

As famílias e sucessões

Pandemia e no
pós-pandemia

Fernanda Las Casas
(Coord.)

Liliane Nalva do Nascimento
Renata Maria Silveira Toledo
(Orgs.)

**CONSAD – Conselho Superior de Administração do COGEIME
Conselho Diretor das Instituições Metodistas de Educação**

Conselho Diretor:

Presidente: Luciana Campos de Oliveira Dias

Vice-Presidente: Jorge Pereira da Silva

Secretário: Samuel Barros de Moraes

Titulares do Conselho Diretor das Instituições Metodistas de Educação

Daniel Villa Nova; Cassiano Kuchenbecker Rosing; Alécio Alvíco Teixeira Júnior;

Hélio Guimarães de Mello Júnior; Luís Carlos Oliveira Araujo; Wilton Cabral;

Eva Regina Pereira Ramão (suplente); Josué Gonzaga de Menezes (suplente)

Administrativo

Direção-geral

Diretor Superintendente do Cogeime

Ismael Forte Valentin

Diretoria de Educação

Adriana Barroso de Azevedo

Administrativo-financeira

Neusa Teresinha Ballardin Monser

CONAPEU

Coordenador Rev. Antônio Augusto de Souza

Reitoria da Universidade Metodista de São Paulo – UMESP

Reitoria da Universidade

Marcio Araujo Oliverio

Conselho de Política Editorial

Marcio Araujo Olivério (Presidente); Marcelo Furlin; Dr. João Batista Ribeiro Santos; Carla Mazzitelli; Tassiane Boreli Pinato; Lauri Emilio Wirth; Shirlei Debussi Pissaia (Representante Externa); Noeme Timbó – Biblioteca

Comissão de Livros

Adriana Barroso de Azevedo; Cristiane Lopes; Débora de Jesus Bezerra Libório; Dimas Antonio Künsch; Moises Pais dos Santos

Editor Executivo

Antonio Roberto Chiachiri

Coordenação
Fernanda Las Casas

Organizadoras
Liliane Nalva do Nascimento
Renata Maria Silveira Toledo

As famílias e sucessões: na pandemia e no pós-pandemia



UMESP
São Bernardo do Campo
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Metodista de São Paulo)

F21 As famílias e sucessões: na pandemia e no pós-pandemia / Coordenação
Fernanda Las Casas. Organizadoras Liliane Nalva do Nascimento, Renata
Maria Silveira Toledo. São Bernardo do Campo : Universidade Metodista
de São Paulo, 2023.
467 p.

Bibliografia
ISBN 978-65-86452-75-4

1. Direito de família - Brasil 2. Direito das sucessões 3. Pandemia COVID-
19, 2020- - Leis e legislação - Brasil 4. Pandemia COVID-19, 2020- - Aspectos
sociais I. Las Casas, Fernanda II. Nascimento, Liliane Nalva do III. Toledo,
Renata Maria Silveira.

CDD 346.015

AFILIADA À



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias



**EDUCAÇÃO
METODISTA**

EDITORA – EDUCAÇÃO METODISTA
Rua do Sacramento, 230, Rudge Ramos 09640-000,
São Bernardo do Campo, SP • Tel: (11) 4366-5537
E-mail: editora@metodista.br • www.metodista.br/editora

Capa: Cristiano Freitas
Créditos da Imagem: Freepik
Editoração eletrônica: Maria Zélia Firmino de Sá
Revisão: Patrícia Sosa Mello

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	8
<i>Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka</i>	
APRESENTAÇÃO.....	9
<i>Rodrigo da Cunha Pereira</i>	
APRESENTAÇÃO NÚCLEO IBDFAM SANTOS.....	12
<i>Rosangela da Silveira Toledo Novaes</i>	
ABANDONO AFETIVO NO SÉCULO XXI.....	14
<i>Fernanda Las Casas</i>	
O PANORAMA DA FAMÍLIA NA ERA DA PÓS-PANDEMIA.....	27
<i>Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf</i>	
A PRISÃO CIVIL E A PANDEMIA DA COVID-19.....	47
<i>Gisele Rui De Almeida</i>	
PACTO ANTENUPCIAL: INSTRUMENTO PARA AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	59
<i>Emile Nadiele Isidorio Freitas</i>	
<i>Hillary Arapiraca Oliveira</i>	
<i>Isis Nadine Alves Lima</i>	
A INVASÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO E NA DOAÇÃO.....	83
<i>Maria Cristina da Silva Costa</i>	
MULHERES, VIOLÊNCIA E PANDEMIA: CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS, PSICOLÓGICAS E FERRAMENTAS DE MEDIAÇÃO.....	112
<i>Priscilla Barreto Del Bel</i>	
<i>Magaly A.A. Palhares de Melo</i>	
PROCESSO DE ACOLHIMENTO PARA MULHERES E SEUS FILHOS NA PANDEMIA DE COVID-19.....	138
<i>Ana Carolina Valanera Trindade</i>	
<i>Diana do Carmo Teixeira</i>	

O PROTAGONISMO JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO.....	155
<i>Daniele Cristina Barboza</i>	
<i>Tamires Zimmermann</i>	
DIREITO HOMOAFETIVO E OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS QUESTÕES JURÍDICAS RELACIONADAS ÀS FAMÍLIAS LGBTI+	185
<i>Marcos Heleno Lopes Oliveira</i>	
VIOLÊNCIA DE IDENTIDADE DE GÊNERO: MECANISMOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS	204
<i>Michel Canuto de Sena</i>	
<i>Heloisa Helena de Almeida Portugal</i>	
<i>Ady Faria Da Silva</i>	
<i>Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos</i>	
STALKING: CRIME DE PERSEGUIÇÃO.....	220
<i>Luciane Inês Kist Windmöller</i>	
<i>Silvio Carlos Nascimento Lima</i>	
ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES DO DIREITO À CONVIVÊNCIA NA PANDEMIA DO COVID-19	235
<i>Natália de Sá Cordeiro Braz</i>	
AS CONSEQUÊNCIAS DA IMPLANTAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....	254
<i>Bruna Lins Padron</i>	
CONVIVÊNCIA VIRTUAL: PERSPECTIVAS PARA O PERÍODO PÓS-PANDÊMICO.....	278
<i>José Luiz de Moura Faleiros Júnior</i>	
<i>Frederico Cardoso de Miranda</i>	
<i>Viviane Furtado Migliavacca</i>	
HERANÇA DIGITAL.....	294
<i>Luciana Simon de Paula Leite</i>	
<i>Stella Salles Ribeiro da Silva</i>	
<i>Elisa de Brito Moura</i>	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL A SERVIÇO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA NO BRASIL	318
<i>Patrícia Corrêa Sanches</i>	

O USO DE DADOS PROTEGIDOS PELA LGPD COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DE FAMÍLIA E O PARADIGMA DAS PROVAS ILÍCITAS.....	339
<i>Adriana Miranda de Vasconcelos</i> <i>Keli Montalvão</i>	
A INFLUÊNCIA DA BIOTECNOLOGIA NA FILIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 2.294 DE 2021 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	375
<i>Verônica Rodrigues Tagliari de Miranda Marques</i>	
TESTAMENTO AUDIOVISUAL: POR UMA ADEQUAÇÃO FORMAL A TEMPOS VIRTUAIS	406
<i>Ana Carolina Moraes Aboin Menequelli</i> <i>Dandara de Paula Donato</i>	
IMPACTOS DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS NA SUCESSÃO	443
<i>Ceres Tosold</i>	

PREFÁCIO

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

É com grande satisfação que apresentamos esta obra, organizada pela comissão de estudo em Direito de Família e Sucessões do núcleo IBDFAM-Santos-SP, coordenada pela Advogada e Professora Fernanda Las Casas. Em tempos de pandemia, a discussão sobre esses temas se torna ainda mais relevante, visto que as relações familiares sofreram profundas mudanças em função do distanciamento social e da crise sanitária que o mundo enfrenta.

O Direito das Famílias e Sucessões é uma área do conhecimento que lida com relações humanas e, portanto, está em constante evolução. A pandemia da COVID-19 foi um momento ímpar na história da humanidade e impactou de forma significativa a vida das famílias. Nesse contexto, a equipe de autores reunida pela comissão traz reflexões sobre a influência da tecnologia, inteligência artificial, biotecnologia, LGPD, entre outros, no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões. Cada texto é escrito por um especialista na área, trazendo diferentes perspectivas e análises sobre cada tema abordado.

A obra aborda temas relevantes e atuais, como a influência da internet na pandemia do COVID-19 para as famílias, o panorama da família na era pós-pandemia, a prisão civil e a pandemia da Covid-19, pacto antenupcial, entre outros. A iniciativa dessa equipe reforça a importância do estudo e da atualização constante em uma área tão sensível e dinâmica. A leitura desse livro é fundamental para a compreensão das mudanças ocorridas e para o enfrentamento dos novos desafios que surgem a cada dia.

Agradecemos aos autores por sua dedicação e compromisso em trazer contribuições tão valiosas para o Direito das Famílias e Sucessões.

* Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora-Associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Diretora Nacional (Região Sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. Ex-Procuradora Federal.

APRESENTAÇÃO

*Rodrigo da Cunha Pereira**

A comissão de estudo em Direito de Família e Sucessões do núcleo IBDFAM- Santos-SP, coordenado pela Advogada e Professora, Fernanda Las Casas, não deu trégua à pandemia da COVID 19, que paralisou e mudou formas de viver no mundo. Como resultado deste incansável trabalho, eis o livro “As Famílias e Sucessões: na pandemia no pós pandemia”. Os temas estão colocados em ordem alfabética pelo nome de seus respectivos autores que vão de A à V, e cujos assunto refletem os temas mais contemporâneos do Direito das Famílias e Sucessões.

Fernanda Las Casas soube alinhar e alinhar bem os temas, trazendo para a cena jurídica essa importante atualidade. Ela foi uma espécie de maestro dessa orquestra composta por autores, todos profissionais com vivência e experiência em Direito de Família e Sucessões. O maestro, ou melhor, a maestrina, soube deixar tudo muito bem afinado. Mas a orquestra não existiria sem os membros que a compõem. Um grupo de estudos só existe porque alguém tomou a iniciativa de criá-lo, reunir pessoas interessadas no objeto daqueles estudos, *in casu*, as famílias e sucessões hereditárias no período da pandemia e depois dela. Afinal, como ficaram as famílias durante a pandemia? O que mudou, passado o período mais grave? Os textos aqui trazidos trazem estas reflexões em meio a esse processo histórico de um momento único, ímpar, vivenciado por todos nós.

Talvez ainda não tenhamos a distância necessária para enxergar e perceber todo o impacto que a pandemia causou e continua causando em cada um de nós. Somente o tempo e o distanciamento vão revelar melhor tais mudanças. De qualquer forma, os textos aqui reunidos trazem, para além de um registro histórico ímpar, uma luz para a compreensão das relações jurídicas

* Advogado, Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM, Doutor (UFPR) e Mestre (UFMG) em Direito Civil e autor de vários artigos e livros em Direito de Família e Psicanálise.

no campo das famílias e sucessões, sem se preocuparem, ou estabelecerem uma ordem lógica ou cronológica, o que os torna mais valorosos.

O texto de abertura de Fernanda Las Casas, “Abandono Afetivo no Século XXI” destaca a importância das tecnologias de informação e comunicação para manter as relações familiares em tempos de isolamento social e distanciamento físico deixa a orquestra bem-preparada para tocar muito bem afinada, pois ela não apenas rege a orquestra: também tocou seu instrumento. Em seguida, Adriana Maluf discorre sobre “O panorama da Família na era da Pós-Pandemia”, traçando um panorama das mudanças ocorridas na estrutura e dinâmica familiar durante a pandemia e como isso pode afetar as relações familiares no futuro. Gisele Rui de Almeida fala da prisão do devedor de alimentos no período da pandemia. E afinal, não estávamos todos presos em casa? Em conjunto, Emile Nadiele Isidorio Freitas, Hillary Araparica Oliveira e Isis Nadine Alves Lima nos incitam a pensar no pacto antenupcial como ampliação e fonte de responsabilidade civil. Maria Cristina e Silva Costa enfrentou o polêmico tema da legítima no testamento e doação. Priscilla Barreto e Magaly Palhares escreveram sobre um tema que teve realce, especialmente no auge da pandemia, que foi o aumento do índice da violência doméstica, e como a mediação pôde e pode ajudar a encontrar um horizonte de menos violência. Ana Carolina Valanera Trindade e Diana do Carmo Teixeira apresentam um processo de acolhimento para mulheres e seus filhos na pandemia de Covid-19. Daniele Cristina Barboza e Tamires Zimmermann Chicoti discutem o Protagonismo Judicial na Tutela dos Direitos Sexuais e de Gênero, destacando a importância do Poder Judiciário na proteção dos direitos das minorias sexuais. Marcos Heleno Lopes Oliveira tratou do necessário assunto da comunidade LGBTQI+ e que, por incrível que pareça, ainda padece de um preconceito inaceitável. O quarto Michel Canuto de Sena, Heloisa Helena de Almeida Portugal, Ady Faria da Silva e Paulo Roberto Hardamus de Oliveira Bastos ajudaram na afinação da orquestra tocando os instrumentos das novas identidades de gênero e os mecanismos nacionais e internacionais de violência destas novas identidades. Luciane Inês Kest Windmoller em *duo* com Silvio Carlos Nascimento Lima falou sobre uma nova tipificação penal, que embora não tenha uma palavra exata em língua portuguesa para *stalking*, podemos chama-lo de crime de perseguição; Natália de Sá Cordeiro Braz enfrentou o importante e fundamental tema da Alienação Parental, que durante a pandemia usaram e abusaram desta antiga maldade humana em que os próprios pais não vêem o mal que fazem aos próprios filhos; Bruna Lins Padron de alguma

forma dá continuidade ao texto anterior realçando as fortes consequências da Alienação parental; e o trio José Luiz de Moura Faleiros Junior, Frederico Cardoso Miranda e Viviane Furtado Migliavacea trouxe para o período pós-pandemia o que tivemos que aprender com a pandemia, que foi a convivência virtual. Luciana Simon de Paula Leite, Elisa de Brito Moura e Stella Salles Ribeiro da Silva em sintonia de trio compuseram a Herança Digital; Patrícia Correia Sanches, como Presidente da Comissão Nacional do IB-DFAM de Família e Tecnologia, não poderia trazer instrumento diferente de sua própria orquestra: A inteligência artificial a serviço da justiça brasileira. Adriana Miranda de Vasconcelos e Keli Montalvão, em *duo* cantaram sobre a proteção de dados na LGPD e os meios de provas, lícitas e ilícitas nos processos de família; E por fim, em razão da ordem alfabética dos autores, Verônica Rodrigues de Miranda aborda a influência da biotecnologia na filiação e os atos normativos do Conselho Federal de Medicina sobre o assunto. Ana Carolina Moraes Aboin Menequelli e Dandara de Paula Donato apresentam o Testamento audiovisual: por uma adequação formal a tempos virtuais, destacando a importância da modernização da legislação para a adequação à era digital. Por fim, Ceres Tosold aborda os impactos da escolha do regime de bens na sucessão, discutindo a importância dessa escolha para a sucessão e os reflexos na partilha de bens.

A pandemia nos fez mudar hábitos, aprender a lidar melhor com a tecnologia, e vem obrigando o Direito a acertar o passo com a sociedade digital. Fez-nos entender, também, o que Freud já tinha falado lá no início do século XX: As relações mais intrincadas e complexas são as relações familiares. Por isso é que daí eclodem os maiores conflitos". Durante a pandemia as pessoas se viram obrigadas a conviver diariamente, todo dia, o dia todo, e com isso se depararam com uma intimidade que muitos já não queriam mais. Foi escancarado o "Eu era infeliz e não sabia". Por isto muitas conjugalidades se desfizeram. Por outro lado, muitos namorados passaram a viver sob o mesmo teto, como proteção da própria saúde, e sem que isto caracterizasse uma união estável. Prazos prescricionais foram suspensos pela lei 14.010/2020.

Enfim, os textos e instrumentos aqui reunidos, trazem uma importante contribuição, e compõem uma orquestra regida por Fernanda Las Casas, que deixou as notas harmônicas bem afinadas e sem sair do tom a que se propuseram.

APRESENTAÇÃO NÚCLEO IBDFAM SANTOS

*Rosangela da Silveira Toledo Novaes**

É um privilégio e uma honra relatar como o Núcleo Regional do IBDFAM Santos foi criado e instalado na região de Santos. Aliás, foi uma reinstalação do Núcleo, considerando que ele já teve, anteriormente, um curto período de existência.

A reinstalação do núcleo Regional Santos derivou da necessidade de levar informação e conhecimento acerca de um direito de família e sucessões moderno, humano e humanizador, atuando também como força representativa da sociedade no que se refere às suas relações e aspirações sociofamiliares. O Núcleo objetiva diminuir a distância com os grandes centros, as capitais, favorecendo os profissionais que não podem, por algum motivo, se deslocar para a capital para reciclar seus conhecimentos sobre a temática.

A solenidade aconteceu em meio a pandemia, em 13/03/2020, e contou com a presença do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Dr. Paulo Dias Moura Ribeiro, do Vice- Presidente do IBDFAM-SP, José Fernando Simão, e da psicanalista e diretora de Relações Interdisciplinares do IBDFAM, Gisele Groeninga, tendo sido esse o nosso primeiro evento presencial.

Nem é preciso dizer que, sendo uma diretoria composta por mulheres, já estávamos acostumadas a superar quaisquer tipos de situação. Logo, não houve paralização ou descontinuidade das nossas atividades, o grupo se adaptou sem nenhuma dificuldade ao novo estilo de trabalho.

O primeiro biênio foi bem profícuo, marcado pelas palestras proferidas por profissionais de renome. Novas ideias surgiram para o segundo biênio e, dentre elas, a criação deste grupo de pesquisa tratando de diversos temas ligados ao Direito das Famílias e das Sucessões.

Nessa oportunidade, não posso deixar de registrar que a idealização desse grupo partiu da nossa 1ª secretária do Núcleo, a querida Fernanda Las Casas, que abraçou o projeto com muita garra e competência, desenvolvendo um trabalho primoroso que culminou com a edição desta obra.

* Coordenadora do Núcleo IBDFAM Regional Santos.

Vale também mencionar a participação dos consultores e dos membros, que muito contribuíram com seu trabalho intelectual, conteúdo enriquecedor que motivou a associação de muitos ao nosso Instituto. Cabe registrar, ainda, que o IBDFAM Santos, com o auxílio da tecnologia, ultrapassou as fronteiras não só da cidade de Santos, mas também do Estado de São Paulo, reunindo interessados de vários estados do Brasil.

Esta obra, com certeza, será a primeira de uma série, estimulando os associados a se dedicarem na construção de um direito mais humano, contribuindo para uma visão mais larga e contemporânea do Direito das Famílias e das Sucessões.

ABANDONO AFETIVO NO SÉCULO XXI

*Fernanda Las Casas**

“Amar é contribuir para o mundo, cada contribuição sendo o traço vivo do eu que ama. No amor, o eu é, pedaço por pedaço, transplantado para o mundo.” ZYGMUNT BAUMAN (2004)

1. BREVES NOTAS SOBRE O ABANDONO AFETIVO NO SÉCULO XXI

A presente pesquisa trata do afeto e sua ausência no século XXI, passa através de um recorte na família, abrangendo a família nuclear e a família expandida, iniciando com uma breve evolução histórica.

Pelo fato de frequentemente os mais vulneráveis constarem como vítimas do abandono afetivo, esta tendência permanece no século XXI, assim o abandono afetivo pesquisado é aquele abordado em crianças, adolescentes e idosos.

O impacto nas vítimas pela ausência do afeto é muito marcante, sua consequência transparece de formas variadas, vai desde o desenvolvimento de crianças e adolescentes carentes, inseguras, com tendências a depressão, fato também compartilhado entre idosos.

Ponderando-se esta situação, serão apresentadas considerações sobre a família enquanto instituição. Em seguida, serão discutidos os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do idoso, destacando a importância do afeto no desenvolvimento humano e seu valor jurídico. Além disso, será abordado o abandono afetivo na era digital, endo em vista os impactos das novas tecnologias na relação familiar.

* Doutoranda pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Civil, Especialista em Dir. Família e Sucessões. Advogada, Professora titular da UNIMES. Diretora do IBDFAM Santos e Membro da *International Society of Family Law*.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE FAMÍLIA

San Tiago Dantas (1991), ao falar sobre a família, esclarece que é um

grupo social que os sociólogos estudam, sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria, enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência e aquela consciência de unidade que um sociólogo chamou de a “consciência do nós”. (DANTAS, 1991, p. 3)

Ensina Rui Geraldo Camargo Viana (2000, p. 22) que a palavra família deriva do latim, *familia, ae*, designando o conjunto de escravos e servidores (*famuli*) que viviam sob a jurisdição do *pater familias*, explica também que ampliou seu significado, a fim de tornar-se sinônimo de *Gens*: o conjunto de agnados (os submetidos ao poder do *pater familias*, em decorrência de casamento *cum manu*) e os cognados (parentes pelo lado materno).

Sobre a origem da família, Fustel de Coulanges (1999, p. 36) leciona que “a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”.

Para Dalmo de Abreu Dallari (2010) a origem da família também pode ser apresentada afinada com a da teoria de origem do Estado, pois além da teoria contratual, temos a teoria familiar, a qual crê que a origem do Estado foi natural, derivada de um núcleo familiar, sendo a sociedade a representação deste grupo familiar originário.

Em toda a história da evolução humana, a família está presente como uma entidade histórica e evolui conforme o período do tempo e espaço em paralelo com a evolução social, decorrente das relações sociais, políticas, culturais, religiosas da sociedade, como explica Fernanda Las Casas (2022).

No Brasil, a trajetória da família organizada pelo Estado se inicia com a chegada dos portugueses que trouxeram consigo seu ordenamento jurídico pátrio, as Ordenações Portuguesas, conjunto de leis influência do Direito Romano, o qual apresentava o patriarca da família como responsável pelo grupo familiar, de forma a exercer o pátrio poder de forma exclusiva.

A família no Brasil, durante muito tempo, perdurou atrelada à igreja, principalmente para a sua formalização, até a Constituição de 1891. Conforme expõe Adriana Maluf (2010), nesse período, a Constituição de cunho

liberal influenciada pelo ideal republicano separou a Igreja do estado e, conseqüentemente, desvinculou a instituição matrimonial da religião.

Apenas com o advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, explica Camila Affonso Prado (2021), temos, com a recepção do princípio da isonomia, a possibilidade de a família deixar de ser patriarcal e matrimonial, para tornar-se plural, afetiva e igualitária, seja na relação entre homem e mulher na administração da família, ou ainda na relação entre filhos de origens diversas.

Assim, podemos identificar o que chamamos hoje da família pós-moderna: Monoparental (formada apenas com um dos pais); nuclear (formada por pai, mãe e filhos); família extensa (quando tios, avós e primos passam a fazer parte do cotidiano das famílias); homoafetivas femininas ou masculinas, modelos resultantes da evolução de valores sociais e mudanças nos padrões culturais ocorridos nas últimas décadas.

A valorização da diversidade e a busca pela igualdade de direitos, permite o reconhecimento de diferentes formas de organização familiar. Parte da família, crianças e adolescentes também devem ter seus direitos garantidos. seguir, vamos explorar esses direitos e a importância de sua proteção.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os direitos fundamentais são compreendidos como direitos humanos positivados, integrados ao corpo das constituições dos países, ou ainda constantes em tratados e convenções internacionais, as quais os países se obrigaram a respeitar, como explica Paulo Lobo (2013).

Da mesma forma que para cidadãos adultos, para crianças e adolescentes, possuem a finalidade de assegurar a garantia de um conjunto mínimo de direitos essenciais aos cidadãos.

Dentre os Direitos fundamentais com maior importância para a criança e o adolescente, destacam-se cinco deles: o direito à vida e saúde; direito à liberdade, respeito e dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, cultura, esporte e lazer e direito à profissionalização e proteção no trabalho. Estes direitos serão discutidos a seguir, embasados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990.

Os direitos à vida e à saúde estão previstos nos artigos 7 a 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990), garantindo proteção desde o planejamento do nascimento até a adolescência. O ECA assegura o acesso à saúde por meio do pré-natal, assistência médica durante o parto, acompa-

nhamento da saúde na infância e adolescência pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e participação no plano nacional de imunização, Além disso, o Estatuto proíbe qualquer tipo de discriminação ou segregação em crianças portadoras de deficiência e determina que o Estado forneça gratuitamente próteses, órteses e medicamentos necessários, bem como outorga ao Estado o dever de promover programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil.

Os Direitos à Liberdade, respeito e dignidade, previstos nos artigos 15 a 18 do ECA/1990. Esses direitos asseguram que todas as crianças e adolescentes podem expressar livremente seus pensamentos, opiniões e crenças religiosas, bem como de brincar, praticar esportes, participar de vida familiar, comunitária e política. Além disso, o Estatuto assevera a inviolabilidade da integridade física, moral e psíquica das crianças e adolescentes, sendo proibido qualquer tipo de tratamento que viole a sua dignidade, castigos degradantes ou qualquer forma de violência.

O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, prescrito nos artigos 19 a 52 do ECA, reforça a importância da presença, na companhia e cuidado dos pais e demais familiares no desenvolvimento e cumprimento dos cuidados básicos. Importante perceber que o ECA não se restringe apenas ao direito de estar com seu núcleo familiar, apresentando o direito a estar com a família ampliada (avós, tios, primos etc.) e, também, a participar da comunidade, estar com vizinhos, colegas de escola, de clubes e de quaisquer outros meios de participação social. É de suma importância para o pleno desenvolvimento social e emocional da criança este contato, pois é na convivência que nasce o afeto, essencial ingrediente para a formação da pessoa humana.

Os direitos à Educação, cultura, esporte e lazer, prescritos nos artigos 53 à 59 do ECA/1990 não apenas preveem o acesso pleno da criança à educação de qualidade, à prática de esportes em polos esportivos e ao lazer, mas também asseguram a igualdade de condições para o acesso e a permanência destas crianças e adolescentes nesses espaços. O Estatuto impõe ao Estado o dever de garantir a criança e ao adolescente educação desde o ensino de base até o ensino médio, na forma gratuita e obrigatória, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, bem como acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística.

Os direitos à profissionalização e proteção no trabalho incluídos nos artigos 60 a 69 do ECA proíbem o trabalho a menores de 14 anos, porém

àqueles com 14 anos completos é assegurado a formação em técnico profissionalizante, a fim de capacitar o jovem ao futuro mercado de trabalho. Com isso, o adolescente poderá iniciar sua aprendizagem na condição de aprendiz. Neste caso, a legislação é firme em estabelecer determinadas condições de trabalho, remuneração e direitos trabalhistas a estes jovens, para que esta experiência de trabalho o auxilie na formação acadêmica e seja uma oportunidade de desenvolvimento profissional com as devidas proteções.

Essencial mencionar outros instrumentos de direitos humanos os quais formam o conjunto protetivo dos direitos das crianças e adolescentes, como a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU e ratificada por 196 países, inclusive pelo Brasil. São parte integrante desta Convenção os protocolos internacionais relativos a) à Venda de Crianças, b) à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, c) o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e d) a Procedimento de Comunicações.

A Constituição de 1988 prevê o princípio da paternidade responsável, conforme parágrafo 7º do artigo 226 e, também expresso no artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Desta forma, é garantido o dever dos pais de cuidar dos filhos e proporcionar o pleno desenvolvimento destes.

Neste diapasão Rodrigo da Cunha Pereira (2012) defende que o princípio da paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da Dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade.

Além disso, é importante ressaltar que o cuidado com os filhos deve perdurar ao longo de toda a vida, inclusive na velhice e, neste caso, destaca-se também a importância dos direitos fundamentais do idoso, tema que abordaremos a seguir.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO

Na medida em que o número de filhos por família diminui, a população idosa cresce dia a dia em todos os países, fato que, apenas recentemente, passou a ser pauta governamental em alguns países.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 desprezavam completamente qualquer regulamentação em relação aos direitos dos idosos, devido à maioria da sua população ser jovem na época.

A Constituição de 1934 finalmente apresentou dispositivos legais dirigidos aos idosos, mas se referiam apenas à saúde, à assistência social e à

previdência social, sem consenso sobre quem, de fato, entraria na categoria de idoso. Na Constituição de 1937, por sua vez, o tema do idoso foi mencionado apenas no âmbito do “seguro de velhice” (FREITAS JÚNIOR, 2015, p. 2).

Então temos a Constituição de 1988, também conhecida como Constituição cidadã, a qual passou a abordar inúmeros direitos fundamentais importantes para a população brasileira, mas foi débil para tratar das questões afetas aos idosos. Em seu bojo podemos encontrar o voto facultativo para maiores de 70 anos (art.14) e a aposentadoria compulsória com 70 anos (art. 40, parágrafo 1º, inciso II) decretando o fim da utilidade laboral do idoso.

