF SOLIDARITY GESTURE IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

This article seeks to analyze the transformations of concepts that the family entity has experienced and still live in today, breaking with the archaic notion that the family is solely and exclusively that of the marriage between a heterosexual couple . In this sense, we also observed the implications of these transformations in the orbit of assisted human reproduction techniques, especially the procedure known as gestation in solidarity. From this, a specific study was carried out on the way in which Brazilian law contemplates the families coming from this means of human perpetuation, analyzing the legal difficulties that fall in these nuclei, exalting the necessity a specific federal legislation that regulates this thematic .

Keywords: Civil Law; Family; Assisted reproduction technique; Solidary belly.

REFERÊNCIAS

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

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1987.

DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_595\)4__entre_o_ventre_e_o_coracao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_595)4__entre_o_ventre_e_o_coracao.pdf)>. Acesso em set/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Família ou famílias?**. 2015. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13007\)Familia_ou_Familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13007)Familia_ou_Familias.pdf)>. Acesso em set/2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENSAGEM DO PAPA FRANCISCO POR OCASIÃO DO I CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE PASTORAL FAMILIAR QUE SE CELEBRA DE 4 A 9 DE AGOSTO NA CIDADE DO PANAMÁ. 2014. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/messages/pont-messages/2014/documents/papa-francesco_20140508_messaggio-i-congresso-celam-pastorale-familiare.html>. Acesso em set/2017.

SALIBA, Graciane Rafisa; RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze. **(Re) pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e paternidade diante das relações afetivas contemporâneas.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62781274c4261985>>. Acesso em set/2017.

OTERO, Marcelo Truzi. **CONTRATAÇÃO DA BARRIGA DE ALUGUEL GRATUITA E ONEROSA: LEGALIDADE, EFEITOS E O MEHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em set/2017.

SILVA, Eneida Rosélia Nascimento. **BARRIGA SOLIDÁRIA: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental ao Próprio Corpo.** 2016. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1249>. Acesso em set/2017.

SOUZA, Marise da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética.** In: Revista da Emerj. V. 13. Nº 50, p. 348 – 367. 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em set/2017.

A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA: CONFRONTO DO INSTITUTO DO CASAMENTO COM A UNIÃO ESTÁVEL EM FACE DE FAMÍLIA CONCUBINÁRIA

Isaías Moreira Ferreira (CCJ-UFPB-Campus Santa Rita)

A união estável difere substantivamente do concubinato (relação não eventual e impeditiva de casamento devido conjugalidade pré ou pós-existente ao matrimônio). O Código Civil de 2002, regulou a união estável com ânimo de entidade familiar pela CF-88. A Lei Nº 9.278/96 normatiza a união estável, conferindo-lhe prerrogativas semelhantes ao casamento, assegurando direitos recíprocos aos companheiros, a exemplo do direito de herança e regime presumido de comunhão parcial. Contudo, em um caso emblemático, discutiu-se, em Recurso Especial no STJ (RE 397762), a possibilidade de interpretação do art. 226 de nossa Carta Magna, de modo a possibilitar a concepção de concorrência simultânea entre a união estável e o casamento, de modo a se atribuir igual direito ao recebimento de pensão por morte de cônjuge/companheiro, possibilitando a divisão igualitária de quota-parte entre cônjuge e companheira do de cujus. Entendendo o Direito enquanto discurso, configurado primordialmente a partir da interpretação normativa segundo parâmetro retórico-argumentativo (FERRAZ JÚNIOR, 1997), o presente trabalho pretende analisar topicamente a construção argumentativa do discurso judicial com base, principalmente, em VIEHWEG (1979; 2008) e (CAMARGO, 2003), manifesto pelo voto do relator (Marco Aurélio) do julgado supramencionado, em confronto com o voto divergente (Carlos Britto); verificar como cada um deles se articula retoricamente a visões tópicas distintas entre si e, conseqüentemente, e avaliar criticamente como se insurgem como soluções plausíveis em face da extinção normativa do instituto do concubinato num jogo tático-discursivo singular do direito posto e do direito pressuposto (GRAU, 2011). A análise efetuada é de caráter qualitativo e interpretativista, fundamentada teoricamente em pressupostos da teoria da argumentação jurídica e análise retórica do discurso judicial, tendo como corpus o acórdão supracitado e norteadas pela questão de como se dá articulação argumentativa entre a tópica que preside o raciocínio explicativo da solução inferida e o problema normativo discutido.

PALAVRAS-CHAVE: união estável, concubinato, proteção à família, análise tópica e discurso judicial.