Em relação à assistência social, dispôs que caberá aos filhos o dever de cuidado com os pais na velhice (art. 229), cabendo à família, à sociedade e ao Estado amparar as pessoas idosas e estabeleceu a gratuidade de pessoas idosas acima de 65 anos em transportes públicos (FREITAS JÚNIOR, 2015, p. 3).

Em 1994 foi promulgada a Lei 8.842, a qual dispôs sobre a política nacional do idoso e criou um microsistema jurídico para assegurar direitos sociais ao idoso, sem retirar sua autonomia e conservando a sua participação na sociedade.

No que se refere aos vínculos familiares, temos previsto no corpo constitucional o princípio da manutenção dos vínculos familiares, conforme disposto nos artigos 226 e 230 da Constituição de 1988, bem como no artigo 3º, inciso V, do Estatuto do Idoso.

A importância na preservação do afeto encontra-se intimamente ligada a este princípio e Roberto Mendes de Freitas Junior (2015, p. 9) discorre que a luz da interpretação sistemática destes dispositivos, “em qualquer medida ou decisão judicial, deverá observar a necessidade de garantir, sempre que possível, os vínculos existentes entre idosos e seus familiares”.

Portanto, é fundamental que se tenha uma visão holística da proteção aos direitos dos idosos, considerando-se não apenas suas necessidades materiais, mas também seus aspectos emocionais e afetivos, pois tais direitos estão interligados e são igualmente importantes. Nesse sentido, o valor jurídico do afeto é um tema relevante que merece ser abordado. Assim, no próximo tópico, discutiremos sobre a importância do afeto nas relações familiares e sua repercussão no âmbito jurídico.

5. AFETO E SEU VALOR JURÍDICO

O afeto é explicado por Maria Fernanda C. Las Casas de Oliveira, Renata M. S. Toledo e Jelcy M. Baltazar (2019, p. 50), como

o elo da corrente que une os seres vivos uns aos outros, de forma tão generosa, forte e simultaneamente suave, capaz de produzir um sentimento incondicional de amor pelo próximo, onde não há necessidade da troca, não há certo ou errado, há apenas a necessidade em doar-se ao outro.

Aduz Adriana C. R. F. Dabus Maluf (2012) que o afeto pode ser entendido como uma relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo e querido. Na visão de Rolf Madaleno (2013), o afeto é decorrente da liberdade do indivíduo de afeiçoar-se com o outro, e pondera o autor que surgiria como consequência desta relação de convivência, de um do casal, dos pais para com seus filhos e da família como um todo.

Na acepção da psicanálise, o afeto pode ser entendido como núcleos internos atribuidores de significado às vivências e às relações enquanto estas estão ocorrendo (KLEIN, 2005).

O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana estabelece a proteção do Estado a fim de assegurar o afeto aos seus cidadãos, pois é fundado no respeito à condição humana e na proteção dos valores que lhe são inerentes, como o afeto e o amor. Sendo o afeto condição imprescindível na vida em família, o Estado como protetor da sociedade, também irá proteger o afeto, surgindo assim o princípio da afetividade, que como leciona Maria Berenice Dias (2013) é capaz de eliminar qualquer forma de desigualdade havida entre irmãos (CF, art. 227 § 6º).

No entender das autoras Maria Fernanda C. Las Casas de Oliveira, Renata M. S. Toledo e Jelcy M. Baltazar (2019), a Constituição Federal de 1988, em consonância com a família moderna, estabeleceu o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que reforça a valorização do indivíduo em quaisquer circunstâncias. Em consonância com a família moderna, esse princípio também se alinha com o da afetividade, demonstrando o compromisso do Estado brasileiro em proteger e preservar os laços de afeto entre seus cidadãos.

Assim, o Afeto, inserido dentro da Dignidade da Pessoa Humana reveste-se de bem jurídico tutelado pelo Estado. Nasce das relações humanas, em especial das relações familiares, de filiação, as quais são a base da sociedade, e merecem prioritária proteção constitucional (OLIVEIRA; TOLEDO; BALTAZAR, 2019).

Ricardo Calderón (2017) destaca o princípio da afetividade não se resume apenas à expressão de afeto, pois seu discurso vai além da manifestação afetiva, ele se sustenta na proteção e cuidado que devem ser dis-

pensados às relações familiares, e por ser um princípio constitucional implícito. Paulo Lôbo (2013), por sua vez, esclarece que o princípio é implícito na Constituição em seu fundamento essencial, em consonância com a própria evolução social da família brasileira.

Para Lôbo (2013), a afetividade, como dever jurídico, não deve se confundir com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações. Neste sentido, temos a afetividade apresentada como um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes àqueles, mesmo havendo desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico de afetividade entre pais e filhos apenas deixa de existir com o falecimento de um dos sujeitos ou em caso de perda do poder familiar ou autoridade parental.

Caminhando na mesma direção é importante mencionar a evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que nos idos de 2007, quando questionado sobre o valor jurídico da paternidade afetividade em contraposição ao da paternidade biológica, inclinava-se a rejeitar a afetividade em prol da paternidade biológica, naquele momento.

Porém, desde 2009 esta interpretação mudou, e, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça através dos julgamentos dos Recursos Especiais: n. 932692, n.1067438, n.1088157 e n.709608, (por exemplo), observou-se a mudança de paradigma do Tribunal, que passou a se posicionar pela valorização da afetividade em detrimento da paternidade biológica, e neste momento consagrou-se o valor jurídico do afeto.

Diante dessa mudança de paradigma do Superior Tribunal de Justiça em relação à valorização da afetividade, é possível perceber que a proteção dos laços afetivos tem sido cada vez mais reconhecida e valorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, com o advento da era digital, surgem novos desafios em relação ao abandono afetivo, os quais serão abordados a seguir.

6. ABANDONO AFETIVO NA ERA DIGITAL

O século XXI é marcado pela revolução digital, a qual por natureza provoca no homem uma sensação de incompletude, uma vez que a tecnologia avança com uma rapidez nunca antes vista, levando-nos a viver em uma sociedade do consumo. A felicidade e o afeto, em sua maioria na pós-modernidade, passaram a ser sinônimos de ter, possuir, apresentar, em detrimento do ser, estar e compartilhar. Este desequilíbrio imposto pelo novo

padrão social apresenta consequências para os mais vulneráveis, alheios à expansão digital.

Para falar de amor e desamor até chegar ao extremo do abandono afetivo, é fundamental trazer a lume as lições de Zygmunt Baumann, filósofo que, em sua tese descrita no livro “Amor líquido”, de 2004 retrata a fragilidade das relações humanas na pós-modernidade e defende que, por não serem sólidas, não são duráveis.

Por vivermos na era digital, o amor descrito por Baumann foi nomeado pelo autor por “amor líquido”. Esse tipo de amor pode ser descrito como um amor mediado por algoritmos, que depende de acesso à internet rápida e de uma inteligência artificial capaz de aproximar pares semelhantes, mesmo que a pessoa querida, amada esteja distante fisicamente.

O afeto no âmbito familiar é descrito por psicólogos e psiquiatras como essencial na formação do indivíduo, e a sua ausência não pode ser substituída por bens materiais, neste diapasão, defende Mazzorana (2012, p. 35) que, “a família é vista como o lócus do afeto, do cuidado, da educação, da solidariedade, todos elementos fundamentais para o pleno desenvolvimento de seus membros.”, assim a família é mais do que um grupo social de indivíduos que auxilia um ao outro mutuamente com o instinto de sobrevivência.

A família é responsável pela construção social e afetiva do indivíduo, não apenas provendo suporte financeiro, mas também transmitindo conhecimento, valores, e ensinando o indivíduo a construir vínculos afetivos.

Diante da quarta evolução industrial à qual a sociedade está submetida, a velocidade e a profundidade das relações humanas foram substancialmente alteradas. Na atualidade, mensagens de textos são consideradas mais adequadas do que ligações telefônicas e as videochamadas são mais bem recebidas do que visitas presenciais.

Este universo tecnológico alterou a forma como as pessoas se relacionam, ocasionando exclusão daqueles que não dominam a tecnologia, não dispõem de recursos ou de conhecimento suficiente para continuarem conectados virtualmente, e neste grupo se encontram crianças, adolescentes de baixa renda e idosos.

A Virtualização do afeto gerou um verdadeiro abandono digital em que as crianças e adolescentes são “abandonadas” em frente a uma tela (de computador, tablet ou celular com acesso a internet) para que seus pais e guardiões possam se dedicar com tranquilidade a outras atividades.

A respeito do contexto de ausência parental durante o acesso à internet, Patrícia Peck Pinheiro (2014) leciona que se daria o “abandono digital”.

Para a autora, é negligência parental a desatenção e a falta de acompanhamento dos genitores no mundo virtual, para a proteção dos filhos também neste ambiente.

Os riscos a que crianças e adolescentes estão expostos diariamente ao navegar pela rede de computadores são imensuráveis e podem trazer sérias consequências, impactando negativamente o desenvolvimento sadio, tais riscos vão desde “brincadeiras” que colocam a vida das crianças em risco a jogos desafiadores, exploração sexual, *cyberbullying* e vício tecnológico.

Patrícia Klunck e Maria Regina Fay de Azambuja (2020) defendem que, baseado no princípio da Proteção Integral, na hipótese do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, como é o caso de negligência tecnológica, é possível ocorrer a intervenção estatal, a fim de resguardar os direitos de crianças e adolescentes, tendo como pena máxima aos pais a perda do poder familiar, conforme o grau de negligência e o prejuízo suportado pelo filho.

A tecnologia aproxima quem está longe, porém ao diminuir distâncias, amplifica artificialmente a distância com os mais próximos. A falta de contato pessoal e o excesso de interação virtual podem levar a problemas emocionais, gerando um aumento da demanda por profissionais da área da psicologia e psiquiatria. Com isso, a sociedade da informação aposta que em uma futuridade, haverá uma quantidade de profissionais da área da psicologia e da psiquiatria em número suficiente para atender a demanda de casos relacionados a doenças emocionais.

De imediato, sofrem os idosos, para quem a virtualização do afeto resulta em sentimentos de abandono, visto não terem domínio da tecnologia e passarem a apresentar problemas como depressão, em virtude da falta de contato presencial com seus entes queridos. A longo prazo, como defendem Natália M. N. De Paiva e Johnatan da Silva Costa (2015), o uso de tecnologia de forma indiscriminada provocará um desequilíbrio cognitivo, e defendem os autores que levará a potencialização de transtornos de atenção, obsessivos, de ansiedade e problemas com a linguagem e a comunicação.

Diante das reflexões apresentadas sobre a influência da tecnologia na vida das pessoas é possível perceber que sua utilização deve ser feita de forma consciente e equilibrada, levando em consideração os riscos e benefícios envolvidos. É importante que sejam criados mecanismos de proteção para crianças e adolescentes, e que os pais e responsáveis estejam atentos e presentes na vida digital de seus filhos. Além disso, é necessário que haja uma reflexão sobre os limites e impactos do uso da tecnologia em nossas vidas, a fim de evitar possíveis transtornos e desequilíbrios cognitivos no futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao observar sobre a evolução da sociedade e as transformações relacionadas ao valor do afeto, é possível perceber que a sociedade deu um passo significativo em direção da verdade real nas relações humanas.

Na medida em que os Tribunais passaram a ponderar a importância da relação afetiva em detrimento da relação biológica restou claro que a sociedade entende que o afeto tem um valor fundamental nos vínculos familiares.

Porém, na mesma velocidade desenvolveram-se as novas tecnologias, e com isso a avalanche de informações passou a apressar-se do tempo livre das pessoas ativas, em consequência, elevaram-se as exigências relativas ao padrão de informação que cada indivíduo deve consumir diariamente.

Além da sobrecarga mental, a tecnologia passou a ocupar um espaço essencial e indispensável que era destinado aos relacionamentos humanos e tais relacionamentos foram então fragilizados devido à troca pelo virtual e o consequente distanciamento social.

Nesta acepção, as principais vítimas do abandono afetivo são os mais vulneráveis, ou seja, aqueles sujeitos que não têm acesso à tecnologia, quer por incapacidade técnica de manipulação de aparelhos, como idosos e crianças muito pequenas, ou aqueles que não têm acesso à internet, como os adolescentes de baixa renda.

Vivemos um momento de infodemia² que tem como sintoma relevante o abandono afetivo do século XXI, o qual gera inúmeras questões psicológicas em suas vítimas. E, para a cura desta “doença” que ataca diretamente nossos afetos, a prescrição é severa: deverá haver a promoção do contato entre as pessoas, por meio da revalorização do lugar do encontro pessoal.

REFERÊNCIAS

BAUMANN, Zygmunt. **Amor líquido**: Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas

² Termo utilizado para definir a uma pandemia em consequências do abuso no uso de eletrônicos e da sobrecarga de informações geradas pelos uso. <https://www.libbs.com.br/falarpodemudartudo/como-o-excesso-de-informacao-prejudica-a-saude-mental/> acesso em 21 jan. 2022

Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 19 jan 2023.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de família e das sucessões.** rev. e atual. Por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª. ed. 2013.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso.** São Paulo: Atlas, 3ª. ed. 2015.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. Bauru: Edpro, 1999.

KLEIN, Melanie. Edição Especial Melanie Klein. **Revista Viver Mente & Cérebro.** São Paulo: Ediouro, n. 3, 2005, pp. 3-98.

KLUNCK, Patrícia; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O Abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas.** Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf. Acesso em: 29 nov. 2021

LAS CASAS, Fernanda. **O Cyberbullying e a Responsabilidade Civil Parental.** 2022. No prelo.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. Considerações em torno do REsp 709.608. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out.

2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25365>. Acesso em: 2 jan. 2022.
MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed. 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na Pós- Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZORANA, Danielle Gonçalves Rech. **Afeto, convivência e constituição da pessoa: etnografia das relações familiares a partir de indenizações morais por abandono afetivo no estado de Santa Catarina**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação em Antropologia Social. 143f. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/96489>. Acesso em: 8 abr. 2023.

OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas; TOLEDO, Renata Maria Silveira; BALTAZAR, Jelcy Maria. **A mediação como alternativa ao litígio nos casos de abandono afetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2019. vol. 1002. pp. 45 – 61

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Nova York, 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources/Convencao-dos-Direitos-da-Crianca.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

PAIVA, N. M. N. D.; SILVA COSTA, J. D. A influência da tecnologia na infância: desenvolvimento ou ameaça? **Psicologia.pt**, Teresina, v. 1, p. 1-13, 2015. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0839.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Saraiva: São Paulo, 2ª ed., 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Abandono digital. **Observatório da Imprensa**, 3 de junho de 2014 E-Notícias, edição 801. Disponível em: https://www.observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/_ed801_abandono_digital/. Acesso em: 8 abr. 2023.

PRADO, Camila Affonso. Evolução do Direito de Família: do patriarcado à responsabilidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MUELTEDO, Renata Vilela. (Coord.). **Responsabilidade Civil e Direito de Família**. O direito de danos na parentalidade e conjugalidade. Indaiatuba: Foco, 2021.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A Família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.) **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

O PANORAMA DA FAMÍLIA NA ERA DA PÓS-PANDEMIA

*Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf**

1. BREVES NOTAS SOBRE O PANORAMA DA FAMÍLIA NA ERA PÓS- PANDEMIA

No limiar do ano de 2020 o mundo conheceu uma verdadeira revolução nos costumes, na técnica, na pesquisa científica, nas ciências médicas, oriunda de um poderoso vírus, de gênese praticamente desconhecida, com uma evolução irregular, com uma forma de infestação violenta e capaz de provocar as mais diversas reações nos indivíduos por ele infectados.

A comunidade médica, pega de surpresa, precisou lidar com a novidade numa velocidade recorde; a comunidade jurídica, a seu turno, precisou também dirimir as questões emergentes nos diversos âmbitos do direito, numa velocidade intensa.

As principais repercussões da pandemia no que concerne ao direito de família, analisaremos a seguir.

2. A PANDEMIA NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

A atualidade se molda por um evento sem precedentes: uma pandemia mundial que marca profundamente a vida dos cidadãos, um vírus novo e desconhecido que acomete os seres humanos criando sintomas variados, e sobretudo uma pneumonia que pode chegar a dimensões bastante elevadas.

Assim, novos paradigmas são criados, fazendo com que a comunidade global se una numa só voz: evitar a transmissão do vírus e descobrir a sua cura.

* Mestre e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professora criadora do Curso de Bioética e Biodireito – plataforma on-line @adrianamalufbioetica e do Curso de Direito Médico – plataforma on-line @adrianamalufbioetica. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito do Hospital do Coração – Hcor. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP Advogada em São Paulo. Nutricionista.

As medidas drásticas tomadas impactaram diretamente a vida em todo o planeta, na esfera econômica, sanitária, jurídica, unindo e separando as pessoas, mudando as formas de relação interpessoais e redimensionando a atividade do Estado. Houve o apogeu da vida on-line: ifamily, e-notariado, e-commerce e muito mais.

Quanto à história do Coronavírus e sua evolução para o estágio de pandemia, temos que, entre os diversos micro-organismos existentes no universo, destacam-se os vírus e as bactérias. Ambos são temidos pelas doenças que causam.

Um exemplo histórico disso é que na segunda metade do século XX um tipo de vírus de gripe, *vírus influenza*, matou cerca de cinquenta milhões de pessoas no mundo todo, na chamada gripe espanhola, ocorrida no período compreendido entre janeiro de 1918 a dezembro de 1920, que contaminou cerca de quintões milhões de pessoas, o que representava um quarto da população da época. Só no Brasil ocorreram cerca de trinta e cinco mil mortes, segundo fontes da época.¹

Entretanto, ao lado de importantes transmissões patogênicas, os vírus podem apresentar benefícios no que tange ao controle de certas pragas agrícolas e na pesquisa científica. “Muitas descobertas científicas importantes no campo da biologia molecular e da engenharia genética foram decorrentes de pesquisas realizadas com vírus”. (AMABIS; MARTHO, 2013, pp.250- 251)

Vírus são estruturas extremamente pequenas e simples, situados no limite entre o vivo e o não vivo, medindo em torno de dois décimos de micrometro de diâmetro, de modo que só podem ser observados ao microscópio eletrônico. São constituídos por proteínas e ácidos nucleicos.

As moléculas de proteínas virais formam um envoltório que protege o ácido nucleico. Em alguns vírus esse envoltório, o capsídeo, é envolvido externamente por uma membrana lipoproteica, denominada envelope viral, que se forma quando a partícula viral é expelida pela célula em que se formou. Além de proteínas e lipídeos de origem celular, o envelope contém proteínas virais específicas, adicionadas à membrana celular enquanto o vírus se multiplica no interior da célula hospedeira. (MALUF, A.; MALUF, C., 2021)

As partículas virais são denominadas virions e apresentam um formato característico dependendo do tipo de vírus.

¹ Fonte <http://jornaldebrasil.com.br> <acesso em 03.05.2020>

Vírus são parasitas intracelulares obrigatórios, posto que não apresentam metabolismo próprio. Em muitos casos os vírus modificam o metabolismo das células que parasitam, podendo provocar a sua degeneração ou morte. (AMABIS; MARTHO, 2013).

No que tange ao processo de desenvolvimento de imunidade viral, Playfair e Chain (2013, pp. 62-63) lecionam que:

o anticorpo é valioso para a prevenção de entrada e disseminação hematológica de alguns vírus mas sua ação é frequentemente limitada pela notável habilidade do vírus de modificar seus formatos externos e assim escapar à detecção de um anticorpo previamente existente.

(...)

Uma vasta experiência demonstra que nenhum parasita que cause danos graves ou morte de seu hospedeiro é capaz de garantir a própria sobrevivência. Desta forma, a adaptação – que pode ser rápida no caso dos vírus – geralmente tende a ocorrer no sentido da diminuição da virulência

O coronavírus é um vírus de RNA, que causa infecções respiratórias. Seu nome se deve a espículas – estruturas proeminentes que estão presentes na superfície do vírus, o que lhe dá a aparência de uma coroa solar, são conhecidos desde os anos 1960.

Embora outros tipos de coronavírus costumem causar formas comuns e brandas de resfriado, o Sars-CoV-2 não tinha nenhum histórico de convivência com a espécie humana até então, uma vez que migrou para a infestação humana oriundo de outro hospedeiro.

Na prática, podemos aduzir que isso significa que nenhum ser humano contava com defesas naturais específicas contra o referido vírus quando ele começou a infectar pessoas na China, no fim de 2019.

Tendo em vista que a maioria dos casos produz sintomas relativamente leves e recuperação sem complicações, mesmo antes de conseguir produzir anticorpos, o que só acontece alguns dias após o início da doença, o organismo de muitos consegue começar o contra-ataque ao vírus por outros meios. (MALUF, A.; MALUF, C., 2021)

Tal reação é possível porque as células contam com um sistema genérico de reconhecimento dos invasores virais. Assim, conforme os dias de doença vão passando, o organismo enfim produz anticorpos específicos contra o vírus -em geral, dois tipos das chamadas imunoglobulinas, designadas com as siglas IgM e IgG. Quando a infecção é debelada, o “conhecimento” sobre como produzir os anticorpos IgG, os mais duradouros, fica ar-

mazenada nas chamadas células B de memória. Ao entrar em contato com o vírus de novo no futuro, essas células podem desencadear a produção de anticorpos, vencendo rapidamente o problema.

Entretanto, “alguns estudos mostraram que entre 20% e 30% dos doentes que se recuperaram não apresentam níveis detectáveis de anticorpos”. De quebra, o que se sabe sobre outros coronavírus sugere que esse subgrupo viral é pouco imunogênico, ou seja, não produz uma resposta tão robusta do sistema de defesa do organismo quanto outros invasores.

Outra possibilidade é que as pessoas que se recuperam da covid-19 produzam anticorpos, mas que alguns testes tenham sido feitos após a recuperação. Nesse caso, os níveis dessas moléculas estariam muito baixos no organismo e, portanto, mais difíceis de detectar. Além das dúvidas sobre como o vírus interage com o sistema imunológico, ainda há incerteza sobre a proporção de pessoas cujo organismo teve contato com o Sars-CoV-2.

Por ora, o único consenso é que, mesmo nos lugares mais afetados pela pandemia, a população ainda está muito longe de atingir o que se costuma chamar de imunidade de rebanho - cenário no qual a porcentagem de pessoas que já foram infectadas e se curaram é elevada o suficiente para que sirvam de “escudo” para as que ainda não tiveram a doença.

Assim, tomemos alguns exemplos: uma cidade de 12 mil habitantes na Alemanha, na qual 500 foram testados, teria revelado uma prevalência de anticorpos em 14% da população, enquanto outros lugares da Europa e dos EUA têm números que vão de 1% a 4%. (MALUF, A.; MALUF, C., 2021)

O único estudo amplo realizado no Brasil até agora, coordenado por pesquisadores da Universidade Federal de Pelotas (RS), estimou que apenas 0,13% da população gaúcha teria desenvolvido anticorpos contra o vírus.²

Em testes como esses, é sempre necessário levar em conta os níveis de sensibilidade e especificidade. Um teste muito específico é o que raramente produz falsos positivos; já testes muito sensíveis produzem poucos falsos negativos.

De qualquer modo, outro ponto acerca do qual os cientistas concordam é que não existe nenhuma fórmula mágica para “aumentar a imunidade” individual.

Nesse sentido, temos que “o que fortalece a imunidade é um conjunto de fatores: alimentação equilibrada, sono adequado, exercício físico e evitar o estresse, embora na situação atual o último item seja mais difícil”³

² Dados referentes a estatísticas do ano de 2020 (retirados de? A informação fica muito genérica)

³ Fonte: <http://www.paho.org> < acesso em 03.05.2020>; <http://www.valor.globo.com> < acesso em 03.05.2020>

Os coronavírus pertencem à subfamília taxonómica Orthocoronavirinae da família Coronaviridae, da ordem Nidovirales. Constituem-se em uma família de vírus que causam doenças respiratórias em seres humanos e em animais.

Segundo referências dos pesquisadores, a maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida. Eles são uma causa comum de infecções respiratórias brandas a moderadas de curta duração. Entre os coronavírus encontra-se o vírus causador da forma de pneumonia atípica grave conhecida por SARS, e o vírus causador da covid-19, responsável pela pandemia iniciada no final de 2019, o Sars-Cov-2.

Alguns coronavírus tem a capacidade de mudar de hospedeiro passando de animais para humanos e, quando isso acontece, os casos resultantes são investidos de significativa gravidade. Assim, quanto à taxonomia, os coronavírus da subfamília *Orthocoronaviridae* se dividem em quatro gêneros: *Alphacoronavirus*, *Betacoronavirus*, *Gammacoronavirus* e *Deltacoronavirus*. De todos esses gêneros, há seis espécies que causam infecção em humanos. No gênero *Alphacoronavirus* há os coronavírus humanos das espécies HCoV-229E e HCoV-NL63, que causam infecções leves a moderadas comuns. Neste gênero também se encontra o CCoV, o coronavírus canino, que causa gastroenterite em cães filhotes e pode ser prevenido com vacina. Para a espécie felina, o FCoV, causa peritonite infecciosa em gatos e não há vacina disponível no momento.

No gênero *Betacoronavirus* há os coronavírus humanos das espécies HCoV-OC43, HCoV-HKU1, SARSr-CoV e MERS-CoV.

As espécies HCoV-OC43 e HCoV-HKU1 causam infecções leves a moderadas comuns.

Já MERS-CoV causa a doença MERS (Síndrome respiratória do Médio Oriente).

A espécie SARSr-CoV se divide nas cepas SARS-CoV, que causa a doença SARS (síndrome respiratória aguda grave), e Sars-Cov-2, que causa a doença COVID-19 (*CO*rona *V*irus *D*isease 2019).

O Sars-Cov-2, causador da covid-19, foi identificado em 2020 e tem “parentesco” com o vírus da SARS-CoV. Apresenta diversos sintomas, como febre, tosse e falta de ar, pneumonia.

Foram descobertos em 2020, seis novos coronavírus em morcegos em Mianmar, mas esses vírus não estão relacionados ao Síndrome Respiratório Agudo Grave de Coronavírus (SARS CoV-1), Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) ou covid-19.

Nesse sentido, podemos apontar o HCoV 229 E, descoberto em 1960 que divergiu do coronavírus da alpaca antes de 1960; o SARS-CoV, descoberto em 2002, divergiu do coronavírus do morcego em 1986; o HCoV-OC43, descoberto em 2004, divergiu do coronavírus bovino em 1890; o HCoV-NL63, descoberto em 2004, divergiu do coronavírus do morcego a aproximadamente oitocentos anos atrás; o HCoV HIKU 1, descoberto em 2005, divergiu do coronavírus do morcego; o MERS CoV, descoberto em 2012, divergiu do coronavírus de morcego antes dos anos 90 e foi transmitido aos humanos pelos camelos; o Sars-Cov-2, descoberto em 2019, tem ainda em aberto a sua gênese original: se foi originário das cobras, de morcegos e posteriormente transmitido aos humanos por um animal desconhecido ou, ainda, seja oriundo de uma versão que parasita pangolins, pois possui material genético 99% igual ao do vírus encontrado nesse animal. (MALUF, A.; MALUF, C., 2021)

Em 2002, na província de Guandong, na China, o coronavírus oriundo de um pequeno mamífero carnívoro local, chamado Civeta, começou a ser transmitido entre seres humanos. O coronavírus, salienta-se, é um tipo de vírus zoonótico, ou seja, ele transita entre animais e humanos.

Desta forma, a doença denominada SARS (síndrome respiratória aguda grave) começou a ser transmitida no hospital local entre os pacientes e os profissionais de saúde. A gênese desse contágio deu-se com uma pessoa que viajou para Hong Kong e, a partir daí, a linha de transmissão se intensificou fazendo com que a doença alcançasse outros países.

O resultado foi uma epidemia internacional que atingiu 29 países e acometeu 8.096 pessoas das quais 774 morreram. Os últimos casos da epidemia foram notificados no início de 2004, sendo o nível de contágio de cada paciente infectado, transmitir-se para dois.

Em 2012, infecções respiratórias por um novo coronavírus começaram a ser notificadas na Arábia Saudita. Esse vírus apresentava uma forma difícil de transmissão entre os humanos, e constatou-se que o vetor preferencial de transmissão estava relacionado ao contato com o leite e a excreção do dromedário.

Os casos de MERS foram diagnosticados até 2019 em 27 países tendo atingido 80% da Península Arábica. No entanto, pode-se comprovar que o grau de letalidade da MERS era maior do que o da SARS, posto que 2.500 indivíduos foram infectados e 858 morreram.

Em 2019, na província de Hubei, China, na cidade de Wuhan, uma metrópole com 11 milhões de habitantes, a partir de um mercado de ani-

mais vivos e seus produtos começaram a proliferar um outro tipo de coronavírus de altíssima velocidade de contaminação (uma pessoa contaminada pode contaminar 3,7 pessoas que com ela tenha contato).

Assim, a atual pandemia nasceu de uma zoonose, reflexo direito da intervenção do homem no meio ambiente.

Os vírus são agentes que dependem de uma célula viva para replicar e sobreviver. Necessitam adaptar-se ao hospedeiro e se perpetuar. Nesse processo, sofrem mutações que podem ajudar ou atrapalhar sua propagação, levando-o a infectar outras espécies.

Nesse sentido, existem duas hipóteses, ao menos, para o surgimento da pandemia internacional por coronavirose: o vírus foi aos poucos entrando em contato com a espécie humana; ou veio pronto tendo o morcego por vetor e, assim, fez-se a transmissão interespecies de forma acelerada.

Existem fortes indícios de que o contato silvestre tenha sido o principal vetor de transmissão. A partir daí houve uma rápida difusão mundial advinda da globalização dos negócios e dos costumes que acelerou o intercâmbio entre os povos.

Assim, acredita-se que o vírus Sars-CoV-2 possua como hospedeiros determinadas espécies de morcegos e o pangolim, um animal consumido como alimento exótico em algumas regiões da China. Seu período de incubação varia entre 4-14 dias, sendo que o vírus é transmitido por indivíduos sintomáticos ou assintomáticos. Apesar do alto grau de contágio, a doença apresenta um baixo grau de mortalidade, apresentando uma letalidade global de 3,4%, aumentando de acordo com a idade da pessoa acometida e com a presença de comorbidades. Desta sorte, pacientes portadores de doenças crônicas, que representam em torno de 25 a 50% dos pacientes infectados, apresentam maiores taxas de mortalidade, como a seguir: câncer: 5,6%; hipertensão: 6%; doença respiratória crônica: 6,3%; diabetes: 7,3% e doença cardiovascular (DCV): 10,5%. (MALUF, A.; MALUF, C., 2021)

Nesse sentido, vemos que os vírus e bactérias têm sido protagonistas centrais de muitas doenças causadas no homem, podendo entender que sob sua análise, conta-se a verdadeira história.

Por meio da análise do DNA e do RNA desses germes podemos saber quando e como as epidemias ou, num grau maior, as pandemias iniciaram-se de maneira lenta e silenciosa anos atrás e de que forma condicionaram a existência humana, dizimando populações, estimulando conflitos, promovendo êxodos, fortalecendo ou enfraquecendo povos. (UJVARI, 2020)

A difusão da doença causada pelo Sars-CoV-2 conheceu uma velocidade incrível alcançando a comunidade internacional. Em janeiro de 2020

a OMS já informara aos países que se preparassem para um surto de uma nova gripe que apresentava sintomas de intensidade variada, e que deveriam se organizar para monitorar seus cidadãos e isolar os suspeitos.

Nesse momento, iniciaram a adoção de rígidas recomendações de higiene, o controle de fluxo de pessoas, começaram a se registrar os primeiros casos fora da China. Em 30 de janeiro a OMS declarou estado de emergência internacional.

No mês de fevereiro deste mesmo ano, 49 países da comunidade internacional já apresentavam a doença, e todas as pessoas que tivessem estado em países com o surto do vírus eram considerados grupo de risco. Foram intensificadas as medidas de combate e precaução.

No mês de março, iniciaram-se medidas restritivas de quarentena da população. A OMS constituiu o caso como uma pandemia, que já alcançava 114 países da comunidade internacional. Recomendou, ainda, a realização de testes em massa e a adoção de medidas de isolamento. A Europa era o epicentro da pandemia, enquanto a China conseguia estabilizar e manter baixo o número de novos casos diagnosticados. Estados Unidos emergem no final do mês como o novo epicentro da doença.

No mês de abril, diversas medidas de proteção econômica são anunciadas, estando o número de casos ao redor do mundo na casa de 1 milhão de contaminados.

A pandemia, que tomou conta do mundo, ainda preocupa a comunidade internacional (em meados de 2020 os números apontavam para mais de 3 milhões de casos de covid-19 já haviam sido registrados no mundo, com mais de 230 mil mortes – 6 mil delas no Brasil; na atualidade os números apontam para mais de 22 milhões de casos no Brasil, sendo mais de 613 mil mortes, 21 milhões de recuperados e 165 mil casos em acompanhamento; e mais de 200 milhões de casos no mundo.⁴

Como principais medidas profiláticas adotadas: o isolamento social, a quarentena, quando necessária, aliada à intensa higienização das mãos e das superfícies. O que por um lado de fato ajudou a conter a disseminação do vírus, por outro causou à população em geral inúmeros problemas de saúde correlacionados, como depressão, obesidade, sedentarismo, entre outros.

No Brasil, o Ministério da Saúde pública, em 12 de março de 2020, a portaria nº. 356 que dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 a qual estabelece as

⁴ Os dados são referentes a abril de 2020. Fonte: Universidade Johns Hopkins. <http://coronavirus.jhu.edu>. Acesso em 22 abril. 2020

medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Desta forma, a portaria apresenta regras para a indicação de medidas de isolamento social e quarentena como forma a evitar a propagação local.

O isolamento social ou distanciamento social existe em vários níveis, que vão desde medidas simples até o *lockdown*, e cada lugar tem uma necessidade específica, tendo em vista o nível da contaminação e a infraestrutura locais.

A Lei nº. 13.979/20 diferencia quarentena de isolamento em seu art. 2º, sendo que o primeiro inciso se refere à restrição de atividade ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, bem como de bagagens, animais meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação; o segundo, refere-se à separação de pessoas doentes ou contaminadas ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas e outros, a fim de evitar a contaminação ou propagação do coronavírus.

Nesse sentido, vemos a importância fulcral da testagem dos cidadãos e da consequente separação dos saudáveis dos demais que estão ou contaminados ou em suspeita de contaminação.

Para a realidade brasileira, eis o grande problema: o acesso ao teste para toda a população aliado ao acesso à informação, tendo em vista o número populacional do país, sua densidade demográfica e sua diversidade cultural e habitacional.

Quanto ao paciente contaminado ou sob suspeita de contaminação, a regra que define o isolamento dispõe que este pode ocorrer por meio de prescrição médica ou recomendação de agente sanitário e deve durar 14 dias, podendo chegar a 28 dias a partir da obtenção do resultado dos exames.⁵

O isolamento deve ser feito em casa quando o quadro clínico do paciente o permitir, casos graves deverão ser encaminhados ao hospital. Aí a batalha por leitos começa... Embora a comunidade médico-científica tenha afirmado que dos 100% de contaminados, 80% serão assintomáticos ou portadores de uma modalidade leve da doença, 15% desenvolverão uma modalidade intermediária da doença podendo receber tratamento em casa, 5% desenvolverão uma forma grave da doença o que, na realidade brasileira, alcança a margem de 11 milhões de pessoas.

⁵ Para auxiliar nesse processo, a Lei 13.989/20 que dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARSCov 2)

Tentando conter a propagação do vírus, podem as autoridades aplicar medidas restritivas de: isolamento, quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação, restrição de locomoção, entre outras medidas conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº. 13.979/20.

Os familiares dos infectados também devem permanecer em quarentena nos termos da Portaria nº. 356/2020 do Ministério da Saúde.

Desta forma, os hospitais podem restringir as visitas aos pacientes com enfermidades gerais e diversas, o que representa uma medida profilática na contenção da disseminação do vírus, evitando a periclitacão da vida e da saúde dos pacientes internados, seus acompanhantes e familiares, tendo em vista a diminuição da circulação pessoal e da consequente diminuição da aglomeração – importante vetor de contaminação, em observância estrita aos ditames do Plano de Contingência implantado pelo Ministério da Saúde para conter a disseminação do coronavírus.

Há, ainda, durante este período, um intenso debate social, envolvendo as comunidades científica, jurídica, econômica e a sociedade em geral sobre a indicação da duração da quarentena e o consequente fechamento de importantes estabelecimentos comerciais no país.

Quando seria o melhor momento para reintroduzir a circulação pessoal e o comércio, e em que termos, lembrando que a crise econômica que assola o país trabalha com alguns dados importantes: a pobreza, o inadimplimento e a busca por auxílio do governo. Assim sendo, a desaceleração econômica desencadearia uma enxurrada de empréstimos bancários, um aumento da requisição de ajuda governamental, um enorme aumento da inadimplência – o que levaria a um inchaço do serviço público de saúde, um aumento da inflação, uma taxa enorme de desemprego que, por sua vez, desencadearia violência doméstica, violência urbana, um aumento considerável da criminalidade, suicídios e muito mais. O momento exige extrema cautela quanto às medidas empregadas tendo em vista a gravidade das consequências que gera.

Por fim, ademais às mudanças comportamentais ocorridas no mundo pandêmico, à nova ordem econômico social desenvolvida, um novo foco de conflitos se descortina: a eficácia dos tratamentos *off label* e a esperança da vacina eficaz. Quanto a estas, apresentam-se na atualidade inúmeros estudos e pesquisas realizados no mundo inteiro sobre o tema: existem pelo menos 165 vacinas contra a covid-19 sendo desenvolvidas atualmente, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Em síntese conclusiva, podemos aduzir que vivemos na atualidade uma situação grave de pandemia oriunda de um vírus de alta infestação contagiosa, mas segundo os estudiosos científicos, de baixa letalidade comparativamente às epidemias anteriores causadas por vírus da mesma família (SARS e MERS).

Entendemos que é importantíssimo as operações empregadas pelos governantes compatibilizarem saúde e economia, posto que estas andam lado a lado, inquestionavelmente, visto serem as consequências da “quebradeira geral”: o desemprego, a inadimplência, a fome, a violência – que se perfazem na intolerância, nos saques, nos assaltos, no latrocínio, entre outras; sendo, por outro lado, igualmente importante a adoção de rígidos cuidados de controle para se evitar a contaminação em massa.

Tempos difíceis de antagonismos e de se lidar com o desconhecido. Haverá uma mudança radical de paradigmas e alteração da ordem social tal qual conhecemos hoje, havendo uma maior noção da função social dos recursos humanos e naturais?

Podemos, também, concluir que o individual e o coletivo hão de ser redesenhados tendo em vista a saúde e a paz social.

Com o passar do tempo e a ampliação do quadro vacinal no país e no mundo, aos poucos as fronteiras vem se abrindo, a vida comercial e profissional vem se reestabilizando. Na atualidade, o número de infectados vem caindo no país depois de contabilizar mais de meio milhão de óbitos.

A vida, nesse sentido, precisou prosseguir num mundo de incertezas científicas, políticas, jurídicas, relacionais, comportamentais, ambientais em que a diversidade brasileira, num contexto interno, manifestou-se fortemente até na forma de enfrentar a pandemia: ficar em casa ou sair? Testar ou não testar? Vacinar ou não vacinar? Exercer direitos parentais ou flexibilizá-los na modalidade on-line?

Essas perguntas têm respostas muito particulares em alguns de seus quesitos, tendo em vista o caso concreto. E assim, para pensar com Edgar Morin (2021, p. 22) “estamos condenados a refletir sobre nossos caminhos, nossa relação com o mundo e sobre o próprio mundo”.

3. A FAMÍLIA E A PANDEMIA

“A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem, representando a forma pela qual este se relaciona com o meio em que vive”. (MALUF, 2010, p. 1)

Família, como bem lecionou San Tiago Dantas (1991), pode ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, denominada consciência do nós.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2021) família é o locus de estruturação do sujeito, que desempenha um importante papel em sua formação holística, ou seja, passa-lhe crenças, valores, religião, cultura e muito mais. Não existe o ser humano sem a união da família. Da mesma forma que sem ela não subsiste o Estado.

Incontestemente é a sua importância desde os primórdios da humanidade. No entanto, toda a problemática trazida pelo estabelecimento da pandemia repercutiu diretamente na estrutura da família, que teve de administrar, da noite para o dia, novos desafios emergentes e desenvolver novas conexões.

Muitas dúvidas surgiram no âmbito do direito de família, como a realização de visitas a crianças e adolescentes, ou mesmo idosos, principalmente nos casos envolvendo litígio judicial. Entendemos, nesse caso, que a preponderância é pela saúde das partes, assim, poderá haver a suspensão das visitas presenciais, o que não deverá desonerar o pagamento da pensão alimentícia nem caracterizar abandono, ou dar margem à responsabilização civil.

Para tanto, não de ser observados os princípios norteadores do direito, como o princípio da paternidade responsável (previsto no art. 226 § 7º da Constituição Federal), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (presente no art. 227, caput da CF e nos arts. 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e, também, o princípio do melhor interesse dos portadores de necessidades especiais (previsto nos arts. 13 e 95 da Lei 13.146/2015); e mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (previsto no art. 1º, III da CF). (MALUF, C.; MALUF, A., 2021)

Dessa forma, face à inexistência de um marco legal, deve-se analisar o caso concreto no que diz respeito ao tipo das atividades laborais dos pais (como estarem ou não na linha de frente do tratamento da covid-19, por exemplo, ou exercerem outra atividade de risco), o local da residência das partes, as condições relativas à saúde dos envolvidos – a fim de verificar se a realização da visita se mostra adequada.

Sob o ângulo prático, pensamos que cada família deve administrar sua dinâmica própria, de forma a respeitar as disposições governamentais nacionais e supranacionais sobre saúde pública, tendo em vista a contenção de uma doença que, como vimos, manifesta-se de forma diferenciada em cada organismo hospedeiro.

Há ainda de se considerar, tendo em vista a preservação da saúde, a substituição do convívio físico pelo digital, tal como ocorre nos casos em que a família reside em diferentes comarcas, ou mesmo países, considerando-se as orientações da OMS, principalmente quando a convivência familiar incluir pessoas que estejam no grupo de risco, ou tenham estado próximas a um indivíduo que testou positivo para a doença.

Nesse sentido, a comunidade internacional, como um todo, adotou medidas de contenção da transmissão do vírus. Assim, de acordo com a realidade de cada país, das intrínsecas potencialidades do seu sistema de saúde, dos hábitos populacionais, da higidez da economia, bem como das questões culturais, o governo passou a expedir uma série de medidas restritivas na tentativa do combate ao vírus.

Na realidade brasileira, houve a suspensão das atividades presenciais de ensino, o fechamento do comércio não essencial, a proibição de eventos com mais de 10 pessoas (aglomerações), a interdição de parques e praças, a diminuição do transporte público, a redução do tráfego aéreo, a implementação de medidas de deslocamento, o desenvolvimento da telemedicina, o uso de equipamentos de proteção individual (como máscaras e outros), a instauração de rodízio de veículos, o fechamento dos locais de cultos religiosos como igrejas e templos, ou mesmo a instituição do *lockdown*, por mais que essas medidas tenham causado uma limitação violenta dos direitos fundamentais.

No âmbito do Direito, houve a suspensão dos prazos processuais, das atividades presenciais, das audiências e a instituição do teletrabalho.

Diante disso, muitas foram as repercussões nas mais variadas áreas do Direito. No tocante ao Direito das Famílias, inúmeros foram os impactos, como: as solicitações de redução do valor de pensão alimentícia face à redução dos salários, revogação da prisão civil por dívida de alimentos (uma vez que o sistema prisional é local de aglomeração com elevados riscos de contágio), possibilidade de realização de casamentos virtualmente e guarda dos menores junto ao dever de visitação.

Desta forma, em se tratando de uma situação sem precedentes, não há qualquer previsão legal ou disposições contratuais capazes de dirimir todos os conflitos emergentes no atual cenário.

Ponderando-se sobre a excepcionalidade do momento, é primaz que os operadores do direito, por meio dos diversos mecanismos judiciais ou extrajudiciais, orientem-se para a realização de acordos, concessões ou mesmo abstinência de convívio familiar, tendo em vista o redimensionamento temporário da dinâmica outrora estabelecida.

Houve ainda, no âmbito do confinamento no lar conjugal significa-

tivo aumento da violência doméstica – impetrada contra a criança, o adolescente, a mulher, o idoso; houve um grande aumento nos casos de separação e divórcio, mas por outro lado, houve um aumento significativo na composição de uniões estáveis e namoros qualificados, além da manutenção de significativa taxa de natalidade – um novo baby boom? (ou baby *pandemic*?).

No âmbito das decisões judiciais sobre o tema, a resposta para os diversos quesitos também é controversa.

Assim, de modo geral, à luz da proteção da saúde e do melhor interesse da criança, do adolescente, e do idoso no âmbito familiar, os magistrados têm determinado suspensão temporária da visita em consideração à situação excepcional vivida; na qual o isolamento é a recomendação primordial para conter a disseminação do vírus – a visitação ou alternância de residências não se mostra essencial e adequada ao momento.

A falta de regras pré-definidas, no entanto, não impede que as partes usem o bom senso e estabeleçam acordos de rotina que privilegiem a saúde dos envolvidos. As visitas on-line passaram a substituir as visitas presenciais, visando preservar o vínculo afetivo existente entre as partes, devendo inclusive esses encontros serem fomentados e não impedidos por parte do detentor da guarda, podendo até mesmo flexibilizá-lo.

Entretanto, dado o ineditismo da situação, encontram-se também decisões mantendo a visita presencial, como ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que decisão proferida determinou a possibilidade da visitação sob o argumento de que o real não se compara com o virtual e que, certamente, a mãe empenharia todos os cuidados para poder ver o seu filho. Assim sendo, em sede de recurso, decidiu-se por estabelecer horários de convivência da mãe com seu filho que reside com pai em guarda unilateral.

Em outro julgado, no mesmo Tribunal, entendeu-se que diante da situação vivida, ausente qualquer tipo de precedente, deveria ser mantido apenas o contato virtual, que possibilita a convivência sem o risco de contaminação. Assim, desautorizou temporariamente a visitação, mas deixando em aberto a possibilidade de rever a decisão diante de alterações no cenário vivido e assegurando ao pai posterior compensação do tempo que esteve provado. Alegou ainda que com sua medida estaria protegendo a criança, seus pais, demais parentes que com ela habitam, além da sociedade e do sistema de saúde. Seria melhor, então, pecar pelo excesso do que uma eventual contaminação com a doença – podendo ainda a juíza ser futuramente responsabilizada pela concessão realizada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AOS FILHOS MENORES. COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. Situação excepcional configurada pela pandemia de COVID-19 e recomendação do Ministério da Saúde para manutenção do distanciamento social que apontam para o acerto da decisão recorrida, ao determinar contato do pai com o filho por meio de visita virtual diária, pelo menos por ora. Medida direcionada não só à proteção individual, mas à contenção do alastramento da doença. (Agravo de Instrumento, Nº 70084141001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vera Lucia Deboni, Julgado em: 16-04-2020)

O TJSP apreciou o caso de um pai piloto de avião e, que por força de sua profissão necessita fazer constantes viagens que o colocam em risco permanente. Mesmo assim, ele insistiu em visitar a criança. A mãe procurou o judiciário diante da falta de consenso, alegando que o filho tem problemas respiratórios. Desse modo, o Juiz determinou que o pai ficasse em quarentena por 14 dias completamente isolado, para depois poder visitar a criança.

Em razão da pandemia mundial decorrente da propagação do Coronavírus é realmente recomendável, por força da profissão exercida pelo requerido, por algum tempo, deixe de manter contatos com seus filhos. É algo que no momento e infelizmente o bom senso nos impõe. Não sendo assim, involuntariamente seus filhos correrão maior risco de contaminação, o que há de ser evitado (...) Suspendo o direito-dever de visitas por parte do requerido por 14 dias, atento ao fato de que essa providência pode ser revisada para menos (ou para mais?) caso as recomendações das autoridades de saúde o permitirem ou exigirem o agravamento das restrições de saúde já conhecidas. (2ª vara de família e sucessões do Tribunal de Justiça de São Paulo, Juiz Eduardo Gesse julgado dia 23/03/2020 Processo: 1014033- 60.2018.8.26.0482)

Na prática a questão se mostrou bastante delicada, posto que, aproveitando-se da situação, muitos pais passaram a dificultar a convivência do filho com o outro genitor, o que traz graves danos à criança e ao adolescente, já imerso numa realidade pandêmica.

E por fim, entendemos que dificultar o exercício do direito parental à visitação pode ser considerada como prática de atos de alienação parental nos termos da Lei nº 12.318/2010.

O Conanda, Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, editou, no dia 25 de março de 2020, uma recomendação que visa à proteção integral das crianças e dos adolescentes durante a pandemia, recomendando a manutenção da convivência por meios digitais, impondo o dever de o responsável que permanece com a criança manter o outro informado, de modo a evitar o deslocamento desnecessário. Acrescenta que, caso seja decidido pela possibilidade da visita, os protocolos de higienização e proteção devem ser seguidos, assim como deve ser respeitada a quarentena de 15 dias em caso de exposição a situação de risco de contágio.

Em tramitação, temos o Projeto de Lei 1.627, que trata sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito de Família e das Sucessões no período da pandemia causada pelo coronavírus. No capítulo relativo à guarda, dispõe em seu art. 6º que o regime de convivência de crianças e adolescentes, qualquer que seja a modalidade de guarda, poderá ser suspenso temporariamente, de comum acordo entre os pais ou a critério do Juiz, para que sejam cumpridas as determinações emanadas das autoridades públicas impositivas de isolamento social ou quarentena. (PL 1.627, 2020).

Com o aumento da vacinação, e a comprovada queda dos casos de infecção viral, a realidade relacional das famílias pode vir a se alterar mais uma vez: abriam-se as escolas, as faculdades, os centros de lazer. Voltaram os encontros e confraternizações.

Entendemos que a pandemia alterou significativamente as relações interpessoais, levando mesmo a um novo significado da pessoa individual – seja no aspecto do consumo, seja no aspecto dos relacionamentos, mas resgatou a relevância da família como instituição. E a partir daí? Qual será o papel do Estado para provê-la?

Na lição de Jones Figueirêdo Alves (2020, p. [3]) será primaz, em relação à família “reautoanálise de seus integrantes, acerca das readequações vivenciais ao pós-confinamento, de seus dissensos e dos seus interesses pessoais, à devida e exata medida onde devem preponderar as responsabilidades comuns”.

Nesse sentido prevalecerão no pós-pandemia princípios atinentes ao direito de família tais como: o princípio da responsabilidade comum familiar, que presidirá as relações familiares tendo em vista a norma exarada pelos arts. 1.511, 1.630 e 1.696 do Código Civil brasileiro que tratam respectivamente da comunhão de vida, da responsabilidade do poder familiar e do direito/dever recíproco de mútuo adjutório preconizado pelo amparo

alimentar, além da valorização do princípio da paternidade responsável e do princípio da proteção dos idosos.

Vemos, assim, que a pandemia resgatou através do confinamento a extrema relevância da família como instituição. Nesse sentido, entendemos e apostamos, como o fez Jones Figueirêdo Alves (2020) que a família consolidará o seu reencontro consigo mesma, sem volta.

Entendemos, ainda, que a pós-pandemia trará uma nova concepção de normalidade, e que uma das marcas foi o retorno dos filhos adultos ao lar paterno, ou mesmo a junção colaborativa dos pais e dos filhos casados tendo em vista a otimização dos cuidados na era pandêmica.

Também o pedido de alimentos parentais oriundos de circunstâncias episódicas deverá prevalecer num determinado período até que ocorra não apenas o equilíbrio psicobiofísico- sanitário das partes, mas também o equilíbrio econômico dessas mesmas partes.

Assim, vemos que os alimentos parentais diferenciados dos alimentos derivados do dever de sustento previstos no art. 1.566, IV, do CC, ou dos alimentos educacionais, tal como prevê a Súmula 358 do STJ, os alimentos solidários são admitidos pelo art. 1.696 do CC, a qualquer tempo.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, referindo o ministro Marco Aurélio Bellize:

A obrigação alimentar devida aos filhos transmuda-se do dever de sustento inerente ao poder familiar, com previsão legal no artigo 1.566 o Código Civil, para o dever de solidariedade resultante da relação de parentesco, que tem como causa jurídica o vínculo ascendente-descendente e previsão expressa no artigo 1.696 do CC.

Desta forma, tem-se que “a (...) figura de dependentes temporários, o que reclama urgente tratamento legal na espécie”. (ALVES, 2020, p. [4])

Para as demandas relativas ao direito de família e, mais especificamente, aquelas que versam sobre guarda e visita, temos sempre como princípio norteador o melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da CF, nos arts. 1.583 e 1.584 do CC e nos arts. 3º e 4º do ECA. A ampla proteção se dá em função da vulnerabilidade de uma criança ou adolescente e a consequente necessidade de atenção ao seu desenvolvimento e proteção integral.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança significa que esta deve ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos di-

reitos que lhe digam respeito, tendo em vista o respeito à dignidade do menor bem como o resguardo de sua higidez psicobiofísica.

Além desses fatores, atenção especial deverá ser feita pela saúde da família, através dos mecanismos modernos de acesso a saúde na pós-modernidade, mormente a telemedicina e a teleconsulta (introduzida pela Lei nº. 13.989/2020) – meios digitais, além da consecução do acesso aos cuidados médicos, seja na seara da saúde pública, seja no âmbito da saúde suplementar e que pautar seus ditames nos princípios bioéticos de autonomia do paciente, beneficência, não maleficência e justiça. (MALUF, 2020)

Também a proteção econômica da família deverá ser uma constante na pós-pandemia, visto que as famílias de baixa renda ganharam uma maior visibilidade frente ao Poder Público. O Brasil já apresenta, com a entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, uma das leis mais avançadas do mundo sobre políticas públicas para crianças: Marco Legal da Primeira Infância. Mas ainda “resta implementar os benefícios sociais pertinentes, com tratamento protetivo adequado, notadamente diante daqueles infantes agora colocados em orfanidades impostas pela pandemia” (ALVES, 2020, p. [6]).

A proteção do idoso recebeu destaque no período da pandemia, tendo em vista o maior grau de letalidade da infecção na população idosa e com comorbidades e deverá continuar assim no período pós-pandêmico, como apontam os Conselhos Tutelares de Idosos previsto no art. 7º, Lei nº 10.741/2003, E.I., como órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, que atuam similarmente aos Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente, previstos no art. 131 do ECA.

Também é importante a manutenção das medidas de enfrentamento à violência doméstica como prevê o PL nº 1.291/2020, próximo de sanção presidencial, a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 12.015/2009), a Lei de Atendimento obrigatório e Integral a pessoas em situação de violência (Lei 12.845/2013). E, também, com o Decreto nº 7.958/2013 que estabeleceu as diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual. (ALVES, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face ao exposto, vimos que a pandemia oriunda do Sars-Cov-2, estabelecida a nível mundial, acarretou inúmeras e gravosas consequências para a comunidade internacional, comparada apenas a outras hecatombes virais que o mundo passado conheceu como a gripe espanhola, por exem-

plo. Assim sendo, a realidade foi rapidamente redesenhada em toda a sua plenitude, tornando-se altamente plural: a vida se tornou virtual para alguns, enquanto outros seguiram, mesmo com medo, a sua vida normal, as relações pessoais se tornaram mais frias e distantes para alguns, mas nunca se estabeleceram tantas uniões estáveis ou namoros qualificados, as mortes aconteceram em grande número, mas as maternidades continuaram cheias, a economia estancada em uns setores, desabrochou em outros, o dissentimento se institucionalizou.

O tratamento da moléstia enfrentou profundas controvérsias, as famílias conheceram a morte de muitos membros, o fechamento de muitos negócios, as brigas, a violência, o assédio, o abandono; mas conheceram a união, o respeito, a amorosidade, o nascimento de novos membros.

O judiciário teve de enfrentar questões novas sem bases precedentes. Mas a vida seguiu soberana e venceu.

A controversa vacinação – com seus efeitos colaterais – ocasionou uma queda substancial nos números de infecções e morte, o que nos mostra que foi amplamente eficaz.

As medidas sanitárias deverão prevalecer por um bom tempo, o novo normal trouxe novos hábitos alimentares, novos hábitos de higiene e assepsia, novos hábitos de consumo, novos valores basilares. O ser humano saiu, com certeza, modificado dessa fase.

Entendemos ainda, que os pontos positivos oriundos das novas fórmulas relacionais deveriam ser mantidos. O espaço sagrado que a família redesenhou é um deles – sai-se menos, gasta-se menos, consome-se menos. Unem-se pais e filhos e demais parentes, valorizam-se mais os encontros, protege-se mais a vida.

A abertura gradual da vida, entretanto, não deve deixar desaparecer o bom senso, posto que o vírus, enquanto elemento unicelular que precisa ser mutante para sobreviver dada a alteração do bioma, não deve deixar de valorizar o melhor interesse da família, podendo, às partes, o operador do direito flexibilizar as decisões diante do caso concreto.

Nesse sentido, queremos nos posicionar diante do fato de que o vírus e suas consequências sobreviverão por muito tempo, e o receio adquirido por muitos seres humanos, também. E assim, o bom senso e a boa-fé deverão prevalecer nas tomadas de decisões impedindo a práxis expositiva dos integrantes da família.

Em outras palavras, entendemos que se estabeleceu de fato um “novo normal”, que deve ser valorizado nas decisões judiciais, diante do caso concreto.

Nesse sentido, podemos aduzir que, por meio do enfrentamento das novas condições de vida impostas pela pandemia e que aos poucos se arrefece, a vida deverá ser redesenhada valorizando a proteção e a qualidade de vida dos membros da família, para que o homem possa, para pensar com Hannah Arendt “sentir-se em casa no mundo”.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. Um novo tempo da família revisitada ao ultrapasse da pandemia. Revista **Consultor Jurídico**, 23 de junho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/processo-familiar-tempo-familia-revisitada-ultrapasse-pandemia>. Acesso em 26 nov. 2021.
- AMABIS, José Mariano; MARTHO Gilberto Rodrigues. **Fundamentos da biologia moderna**. 4. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2013.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Ver e atual. por Jose Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso Especialista em direito médico** – plataforma on-line @adrianamalufbioetica. Acesso em 25 nov. 2021.
- MALUF, Adriana Caldas do rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Coronavírus: a relação médico paciente e os elementos de responsabilidade civil. In. SIMÃO, José Fernando; PAVINATTO, Tiago (coord.) **Liber Amicorum**. Teresa Ancona Lopez – Estudos sobre responsabilidade civil. São Paulo: Almedina, 2021.
- MORIN, Edgar. **É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2021.
- PLAYFAIR, JHL; CHAIN, BM. **Imunologia básica**. 9. ed. São Paulo: Manole, 2013.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2021.
- UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelo vírus**. São Paulo: Editora Contexto, 2020.

A PRISÃO CIVIL E A PANDEMIA DA COVID-19

Gisele Rui De Almeida*

1. BREVES NOTAS SOBRE A PRISÃO CIVIL E A PANDEMIA DA COVID-19

A pandemia decorrente da covid-19, que acomete o mundo, fez com que a humanidade repensasse muitos de seus hábitos e costumes para se moldarem à nova realidade de isolamento social.

Decorrente da lamentável crise sanitária que vivemos, muitas pessoas foram obrigadas a laborar em *home office*, trabalhos foram suspensos, muitos estabelecimentos fecharam suas portas por não conseguirem se manter sem seus clientes, o que gerou aumento drástico do número de desempregados e da crise econômica.

Nessa nova realidade, o judiciário também passou por diversas adaptações, suspendendo prazos, atuando de forma *on-line*, inclusive para audiências e julgamentos e, a partir da Recomendação nº 354 de 19/11/2020 do Conselho Nacional de Justiça¹, com o cumprimento de atos processuais e ordem judicial na forma digital.

Em decorrência da crise econômica e do novo cenário de milhares de pessoas desempregadas e/ou passando mais tempo em casa e com essa toda nova adaptação familiar, houve o aumento de demandas judiciais por falta de pagamentos de pensão alimentícia, divórcios, violência doméstica, direitos sucessórios, entre outros.

* Advogada, pós-doutorada, pela EBRADI Escola Brasileira de Direito em Direito de Família e Sucessões sob a coordenação da Dra. Giselda Hironaka, ex-presidente da Comissão da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil subseção de Santos/SP, Especialista em Direito do Consumidor, membra da Comissão De Direito do Consumidor, da Comissão de Direito Civil, da Comissão de Direito Bancário da OAB/SP, Membro do IBDFAM ABCDMR, participante da Comissão de Estudos do Direito de Família do IBDFAM Santos/SP.

¹ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>, acesso em 07/11/2022.

Segundo o juiz João Adalberto em resposta ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2021), a pandemia acentuou a vulnerabilidade das famílias que necessitam da pensão para sobreviver, ficando evidente o aumento do inadimplemento:

O grande aumento do inadimplemento foi notado, e além das execuções promovidas, verificou-se o crescente número de pedidos de revisão de alimentos, que aportaram e aportam diuturnamente nos juízos familiares, buscando reduzir os alimentos pagos pelos alimentantes impactados pela crise pandêmica.²

Com vistas ao grande aumento de demandas, principalmente com pleito de prisão civil por dívida alimentar prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)³, buscando a redução dos riscos epidemiológicos, devido à aglomeração e possível exposição ao vírus da covid-19, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 17 de março de 2020, expediu a Recomendação nº 62⁴, aconselhando aos magistrados que coloquem em prisão domiciliar as pessoas presas por dívida alimentar.

Nesse íterim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 568.021/CE⁵, com extensão para todo o território nacional, converteu em domiciliar todas as prisões dos devedores de alimentos enquanto perdurasse a pandemia.

O STJ passou a decidir nesse sentido, conforme consta nas decisões proferidas: a) no HC 566.897/PR, rel. min. Nancy Andrighi, em 17/3/2020⁶ e b) no HC 561.257/SP, rel. min. Raul Araújo, em 7/4/2020, posteriormente confirmada por acórdão da 4ª Turma, à unanimidade, em 5/5/2020 (reproduzido no Informativo de Jurisprudência nº 671⁷).

Vários institutos jurídicos sofreram impacto e foram remoldados para se aproximarem do “novo normal” que passamos a viver. Destacamos, aqui, a conhecida como “Lei da Pandemia”, Lei nº 14.010/2020 editada pelo Congresso Nacional, publicada em 12/6/2020⁸, que dispôs sobre o Regime

² Artigo [www.https://ibdfam.org.br/noticias/8323](https://ibdfam.org.br/noticias/8323).

³ THEODORO JUNIOR, Humberto, Código de Processo Civil anotado: /direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

⁴ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda>.

⁵ <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7351591/569.014-RN.pdf> acesso em 01/09/2022.

⁶ <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862548546/decisao-monocratica-862548660>.

⁷ <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Informjuris20/issue/view/545/showToc>.

⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14010.htm

Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), estabelecendo mais precisamente em:

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações. (BRASIL, Lei 14010, 2020).

Temas como a prisão civil do devedor de pensão alimentícia ainda preocupam e dividem opiniões no Direito das Famílias.

Não trataremos sobre a hipótese de Prisão Civil do depositário infiel, posto que o plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 25⁹, declarando ilícita a prisão civil do depositário judicial infiel, no mesmo sentido, a súmula nº 419 do Superior Tribunal de Justiça.

2. PRISÃO CIVIL

A prisão civil do devedor de alimentos será possível quando este descumprir de maneira voluntária e inescusável a obrigação legal de pagamento de alimentos determinados judicialmente de forma provisória ou definitiva.

Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 1426), aclaram nosso entendimento sobre o tema, vejamos:

A prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, em face da importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é em nosso entendimento, medida da mais salutar, pois a experiência nos mostra que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçada pela ordem de prisão¹⁰.

Analisando o procedimento de execução de prestação alimentícia, prevista no artigo 911 do Código de Processo Civil de 2015 (antigo artigo 733 do CPC/73), José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 261) pontifica:

⁹ <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1268>

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*, 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021

A imposição da medida coercitiva pressupõe que o devedor, citado, deixe escoar o prazo de três dias sem pagar, nem provar que já o fez, ou que está impossibilitado de fazê-lo (art. 733, caput). Omissis o executado em efetuar o pagamento, ou em oferecer escusa que pareça justa ao órgão judicial, este, sem necessidade de requerimento do credor, decretará a prisão do devedor, por tempo não inferior a um nem superior a três meses (art. 733, § 1º, errogado aqui o artigo 19, caput, in fine, da Lei n. 5.47). Como não se trata de punição, mas de providência destinada a atuar no âmbito do executado, a fim de que realize a prestação, é natural que, se ele pagar o que deve, determine o juiz a suspensão da prisão (art. 733, § 3º), quer já tenha começado a ser cumprida, quer no caso contrário¹¹.

A regra consolidada pela jurisprudência, na súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça¹², é no sentido de que a medida de prisão civil só poderá ser aplicada em face das três últimas parcelas alimentares em atraso e as vencidas durante o curso do processo.

Súmula nº 309: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Ante ao caráter social da prestação alimentar, a jurisprudência foi acolhida pela Lei de 2015, Código de Processo Civil, em seu artigo 528, vejamos:

art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em três (3) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

(...)

§7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. (BRASIL, CPC, 2015)

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.261.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único, 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, oag. 1427, nota 29, 2021.

Claro que a prisão civil é uma maneira de constranger o inadimplente a cumprir com sua obrigação legal e honrar suas dívidas perante o alimentando. Sendo uma forma de se garantir que o mais vulnerável na relação receba seus direitos.

3. PRISÃO CIVIL X PRISÃO DOMICILIAR

Durante o período crítico da pandemia da covid-19, a prisão civil do devedor de alimentos foi palco de controvérsias.

Seguindo a Recomendação nº 62 em conjunto com a Recomendação nº 91, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que aponta recomendações para evitar a disseminação do vírus da covid-19, o Tribunal de Justiça de São Paulo e outros vinham aplicando o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, haja vista a crise sanitária instalada. Referido contexto foi levado em consideração pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, para o colegiado há época, não era possível prisão em regime fechada para devedor de alimentos.

O Desembargador relator da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, em análise a processo sobre o tema, embasou sua decisão na Recomendação nº 62 do CNJ, bem como no artigo 15 da Lei 14.010/2020, com determinações para sobre o momento de pandemia, seguindo o pleito do cumprimento da prisão de forma domiciliar.

Em seu voto, ressaltou:

Muito embora esteja previsto no aludido artigo que a prisão civil por dívida alimentícia deve ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar até o dia 30 de outubro de 2020, foi editada a Recomendação 78/2020, prorrogando a vigência das medidas previstas na recomendação anterior pelo prazo de 360 dias¹³.

Logo, a Recomendação que antes vencia em 30 de outubro de 2020, teve seu prazo estendido pela Recomendação nº 91, a perdurar até 31 de dezembro de 2021.

Em casos de devedor alimentar idoso e em caso de menor antecipado, os Tribunais do Rio Grande do Sul, antes mesmo da pandemia, já vinham

¹³ <https://ibdfam.org.br/noticias/8540/Devedor+de+alimentos+deve+cumprir+pris%C3%A3o+domiciliar+enquanto+durar+a+pandemia%2C+decide+TJSP>

entendendo de forma diferenciada, analisando caso a caso e alternando os meios de cumprimento dessa prisão, vejamos exemplo:

TJRS: “EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. CABIMENTO. CUMPRIMENTO. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO. 1.Sendo a dívida alimentar líquida, certa e exigível, e restando indemonstrada a impossibilidade absoluta de pagar os alimentos devidos, é cabível a prisão civil. 2. A prisão civil do devedor de alimentos não constitui medida de exceção, senão providência idônea e prevista na lei para a ação de execução de alimentos que tramita sob a forma procedimental do art. 733 do CPC. 3. A prisão civil decorrente de dívida alimentar deve ser cumprida em regime aberto, podendo o devedor sair para exercer sua atividade laboral, independentemente do estabelecimento carcerário onde se encontrar recolhido. Recomendação da Circular n. 21/93 da Corregedoria-Geral da Justiça. 4. O devedor deve se recolher à prisão, sendo-lhe facultado sair durante o dia para exercer o seu labor, caso esteja trabalhando, ainda que sem relação formal de emprego. Recurso parcialmente provido” (TJRS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 3-4-2012, 7ª Câmara Cível). Na mesma linha, defende um regime prisional diferenciado para o menor emancipado, quando este for devedor de alimentos, PINTO, Otávio Almeida Matos de Oliveira (*A prisão Civil do Menor Emancipado Devedor de Alimentos: Dilema entre Direitos Fundamentais*, Pará de Minas: Ed. Virtual Books, 2013)¹⁴.

Os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina sempre à frente socialmente do ponto de vista legislativo, mais uma vez inovam ao julgar processo análogo sobre prisão civil, no Habeas Corpus nº 645.640-SC (2021/0044680- 2)¹⁵, de Relatora Ministra Nancy Andrighi no qual se determinou ficar a critério do credor da pensão optar pela determinação do juiz para que o devedor cumpra a prisão em regime domiciliar, ou o diferimento para posterior cumprimento da prisão em regime fechado, assim decidiu:

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único, 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, pag. 1427, nota 31, 2021.

¹⁵ <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam;jsessionid= EC851DFDAB888D31D03000FE10687FEC?fileName=0007574-69.2021.2.00.0000&numProcesso=0007574-69.2021.2.00.0000&numSessao=95%C2%AA+Sess%C3%A3o+Virtual&idJurisprudencia=53133&decisao=fals e>

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVIRUS APÓS A PERDA DA EFICÁCIA DO ART. 15 DA LEI 14.010/2020. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO PELO REGIME DOMICILIAR OU DIFERIMENTO DO CUMPRIMENTO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO APRIORÍSTICA E RÍGIDA DO REGIME SEM CONSIDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DE CADA HIPÓTESE. ESCOLHA A CRITÉRIO DO CREDOR DE ALIMENTOS QUE, EM TESE, PODERÁ INDICAR A MEDIDA POTENCIALMETE MAIS EFICAZ DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DA CAUSA E DO DEVEDOR. ADOÇÃO PELO JUIZ, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO, DE OUTRAS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS OU SUB-ROGATÓRIAS, INCLUSIVE CUMULATIVAS OU COMBINADAS. POSSIBILIDADE.

Em qualquer das hipóteses, nos termos do artigo 139, IV do CPC fica ressalvada a possibilidade de serem adotadas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, de ofício ou a requerimento do credor.

Por outra sorte, mesmo com as recomendações da Resolução nº 62/2020 do CNJ, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu não ser possível o cumprimento da medida em regime domiciliar:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DECRETAÇÃO DE PRISÃO CIVIL DE DEVEDOR DE ALIMENTOS. DETERMINAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM REGIME FECHADO. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PEDIDO FULCRADO NA RESOLUÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, A QUAL ORIENTA A ADOÇÃO DAQUELA MODALIDADE ENQUANTO PERDURAR A PANDEMIA DE COVID-19. MERA RECOMENDAÇÃO PARA QUE OS MAGISTRADOS “CONSIDEREM” A POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO EM REGIME DOMICILIAR DE PESSOAS PRESAS POR DÍVIDA ALIMENTÍCIA, “COM VISTAS À REDUÇÃO DOS RISCOS EPIDEMIOLÓGICOS E EM OBSERVÂNCIA AO CONTEXTO LOCAL DE DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS”. AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA DE QUE O SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA NÃO CONTA COM ATENDIMENTO ADEQUADO À SAÚDE DOS PRESOS. PACIENTE QUE APARENTEMENTE NÃO COMPÕE O CHAMADO “GRUPO DE RISCO” PREVISÃO LEGAL DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR EM REGIME FECHADO COMO MEDIDA COERCITIVA PARA O ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. ORDEM DENEGADA¹⁶.

¹⁶ <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205680079/inteiro-teor-1205680101>

Em julgamento análogo no Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, o ministro Villas Bôas Cueva ressaltou que é necessário evitar a aglomeração, porém afirmou “assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando”¹⁷.

Declarou, ainda, que “Não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social – o que, aliás, foi a realidade da maioria da população, isolada no momento em prol do bem-estar de toda a coletividade”¹⁸. Concluiu o ministro ser admissível a suspensão da prisão dos devedores alimentares em regime fechado para tempo posterior à pandemia.

Em outros países como, por exemplo, Espanha, Portugal, Bélgica, Alemanha, França, Estônia, Itália, Grécia e Argentina¹⁹, a ideia de prisão civil por dívidas, inclusive alimentar, foi abandonada.

Promulgada no Brasil por intermédio do Decreto n. 9.176/17, a Convenção de Haia sobre Alimentos²⁰ contempla várias medidas de execução voltadas a acelerar e a tornar mais efetivos os pedidos de prestação internacional de alimentos, como a retenção de salário, a penhora de contas bancárias e de outras fontes de rendimentos, a penhora de prestações de segurança social, a penhora de bens ou venda forçada, a retenção do reembolso de impostos, a retenção ou penhora de pensões de reforma, a requisição de informação às instituições de crédito, a recusa, suspensão ou revogação de várias licenças (por exemplo, CNH) e o recurso à mediação, conciliação ou outros procedimentos análogos para favorecer a execução voluntária, mas não se refere à prisão civil (art. 34.2).

Nesse mesmo diapasão, Rafael Calmon²¹, em publicação pelo Instituto IBDFAM em maio de 2021, defende a inconstitucionalidade progressiva da prisão civil, por entender que a técnica não mais se mostra compatível

¹⁷ JUSBRASIL. *EMENTA*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680079/habeas-corpus- hc-645640-sc-2021-0044680-2/inteiro-teor-1205680101>. Acesso em 19/09/2021.

¹⁸ JUSBRASIL. *EMENTA*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680079/habeas-corpus- hc-645640-sc-2021-0044680-2/inteiro-teor-1205680101>. Acesso em 19/09/2021

¹⁹ https://www.tjpr.jus.br/cooperacao-juridica-internacional?p_p_id=101_INSTANCE_bm9CY1K7KsZF&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=14717988

²⁰ <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado-a-participacao-do-brasil.pdf>

²¹ CALMON, Rafael. *A inconstitucionalidade progressiva da prisão civil*. IBDFAM, 14/05/2021. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1696>. Acesso em 10/09/2021.

com o estado de coisas existente no cenário internacional e nacional. Defende o autor que normas jurídicas se tornam obsoletas, anacrônicas com o evoluir da sociedade e tempos que nos moldam, colocando a própria constitucionalidade em xeque.

Diversos autores defendem existir outros meios para coagir e restringir direitos do devedor de alimentos a pagar seu débito, por outro lado a extensa maioria defende ser a prisão em regime fechado o meio mais eficaz até os dias de hoje, posto que até aquele devedor que não tinha de onde tirar o dinheiro, geralmente quando preso quita a dívida alimentar, salvo exceções, sendo essa uma medida eficiente para se prover o sustento e a dignidade do alimentado.

4. PRISÃO DOMICILIAR É INEFICAZ

Em tempos de pandemia, torna-se ineficaz a medida coercitiva de prisão domiciliar, quando toda população teve seu direito restringido quanto à livre circulação e à vida social.

Para o diretor nacional do IBDFAM, Conrado Paulino da Rosa²², as recomendações do CNJ acabaram por incentivar as dívidas de pensões alimentícias: “Isso porque, sem a possibilidade da prisão, que deveria acontecer em regime fechado, impulsiona-se o inadimplemento das parcelas”.

Considerando também ineficaz a prisão domiciliar, dado o atual contexto, o juiz João Adalberto Castro Alves, titular da 2ª Vara de Família e Sucessões de Porto Velho, entende ser adequado e possível o cumprimento de prisão em regime fechado, visto que ultrapassada a temporariedade do artigo 15 da Lei 14.010/2020:

“Para o adimplemento do crédito alimentar, é possível a prisão do devedor de alimentos, dada a sua essencialidade, conforme prevê a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXVII. As execuções de alimentos, a partir de novembro de 2020, retomaram o seu curso regular, com a decretação da prisão em regime fechado”²³

²² IBDFAM. *Prisão domiciliar para devedor de pensão alimentícia pode incentivar inadimplemento, dizem especialistas*, 01/04/2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/8323>. Acesso em 20/09/2021.

²³ IBDFAM. *Prisão domiciliar para devedor de pensão alimentícia pode incentivar inadimplemento, dizem especialistas*, 01/04/2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/8323>. Acesso em 20/09/2021

Anteriormente a pandemia, a Egrégia Corte Superior 3ª Turma, através do Ministro Moura Ribeiro, destacou que:

A pretensão de cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, em regra, não encontra abrigo na jurisprudência desta Egrégia Corte Superior, pois desvirtua a finalidade de compelir o devedor a adimplir com a obrigação alimentar e viola direito fundamental que tem o alimentado a uma sobrevivência digna (STJ, HC 403.272/RO, Ministro Moura Ribeiro, T3 – Terceira Turma, *Dje* 04/10/2017²⁴).

Ante a prisão domiciliar, a obrigação alimentar acabou ficando sem proteção legal, perdendo seu papel principal de constranger o devedor a pagar a dívida alimentar, já que em tempos de covid-19, não só o devedor teve de se restringir em seu domicílio, assim como também o credor, e toda a sociedade. Ficando a parte mais vulnerável da demanda, o credor dos alimentos, impedido de usar a sua ferramenta processual mais contundente para atingir os reclamos de sua sobrevivência.

5. INCENTIVO AO INADIMPLEMENTO?

Com a coação de possivelmente ter sua liberdade restringida pela falta de pagamento dos alimentos devidos, devedores conseguiam meios de honrar suas dívidas.

No cenário de prisão domiciliar, com o cumprimento da restrição de liberdade em sua própria moradia, esta restrição não atinge seu objetivo de coagir o devedor ao pagamento da dívida vendo, o credor, se esvaír a sua possibilidade de recebimento do débito, tendo de aguardar a vontade do devedor em pagar ou ter, quando os tiver, seus bens penhorados.

A não aplicação da prisão civil, medida prevista no artigo 528, § 3º e seguintes do Código de Processo Civil – CPC (Lei 13.105/2015), pode levar ao inadimplemento alimentar, acirrando a vulnerabilidade de muitas famílias.

Por outro ângulo, levando-se em consideração a situação pandêmica que estamos vivendo, restringir a liberdade do devedor em local insalubre (desde que se constate tal fato), pode levar sua vida a perigo. Nossa Constituição Federal resguarda a vida, a saúde e a dignidade do ser humano. Não só do devedor, como também a do credor. Cabendo discussões sobre

²⁴ Superior Tribunal de Justiça DTJ – HABEAS CORPUS: 403272 ro 2017/0139582-2, <https://stj.jusbrasil.com.br/>

o cumprimento da prisão em regime fechado ou não, o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser o esteio das análises.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que a obrigação alimentar acabou ficando sem o seu resguardo jurídico que lhe assegurava o cumprimento do dever legal de ajudar na manutenção do credor, visto que, em tempos de covid-19, a prisão civil deixou de ser a forma de restrição de liberdade a constranger o devedor a pagar sua dívida.

Houve, sim, um abrandamento para que essa restrição de liberdade fosse cumprida em prisão domiciliar, não trazendo qualquer prejuízo ao devedor que ante a referida pandemia, assim como o credor, também teve sua liberdade restringida e sua vida social ceifada.

Com o abrandamento, não houve o respaldo jurídico em amparar a parte vulnerável da demanda, o credor de alimentos, que foi impedido de se valer da ferramenta processual mais contundente para atingir os reclamos de sua sobrevivência.

Necessário se faz serem estabelecidos plano de ação pertinentes à execução de alimentos e a prisão civil com a finalidade do cumprimento da ordem judicial, respeitando a dignidade humana dos envolvidos e o direito do credor assim como o do devedor.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Código de Processo Civil Anotado**: dicas de prática jurídica, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma nega regime domiciliar, mas suspende prisão de devedor de alimentos durante a pandemia. **STJ**, on-line, 2 jun. 2020. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias>. Acesso em 13 set. 2021

CAHALI, YUSSEF SAID. **Dos Alimentos**, 5. Ed. ver. Atual. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALMON, Rafael. A inconstitucionalidade progressiva da prisão civil. **IBDFAM**, on-line. 14 mai. 2021. Artigos. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1696>. Acesso em 10 set. 2021

D`ALESSANDRO, Gustavo. A prisão civil do devedor de alimentos e a pandemia da Covid – 19: o litígio estrutural como forma de concretização de direitos fundamentais. **IBDFAM**, on-line. 18 mai. 2021. Artigos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1700>. Acesso em 10 set. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. Ed. após. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**, 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA (IBDFAM). Prisão domiciliar para devedor de pensão alimentícia pode incentivar inadimplemento, dizem especialistas. **IBDFAM**, on-line, 1 abr. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/8323>. Acesso em: 20 set. 2021.

JUSBRASIL. *EMENTA*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680079/habeas-corpus-hc-645640-sc-2021-0044680-2/inteiro-teor-1205680101>. Acesso em 19/09/2021

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Fernanda; NUNES, Leonardo Silva; ROCH, Victor Fernando Muniz. O dilema da prisão do devedor de alimentos em tempos de Covid-19. **CONJUR**, on-line, 4 nov. 2020. Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniao-prisao-devedor-alimentos-covid-19#_ftn6. Acesso em 15 set. 2021

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Código de Processo Civil anotado: /direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACTO ANTENUPCIAL: INSTRUMENTO PARA AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIREITO DE FAMÍLIA

*Emile Nadiele Isidorio Freitas**

*Hillary Arapiraca Oliveira***

*Isis Nadine Alves Lima****

1. BREVES NOTAS SOBRE O PACTO ANTENUPCIAL

Frente à inexorável mudança na concepção de família, bem como à constante alteração dos seus anseios, faz-se necessário o estudo do instituto do Pacto Antenupcial, principalmente se considerarmos a necessidade de preestabelecer condições que facilitaríamos não só a convivência, como também o fim do vínculo conjugal.

Dentro dessa perspectiva, é notável a concorrência de entendimentos sobre o instituto, principalmente no que concerne ao conteúdo das cláusulas, em especial aquelas que estipulam sanções patrimoniais em hipótese de inadimplemento.

Posto isto, a presente pesquisa tem como tema o Pacto Antenupcial: instrumento para ampliação da Responsabilidade Civil do Direito de Família.

Considerando-se a latente mudança do cenário jurídico, bem como os esforços doutrinários, surgiu a seguinte problematização de pesquisa: quais são os limites e possibilidades da responsabilidade advinda do pacto antenupcial?

A hipótese sugerida à questão supra, de acordo com as pesquisas previamente realizadas, é que pela análise da letra da lei só seriam recebidas

* Advogada - OAB/BA. Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Possui pós-graduação em Direito de Família e Sucessões pela Escola Brasileira de Direito e graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. E-mail: emileisidorio.adv@gmail.com.

** Assessora Jurídica de Promotoria - Ministério Público do Estado da Bahia. Mestranda em Ciências Sociais: Cultura, Desigualdades e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Possui pós-graduação em Direito de Família e Sucessões pela Escola Brasileira de Direito e graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. E-mail: hillaryarapiraca.dir@gmail.com.

*** Advogada - OAB/BA. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. E-mail: isis.n.lima@gmail.com.

pelo pacto antenupcial as cláusulas de natureza patrimonial. Entretanto, deverá ser respeitado o princípio da autonomia da vontade privada, em que a limitação será o abuso ao direito de outrem, bem como a ilicitude do ato, podendo ser fixadas cláusulas de cunho extrapatrimoniais, bem como sanções patrimoniais para aquele que descumprir o quanto pactuado.

À procura de resposta ao problema apresentado, este trabalho tem como objetivo geral pesquisar os limites e possibilidades da responsabilidade civil oriunda do pacto antenupcial, com fito de possibilitar uma ampliação da discussão sobre o tema.

Para alcançá-lo, foram traçados os objetivos específicos que seguem: descrever o que é o pacto antenupcial e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro; analisar o cabimento de cláusulas de natureza extrapatrimonial, bem como de penas patrimoniais em caso de descumprimento do pactuado; e, investigar a responsabilidade civil decorrente das penas patrimoniais e a abrangência da cláusula de infidelidade.

O interesse em desenvolver a presente pesquisa surgiu de uma inquietação pessoal, em decorrência da constatação de que grande parte dos litígios do Direito das Famílias decorre de uma falta de planejamento familiar e patrimonial, e da inexistência de diálogo quanto às regras que envolverão à conjugalidade. Portanto, o presente artigo almeja garantir maior visibilidade ao tema, chamando a atenção da sociedade para a necessidade de um planejamento pré-nupcial como garantidor de menos conflitos na constância e em uma possível extinção do vínculo conjugal.

Neste sentido, a vertente metodológica desta pesquisa é de natureza qualitativa, já que por meio do levantamento de dados acerca do tema chega-se à interpretação e generalização do resultado, sob uma concepção crítica do Direito, cujo método de abordagem é o dedutivo.

Caracteriza-se como exploratória em relação aos objetivos, já que se tenta descobrir determinadas informações a partir da definição de um problema e de uma hipótese.

Quanto aos procedimentos técnicos adotados, tem-se que foram realizadas pesquisas bibliográficas, por meio de livros, artigos, publicações e jurisprudências.

A estrutura do trabalho é dividida em cinco tópicos: o primeiro, em que se apresenta uma introdução acerca da pesquisa, da metodologia e da estrutura; o segundo, em que se descreve acerca do pacto antenupcial e sua aplicabilidade; o terceiro, em que se expõe uma contraposição de ideias doutrinárias acerca do cabimento de cláusulas extrapatrimoniais

e que preveem penas patrimoniais ao inadimplente; o quarto, em que a responsabilidade civil decorrente das sanções patrimoniais e a cláusula de infidelidade são investigadas; o quinto, em que são feitas as considerações finais, passando em seguida às referências.

Para a compreensão deste estudo, tem-se como alguns dos referenciais teóricos os autores Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce, Fabiana Domingues Cardoso, Rolf Madaleno, Rodrigo da Cunha Pereira, entre outros que abordam com afinco o objeto estudado.

Apesar de a doutrina se esforçar em definir os contornos do conteúdo dos pactos antenupciais, certo é que não há um entendimento pacificado, o que poderá ocasionar uma insegurança jurídica, haja vista que, no caso concreto, ainda que uma cláusula tenha sido pactuada livremente, poderá ter a sua nulidade reconhecida, demonstrando a urgência em se discutir o tema.

2. O PACTO ANTENUPCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O pacto antenupcial, instrumento jurídico que remonta ao período colonial, uma vez que oriundo do Direito Português, tem como principal objetivo convencionar o regime patrimonial de bens que será adotado na constância do casamento, sendo obrigatório quando os nubentes optam por regime diverso do regime legal – a comunhão parcial de bens. Atualmente, a regulação do pacto encontra-se nos arts. 1.640, parágrafo único e 1.653 a 1.657 do Código Civil Brasileiro (2002).

2.1. Breve estudo das fontes e da natureza jurídica do pacto antenupcial

Como dito, a implementação do pacto na legislação brasileira é proveniente do Direito Português. De acordo com Biazi (2016), já era possível vislumbrar exemplos de aplicabilidade do pacto antenupcial nas Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, em Portugal. No entanto, o instituto só teria recebido um regime jurídico próprio com o advento das Ordenações Manuelinas, datadas de 1521. Ele enfatiza o seguinte:

A fórmula do legislador português não é de difícil compreensão. Formula-se uma regra jurídica dispositiva para o caso em que não há manifestação das partes sobre o regime de bens. Entretanto, na ocorrência de disposição convencional pelos nubentes, afasta-se a regra dispositiva e aplica-se o avençado pelas partes. (BIAZI, 2016, p. 232)

O autor citado afirma que no Esboço do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas (1983) o pacto antenupcial foi tratado como um contrato preliminar, tendo em vista que o casamento seria seu contrato definitivo correspondente, e destaca que:

A opção de Teixeira de Freitas por essa categoria jurídica deu um âmbito operativo mais amplo ao pacto antenupcial, em comparação ao que era visto na tradição portuguesa das ordenações e também em comparação ao texto legislativo dos Códigos de 1916 e de 2002. (BIAZI, 2016, p. 232)

No entanto, o Código Civil de 1916 não abarcou essa amplitude e se aproximou mais da tradição portuguesa, de modo que o pacto antenupcial ficou limitado ao tratamento do regime de bens dos futuros cônjuges, não podendo abarcar disposição extrapatrimonial, conforme depreende-se da leitura do art. 256¹ deste regramento, o que se contrapõe ao texto do art. 1.241² do Esboço mencionado (TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, p. 281 apud BIAZI, 2016, p. 235).

Ainda de acordo com Biazi (2016) o Código Civil de 2002 manteve o âmbito restrito, mas com notável avanço, por meio do art. 1.639, §2^{o3}, quanto à possibilidade de os cônjuges modificarem o regime de bens após a celebração do casamento.

No que tange à definição da natureza jurídica do pacto antenupcial, há divergências doutrinárias. Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 506) afirma

¹ “Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312). Parágrafo único. Serão nulas tais convenções: I. Não se fazendo por escritura pública. II. Não se lhes seguindo o casamento.” BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF. (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

² Art. 1.241. Estes contratos, ou podem ser simplesmente esponsalícios, ou podem ter por objeto: Constituir o regime dos bens presentes ou futuros, que cada um dos esposos aduzir para a sociedade conjugal, ou sejam seus próprios, ou sejam doados por seu pai ou mãe ou por ambos, ou sejam doados por terceiros. Doações de um esposo a outro de seus bens presentes ou futuros ou dos que deixaram por seu falecimento. Quaisquer pactos, cláusulas, ou condições, uma vez que nada tenham de contrário às leis, à natureza e fim do casamento, e aos bons costumes (arts. 632 e 633).

³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

que “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual”. De maneira semelhante, Flávio Tartuce (2017, p. 1301) elucida que:

O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento (arts. 1.653 a 1.657 do CC). A natureza contratual do instituto é afirmada por juristas como Silvio Rodrigues, Paulo Lobo e Maria Helena Diniz. Sendo um contrato, é perfeitamente possível aplicar ao pacto antenupcial os princípios da função social do contrato (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC). (TARTUCE, 2017, p. 1301)

Tal classificação coadunaria com uma interpretação restritiva da lei, que compreende um conteúdo meramente patrimonial para o pacto antenupcial, tendo em vista que contrato é, de acordo com Tartuce (2017, p. 612), “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”.

Nesse sentido, Fabiana Domingues Cardoso (2009, p. 108), apesar de adotar entendimento diverso, leciona que:

Com enfoque restrito à legislação vigente, pode-se conceituar o pacto antenupcial como o instrumento jurídico pelo qual os nubentes dispõem as regras que deverão reger o patrimônio familiar durante a constância do casamento e diante de um eventual rompimento da sociedade conjugal, dentro dos ditames legais e obrigatoriamente quando optarem por regime diverso do da comunhão parcial de bens, ou quando não estão sujeitos ao regime de bens legalmente obrigatório.

A autora pontua, ainda, que há quem considere o instituto em análise como contrato acessório, mas não concorda com esse pensamento, pois entende que para chegar a tal conclusão é necessário partir da análise do casamento como contrato principal, classificação que também não é unânime e, portanto, tornaria o estudo da natureza do pacto antenupcial ainda mais frágil. Contudo, parte da doutrina defende uma abrangência mais ampla ao pacto, abarcando conteúdos extrapatrimoniais. Posicionamento corroborado por Maria Berenice Dias (2021, pp. 679 e 701), pois esta entende que se trata de um contrato conjugal e que “nada impede que os noivos disciplinem questões existenciais, de natureza não patrimonial”.

Fabiana Domingues Cardoso (2009, p. 108) defende que “indiscutivelmente as regras contidas nesse instrumento podem ir além do patri-

mônio, pois, diversas convenções dispostas em um pacto podem mesclar matéria pessoal e patrimonial". Ela conclui que se trata de um instrumento especial, de modo que "demonstra mais precisão técnica asseverar que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de Direito de Família" (CARDOSO, 2009, p. 113).

Além do aspecto extrapatrimonial, Rafael Baeta Mendonça (2018) enfatiza que o menor grau de autonomia privada presente no instituto, em decorrência da elevada intervenção estatal, também prejudica a sua compreensão como contrato de Direito das Obrigações.

Assim, considerando as divergências doutrinárias tecidas anteriormente, as autoras do presente artigo coadunam com a compressão do pacto antenupcial como negócio jurídico de direito de família, uma vez que se discute neste trabalho a possibilidade de inserção de cláusulas extrapatrimoniais pelos nubentes, como será visto adiante.

2.2. Características essenciais do pacto antenupcial com base no Código Civil de 2002 e entendimentos doutrinários

Da leitura do art. 1.640⁴ do Código Civil de 2002 depreende-se que o regime da comunhão parcial de bens prevalecerá quando não houver convenção, ou, caso existente, seja ela nula ou ineficaz. Desse modo, a doutrina entende a comunhão parcial de bens como regime legal ou supletório. De acordo com Mendonça (2018, pp. 54-55):

Para além do estatuto imperativo de base, composto por normas inderrogáveis pela vontade das partes, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza àqueles que pretendem se casar a possibilidade de regular os efeitos patrimoniais do casamento de forma ampla, o que não se limita à escolha de um dos regimes típicos previstos no CC/02 (comunhão parcial; comunhão universal; participação final nos aquestos; separação convencional de bens), conforme se verifica no seu art. 1.639.

Com base nesse princípio da liberdade de pactuar, os nubentes podem, por exemplo, optar por regime diferenciado de acordo com o tipo de

⁴ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

bem – móvel ou imóvel – ou valor, para aplicações financeiras ou para bens determinados. Nesses casos, por força do enunciado n. 331⁵, emitido pelo Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, é necessária a certificação no processo de habilitação matrimonial. (MENDONÇA, 2018)

Porém, a autonomia privada não é absoluta, não podendo ser estipulada cláusula que contrarie disposição absoluta de lei, nem que resulte em desequilíbrio na relação. Desse modo, Rolf Madaleno (2020) destaca que permanece caráter institucional ao pacto, pois é necessária autorização judicial, por meio de pedido justificado de ambos os cônjuges, para realizar a alteração do regime de bens e o pacto só pode ser dissolvido mediante ruptura da sociedade conjugal.

Madaleno (2020) entende que seriam ineficazes cláusulas que contrariem os deveres conjugais estabelecidos no art. 1.566 do Código Civil de 2002⁶, que alterem a ordem de vocação hereditária ou mesmo que estipulem indenizações, pois sua natureza penal não seria abarcada pelo instituto; já o pacto não formalizado por escritura pública seria nulo. Contudo, Maria Berenice Dias (2021. p. 697) pontua que “como é possível casamento por procuração (CC 1.542), nada impede que o pacto também seja firmado por procurador com poderes especiais”.

Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 205) afirma que “será ineficaz o pacto realizado pelos nubentes incursos nas hipóteses do art. 1.641⁷”, dispositivo do CC/02 que trata da obrigatoriedade da adoção do regime da separação de bens por determinadas pessoas. Entretanto, Mendonça (2018) compreende pela possibilidade de sua lavratura, ainda nesses casos, quando objetivar definir a não comunicação dos aquestos ou mesmo dos bens adquiridos por fato eventual, o que afastaria a eficácia inter vivos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal⁸.

⁵ Enunciado 331: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/353>>. Acesso em 10 out. 2021.

⁶ “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”.

⁷ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

⁸ Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em 11 out. 2021.

Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 205) entende que “um pacto antenupcial, não tem validade se o casamento se lhe não seguir”. Diferentemente, Rolf Madaleno (2020) interpreta que é a eficácia do pacto que fica condicionada ao casamento, de modo que se os nubentes não celebrarem as núpcias e permanecerem em união estável não ocorrerá uma convalidação, pois o pacto não é anterior à união estável, mas ao casamento.

Porém, Maria Berenice Dias (2021, p. 697) destaca que “a ineficácia cinge-se apenas aos efeitos de ordem patrimonial do casamento, não afetando outras declarações de vontade contidas no negócio jurídico, como o reconhecimento de um filho”. Além disso, a autora defende que:

A manifestação de vontade formalizada por pública escritura tem eficácia imediata. Rege não só o regime patrimonial após o casamento, mas também a união estável que existia antes ou se constituiu após os noivos desistirem do casamento, mas não do relacionamento. E passaram a viver em união estável. (DIAS, 2021, p. 698)

Esse posicionamento é compatível com o de Tartuce (2018) que defende a possibilidade de conversão do pacto em contrato de convivência ou contrato de união estável, a fim de prestigiar a autonomia privada e o princípio da conservação do negócio jurídico, além da interpretação do art. 1.725 do CC/02⁹ que não exige formalidades específicas para o contrato de convivência, mas apenas a manifestação de vontade na forma escrita.

3. O CONTEÚDO DO PACTO ANTENUPCIAL: CLÁUSULAS EXTRAPATRIMONIAIS E A POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE PENAS PATRIMONIAIS

Após análise do exposto no tópico anterior, em que importantes considerações foram tecidas acerca do pacto antenupcial, necessária se faz a compreensão do conteúdo deste instrumento, no que concerne às cláusulas extrapatrimoniais, bem como às sanções previstas ante à possibilidade de inadimplemento por um dos cônjuges.

⁹ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

*3.1. Noções acerca da eleição de cláusulas extrapatrimoniais
no pacto antenupcial*

Maria Berenice Dias (2021) aduz que além das previsões de caráter patrimonial, ou seja, das definições que envolvem o regime de bens do casal, é plenamente possível a estipulação de cláusulas de natureza pessoal e convivencial.

Na mesma linha, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 270), atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, afirma que: “Em relação a seu conteúdo, embora trate principalmente de questões patrimoniais, pode-se estabelecer sobre aspectos extrapatrimoniais de cunho interpessoal ou de responsabilidade paterno-filiais.”

Maria Berenice Dias (2021) chega a afirmar que é plenamente cabível que seja pactuada uma cláusula em que as partes dispensam o dever de fidelidade, haja vista que se reconheceu o divórcio como um direito potestativo. Assim, contrariar os deveres conjugais legalmente previstos não iria ocasionar qualquer consequência jurídica, haja vista que “os direitos e deveres que lhes são impostos não têm eficácia vinculante” (DIAS, 2021, p. 616).

Por outro lado, Rolf Madaleno (2020, p.1.252) expõe que:

Destarte, seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais admitindo a infidelidade conjugal, ou dispensando os principais deveres conjugais, como o da mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; o dever de respeito e o da mútua consideração (CC, art. 1.566) como seriam de nenhuma eficácia os ajustes pactícios proibindo a mulher de assumir a direção do casamento quando o marido estivesse em local afastado do domicílio nupcial, ou alterando a ordem de vocação hereditária, 37 e, portanto, o direito sucessório concorrente do cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.829, incs. I, II e III) e até mesmo estabelecendo indenização entre os cônjuges no caso de divórcio, dado sua natureza penal ser estranha aos contratos antenupciais.

A dialética travada anteriormente, dentro das idiosincrasias que o termo “fidelidade” possui, demonstra que a doutrina ainda não está plenamente pacificada no que concerne ao conteúdo destas cláusulas, haja vista a latente convergência entre o princípio da autonomia da vontade privada e os deveres inerentes ao casamento, conforme previsão expressa do art. 1.566 do Código Civil de 2002.

No que concerne ao estudo das cláusulas extrapatrimoniais, Fabiana Domingues Cardoso (2009) divide o tema em dois grupos, sendo o primeiro relativo à vivência conjugal, que aborda disposições acerca de deveres considerados essenciais e obrigatórios ao casamento; e o segundo acerca das cláusulas diversas, que dispõe acerca de direitos e deveres de cunho pessoal, emocional, entre outros.

Maria Berenice Dias (2021) informa que a tendência é a não aceitação do afastamento dos deveres do casamento pelos noivos, embora entendendo o diverso, pois aduz que não choca com previsão expressa em lei.

Portanto, fazendo uma análise doutrinária, a professora explica que Gustavo Tepedino, Rodrigo da Cunha Pereira, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem pela prevalência do princípio da menor intervenção estatal, aliado à autonomia da vontade. Em sentido contrário, estariam Rolf Madaleno, como já demonstrado, bem como Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz. (DIAS, 2021)

Com fito de constatar o entendimento da doutrina majoritária, Fabiana Domingues Cardoso (2009, p. 192) expõe:

Desta forma, diante da posição majoritária da doutrina não poderia o pacto conter regras que afastem ou modifiquem os deveres entendidos como conjugais, sejam os concernentes à fidelidade, à monogamia, ao ato sexual, ou eventualmente outros provenientes do sistema jurídico como um todo.

Cláudio Santos (2006, p. 35), em análise do cabimento de cláusulas extrapatrimoniais afirma que:

Como se verifica, as restrições legais ao princípio da autonomia privada, não são enumerativas ou expressas. São muito mais exemplificativas ou extraídas dos grandes princípios que regem o direito em geral e o direito de família em particular. Daí, ser oportuno afirmar que não deve o intérprete confiar apenas no direito escrito para extrair as limitações impostas aos pactuantes.

A doutrina, assim como a jurisprudência, que não são estratificadas, são mais ricas do que a lei.

É neste sentido que Maria Berenice Dias (2021) expõe não haver empecilho para que sejam disciplinadas, no pacto antenupcial, questões existenciais, e de natureza não patrimonial, a exemplo de tarefas domésticas e outras regras de conduta.

No que concerne aos limites dessas cláusulas, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 271) enfatiza que: “Não se pode também estabelecer cláusulas proibitivas de reivindicação de direitos ou que sejam abusivas em seu conteúdo, ou que gerem uma opressão à outra parte”.

Aprofundando acerca de cláusulas possivelmente incompatíveis com o pacto antenupcial, Fabiana Domingues Cardoso (2009, p. 219) sintetiza o seu estudo expondo que em nossa legislação cível não há vedação expressa ao conteúdo das cláusulas, mas que deverão ser observados os “princípios gerais do direito, dos bons costumes, dos atos considerados lícitos, das disposições legais, da ordem pública, das garantias e normas constitucionais, da boa-fé...”

Não por acaso, Maria Berenice Dias (2016) aduz que a lei se erige após o fato, apresentando sempre um viés conservador, de modo que sempre tentará congelar a realidade.

Assim, como corolário desta mudança da realidade, a possibilidade de conteúdo do pacto antenupcial poderá ser constantemente alterada, principalmente se considerarmos que a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, evidenciando a dificuldade do legislador em acompanhar as demandas destas.

3.2. Análise sobre a possibilidade de previsão de sanções patrimoniais ao pactuante inadimplente

É sabido que, em se tratando do pacto antenupcial, há grande discussão em torno da viabilidade da cláusula cuja previsão é de fixar penas patrimoniais em casos de divórcio, fruto da dissolução culposa da relação conjugal ou do rompimento imotivado e voluntário. (MENDONÇA, 2018)

Nesse contexto, nota-se que o Judiciário já apresenta decisões favoráveis à validação de pacto antenupcial contendo disposições de natureza indenizatória diante de hipóteses de descumprimento de deveres conjugais. (CARDOSO, 2009).

Dessa forma, a fixação das penas patrimoniais poderá, de logo, buscar recompor os prejuízos ora causados ao pactuante que cumpriu integralmente o entabulado, ou ter feição compensatória, uma vez frustrada a expectativa depositada sobre a formação de entidade familiar. (MENDONÇA, 2018)

Isso porque as indenizações decorrentes da violação do dever conjugal, ou fruto do término do relacionamento, podem advir de ato culposo praticado por um dos nubentes ou pela vontade de ambos os cônjuges –

hipóteses essas que podem partir de critérios e estipulações monetárias. (CARDOSO, 2009)

Neste passo, é certo que – respeitada a proporcionalidade – as cláusulas de natureza indenizatória têm por objetivo a compensação financeira daquele cônjuge ora lesado, sem, contudo, colocar em risco o padrão de vida do inadimplente. (MENDONÇA, 2018)

De tal sorte, Rolf Madaleno, elegendo a autonomia privada enquanto cerne para formulação do pacto antenupcial no que concerne aos efeitos patrimoniais aduz que:

Com efeito, no pacto antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia privada, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, portanto, insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares. (MADALENO, 2020, p. 1.254)

Entretanto, há entendimento contrário à natureza absoluta da autonomia privada, ao passo que a aplicação da pena patrimonial:

[...] é de suma importância para a fixação dos limites da autonomia privada, [...] certo que, através dela, os verã serem inconciliáveis com a comunhão plena de vida, em pactos antenupciais, no direito brasileiro, [...] as cláusulas indenizatórias por tempo de duração do casamento prestados por um cônjuge ao outro, condutas aviltantes, desonrosas ou criminosas, impostas a um dos cônjuges, obrigação de trabalho incompatível com a qualificação pessoal do cônjuge ou a desigual e injusta atribuição de despesas da família a um dos cônjuges. (SANTOS, 2006, p. 209)

Ocorre que, mesmo diante de tal contraposição, não se vislumbram razões ou quaisquer fundamentos que desconsiderem a eficácia, ou que prevejam nulidade à formulação das cláusulas indenizatórias, com a consequente fixação da pena patrimonial em casos de descumprimentos do pacto conjugal ou de rompimento do casamento. (MENDONÇA, 2018)

Contudo, necessário salientar que a autonomia privada do pacto antenupcial não é considerada absoluta, uma vez que este não pode ser modificado ou dissolvido pelas partes senão quando da intervenção do Poder

Judiciário, a qual deve ser acompanhada de devida justificação e fundamentação do pedido. (MADALENO, 2020)

Levando em consideração tal noção de institucionalização do pacto antenupcial, necessário compreender que toda e qualquer cláusula de defesa em lei convencionada entre as partes contratantes, ou mesmo diante de outra hipótese de nulidade de convenção, considerar-se-á relativa à autonomia privada. (MADALENO, 2020)

Dessa forma, assevera-se que a fixação e estipulação de sanções patrimoniais devem obedecer a critérios objetivos, com fim de assegurar que sejam mitigadas as investigações de cunho subjetivo e o retorno à prática comum de estabelecer culpados em razão do rompimento da relação conjugal. (MENDONÇA, 2018)

É dizer, portanto, que o julgador que vier a se deparar com pacto munido de vício, deverá avaliá-lo, com a consequente e devida visitação ao princípio da divisibilidade, e trazê-lo para a perspectiva da responsabilidade civil, âmbito esse que lida diretamente com o direito das obrigações. (CARDOSO, 2009)

Por fim, quanto ao caso concreto, deve o juiz intervir, apenas, quando ofendidas as garantias fundamentais e direitos constitucionalmente previstos – observadas as formalidades legais do casamento – sobretudo aquelas normas que dispõem sobre a ordem pública, bons costumes e função social. (MENDONÇA, 2018). Isto porque, defende-se aqui a possibilidade de cláusulas existências, desde que não venham a ferir normas de ordem pública.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário. Importa isso em dizer que tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção entre uma e outra estará na sede desse dever como se verá a seguir. (CAVALIERI FILHO, 2012).

4.1. Breve relato do surgimento da conexão entre a responsabilidade civil e o direito de família

Durante bastante tempo a responsabilidade civil e o direito de família foram ramos do direito civil que não dialogavam entre si. Dentre as razões que explicam tal falta de comunicação estão, por exemplo, o propósito de

manter os conflitos familiares dentro do lar e evitar os temidos escândalos, pois o julgamento social seria muito mais perverso do que os eventuais danos judiciais, chegando ao ponto de, como afirma Gustavo Silveira Siqueira (2020), por vezes, ocultar o adultério como maneira de proteger a família.

Por longos anos a responsabilização ocorreu na esfera criminal, por meio de regras que evidenciavam o caráter patriarcal, não somente da sociedade, mas também do Direito (SIQUEIRA, 2020). Marcelo Bürger (2021) afirma que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era inadmissível a cumulação de danos materiais e morais, isto é, não se indenizava o dano moral quando o ato ilícito tivesse, também, causado uma lesão patrimonial.

Desta maneira, como leciona Anderson Schreiber (2012, p. 98), “as relações familiares pareciam estar imunes à atuação da responsabilidade civil”. Isto porque a ausência de interlocução entre a responsabilidade civil e o direito de família durante grande parte do século XX gerava uma carência de ações judiciais sobre o tema.

Foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que transformou a família em solo fértil para responsabilidade civil, já que passou a equiparar homens e mulheres quanto a direitos e obrigações, inclusive na esfera conjugal, em seu artigo 226, §5º¹⁰. E foi a partir de então que a doutrina passou a se dedicar mais ao tema, bem como o ajuizamento de diversas ações judiciais com o propósito de compensar danos advindos das relações familiares deu início à criação de uma jurisprudência envolvendo o tema nas mais diversas facetas do direito de família.

Sergio Cavalieri Filho (2009), quando aborda a função da responsabilidade civil, aduz que o anseio em buscar a obrigação do causador do dano à correspondente reparação tem como inspiração o mais elementar sentimento de justiça. De modo que, tendo sido causado algum dano em virtude de ato ilícito, há de se reconhecer o rompimento do equilíbrio jurídico-econômico que existia anteriormente, entre o agente e a vítima. Sendo assim, é fundamental que se restabeleça o *status quo ante*.

Ao analisar a responsabilidade civil na espacialidade do Direito de Família, vale estudá-la no que tange à sua natureza, contratual ou extracontratual. A primeira ocorre, de modo geral, quando há uma convenção previamente acordada entre as partes que, contudo, não foi respeitada ou

¹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

cumprida, já a segunda não tem origem em um contrato, não há vínculo anterior entre o causador do dano e a vítima, ou seja, rege-se por um dever genérico de não causar danos, e portanto, deve ser analisada à luz do art. 186 do Código Civil (2002).¹¹

Entretanto, ao contrário do que se pensa, a responsabilidade contratual não está no contrato em si, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpre esse dever, gerando o dever de indenizar. (CAVALIEIRI FILHO, 2012)

4.2. Da responsabilidade civil nas relações conjugais

Há a crença geral de que a responsabilidade civil que emerge das relações conjugais é essencialmente uma responsabilidade extracontratual. Isto é, ocorre quando o dever violado for genérico ou imposto por lei, ou seja, é desrespeitado o *neminem laedere*. Contudo, o objeto da presente pesquisa é justamente a responsabilidade civil contratual, tendo em vista a possibilidade de existência de reparação civil com base no pactuado pelos cônjuges em escritura pública de pacto antenupcial.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2021), mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos, atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade. Afirma ainda ser, nas relações conjugais, o princípio da responsabilidade o grande responsável pela compreensão e eliminação da discussão da culpa pelo fim do casamento.

Pereira (2012) explica que o discurso da culpa foi substituído pelo da responsabilidade. E é assim que, associado ao princípio da menor intervenção estatal e na reafirmação e consolidação do Estado laico, por proposição do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), promulgou-se a Emenda Constitucional nº 66/2010 (BRASIL, 2010).

É de se admitir que o descumprimento de um dever matrimonial, de modo geral, se pensado na modalidade extracontratual, gera a possibilidade de o lesado ingressar com a competente ação reparatória, tendo em vista que esta possibilidade não foi tolhida pela Emenda Constitucional n.º 66/2010, visto o que se eliminou ter sido tão somente a discussão da culpa

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

para o término do vínculo matrimonial. O que reforça ainda mais a chance de reparação civil em caso de quebra do pactuado entre os nubentes, por exemplo, o caso da cláusula penal de infidelidade.

Como assevera Regina Beatriz dos Santos (1998, p. 123):

O sonho acaba, o amor termina; o rompimento é inevitável, cabendo ao Direito oferecer instrumentos para reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges. Dentre esses instrumentos, destaca-se a aplicação dos princípios da responsabilidade civil ou reparação civil de danos nas relações de casamento. Não há qualquer motivo que impeça a indenização por danos morais e materiais ocasionados por violação a dever do casamento.

Assim é que a doutrina vem defendendo a normal e irrestrita aplicação das regras da responsabilidade civil ao direito de família, buscando justamente retornar a este reequilíbrio. Como dispõe José Fernando Simão (2012), não se pode, porém, olvidar de aplicar os preceitos básicos da responsabilidade civil, isto é, a conduta humana, a culpa, o nexo de causalidade e o dano. Por esse motivo, Felipe Cunha de Almeida (2021) defende ser plenamente possível inserir no pacto antenupcial cláusulas que disponham sobre reparação civil, desde que não ofendam normas de ordem pública.

No Brasil, os limites do pacto vêm delineados no art. 1.655 do Código Civil Brasileiro, a saber, seu conteúdo não poderá ir de encontro à disposição absoluta de lei. Em suma, conclui-se que vige no direito civil brasileiro a liberdade ampla nas convenções antenupciais, inclusive com a possibilidade de serem incluídos no instrumento elementos estranhos à fixação do regime de bens do casal, cujo único limite é a ordem pública. O Código Civil (2002) aponta, como deveres provenientes do casamento, descritos taxativamente no art. 1.566: "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".

Apesar desta descrição e conforme mencionado no capítulo anterior, Rolf Madaleno (2011), ao observar a história do direito de família brasileiro, destaca o crescimento da liberdade de agir dos cônjuges e conviventes, ressaltando que a autonomia privada se apresenta como princípio protetivo à família. Contudo, para o jurista, tal autonomia não deve ser interpretada como absoluta, isso deve ocorrer dentro do que é possibilitado pelo ordenamento jurídico, pois estabelecer cláusula no sentido de admitir a infide-

lidade conjugal, por exemplo, seria ineficaz, já que afrontaria o dever de fidelidade do casamento.

Madaleno (2011) defende que o direito brasileiro apresenta como princípio protetivo à família, o princípio da autonomia privada que, contudo, não deve ser interpretado como um poder absoluto, sem quaisquer limitações, pois nenhum indivíduo age de maneira totalmente livre ou com absoluta autonomia.

Apesar disso, posicionamentos como esse tem sido cada vez mais questionadas, isto em virtude das transformações sociais na dinâmica dos modelos de famílias nas últimas décadas, as quais tem sido palco para constantes discussões a respeito da possibilidade de mitigação de alguns desses deveres, tais como a fidelidade e a coabitação, isto porque busca-se, mais uma vez, limitar a ingerência estatal na vida privada das famílias.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015) ensinam que o pacto antenupcial é um negócio jurídico específico do Direito de Família, e não do direito das obrigações, isto porque se trata de um negócio jurídico de conteúdo essencialmente patrimonial e negocial. Portanto, os autores defendem ser possível a fixação de cláusula que disponha sobre indenização em caso de dissolução da união, por exemplo, e chegam a citar casos de famosos de Hollywood, que o fazem com bastante frequência, chegando a se tornar até mesmo uma competição entre os cônjuges.

Thomas Alexandre de Carvalho (2016) defende que a tese indenizatória como a da cláusula penal de infidelidade, seria uma forma de prefixação de danos, em que se admitiria que há uma presunção absoluta de dano, o que confere proteção ao valor anteriormente fixado a título de cláusula penal, pois esta seria a única solução coerente que se pode dar para este tipo de cláusula com escopo indenizatório no Código Civil Brasileiro de 2002.

Desta forma, em respeito à autonomia da vontade privada dos nubentes, tanto a responsabilização civil advinda de quebra de cláusula penal de infidelidade prevista em pacto antenupcial, em respeito ao dever da fidelidade recíproca, quanto a disposição voluntária em relação a este devem ser coerentes, já que parte da doutrina, como é o caso de Gustavo Tepedino (2008), defende que as regras que dispensam os deveres de coabitação e de fidelidade seriam válidas, vez que não violariam, *a priori*, os preceitos de ordem pública, sendo necessária uma análise casuística para se perquirir eventual ilicitude do pactuado.

Da mesma forma entendem Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015), ao afirmar que, efetivamente, toda e qualquer cláusula dizendo

respeito às múltiplas e diferentes formas de vida conjugal, como a disposição eventualmente atinente à fidelidade e à coabitação, será válida, a depender da liberdade da manifestação de vontade e da seriedade dos propósitos, desde que não afronte a dignidade de qualquer dos noivos. Afinal, o preceito não é, a toda evidência, de interesse público, dizendo respeito essencialmente à vontade dos particulares – e a mais ninguém! Se o casal pretende dispensar, reciprocamente, a fidelidade ou a coabitação é prerrogativa privada, até porque se quiserem assim proceder, não será a lei que obstará.

Ao considerar que o Direito de Família contemporâneo se volta para a promoção da realização pessoal de cada membro da entidade familiar, buscando o seu pleno e digno desenvolvimento, afastando-se, assim, de uma ideia de família como detentora de um interesse superior e superindividual, Perlingiere (2008) considera válida a inclusão de cláusula dispensando o dever de vida em comum no mesmo domicílio, bem como o dever de fidelidade, vez que não há que se falar em interferência estatal em matérias que dizem respeito exclusivamente à intimidade dos cônjuges.

Rodrigo da Cunha Pereira (2021) define a boa-fé objetiva como aquela que entra nas ações humanas, se demonstrando por meio de condutas, impondo que as ações dos envolvidos estejam de acordo com um padrão ético objetivo de honestidade, diligência e confiança, exigindo ainda um estado de respeitabilidade recíproca. E como alerta a Ministra Nancy Andrighi (2010), a boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente.

Anderson Schreiber (2012) afirma que a boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do Direito das Obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando para todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada. Isto porque, segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005), a infidelidade pode vir a violar a expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal.

Partindo para uma análise jurisprudencial diante da responsabilidade civil em caso de quebra do dever de fidelidade recíproca diante do não estabelecimento de cláusula penal de infidelidade em pacto antenupcial, percebe-se uma tendência dos tribunais brasileiros em reconhecerem a ilicitude da conduta, mas não admitir que se chegue à reparação civil.

Isto ocorre porque, como assevera Marcelo Bürger (2021), o dever de fidelidade se tornou, aos olhos dos tribunais, um dever jurídico desprovido de sanção, e ainda acrescenta que, para aqueles, não somente a quebra da fidelidade constitui o ato ilícito, mas também a “exposição vexatória” decorrente dela. Deste modo, a legitimação para a reparação civil deixa de repousar sobre a expectativa do dever de fidelidade, e passa a se basear na lesão a direitos da personalidade, tais quais a honra e a intimidade do cônjuge fiel diante do conhecimento público do fato.

Em virtude deste cenário de mitigação do dever de fidelidade perante a jurisprudência brasileira, a existência de cláusula penal em pactos antenupciais vem com o propósito de evitar discussões judiciais a respeito da reparação civil, pois ao ter acordado anteriormente no termo de escritura pública do pacto, sem que haja qualquer lesão à ordem pública ou aos princípios gerais de direito, cria-se uma presunção absoluta de dano se configurada a infidelidade, além de conferir proteção ao valor anteriormente fixado a título de indenização.

E em havendo o pagamento espontaneamente, não há que se falar em pretensão resistida. Contudo, caso o pagamento não seja realizado de livre e espontânea vontade, cabe ao cônjuge traído ingressar com a ação indenizatória para cobrança do valor estipulado a título de indenização. Na ação indenizatória caberá a demonstração da ação humana, isto é, o ato de trair, o nexo de causalidade, sendo ele a ligação entre o ato de trair e o descumprimento de um dever matrimonial e, por fim, a responsabilidade do cônjuge infiel.

A extensão do dano, assim como a sua existência, não deve ser objeto de discussão na ação judicial, tendo em vista que, caso o magistrado conclua pela existência dos três requisitos apontados anteriormente, o valor da indenização será exatamente o valor da cláusula penal, que serviu como pré-fixação de danos em caso de descumprimento do dever conjugal.

Assim, é conferida maior segurança jurídica no que tange à fidelidade, se deste modo os cônjuges desejarem, e evidencia-se que não se pode permitir que o Direito de Família seja compreendido como um campo alheio à aplicação da responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pacto antenupcial, objeto central de estudo no presente trabalho é, como exposto, um instrumento cunhado no âmbito do Direito de Família

com o intuito de regularizar o regime de bens a ser adotado na constância do casamento, sendo elencado pelo Código Civil Brasileiro de 2002 como obrigatório quando os nubentes optarem por regime diverso da comunhão parcial de bens e devendo ser celebrado por meio de escritura pública.

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, em que pese o pacto já possa ser visualizado no período colonial do Brasil, remontando às Ordenações Portuguesas, a compreensão de determinados pontos acerca de sua natureza e conteúdo encontra dissonância doutrinária.

No que tange ao conflito em torno da natureza do instituto em análise, tomando como base neste momento as que prevalecem nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, quais sejam contrato ou negócio jurídico de Direito de Família, foi ressaltado neste trabalho que a primeira, alimentada por uma interpretação restritiva da lei, pressuporia a tratativa apenas de aspectos patrimoniais, enquanto a segunda ofertaria um escopo mais abrangente admitindo conteúdos extrapatrimoniais.

Noutra senda, nota-se que, apesar da autonomia privada ser importante princípio para o Direito das Famílias, o pacto é um instrumento enviesado de caráter institucional, tendo em vista que ocorre elevada intervenção estatal. Tal característica também prejudica compreendê-lo como pertencente ao campo do Direito das Obrigações, visto que, historicamente, este é marcado por uma liberdade negocial mais ampla do que a concedida à seara familiar.

Desse modo, as autoras deste artigo adotam um posicionamento mais favorável à compreensão do pacto como negócio jurídico de Direito de Família, coadunando com o pensamento de Maria Berenice Dias, Fabiana Domingues Cardoso e Rafael Baeta Mendonça.

A eficácia do pacto, que a princípio é condicionada ao casamento, também tem sido alvo de divergências doutrinárias – frise-se, minoritária – que defendem a possibilidade de conversão deste instrumento em um contrato de convivência quando os nubentes não concretizarem o matrimônio, mas consolidarem uma união estável. Porém essa discussão não é essencial para a compreensão dos pontos que foram levantados neste trabalho, de modo que pode vir a ser aprofundada em uma pesquisa futura a fim de se tecer opinião pessoal devidamente fundamentada.

Retomando a discussão da abrangência do pacto quanto aos aspectos extrapatrimoniais, foi citada esparsa doutrina tanto contra como favorável, sendo exemplificado por esta que tais cláusulas podem ser de cunho interpessoal, por exemplo, regulando a rotina doméstica, ou de responsa-

bilidade paterno-filiais. Prevalece entre essa corrente doutrinária a impossibilidade de cláusulas que violem a legalidade, posto que o pacto não tem o condão de elevar a vontade das partes sobre as normas de ordem pública, garantias constitucionais e princípios; ou que sejam abusivas, pois também não podem gerar desequilíbrios durante ou ao fim da relação marital.

No entanto, foi evidenciada uma cisão dentro dessa corrente no que tange à possibilidade de afastamento dos deveres do casamento estipulados no art. 1.566 do CC/02. Nesse ponto, as autoras do presente artigo coadunam com o posicionamento que defende a menor intervenção estatal e maior autonomia da vontade, pois não veem prejuízo individual ou coletivo advindo do pacto, realizado por livre e espontânea vontade dos nubentes, que afaste deveres conjugais como o de fidelidade, posto que a monogamia não deveria ser impelida pelo Estado, e o da vida em comum, no domicílio conjugal.

Nesse sentido, defende-se também a possibilidade de inclusão de cláusulas que prevejam sanções patrimoniais caso sobrevenha o rompimento do vínculo conjugal, seja ele decorrente do inadimplemento das disposições previamente pactuadas ou apenas do desejo de findar a relação. A finalidade dessa sanção não seria de meramente punir aquele que descumpriu o acordado, mas de compensar aquele que teve a expectativa familiar frustrada.

Importante frisar que o uso do termo “culpa” ao longo do segundo tópico foi proveniente das doutrinas estudadas, mas que logo ficou demonstrado que não se objetivava adotar o retorno da análise de culpabilidade que foi acertadamente tolhida pela Emenda Constitucional n.º 66/2010, pois se defende a objetividade dos critérios para análise da necessidade de se fazer valer da sanção patrimonial, o que resulta na necessária ampliação da responsabilidade civil na seara familiar.

A discussão da responsabilidade torna-se ainda mais intensa no que tange à cláusula de infidelidade, dadas as repercussões na esfera pessoal do indivíduo que preza por uma relação monogâmica e precisa lidar com a traição, grave violação da boa-fé objetiva e da necessidade de respeito entre os cônjuges.

Desse modo, esclarece-se que acolher a possibilidade de dispensa ao dever de fidelidade recíproca para casais não monogâmicos não é incompatível com a defesa da inserção de cláusula de infidelidade para os casais que valorizam a fidelidade, posto que o cerne de ambas as situações é a prevalência da autonomia das vontades.

Sendo assim, diante de todo o exposto, e conforme a hipótese levantada no início deste trabalho, não se coaduna com uma interpretação restritiva das leis, pois essas não são capazes de acompanhar as diferentes realidades familiares e não devem configurar impeditivo à aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família.

A seara jurídica familiar, que tem como cerne a regulação das relações de afeto, deve priorizar a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e a autonomia privada das partes, o que justifica a relevância do respeito ao pactuado entre os cônjuges tornando-se, assim, reflexo de princípios como a boa-fé objetiva, a lealdade e transparência, principalmente em face da vigente facilitação do acesso ao divórcio para que, enfim, seja alcançado o ideal da família eudemonista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Pacto antenupcial, Contrato de União Estável e a Cláusula de não Indenizar à Luz da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 81-102, set./out. 2021.

BIAZI, João Pedro. Pacto Antenupcial: uma Leitura à Luz da Teoria do Negócio Jurídico. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. CIDP - Centro de Investigação de Direito Privado. Ano 2, nº 1, 2016, pp; 229-264. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0229_0264.pdf. Acesso em: 05 jan. 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 40.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.html. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.025.769/MG (2008/0017342-0). Processo Civil e Direito Civil. Família. Alimentos. Ação de separação judicial litigiosa. Imputação de culpa. Violação dos deveres do casamento. Presunção de perdão tácito. Alimentos transitórios. Atualização monetária. Recorrente: C.M.A. Recorrido:

V.A.P.A. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 de agosto de 2010. Publicado no DJe de 01.09.2010. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/2188>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BÜRGER, Marcelo. A Ilícitude como requisito da responsabilidade civil no direito de família: o cotejo entre a doutrina e a jurisprudência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela (coord.). **Responsabilidade Civil e Direito de Família: O Direito de Danos na Parentalidade e Conjugalidade**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8473/1/Fabiana%20Domingues%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. Pacto antenupcial e cláusula penal. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. CIDP - Centro de Investigação de Direito Privado. Ano 2, nº 1, 2016, pp; 511-544. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-2-2016-n-1/162>. Acesso em: 05 jan. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDONÇA, Rafael Baeta. **Autonomia privada versus interferência estatal no direito de família: os limites de conteúdo do pacto antenupcial**. 2018. xxx f. Dissertação. (Mestrado em...) – Faculdade de Direito Milton Campos. Local, 2018. Disponível em: <http://dissertacoes.mcamp75mprega7575n75ss75mprega7575n75ssertacoes/2018-2%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Rafael%20Mendon%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: Famílias**. 7. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. 6.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Pacto Antenupcial e a Autonomia Privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79059947.pdf>. 2006. Acesso em: 10 out. 2021.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. 1998. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998. . Acesso em: 11 abr. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**, v. V, 7ª ed., São Paulo, Método, 2012.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Uma história do crime de adultério no Império do Brasil (1830- 1889). História do Direito: **Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**, Curitiba: IBHD/UFPR, v 1, n. 1, pp.122-131, jul-dez de 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/download/78723/42929>. Acesso em 12 jan. 2022

TARTUCE, Flávio. Conversão de pacto antenupcial em contrato de convivência. **IBDFAM**, on-line, 1 mar. 2018. Artigo. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1257/Convers%C3%A3o+de+pacto+antenupcial+em+contrato+de+conviv%C3%A2ncia>>. Acesso em 12 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A INVASÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO E NA DOAÇÃO

Maria Cristina da Silva Costa*

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVASÃO DA LEGÍTIMA NO TESTAMENTO E DOAÇÃO

A regulação da transferência de direitos e deveres de uma pessoa para outra, após seu falecimento (*causa-mortis*), assim como as diretrizes para a normatização de relações ocorridas em vida (*inter-vivos*), estão sob a égide do Código Civil (2002), mais precisamente no Livro V, que trata do Direito das Sucessões.

A sucessão *causa-mortis*, iniciada com o falecimento do titular de um direito e obrigações, pode ocorrer de duas formas distintas ou simultâneas, quais sejam: a sucessão legítima e a sucessão testamentária, nas quais ocorre a transmissão dos bens aos herdeiros, qualificados, no contexto da ordem da vocação hereditária, também determinada pela lei civil.

Originalmente, a transmissão era ligada ao poder, à propriedade e a obediência, que eram transmitidos ao novo dono, passando, posteriormente aos herdeiros, como bem explica Caio Mario da Silva Pereira (2020, p. 176):

Na Idade Média, o conceito político ligado à propriedade da terra haveria de polarizar o direito hereditário, como afirmação de suserania: o senhor transmitia com a terra o poder que esta lhe proporcionava; o vassalo renovava no novo *dominus*, o voto devido ao antigo; o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que o ligara ao antecessor.

* Advogada, Especialista de Direito Tributário, Especialista em Direito de Família e Sucessões, com Capacitação para Conciliação e Mediação, Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB/SP Subseção da Lapa/SP, Membro da Comissão de Especial da Advocacia de Família e Sucessões da OAB/SP, Membro do Grupo de Estudos de Direito de Família e Sucessões do IBDFAM Santos/SP, Relatora da 2ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP.

No direito moderno, a propriedade, posto que é individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então a transmissão hereditária a proporcionar originalmente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.

A despeito da modalidade de sucessão, o Código Civil (2002), nos arts. 1789 e 1857, § 1º, tem como regra a preservação da legítima, a qual representa a proteção e indisponibilidade de metade do patrimônio, que são destinados aos herdeiros necessários.

Para preservação da legítima dos herdeiros necessários, em caso de invasão, seja por testamento ou doação realizados pelo titular do direito, esta precisará ser igualada, a fim de que os herdeiros necessários não sejam prejudicados.

Caso o autor da herança tenha disposto, por testamento, quinhão além daquele permitido, caberá a ação de redução. Em se tratando de disposição *inter-vivos*, os bens doados como adiantamento da legítima serão chamados à colação, ou seja, trazidos ao acervo hereditário e igualmente partilhados entre os herdeiros necessários.

Caberá, ainda, nos termos do artigo 549 do Código Civil, a redução de doação inoficiosa da parte excedente ao montante disponível, no momento da liberalidade.

Sobre tal redução paira celeuma entre os julgadores e doutrinadores quanta a aplicação da invalidade da parte excedente ao que o doador poderia dispor em testamento, no momento da liberalidade; se o ato seria nulo (nulidade absoluta) ou anulável (nulidade relativa), visto que no primeiro caso, seria caracterizado como matéria de ordem pública, podendo ser arguida pelas partes envolvidas, pelo Ministério Público ou reconhecida de ofício pelo juízo, conquanto que, no segundo, denotaria arguição judicial pela parte interessada, com dilação probatória e modulação dos efeitos e comportaria o instituto da prescrição ou da decadência, para o ajuizamento da ação de natureza anulatória.

Diante desse cenário, o presente artigo traz o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre a natureza híbrida adotada em relação a invasão da legítima no testamento e na doação.

2. DIREITO SUCESSÓRIO

Direito Sucessório ou das Sucessões, é a parte do Direito Civil que concentra o conjunto de normas que tratam da transferência de direitos, encargos, ou bens de uma pessoa a outra. No sentido lato, tem o significado de substituição do antigo para o novo, transferindo-lhe total ou parcialmente direitos e obrigações provenientes de uma relação jurídica *causa mortis*, bem como orientar atos *inter-vivos* (doação), cujos reflexos gerem impactos sucessórios.

No dizer de Arnaldo Rizzardo (2019):

a sucessão pode ocorrer em vida ou em consequência da morte. Na primeira, há em geral um ato de transferência do titular do direito ou de quem se encontra revestido de legitimidade para dispor do bem. Na segunda, verifica-se a morte como fator fundamental da transmissão. Ocorrido o óbito, opera-se a separação entre a patrimonialidade e a personalidade. (RIZZARDO, 2019, p. 5)

Com o advento da morte do titular de um direito, opera-se, imediatamente, a sucessão *causa mortis*, ocorrendo a necessidade da vinda de outras pessoas para assunção da titularidade patrimonial ou obrigacional do *de cuius*, ou seja, a transferência a seus herdeiros necessários e/ou testamentários, com capacidade sucessória, o montante de seus bens, direitos, encargos e obrigações, porém caso estes sejam inexistentes, outra classe de herdeiros será chamada à sucessão.

Caio Mario da Silva Pereira, citando Itabaiana de Oliveira, assevera que: “A morte determina, então, a *abertura da sucessão*, passando os bens do defunto aos seus sucessores, que estejam vivos naquele momento, independentemente de se acharem presentes, ou de qualquer ato seu. (OLIVEIRA, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 64 apud PEREIRA, 2020, p. 14)

Silvio de Salvo Venosa (2021, p. 455) ensina que:

Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou uma sucessão. Assim, o comprador sucede ao vendedor na titularidade de uma coisa, como também o donatário sucede ao doador, e assim por diante.

Para o caso em estudo – A Invasão da legítima no Testamento e na Doação – mister breves considerações sobre a sucessão *causa mortis*, legítima, ordem da vocação hereditária e sobre a sucessão *inter-vivos*, aquela efetivada através da doação e a liberdade do titular, quanto à disposição patrimonial.

3. DA SUCESSÃO CAUSA-MORTIS

A transmissão dos direitos ou encargos do autor da herança dá-se pela sucessão *causa mortis*, com a transferência total ou parcial de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros, e ocorre em duas espécies, sendo uma resultante da lei, chamada sucessão legítima, e a sucessão testamentária, que decorre de disposição de última vontade do titular do patrimônio. (DINIZ, 2003)

Há, ainda, uma outra possibilidade; a sucessão simultânea, que ocorre quando as disposições testamentárias não abrangem a totalidade dos bens do finado, ocasião em que os herdeiros legítimos e testamentários são chamados a ser.

3.1. Da Legítima

A lei, por meio da ordem da vocação hereditária, identifica quem são os titulares, dentro do núcleo familiar, herdeiros necessários, a serem protegidos patrimonialmente com a metade indisponível da herança, a chamada legítima.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2003), legítima é a porção de bens de que o testador não pode dispor por estar reservada aos herdeiros necessários: descendente, ascendente e o cônjuge supérstite, sendo que o restante considera-se parte disponível, não tutelada ao patrimônio familiar, podendo ser deixada a qualquer pessoa estranha ou também ao herdeiro necessário.

A preservação da legítima tem como escopo a proteção mínima patrimonial, a fim de que o titular do direito não disponha, excessivamente, por livre arbítrio mediante doação ou testamento da totalidade de seus bens, prejudicando seus herdeiros necessários.

Nesse ponto, com maestria, conclui Orlando Gomes (2019, p. 65): “Tutela-se a *legítima* não somente contra excessivas liberalidades testamentárias, mas, igualmente, conta as liberalidades excedentes que se efetuam por negócio *inter vivos*, a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mistum cum donatione*.”

Assim, conforme o Código Civil (2002) poderá dispor da metade dos bens da herança, pois a outra metade pertence de *pleno iure* aos herdeiros necessários¹, que salvo as hipóteses de deserdação e indignidade, sempre serão agasalhados pela legítima, sendo que, inexistentes descendentes, ascendentes ou cônjuge, o testador pode dispor livremente de todo o seu patrimônio, seja por doação, seja por testamento.

Sobre a legítima e herdeiros legítimos e necessários, Maria Berenice Dias (2015, 146) traça importante diferenciação:

Cabe atentar a que a parte da herança chamada “legítima” não se destina aos herdeiros legítimos, mas aos herdeiros necessários. Todos os herdeiros necessários são herdeiros legítimos, mas a recíproca não é verdadeira. Aos herdeiros necessários é assegurada a legítima, isto é, a metade da herança. Os herdeiros legítimos têm mera expectativa de direito. Herdam se não existirem herdeiros necessários nem testamento destinando os bens a terceiros.

A apuração da legítima, conforme o CC (2002), ocorre no momento da abertura da sucessão, com a subtração de eventuais dívidas e despesas do funeral, do patrimônio do falecido², considerando o montante líquido e não o bruto, ocasião em que se verifica se ela foi respeitada e o autor da herança dispôs corretamente da parte disponível de seus bens no testamento.

3.2. Da Sucessão Legítima

A sucessão legítima é aquela resultante da lei e opera-se quando o falecido não deixa testamento, ou quando sobre este é declarada nulidade, anulabilidade ou caducidade, projetando-se a ideia de continuidade familiar, preservando os laços afetivos.

Ensinam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2017), que a sucessão legítima ou *ab intestato* é aquela que ocorre em virtude da morte de alguém, sendo chamados a suceder ao falecido, no que diz respeito ao seu patrimônio (herança), aqueles que a lei designa especialmente.

Aberta a sucessão, inicia-se a transmissão dos direitos e obrigações àqueles que possuem legitimidade de ordem hierárquica para herdá-los,

¹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

² Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

definida como ordem da vocação hereditária, na qual os mais próximos excluem os mais distantes.

Este chamamento ou vocação pode obedecer ao impulso da vontade (sucessão testamentária) ou da lei (sucessão legítima) (PEREIRA, 2020), estabelecendo a ordem pela qual os herdeiros necessários são chamados a suceder, iniciando pelos descendentes, partindo para os ascendentes, cônjuges e por último os colaterais, nos termos expressos no artigo 1.829 do Código Civil³, com a alteração sofrida após o julgamento do RE nº 878.694-MG (BRASIL, 2017), que equiparou o companheiro à cônjuge, para efeitos sucessórios.

Maria Berenice Dias (2015, P. 145) bem identifica os herdeiros legitimados:

A lei indica os legitimados a receber a herança: todos os parentes, bem como o cônjuge e o companheiro. Daí a expressão: herdeiros legítimos (CC 1.829). A preferência é pelos parentes em linha reta: descendentes e ascendentes (CC 1.591). Tanto eles como o cônjuge são considerados herdeiros necessários (CC 1.845). Fazem jus ao que que chama de legítima, que compreende a metade da herança.

3.3. Da Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária tem por base a lavratura de testamento, o qual representa um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, solene, revogável, com o objetivo de garantir que a vontade do titular de um direito seja respeitada após a sua morte.

De forma comum ou ordinária, nossa legislação permite que sejam: público, cerrado e particular e, diante da pandemia causada pelo Coronavírus, cabe destacar o testamento de emergência, que até o início de 2020 era utilizado apenas em tese, nos bancos acadêmicos, cujos exemplos eram de extrema dificuldade, posto que não tínhamos vivenciado uma situação pandêmica. Apenas para nos situarmos, breves serão as considerações sobre cada um deles.

³ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

3.3.1. Testamento Público

É aquele lavrado em cartório, por escritura pública, perante o tabelião de notas ou seu substituto legal, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada perante duas testemunhas, sendo a única forma permitida ao deficiente visual.⁴

3.3.2. Testamento Cerrado

Redigido pelo próprio testador, cujo conteúdo é sigiloso e deve ser levado para aprovação do tabelião, na presença de duas testemunhas, quando será lavrado o auto de aprovação⁵ e o envelope lacrado, sendo aberto somente após a morte do testador.

3.3.3. Testamento Particular

Particular, ou hológrafo é o testamento escrito pelo testador, de próprio punho ou por meio mecânico e lido em voz alta perante três testemunhas, que após a leitura, assinarão o documento.⁶

3.3.4. Testamento de Emergência na Pandemia

No início do isolamento social, quando todos estavam confinados em suas residências, hotéis, hospitais, casas de repouso, dentre outros locais e, diante do risco de morte, muitos resolveram fazer seu testamento, mas como elaborá-lo dentro das formalidades se todos estavam isolados?

A solução estava na excepcionalidade trazida pelo art. 1.879 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁷, situação que exige que o testador declare as circunstâncias pela qual está se valendo desta singularidade, no caso o isolamento social causado pela pandemia do coronavírus, que seja feito de próprio punho, assinado e sem a presença das testemunhas, que poderá ser confirmado, a critério do juiz. Como exemplo, Rizzardo (2019, p. 300) aponta o julgado do STJ, que anteriormente à pandemia do Coronavírus, acolheu a validade sem testemunhas:

É possível flexibilizar as formalidades prescritas em lei no tocante ao testamento particular, de modo que a constatação de vício formal, por si só, não enseja a invalidação do ato, mormente quando demonstrada, por ocasião do ato, a capacidade mental do testador para livremente dispor de seus bens.

⁴ Arts. 1.864 a 1.867, Código Civil (BRASIL, 2002).

⁵ Arts. 1.868 a 1.875, Código Civil (BRASIL, 2002).

⁶ Arts. 1.876 a 1.880, Código Civil (BRASIL, 2002).

⁷ Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Nos termos do art. 1.879 do CC (BRASIL, 2002), permite-se seja confirmado, a critério do juiz, o testamento particular realizado de próprio punho pelo testador, sem a presença de testemunhas, quando há circunstância excepcional declarada na cédula.

De menor aplicabilidade, ante a escassez de testamentos, a sucessão testamentária é aquela fundada na disposição de última vontade do titular do patrimônio que será sucedido após a sua passagem, através de testamento realizado de forma personalíssima, solene e de conformidade com as normas jurídicas⁸, desde que seja declarado válido.

Vencendo o tabu cultural, diante da situação pandêmica inesperada, com alto índice de mortalidade, de acordo com o Colégio Notarial do Brasil, houve um aumento no número de testamentos registrados em Cartórios de Notas, que em 2021, cresceu 133,6% em comparação ao mesmo período do ano anterior⁹, fato este ocorrido após a flexibilização da quarentena.

Retomando a platitude e formalismo, a lei estabelece limites à liberdade de testar e doar, como insculpido no art. 1.789 do Código Civil (BRASIL, 2002)¹⁰, vedando a violação da parte disponível do acervo hereditário por parte do testador ou doador.

Ante a proteção da legítima, tendo o testador herdeiros necessários, somente poderá dispor de metade de seus bens, cabendo à parte excedente a redução ou a inoficiosidade.

Segundo Rizzardo (2019, p. 7):

De outro lado, há também a sucessão testamentária, ou *ex testamento*, cujo significado exsurge da própria designação, ou a sucessão que se processa de acordo com a vontade do titular do patrimônio. Possui a liberdade de dispor quanto à partilha dos bens que ficarão após sua morte. Assim, havendo herdeiros necessários, nesta classe considerados os descendentes e ascendentes necessários, unicamente metade dos bens disponíveis são aqueles que constituem a meação, em sendo casado o falecido, no tocante ao casamento pelo regime da comunhão universal; aos

⁸ Artigos 1.857 e seguintes do CC (BRASIL, 2002).

⁹ Conforme informações do Colégio Notarial do Brasil, disponíveis em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=21083&lj=1920. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁰ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, no regime da comunhão parcial; e aos adquiridos de forma onerosa, com algumas exceções, no regime de participação final dos aquestos. (RIZZARDO, 2019, p. 7)

Assim, por testamento, o titular do direito, somente poderá dispor da metade de seus bens, sendo a outra metade, reservada a seus herdeiros necessários.

4. DA DOAÇÃO

A doação é tratada pelo Código Civil de 2002, no art. 538¹¹, como um contrato de transferência de bens ou vantagens de uma pessoa a outra, caracterizado como sucessão *inter-vivos*, por ato de liberalidade, no qual, segundo lições de Rizzardo (2019, p.5) ocorre “quando há em geral um ato de transferência do titular do direito ou a quem se encontra revestido de legitimidade para dispor do bem”, concluindo Gagliano (2021, p. 40) ser “um negócio jurídico firmado entre *doador* e *donatário*, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença”, afetando amplamente na sucessão *causa-mortis*. O impacto da doação na sucessão se dará quando o ascendente doar bens a seus descendentes, o que poderá fazer sem outorga dos demais, sem a expressa definição em escritura pública, e sendo realizada da parte disponível de seus bens, pois em assim não sendo, o quinhão será descontado da quota parte do herdeiro, como forma de adiantamento, como será mais detidamente exposto à frente.

4.1. Doação da Parte Disponível

Como visto alhures, o titular do direito pode dispor livremente da metade de seu patrimônio; parte disponível, desta forma, sem que constitua adiantamento da herança¹², e pode doá-la a seus herdeiros necessários, desde que o faça expressamente, sob pena de tais bens serem chamados à colação, para igualar a legítima¹³.

¹¹ Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

¹² Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saíam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

¹³ Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.

Nesse cenário, as doações da parte disponível podem beneficiar um herdeiro necessário, como forma de recompensa, ou maior afeto, em maior proporção que aos demais, com bens que não devem ser computados na quota legítima, ou seja, dispensados do dever de levarem à herança os valores das doações que receberam em vida, para composição do valor total da legítima.

4.2. Doação para Herdeiros Necessários como Antecipação da Legítima

As doações realizadas para os herdeiros necessários são plenamente possíveis, todavia, aquelas realizadas de ascendente para descendente ou cônjuge, importam adiantamento da legítima, obrigando-os a conferir o valor que receberam em vida, do autor da herança, a fim de igualar as quotas para que todos os herdeiros do mesmo grau tenham patrimônio de igual valor.

Ao proceder à doação de um bem, o autor da herança geralmente não visa beneficiar um ou outro herdeiro, mas sim antecipar os direitos que lhes caberia quando da abertura da sucessão, como previsto na lei civil¹⁴, pois as doações realizadas a favor de descendentes ou cônjuge (herdeiros necessários) serão consideradas antecipação da herança, como bem argumenta Cibele Tucci (2007, p. 14):

O princípio da igualdade das legítimas cria uma presunção iuris tantum de que, ao dispor de seus bens em vida, em favor de qualquer de seus descendentes (ou cônjuge que com eles concorrer), o doador não pretendeu favorecer o beneficiário, em detrimento dos demais, mas apenas adiantou a parcela, que, por herança, tocaria ao donatário, para que depois de sua morte seja a mesma devolvida à legítima e redistribuída em cotas iguais entre os herdeiros da mesma classe.

A legítima, portanto, deverá ser preservada tanto no testamento, quanto na doação, e ocorrendo a invasão desta parte indisponível, caberá ao donatário a apresentação dos valores antecipadamente recebidos, para a conferência e apuração do patrimônio, para a justa redistribuição entre os herdeiros necessários.

¹⁴ Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. (BRASIL, CC, 2002)

5. DA LIBERDADE DE TESTAR E DOAR

A liberdade de testar e doar está intimamente ligada à preservação da legítima, a qual inobservada confere aos herdeiros a promoção de ineficácia ou redução da liberalidade, como bem leciona Caio Mario da Silva Pereira (2020, p. 176):

Vigorando, pois, em nosso direito o princípio que restringe a liberdade de testar à metade dos haveres do morto, e simultaneamente assegura aos herdeiros necessários uma quota que era indisponível pelo defunto, fica-lhes também conferida a faculdade de promover a ineficácia ou redução das liberalidades que excederem aquela meação.

Contrariando os limites da liberdade, o autor da herança, em vida, possui pleno direito de alienar onerosamente seus bens e gastar o fruto da alienação, sem qualquer proteção aos herdeiros necessários, fazendo com que não tenham a certeza se herdarão o acervo no todo ou em parte. Todavia, ocorrendo o excesso da disposição patrimonial por testamento ou doação, esta deverá ser reduzida, como anota Orlando Gomes (2019, p. 66):

Com efeito, declara nula a doação quanto à parte que excede à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Reduzem-se, portanto, todos os atos gratuitos lesivos da legítima, sendo iguais a natureza e os efeitos da *redução* nos dois casos. Um e outro são *inefcazes* na parte excedente, variando apenas o momento em que se apura. Na *doação*, quando se efetua; no *testamento*, quando da abertura da sucessão.

Denota-se, portanto, que a inobservância da limitação à liberdade de testar ou doar, levará à ineficácia da parte excedente, que será apurada no momento da abertura da sucessão, causando a sua redução, no caso do testamento e na doação, quando da sua realização, gerando a inoficiosidade, como bem apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p.1.541):

Não é apenas por ocasião das disposições de última vontade que o sistema de direito privado tolhe a liberdade de o autor da herança dispor de seu patrimônio. Também em vida, o sujeito que possui herdeiros necessários está impedido de proceder a atos de liberalidade que comprometam a legítima de seus herdeiros.

Nesse viés, a preservação da legítima faz com que o autor da herança não tenha a liberdade de beneficiar, a seu bel prazer, pessoa do seu agrado, que porventura tenha lhe dedicado afeto, à título gratuito, por testamento ou doação, estando totalmente vinculado aos herdeiros necessários.

6. DA INVASÃO DA LEGÍTIMA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Excedido o limite da legítima, quer por meio de doação, quer via testamento, os interessados podem propor ação de redução da parte inoficiosa, como bem explana Rizzardo (2019):

(...) a pessoa pode dispor da metade de seus bens em testamento, assim computada depois de excluída a meação do outro cônjuge. Existe, pois, uma restrição ao direito de dispor a título gratuito, de modo a não se criar uma situação lesiva à legítima, ou à parte do patrimônio que é obrigatoriamente reservada aos herdeiros necessários. Se alguém exceder o *quantum* permitido, dá ensejo ao que se chama de “redução das disposições testamentárias”. O mesmo acontece quanto a doação. A lei considera nula a doação quanto à parte que excedeu o que o autor da liberalidade poderia dispor em testamento. Há a ineficácia no montante excedente à metade do patrimônio do testador ou do doador. (RIZZARDO, 2019, p. 36)

O Código Civil de 2002, nos arts. 1.967 e 1.968¹⁵, dispõe sobre a redução das disposições testamentárias que excederem à metade disponível, verificada na oportunidade do óbito do testador, enquanto que a redu-

¹⁵ Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

Art. 1.968. Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente.

§ 1º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.

§ 2º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.

ção às doações inoficiosas consta no art. 549¹⁶, no instante da liberalidade, como forma de modificação e restabelecimento da legítima dos herdeiros necessários, ofendida pelo ato praticado pelo autor da herança, imputando, em ambos os casos, na nulidade do excesso; no dizer de Caio Mario da Silva Pereira (2020, p. 332), como forma de balancear as liberalidades:

Aberta que seja a sucessão, e ordenado o cumprimento da última vontade, dever-se-ão balancear as liberalidades, *inter vivos* e *causa mortis*, em confronto com o valor da herança, para apurar se foi ultrapassada a metade disponível ou, noutros termos, se foram atingidas as legítimas dos herdeiros necessários.

Oportuna a distinção trazida por Euclides de Oliveira (2004, apud GAGLIANO, 2021), em relação à colação e redução das doações em excesso:

É bom repisar a distinção entre colação e redução das doações em excesso. Aquela tem lugar apenas quando haja disputa da herança entre certas categorias de herdeiros necessários, que são os descendentes e o cônjuge sobrevivente, obrigando à conferência dos valores das doações para que componham os quinhões hereditários e permitam a igualação dos direitos sucessórios, salvo nos casos de dispensa por vontade do testador ou determinação legal. Diversamente, a redução das doações efetua-se sobre a parte excedente daquilo que o doador poderia dispor, aplicando-se não só aos descendentes e o cônjuge sobrevivente, mesmo que tenha havido dispensa da colação, como também a outros donatários, sejam herdeiros ou estranhos à sucessão, para que se resguarde a legítima dos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente. (OLIVEIRA, 2004, p. 379, apud GAGLIANO, 2021, pp. 97-98)

Tanto a redução testamentária quanto a colação são institutos para adequação e conferência das liberalidades, a fim de que não sobrepuja a parte disponível e se esta for ultrapassada, caberá a adequação dos quinhões aos herdeiros necessários.

6.1. Da Ação de Redução Testamentária

Aberta a sucessão, posto que anteriormente a esta falta interesse processual aos herdeiros, as cláusulas testamentárias poderão ser questionadas judicialmente, comportando a redução das disposições, ou implicando em sua anulabilidade ou nulidade, a depender do caso.

¹⁶ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

A redução é destinada a proteger a parte indisponível do patrimônio do falecido, como forma de preservação da legítima pertencente aos herdeiros necessários, a fim de que não fossem ultrapassados seus quinhões, por liberalidades excessivas.

A Lei¹⁷ veda, sem justa causa, a inserção no testamento de cláusulas restritivas, como a inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, assim como o fideicomisso e, por analogia, também a instituição do usufruto a terceiros, pois reduzem a legítima, impedindo que os herdeiros a recebem de forma livre e desembaraçada, conforme corrobora o Agravo de Instrumento do TJ-SC, cujo relator é Marcus Tulio Sartorato.¹⁸

Leciona Rizzardo (2019) que a forma de correção do excesso de liberalidade dá-se por meio da ação de redução testamentária, nos próprios autos do inventário a ser requerida pelos herdeiros que se sentirem lesados, com o intuito de restituição dos bens ao monte sucessório:

Toda vez que, no entanto, as liberalidades excederem a legítima, opera-se o que se chama de redução de disposição inoficiosa, considerada como meio jurídico para reconstituir o quinhão a que têm direito os herdeiros necessários, de modo a receberem os mesmos a legítima no inventário.

¹⁷ Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. (BRASIL, CC, 2002)

¹⁸ CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. PRETENSÃO DE QUE SEJAM REVERTIDOS AOS AGRAVANTES (HERDEIROS NECESSÁRIOS), OU DEPOSITADOS EM JUÍZO, VALORES REFERENTES A ALUGUÉIS DE BEM CUJO USUFRUTO FORA CONFERIDO À VIÚVA EM TESTAMENTO. INSTITUIÇÃO DE USUFRUTO SOBRE BENS DA LEGÍTIMA VEDADA POR LEI. MEDIDA QUE IMPORTA EM DISPOSIÇÃO DOS BENS, AINDA QUE NÃO DE FORMA PLENA. EXEGESE DOS ARTS. 1.857, § 1º, E 1.789 DO CÓDIGO CIVIL. DE CUJUS QUE ERA CASADO COM A VIÚVA EM REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO CÔNJUGE EM TESTAMENTO. LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS QUE NÃO INTEGRAM A LEGÍTIMA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. INCERTEZA, NESSE MOMENTO, ACERCA DA EXATA EXTENSÃO DA LEGÍTIMA. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E INSTRUIÇÃO. PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDO EM PARTE. DETERMINADO O DEPÓSITO DE METADE DO VALOR DOS ALUGUÉIS EM JUÍZO, PERMANECENDO A OUTRA METADE COM A VIÚVA, DADO O CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ainda que o usufruto não esteja expressamente incluído na lista de vedações do art. 1.848 do Código Civil, é certo que não se pode admitir que seja instituído sobre os bens da legítima dos herdeiros. Isso porque o usufruto é um ato de disposição, ainda que não plena, de poderes inerentes à propriedade (uso e fruição), e o testador não pode dispor livremente sobre os bens que a lei reserva aos herdeiros necessários (art. 1.789 do Código Civil). (TJ-SC - AI: 40215475820188240000 Indaial 4021547-58.2018.8.24.0000, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 09/04/2019, Terceira Câmara de Direito Civil)

A redução tem lugar quando foram doados bens em um quantum superior ao permitido e quando são preteridos os herdeiros legítimos, por instituir o testador um estranho como herdeiro universal, ou dispor em testamento mais do que a lei autoriza.

Em suma, há liberalidades lesivas aos herdeiros legitimários, o que se corrige com a redução.

E para corrigir tais distorções, ou sanar a ofensa à legítima, o herdeiro deverá requerer a redução no próprio inventário, se não oferecer a questão controversa maior, quando, então, procurar-se-á a via ordinária.

A parte restituída entrará na partilha, ou os bens reduzidos serão reintegrados na massa sucessória e distribuídos segundo a vocação hereditária. (RIZZARDO, 2019, p. 38)

No mesmo sentido ilustra Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 457) citando Silvio Rodrigues (2007, p. 238): “A ação de redução é conferida ao herdeiro necessário para reclamar a integração de sua legítima hereditária, quando esta se houver desfalcado, por liberalidades efetuadas pelo *de cujus*, quer por meio de atos entre vivos, quer por disposição de última vontade.”

Imperioso esclarecer que, apenas aqueles herdeiros que se insurgirem em juízo requerendo a redução das disposições testamentárias serão por ela beneficiados, ante a presunção de que os demais optaram por respeitar a última vontade do autor da herança.

6.2. Da Colação

Para balancear as liberalidades, o descendente que houver recebido doação de ascendente deve **conferi-la**, se concorre à sua sucessão com herdeiro da mesma classe. A essa **conferência** indeclinável denomina-se **colação** (GOMES, 2019, p. 241), sendo nada mais do que o dever do herdeiro de trazer a juízo as doações que recebeu para possibilitar a divisão igualitária da herança. É o que se chama de “trazer à colação”. (DIAS, 2015, p. 615)

No dizer de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2017), a colação tem por finalidade igualar, na proporção dos respectivos quinhões, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

Conceitua Pablo Stolze Gagliano (2021, p. 96) a “colação”, instituto típico do Direito Sucessório, como o “ato jurídico pelo qual o herdeiro/donatário leva ao inventário, em conferência, o valor do bem doado por ascendente seu, a fim de resguardar a legítima dos demais herdeiros necessários, mediante reposição do acervo.”

Pelo instituto da colação, os herdeiros descendentes, cônjuge e companheiro sobrevivente trazem a juízo todas as doações recebidas em vida do ascendente comum ou cônjuge para que sejam conferidos e verificada a ocorrência de excesso em benefício de um e detrimento de outro. Ocorrendo a sobrepujança da legítima, esta deverá ser igualada entre os herdeiros, sob pena de sonegação, mesmo que a legítima não tenha sido afetada, visando tão somente manter a igualdade entre os vários herdeiros. (VENOSA, 2021)

Como forma de igualar as legítimas do descendente, Cibele Tucci (2007, apud DIAS, 2015, p. 614) descreve que:

Todo ato de liberalidade a favor de um dos descendentes precisa ser conferido quando da abertura da sucessão, para comprovar se a doação extrapolou ou não a parte disponível da herança. Isto porque, os bens a ele doados em vida são reconhecidos como retirados da legítima dos herdeiros e não da metade disponível. A colação não visa preservar a integralidade do acervo hereditário (como se todas as doações fossem reversíveis), mas tende a igualar as legítimas dos descendentes.

Nesse passo, a **colação** se limita, conseqüentemente, ao campo da **sucessão legítima**. Se dúvida houvesse quanto a esse confinamento, não subsistiria à vista do preceito legal que declara ter a colação por fim igualar as legítimas dos herdeiros. Somente o “herdeiro necessário” tem “legítima” (GOMES, 2019, p. 24), posto que a colação apenas beneficia os descendentes, diretamente ligados à sucessão. (VENOSA, 2021)

Oportuno notar que o CC (BRASIL, 2002)¹⁹, não inclui os ascendentes no rol daqueles obrigados à colação, declarando que a obrigação cabe somente aos descendentes, – todavia, sendo o cônjuge ou companheiro alçado ao patamar de herdeiro necessário, cabe também a este o dever de colação – e tal regra está insculpida no art. 544 do Código Civil (2002), no momento em que somente trata da doação de ascendente a descendente, ou de um cônjuge a outro, por presunção que, via de regra, o ascendente não será chamado à sucessão do descendente, não se caracterizando tal doação como adiantamento da legítima, pois, no dizer de Zeno Veloso (2003), citado por Maria Berenice Dias (2015):

¹⁹ Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

se a colação toma por base a presunção de que o doador quer apenas adiantar (antecipar) a herança do herdeiro, e não colocá-lo em situação mais vantajosa que a os outros, não é razoável imaginar que o descendente que doa algo ao pai o à mãe tenha em mente adiantar a herança dos genitores, pois o normal é que os pais morram antes do filho. (VENOSO, 2003, p. 409 apud DIAS, 2015. p. 621)

Nos termos do Código Civil de 2002, em seu art. 2.005: “São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação”, podendo ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade, não sendo, destarte, caracterizadas como adiantamento da legítima, porém, se houver excesso, haverá a redução.

Ainda sob o escólio de Zeno Veloso (2003), aponta Silvio de Salvo Venosa (2021):

(...) dispensa de colação feita pelo doador destrói a presunção de que este queira fazer, simplesmente, uma antecipação da herança ao donatário, pois fica claro e inequívoco, com tal liberalidade, que o doador quer gratificar melhor e beneficiar mais o aludido herdeiro, destinando a este maior porção que aos outros. (VELOSO, 2003, p. 424, apud VENOSA, 2021, p. 799)

No dizer de Orlando Gomes (2019, p. 248), o critério para apuração, tempo e forma dos valores doados, deve seguir a sistemática do Código de Processo Civil:

O novo texto do Código de Processo Civil, revogou o art. 2.004 do Código Civil, estipulando que o valor dos bens para efeito de colação será verificado no momento da abertura da sucessão do doador.

Pelas regras vigentes no Código de Processo Civil, a colação será sempre em substância, excetuando-se quando o bem não mais pertencer ao donatário. Nesse caso, será por estimativa. Deverão os bens ser avaliados no inventário, juntamente com os demais bens inventariados.

(...) O Código de Processo Civil adotou este critério, prescrevendo que o bem deve ser conferido pelo valor que tiver ao tempo da abertura da sucessão, mas se a doação for em dinheiro, [deverá ser corrigida até o tempo da abertura da sucessão]. Pelo mesmo critério avaliam-se, para efeito de *abatimento*, as construções, as edificações e as outras *acessões*, bem como as *benfeitorias* de qualquer espécie [feitas pelo donatário].

Em regra geral, a lei entende que quem já recebeu bens no curso da vida do testador antecipou-se a beneficiar-se do que ocorreria tão somente após a morte. Pode, contudo, o testador determinar que a doação seja destacada da parte disponível, quando então ocorrerá a dispensa da colação. (VENOSA, 2021)

Havendo a dispensa da colação, o herdeiro que recebeu antecipadamente o patrimônio da parte disponível dos bens do falecido, o integrará a seu acervo, sem a necessidade de conferência para igualar sua porção à dos demais herdeiros.

6.3. Da Doação Inoficiosa

A doação inoficiosa consiste em ato de liberalidade, em que o doador dispõe de mais da metade de seu patrimônio, ultrapassando a legítima dos herdeiros, pois quem tem herdeiro necessário só pode doar a metade de seus bens. Não há qualquer distinção. Quer a doação seja feita a herdeiros necessários, quer a terceiros, precisa obedecer ao teto legal (DIAS, 2015), sendo, portanto, aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários (GAGLIANO, 2021).

Segundo Gonçalves (2021, pp. 450-451), para a apuração da inoficiosidade, imperioso observar se no momento da liberalidade o doador excedeu a parte que poderia dispor:

A proteção da legítima dos herdeiros se dá, como já referido, não apenas pela redução das disposições testamentárias que excedem a quota disponível, como também nas chamadas *doações inoficiosas*, sendo assim consideradas as que excederem o que o doador, “no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”, na dicção do art. 549 do Código Civil. (grifos do autor).

A aferição do excesso doado deve ocorrer no momento da liberalidade, pois tem **natureza contratual**, e os seus efeitos são *inter vivos* e imediatos, diferentemente do **testamento**, que somente produzirá efeitos após a morte do testador. Com isso, tenta-se evitar fraudes de toda ordem e possível incapacidade para uma posterior reposição, quando da partilha por morte do doador. Na realidade fática, contudo, alguns problemas poderão surgir, a exemplo da insegurança gerada pelas partes, especialmente o donatário, por não ter certeza se o bem recebido violou a legítima. (GAGLIANO, 2021).

No sentir de Pablo Stolze Gagliano (2021, p. 111):

(...) o valor a ser considerado, para efeito de preservação da legítima, deveria sempre ser o do tempo da liberalidade, nos termos do Código Civil, pois é neste momento que o doador se põe diante de um quadro patrimonial concreto em face do que pode ou não ser objeto de doação.

Pensamento diverso resultaria em se submeter um ato jurídico perfeito a um crivo futuro de validade, o que, por certo, a par de traduzir atecnia, gera insegurança jurídica.

Sobre a apuração do cálculo da parte inoficiosa, destaca Venosa (2021, p. 753):

No caso de liberalidade (doação) em vida, o critério é o estabelecido por esse artigo 1.847. O eventual excesso deve ser apreciado no momento em que foi feita a doação, como se o falecimento tivesse ocorrido naquela data. Como um lapso temporal longo pode ter decorrido desde o ato, a prova avaliatória será, por vezes, complexa.

No caso de doações sucessivas, todas as liberalidades não de ser consideradas, sob pena de prejudicar a legítima, como bem destacado por Orlando Gomes (2019), citando José Paulo Cavalcante e Carvalho Santos:

Reporta-se o cálculo da parte disponível ao *momento da liberalidade*, seja qual for este, inexistindo, em nosso Direito, limite temporal.

Conquanto se refira a lei a esse momento, no pressuposto de doação única, não se pode aplicar a regra isoladamente no caso de *sucessivas doações*, sob pena de se tornar irrisória a proteção da legítima. Para os efeitos da *redução* devem levar-se em conta todas as liberalidades, somando-se seus valores para verificação do excesso em relação ao conjunto dos bens deixados conforme opinião digna de apoio. Desse modo, se o doador tiver feito outra doação, devem esses bens doados se reunir também à massa dos existentes para o efeito de calcular-se a *metade disponível*, porque evidentemente, influem na apuração da parte que o doador poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento. (CAVALCANTI; CARVALHO SANTOS, [19--], p. 446, apud GOMES, 2019, pp. 66-67)

Computada a demasia da liberalidade, nula será a doação da parte excedente do que poderia dispor o doador em testamento no momento

em que doa, pois se houver herdeiro necessário, o testador só poderá dispor da metade da herança preservando, assim, a legítima dos herdeiros. (DINIZ, 2003).

Rizzardo (2019, p. 36) segue a mesma linha:

A lei considera nula a doação quanto à parte que excedeu o que o autor por liberalidade poderia dispor em testamento. Há ineficácia no montante excedente à metade do patrimônio do testador ou do doador.

O *quantum* excedente, na doação denomina-se “liberalidade inoficiosa”, que vem a definir-se como atribuição de patrimônio por ato *inter vivo* ou *causa mortis* em quantidade superior à meação permitida, a ponto de ofender a legítima dos herdeiros. (grifos do autor).

Assim, prosseguindo Rizzardo (2019, p.38):

toda vez que as liberalidades excederem a legítima opera-se o que se chama de redução de disposição inoficiosa (...), que tem lugar quando foram doados bens em um *quantum* superior ao permitido e quando são preteridos herdeiros legítimos, por instituir o testador um estranho como herdeiro universal (...), o que se corrige com a redução.

Em se tratando de **doações sucessivas**, “a redução deve operar retroativamente, a partir da última liberalidade”. (GAGLIANO, 2021, p. 71).

Flávio Tartuce (2020), sob o escólio de Pontes de Miranda (1972) e Agostinho Alvim (1963), considera que para apuração da doação inoficiosa, em caso de doações sucessivas, deve haver a retroatividade, partindo-se da última até a primeira, até aquela que invadiu a legítima, e, conseqüentemente, invalidando todas as que extrapolaram a quota dos herdeiros necessários:

Entretanto, tratando-se de doações sucessivas, praticadas por meio de vários atos, tal regra não só pode como deve ser mitigada. Como pontua, entre os clássicos, Pontes de Miranda, “se houve diferentes doações, todas - desde que houve herdeiros necessários - se computam, para saber se há violação da porção disponível. Não se levam em conta as doações que foram feitas ao tempo em que o doador não tinha herdeiros necessários; mas somam-se os valores das que se fizeram em todo o tempo em que o doador tinha herdeiros necessários” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito*

Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XLVI, p. 250-251). No mesmo sentido, Agostinho Alvim leciona que, “quando várias doações são feitas, o ponto de partida, para o cálculo da inoficiosidade, é a primeira. Do contrário, o doador iria doando, cada vez metade do que tem atualmente, e todas as doações seriam legais até extinguir fortuna” (ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 184-185).

Constata-se, portanto, que parte da doutrina defende que, tratando-se de aferir se houve violação da legítima ou não, devem ser consideradas todas as liberalidades realizadas, e não apenas o valor de cada doação, isoladamente considerada. Sigo, nessa linha, a posição de se considerar, da última doação até a primeira, qual foi a que invadiu a legítima, reconhecendo-se a invalidade de todas aquelas que extrapolaram a quota dos herdeiros necessários. Exatamente neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em célebre julgado, verdadeiro precedente estadual sobre o tema, que foi assim ementado: “Doação inoficiosa. Doação feita a netos, desfalcando a legítima das filhas. Laudos comprovando a parte excedente. Interpretação finalística do art. 1.176 do C.C. Procedência” (TJRJ, Apelação Cível 4344/92, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. Semy Glanz, j. 19.02.1993). Observe-se que, além de constar da ementa do acórdão o caráter finalístico da interpretação do art. 1.176 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 549 do Código Civil de 2002, o Relator explicitou que a finalidade da nulidade imposta por esses dispositivos não é outra que não o respeito à legítima dos herdeiros necessários. Após citar a doutrina de Agostinho Alvim, ora mencionada, arrematou o julgador: “logo, a finalidade da nulidade é a proteção das legítimas”. (TARTUCE, 2020, pp. [3-4])

Destarte, como forma de proteção da legítima e afrontamento à burla em relação às sucessivas doações, com a finalidade de extinção do acervo, tanto a lei, quanto a jurisprudência citada, têm adotado a aferição de todas as liberalidades realizadas, de forma gradativa, ou sendo, da última à primeira, até o limite de sua preservação.

6.3.1. Da redução da doação inoficiosa

A redução significa levar a liberalidade ao quanto permitido, isto é, à metade dos bens existentes quando do ato (RIZZARDO, 2019). Não se considera, entretanto, atingida a validade intrínseca da declaração de vontade. Conforme Pereira (2020), a ineficácia vai alcançar apenas a parte inoficiosa, ou seja, a diferença entre as liberalidades e as quotas reservatórias dos

herdeiros, de modo a fazê-las conter nos limites da liberdade de dispor, ou seja, a anulação do excedente, podendo alcançar em parte apenas a liberalidade, ou fulminá-la totalmente. De acordo com Rizzardo (2019), pode ser exercida em vida do autor da liberalidade, não impedindo, todavia, que se desenvolva durante o inventário, e até nos mesmos autos.

Prescreve o art. 549 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Assim, uma vez ultrapassada a legítima, caberá a nulidade da parte excedente.

Dessa forma, havendo uma doação inoficiosa, o herdeiro lesado pode ingressar em juízo, buscando reduzir a liberalidade às devidas proporções, permanecendo válido o que restou preservado da nulidade, ou seja, a parcela que o doador podia utilizar livremente.

6.3.2. Da nulidade ou anulabilidade e prescrição ou decadência

O instituto em estudo comporta divergências, na medida em que o negócio jurídico pode ser nulo ou anulável, dependendo do defeito que atinge o ato no momento de sua formação. A previsão de nulidade e de anulabilidade encontra-se nos arts. 166 e 171 do CC (BRASIL, 2002)²⁰, respectivamente, e ambas as espécies de invalidades dos negócios jurídicos apresentam diversas características que as diferenciam, como bem lecionam Humberto Theodoro Junior e Sálvio Teixeira de Figueiredo (2003, p. 521):

A característica maior da nulidade é a força de produzir a invalidade do negócio *ipso iure*, sem necessidade, portanto, de ação. Ao contrário das anulabilidades, que dependem sempre da propositura de ação para serem pronunciadas, as nulidades maculam o negócio na origem e impedem, por si só, que ele produza a eficácia normal do negócio válido.

²⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- não revestir a forma prescrita em lei;
- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- por incapacidade relativa do agente;
- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Seguindo a mesma linha, pontuam Gagliano e Pamplona Filho (2020, pp. 417-418):

De fato, a previsibilidade doutrinária e normativa da teoria das nulidades impede a proliferação de atos jurídicos ilegais, portadores de vícios mais ou menos graves, a depender da natureza do interesse jurídico violado. Dentro dessa perspectiva, é correto dizer-se que o ato nulo (nulidade absoluta), desvalioso por excelência, viola norma de ordem pública, de natureza cogente, e carrega em si vício considerado grave. O ato anulável (nulidade relativa), por sua vez, contaminado por vício menos grave, decorre da infringência de norma jurídica protetora de interesses eminentemente provados.

A despeito do alcance da nulidade e anulabilidade, a Corte Superior de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, ocorrendo a doação inoficiosa, cabe ação de nulidade, todavia, com prazo prescricional a contar do registro do ato jurídico que se pretende anular, conforme Recurso Especial cujo relator é o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.²¹

Contrariando o entendimento jurisprudencial, segundo a doutrina de Tartuce (2020, p. [4]), se há nulidade da parte inoficiosa, esta não estará sujeita à prescrição ou à decadência:

Como a questão envolve ordem pública, entendo que a ação declaratória de nulidade da parte inoficiosa - também denominada de ação de redução -, é não sujeita à prescrição ou à decadência (didaticamente, imprescritível), podendo ser proposta a qualquer tempo, como está expressamente previsto no art. 169 do CC/2002, segundo o qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo.

²¹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DOAÇÃO INOFICIOSA FEITA POR ASCENDENTE A DESCENDENTES. AÇÃO ANULATÓRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. REGISTRO DAS DOAÇÕES. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação de nulidade de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular. 2. Tendo sido proposta a ação mais de vinte anos do registro das doações, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão autoral. 3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (STJ - REsp: 1049078 SP 2008/0083016-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 18/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2013)

Corroborando as mesmas assertivas Gagliano (2020) observa existir uma nítida diferença na própria “resposta” do ordenamento jurídico, em face da prática de um ato eivado de nulidade ou de anulabilidade, de modo que a reação do viciado será mais grave na nulidade absoluta que na relativa e, contribuindo para melhor elucidação do tema, aponta o quadro comparativo entre as duas formas de invalidade.²²

Ao rigor da lei, ciente de as regras preservadoras da legítima terem natureza pública e cogente indiscutível, fato é que o Código de 2002, ao referir a expressão “é nulo”, culmina por remeter o intérprete à inafastável conclusão de se trata de **nulidade absoluta**, e não de mera **anulabilidade**, não se submetendo a qualquer prazo (GAGLIANO, 2021. p. 82).

Analisando o texto de José Fernando Simão (2005), Gagliano (2021) conclui que estamos diante de uma tormenta doutrinária.

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que a nulidade é absoluta, e não apenas relativa, não havendo prazos para a sua decadência ou prescrição. Em idêntico sentido, Maria Helena Diniz. Carvalho Santos informa que se trata de nulidade absoluta por sansão imposta pela lei contra a violação do direito dos herdeiros necessários à legítima e que a ação pode ser intentada ainda em vida do doador ou depois de sua morte. Silvio de Salvo Venosa entende que haveria um prazo de 20 anos para a prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa.

²² NULIDADE ABSOLUTA

o ato atinge interesse público superior;
opera-se de pleno direito;
não admite confirmação;

- 4) a nulidade pode ser arguida pelas partes, por terceiro interessado, pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, ou, até mesmo, pronunciada e ofício pelo juiz;
- 5) a ação declaratória de nulidade é decidida por sentença de natureza declaratória de efeitos ex tunc
- 6) a nulidade, segundo o Código Civil, pode ser reconhecida a qualquer tempo, não se sujeitando a praz prescricional ou decadencial.

NULIDADE RELATIVA (ANULABILIDADE)

- 1) o ato anulável atinge interesses particulares, legalmente tutelados;
- 2) não se opera de pleno direito;
- 3) admite confirmação expressa ou tácita;
- 4) a anulabilidade somente pode ser arguida pelos legítimos interessados;
- 5) a ação anulatória e decidida por sentença de natureza desconstitutiva de efeitos ex tunc;
- 6) a anulabilidade somente pode ser arguida, pela via judicial, em prazos decadenciais de quatro (regra geral) ou dois (regra supletiva) anos, salvo norma específica sem sentido contrário.

No mesmo sentido, Silvio Rodrigues entende que a anulação da doação está sujeita a prazo prescricional. Portanto, se a ação está sujeita a prazos, podemos concluir que a nulidade a que se refere o art. 549 seria apenas relativa e não absoluta, já que a declaração de nulidade absoluta não está sujeita a prazo prescricional ou decadencial. (SIMÃO, 2005, p. 360, apud GAGLIANO, 2021, p. 85).

Concluindo, por todas essas razões, e considerando a proteção legal ditada pelo interesse público à legítima, posicionamo-nos no sentido de que a doação inoficiosa é uma *doação nula, com prazo prescricional de dez anos para se formular eventual pretensão patrimonial em juízo*, tendo como termo *a quo* para o ajuizamento da ação, a conclusão do ato de disposição e não a morte do doador, pois em se tratando de uma disposição negociada de nulidade absoluta, razão não haveria a justificar a espera, por vezes longa, do falecimento do doador para poder impugnar um ato nulo. (GAGLIANO, 2021)

A despeito da celeuma doutrinária, tem prevalecido, especialmente no âmbito do STJ, um outro entendimento, no sentido de que, pelo fato de a questão envolver direitos patrimoniais, e por questão de se proteger a segurança jurídica, a ação de redução está sujeita a prazo prescricional, que é próprio dos direitos subjetivos de cunho patrimonial. (RIZZARDO, 2019). A disparidade remanesce quanto ao prazo para propor a ação que torna sem efeito a doação inoficiosa, pois segundo Rizzardo (2019) admite-se que sejam reduzidas em vida e não há razão para se aguardar a morte do doador, como ocorre no testamento. Por outro viés Zeno Veloso e Antônio Junqueira Azevedo (2003) citam o parecer de Carlos Maximiliano, o qual assegurava que o direito que tem o herdeiro necessário de reclamar a sua legítima em juízo, advém da herança, e esta não existe enquanto vive o disponente: *nulla viventis haereditas*, ou seja, não há herança de pessoa viva.

Importantes também as considerações de Tartuce (2020), quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A temática voltou a ser debatida no âmbito da Terceira Turma da Corte em 2019, prevalecendo mais uma vez o entendimento pela incidência do prazo geral de prescrição e vencido o argumento pela não sujeição ao prazo. Também foi analisado se o caso seria de nulidade absoluta ou relativa - tendo o Ministro Moura Ribeiro votado pela última solução e pela incidência de prazo decadencial de dois anos, do art. 179 do CC/2002 -, mas vencendo mais uma vez a primeira posição e

pela aplicação do prazo prescricional. O aresto traz citações à doutrina contemporânea, inclusive ao meu posicionamento, ao lado de Pablo Stolze e José Fernando Simão, entre outros autores. Como constou da sua ementa, “o Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular. Precedentes. Na hipótese, tendo sido proposta a ação mais de vinte anos após o registro da doação, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão autoral” (STJ, REsp 1.755.379/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24.09.2019, DJe 10.10.2019). A menção ao prazo de vinte anos novamente se deu pois os fatos ocorreram na vigência do Código Civil de 1916.

Como se pode perceber, o entendimento pela aplicação do prazo geral de prescrição para a ação de redução de doação inoficiosa tende a se consolidar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Deve ser considerado, contudo, que há divergência no âmbito da Corte, pois há quem entenda pela incidência da regra do art. 169 do Código Civil, pela não sujeição de prazo; ou pela aplicação de prazo decadencial de dois anos do art. 179 da codificação privada, pela presença de nulidade relativa. Consta-se, portanto, que em matéria de doação inoficiosa, hipótese de nulidade absoluta parcial, o art. 169 não tem sido aplicado na prática, seja pelo argumento da existência de questão patrimonial, seja pela afirmação da segurança jurídica. Trata-se, na verdade, de um dos dispositivos mais ignorados da nossa legislação privada, tema que voltarei a analisar em outro texto. (TARTUCE, 2020, p. [6] – grifos do autor).

Sobre a temática conflituosa trazida à baila, a Corte Superior, no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, concluiu, de forma não pacífica, que o prazo prescricional é vintenário e contado a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso Direito Sucessório, que trata da transmissão de bens do falecido a seus herdeiros necessários e/ou testamentários, tem como regra a proteção da legítima, que representa a metade do patrimônio do autor da herança.

A proteção da legítima não obsta o direito de transmissão de bens por testamento, o qual pode ser realizado, ordinariamente, de forma pública, cerrada, particular e de emergência, como vivenciamos no decorrer do ano de 2020, ante a pandemia causada pelo Coronavírus, que impediu a população de ter contato com outras pessoas, impossibilitando a atuação como testemunhas instrumentais do documento, de conformidade com o Código Civil, excepcionando naquele momento tal determinação.

Além do testamento, pode o titular do patrimônio doá-lo, parcialmente, resguardando também a legítima.

Denota-se, portanto, que a liberdade de testar e doar é adstrita a cinquenta por cento do patrimônio, ante a preservação da legítima dos herdeiros necessários. Todavia, a doação de ascendente para descendente é permitida além da legítima somente no caso de ser retirada, de forma expressa, da parte disponível do doador, caso em que não estará adiantando a herança a seu herdeiro, mas sim, beneficiando-o, além da parte legal destinada, por motivos vários, como por exemplo, ter sido este herdeiro que a ele denota maiores cuidados ou afeição.

Por outro lado, caso haja doação como adiantamento da legítima, tal parcela deverá ser chamada à colação, para composição e equiparação do quinhão cabente aos demais herdeiros necessários.

A apuração dos bens no testamento ocorrerá somente após o falecimento do titular e, caso ocorra a invasão da legítima, haverá a competente ação de redução testamentária, a fim de adequar as disposições testamentárias ao quinhão disponível.

Por outro lado, aquela realizada por doação poderá ocorrer em vida, por iniciativa do herdeiro que se sentir prejudicado, ocasião em que intencará a ação de redução de doação inoficiosa.

A ação de redução prevista no art. 549 do Código Civil de 2002, divide a doutrina e a jurisprudência, no momento em que aduz ser nula a doação que exceder a parte disponível, traz entendimento dicotômico na Corte Superior levando parte dos julgadores a crer tratar-se de nulidade absoluta, que na regra do art. 169 do CC (2002), não se sujeita a prazo; enquanto que, por outro lado, em prestígio ao princípio da segurança jurídica, a nulidade seria relativa, aplicando-se o prazo decadencial de dois anos do art. 179, além de um terceiro entendimento de que o prazo prescricional é vintenário (atualmente decenário (CC 2002), a contar do registro do ato jurídico que se pretende anular.

Por fim, no caso da redução da doação inoficiosa estamos diante de uma situação híbrida, pois, a despeito da lei civil trazer a questão como nu-

lidade, ela vem sendo tratada como de anulabilidade, podendo ser fulminada pela prescrição ou pela decadência, a par do entendimento aplicado pelas Turmas Superiores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 12 jan. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1049078 SP (2008/0083016-6). Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Brasília, 18 dez. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865176279/recurso-especial-resp-1049078-sp-2008-0083016-6/inteiro-teor-865176289>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 878.694 Minas Gerais. Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 151 <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de Doação**: Análise Crítica do Atual Sistema Jurídico e os seus Efeitos no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva-Jur, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOMES. Orlando. **Sucessões**: revista e atualizada por Mario Roberto de Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LAUDARES, Raquel. Por causa da pandemia, procura por testamentos aumenta 41,7% em um ano no país; SP lidera ranking nacional. **G1**, on-line. São Paulo. 4 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globapósom/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/04/apos-pandemia-procura-por-testamentos-aumenta-417percent-em-um-ano-no-pais-sp-lidera-ranking-nacional.ghtml>. Acesso em: 04 ago. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e Partilha: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI: Direito das Sucessões: revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha**. Teoria e Prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

TARTUCE, Flávio, Doação inoficiosa e o prazo para a ação de redução. **Migalhas**, on-line. 30 set. 2020, Colunas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/334089/doacao-inoficiosa-e-o-prazo-para-a-acao-de-reducao>. Acesso em: 14 set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. t. 1.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Cálculo da Metade Disponível para Colação de Bens e Redução por Inoficiosidade. São Paulo: **Revista do Advogado**, vol. 27, n. 91, p. 34-41, maio de 2007.

VELOSO, Zeno; AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2021.

MULHERES, VIOLÊNCIA E PANDEMIA: CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS, PSICOLÓGICAS E FERRAMENTAS DE MEDIAÇÃO

*Priscilla Barreto Del Bel**

*Magaly A.A. Palhares de Melo***

1. BREVE NOTAS SOBRE MULHERES, VIOLÊNCIA E PANDEMIA: CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS, PSICOLÓGICAS E FERRAMENTAS DE MEDIAÇÃO

O presente artigo tem como temática central o estudo das consequências sociais e psicológicas da violência doméstica de gênero feminino frente ao fenômeno epidemiológico mundial da pandemia da covid-19 considerando a atuação dos profissionais da Psicologia, da Advocacia e da Mediação Familiar como atores acolhedores e transformadores nesse tipo de atuação utilizando como instrumento estratégico a comunicação não-violenta.

Pelo trabalho apresentado podemos concluir que o acolhimento das vítimas de violência doméstica é uma questão latente e de extrema urgência e não deve ser relegado a segundo plano, demonstrando a necessidade de qualificação dos atores elencados para atuação imediata.

A violência doméstica pode ser considerada como uma realidade gritante, não apenas no Brasil, mas também em todo o mundo, sendo de interesse das ciências humanas estudar o impacto deste fenômeno em suas respectivas áreas. Compreende-se que a violência é um fenômeno

* Psicóloga Clínica, Especialista em Teoria Cognitivo Comportamental pela CETCC (Centro de Estudos em Terapia Cognitivo Comportamental), Pós-Graduada em Neurociência e Psicologia Positiva pela PUCPR, Graduada em Jornalismo pela UNISANTA (Universidade Santa Cecília) com MBA em Gestão de Comunicação com o Mercado pela ESAMC/ESPM, membro do IBDFAM nº 18823 contato: priscilladelbel.psicologa@gmail.com.

** Mestre em Direito – Soluções alternativas de controvérsias empresariais pela Escola Paulista de Direito – EPD, chancela USP. Pós-graduada em Métodos Adequados em Resolução de Conflitos pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Professora da ESA-OAB-DF. Membro do IBDFAM nº 11789. Advogada Humanizada e Gestora de Conflitos. Contato: magalypalhares@novaadvocacia.adv.br

complexo e multifacetado, que não pode ser ignorado, pois ele interfere diretamente nas relações humanas, visto que ela coloca sob crise diversos aspectos: histórico, econômico, social e psicológico.

Considerando a urgência do tema e as consequências psíquicas para as vítimas, surgiram diversas questões que nortearam o desenvolvimento deste trabalho: quais as consequências sociais e psicológicas que a mulher vítima de violência enfrenta?; Qual o papel dos atores e atrizes sociais dentro deste contexto (em especial o psicólogo)?; Qual o papel da mediação e como a Comunicação Não Violenta pode auxiliar dentro deste contexto?

As questões serão respondidas ao longo do desenvolvimento dos tópicos a seguir.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece a violência doméstica contra a mulher como uma questão de saúde pública, que afeta negativamente a integridade física e emocional da vítima, seu senso de segurança”, e é configurada como um círculo vicioso.

De acordo com dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 15/07/2021 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) uma mulher foi morta a cada sete horas no ano de 2020 o que equivale a 1.350 mulheres assassinadas registrando um aumento de 16,3% em relação a 2019. Ainda de acordo com os dados do Anuário um boletim de ocorrência é registrado a cada 2 minutos e meio Curia et al, 2020 apud (BRISA, TCHALEKIAN e PAIVA 2020), reforçam que o fenômeno da violência contra a mulher não escolhe cultura, grupo étnico e religioso, classe e escolaridade, mas as experiências das mulheres mudam conforme a desigualdade no acesso à justiça e aos serviços de saúde. Referenciando os tipos de violência e seus prejuízos Kashani e Allan (1998 apud. FONSECA; LUCAS, 2006) corroboram que cada categoria de violência gera prejuízos nas esferas físicas, cognitivas, emocionais, social, moral ou afetivos. Tais prejuízos podem ser visíveis, como por exemplo, os hematomas e as contusões, ou até crônicas gerando limitações do sistema motor, como os traumatismos, levando inclusive a doenças e quadros crônicos como o aumento da pressão arterial, dores pelo corpo, insônia, e necessitando de acompanhamento médico permanente.

Além destes tipos de violência, as autoras apontam:

Os sintomas psicológicos frequentemente encontrados em vítimas de violência doméstica são: insônia, pesadelos, falta de concentração, irritabilidade, falta de apetite, e até o apare-

cimento de sérios problemas mentais como a depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos, como o uso de álcool e drogas, ou mesmo tentativas de suicídio (KASHANI; ALLAN, 1998 apud FONSECA, LUCAS, 2006, p. 14).

As interações violentas de um casal que estão vinculadas ao aumento de tensão nas relações de poder estabelecidas fazendo com que a relação de dominação e poder precise constantemente ser confirmada, a violência passa a ser então, uma tentativa de restaurar o poder não alcançado, perdido, ou ainda uma tentativa de confirmação de identidade, frequentemente validas por uma sociedade patriarcal, pela educação, além de fatores precipitantes como álcool e drogas, além de estresse e cansaço, contribuem para o descontrole emocional e comportamentos agressivos.

Diniz e Angelim (2003) afirmam que a mulher interpreta o ato violento como o ciúme que o cônjuge sente, sendo uma manifestação de zelo, compreendida como expressão de sentimentos, ou ainda, interpretação de “esforço” por parte dele. Dessa forma, a mulher procura não desagradar o homem, modificando alguns de seus comportamentos.

Sendo a violência, um fenômeno multiplural, há variáveis, percepções além de associação de diferentes tipos de violência, uma vez que a vítima, não consegue delimitar quais tipos de violência foi acometida

Dentre os tipos de violência reconhecidos a violência psicológica merece destaque, justamente por ser uma violência muitas vezes indireta, subjetiva, mas não menos prejudicial. De acordo com Cunha (2010), a violência psicológica é definida como toda ação ou omissão destinada a produzir sofrimento moral ou dano psicológico em alguém e que acontece, frequentemente, no domicílio da vítima, fato que facilita a invisibilidade. Essa violência se expressa por meio de ameaça, medo, controle, humilhação, indiferença, ciúme patológico, desqualificação, intimidação ou tortura. Essa bem como outras formas de violência provoca sérios danos psicológicos nas mulheres tais como: insegurança, frustração, medo, ansiedade, além de grande dano em sua autoestima.

Além dos sintomas de isolamento, solidão e desamparo já mencionados, existe ainda o contexto de dependência emocional do cônjuge/ companheiro. É notável que muitas mulheres ainda permaneçam em estado de dependência tanto na relação emocional, quanto na financeira, fato este que pode prejudicar a autonomia e a capacidade para realizar diversas tarefas no ambiente familiar e, principalmente, restringir a tomada de decisões.

Importante salientar que é justamente na família que ocorre a primeira experiência de relacionamento interpessoal, é a relação na qual o ser humano é apresentado ao contato afetivo, formando a primeira rede de relações, onde os vínculos se estabelecem e os afetos se apresentam inicialmente Fabeni et al. (2015) descreve que muitas pessoas apontam a dependência afetiva como um problema clínico e que, enquanto o sujeito se mantiver em um relacionamento abusivo, que ocasiona um sofrimento intenso colocará em risco seu bem-estar físico e emocional.

Conforme as percepções trazidas por Cardoso (1997, apud MENEZES, 2000, apud FONSECA; LUCAS, 2006), a tipificação de ambientes familiares violentos desde a tenra infância mostra-se como parâmetros importantes para corroborar com a ideia de ciclos de violência repetitivos e pré-moldados. Vejamos:

estar inserido em um ambiente familiar no qual, constantemente, os pais são agressivos entre si, ou mesmo com os filhos, favorece a uma concepção naturalizada da violência. São mulheres que cresceram vendo o pai bater na mãe, esta bater nos filhos, o irmão mais velho bater nos mais novos, estes nos colegas, reproduzindo um ciclo constante de violência. Desta forma, o apanhar passa a não simbolizar desamor, mas sim uma forma de se estruturar como pessoa, em que o subjugar-se ao outro é um modelo de relação aprendido na infância. (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 9)

Para Cardoso (1997, apud MENEZES, 2000, p. 128, apud FONSECA; LUCAS, 2006, p. 9):

Sofrer violência na infância torna as pessoas inseguras, com baixa autoestima, com ausência de senso crítico sobre a violência e dificuldades de estabelecer relações positivas. Essas consequências repercutem na escolha que a mulher fará de seu futuro marido, bem como na sua reação frente à violência.

De acordo com dados divulgados pelo Fórum de Segurança Pública (FBSP) todas as mulheres que sofreram algum tipo de violência doméstica em 2020, 60% tem filhos

Os pesquisadores americanos Isabelle Mueller e Ed Tronick, da Universidade de Harvard se dedicam a estudar o impacto da violência doméstica no desenvolvimento infantil. Os pesquisadores concluem que a exposição a violência de parceiro íntimo (VPI) provocam para os filhos sintomas

de trauma, psicopatologias, impacto para desenvolvimento cognitivo, auditivo e visual tornando-se muitas vezes irreversível.

Pensar sobre a dificuldade de as mulheres identificarem as múltiplas violências sofridas no cotidiano, em especial a violência psicológica e os fatores que a predispõe, é de suma importância não apenas para relações mais harmônicas, mas também para uma sociedade mais funcional e saudável.

2. PAPEL DA PSICOLOGIA NA PROTEÇÃO DA MULHER

Dentro do cenário de violência contra a mulher, “o trabalho em rede requer o encontro de diferentes atores e atrizes sociais no exercício contínuo de se pensar e avaliar as ações que são executadas.” (BEVILACQUA, 2020, p. 1).

Sendo assim, o profissional de psicologia tem papel importante no enfrentamento contra a violência às mulheres, bem como na elaboração de ações efetivas, identificando fatores de risco (antecedentes de violência, mudanças buscas de comportamento, abuso de álcool e drogas) e protetivos (por exemplo: família, amigos, trabalho, informações) dentro de cada caso.

É imprescindível que o profissional de psicologia esteja, no dia a dia, atento aos sinais, muitas vezes ocultos, de violência contra a mulher: fazendo-se presente, mantendo contato com a mulher durante todo o processo terapêutico, buscando junto com ela produzir formas seguras de dar continuidade aos atendimentos, indicando o atendimento on-line – seja ele individual ou em grupos terapêuticos específicos. “O atendimento on-line de pessoas e grupos em situação de violação de direitos ou violência fica autorizado durante o período da pandemia”, conforme a Resolução CFP nº 4, de 26/3/2020. Além disso, é de fundamental importância estar informado sobre os cinco tipos de violência contra as mulheres tipificadas pela Lei 11.340/15: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial; e auxiliar a identificar agressões que não deixam marcas físicas. É vital, também, considerar os aspectos sociais, culturais e econômicos, assim como as vulnerabilidades e riscos a que estas mulheres estão acometidas.

O psicólogo também poderá ajudar a construir alternativas de autonomia e proteção da mulher, incluindo pessoas, serviços e instituições que possam compor sua rede de apoio e proteção.

Importante destacar, uma reflexão da antropóloga Débora Diniz, em entrevista publicada pelo jornal Folha de São Paulo em 6/04/2020, na qual ela aponta o fato de que muitas mulheres perderam “um elo fundamental

para a sobrevivência: a conexão com outras mulheres” especialmente na época da pandemia.

Conforme destacado pela pesquisadora da Fiocruz Minas, Debora Dias Bevilacqua (2020, p. 2), é justamente esta conexão entre mulheres “que dá sentido às redes de enfrentamento a violência contra as mulheres, pois a articulação dos serviços e trabalhadores depende de um olhar holístico sobre este fenômeno e da interdependência das ações para serem efetivas”.

Sendo assim, a violência deve ser diretamente diagnosticada nos serviços de saúde e ser tomada como aspecto relevante para a saúde das mulheres. A melhoria da saúde das mulheres, em especial da mental, irá interferir não apenas como prevenção, mas também na melhora de sua autoestima, relações, bem como problemas escolares e de comportamento de seus filhos.

Ainda, para além de grupos de mulheres, também se considera importante quebrar o silêncio dos homens, para que possam desconstruir suas vulnerabilidades e antigos padrões de comportamento, expressar seus sentimentos e angustias, através da comunicação não agressiva, promovendo um equilíbrio psíquico nas relações afetivas e conjugais.

3. A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO ALTERNATIVA PARA QUESTÕES RELACIONADAS AO ACOLHIMENTO DA MULHER PELA FAMÍLIA

Ao verificar que a violência contra a mulher advém, provavelmente, do retrato de uma sociedade machista historicamente impregnada por hábitos, costumes e comportamentos socioculturais fortalecidos por comportamentos desmedidos e por vezes insanos de pais, avós, maridos, companheiros, namorados, amigos etc., percebe-se a latente necessidade de estudar tentativas de ampliação das alternativas autocompositivas de resolução dos tipos de conflitos interpessoais relacionados e este tipo de violência que substancie o acolhimento da mulher violentada por suas redes de apoio anteriores e/ou contemporâneas.

Ademais, normalmente quando os estudos abordam questões referentes à violência contra mulher e resoluções autocompositivas o que se encontra são abordagens da justiça restaurativa¹ e pouco se fala da mediação familiar como método efetivo, visto a preocupação da mediação girar

¹ O conceito de justiça restaurativa é menos abrangente do que o de mediação, vez que se restringe à área criminal enquanto a mediação também alcança outros ramos do direito. (SANTOS, 2015, p. 23).

em torno da retomada de diálogo entre as partes e, nesses casos, principalmente quando estão presentes medidas protetivas acobertadas pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), não convém direcionar a vítima para retomada de qualquer tipo de comunicação com seu algoz.

Em complementação às ideias apresentadas anteriormente e com a utilização das percepções de Natália Regina Parizotto (2018), a mediação familiar não seria o melhor mecanismo resolutivo quando estivesse em voga as tratativas de questões envolvendo violência contra a mulher por reforçar a desigualdade de gênero. Vejamos:

A partir da reflexão desenvolvida, acreditamos que a modalidade jurídica da conciliação ou mediação de conflitos reforça as desigualdades instaladas nas relações de gênero em contextos de violência doméstica. Entendemos que a utilização dessa modalidade jurídica, em meio a todas as demais demandas cíveis tratadas no Cejusc, oferece um trato superficial e insuficiente ao enfrentamento da violência doméstica de gênero. Tal fato põe a descoberto a banalização e a invisibilidade vigente dos crimes dessa natureza dentro do Poder Judiciário, não apenas pelo uso de instrumentos que não atendem às suas particularidades, mas também pelo risco que tais práticas podem gerar às mulheres (e também aos profissionais envolvidos). Conforme nos relembra Nader (1994, p. 20), a forma de estruturação do Poder Judiciário atende a uma ordem social dominante: “Os processos de disputa [...] refletem, mais exatamente, os processos de construção cultural que podem ser uma resposta à necessidade, um produto dos interesses preponderantes ou um resultado do conflito de classes”. (PARIZOTTO, 2018, p. 302 – grifos da autora).

Neste íterim, a utilização da mediação familiar, nesse estudo, seria como técnica/ferramenta de acolhimento desta mulher violentada frente a sua rede de apoio e pode ser substanciada na presunção de que a busca tradicional e linear por um modo de resolução de conflitos relacionados a danos provocados por conflitos interpessoais envolvendo questões de violência da mulher não satisfaz, em sua totalidade, as demandas contemporâneas, devido, principalmente, à demora de julgamentos.

Advém também do embasamento teórico da possibilidade de implementação deste método na rotina profissional dos operadores de direito, principalmente dos advogados familiares, quando eles se deparam com questões envolvendo conflitos desta magnitude e precisam orientar e de-

cidir, juntamente com seus clientes, qual é o melhor caminho a seguir sem necessidade de recorrer a processos judiciais demorados, utilizando a técnica como forma de acolhimento.

A necessidade de uma abordagem sistêmica/holística corroborada pela utilização da mediação familiar em relação aos conflitos, principalmente aqueles surgidos com a ideia de acolhimento da mulher violentada, deve ser avaliada justamente pela forma como as pessoas das redes de apoio, antiga e/ou contemporânea, lidam com a inclusão e proteção, mediante a necessária manutenção de uma maior segurança, com um olhar incorporado por meio de uma análise transacional.

Sendo assim, com a finalidade de fornecer um arcabouço prático, seguro e efetivo tanto para a prevenção bem como para um posterior acolhimento tanto da mulher quanto de sua família buscou-se, por meio das nuances apresentadas, um breve estudo das técnicas e ferramentas da mediação familiar.

Nesse escopo, a mediação familiar surge como uma via autocompositiva favorável para a retomada da comunicação permeada pela necessidade latente do restabelecimento de laços afetivos, sociais e familiares preestabelecidos, para que a mulher violentada consiga, de forma bastante inclusiva, prosseguir com suas perspectivas sociais auxiliada por uma rede de apoio solidificada e atuante.

O alicerce da necessidade desta alternatividade ao Poder Judiciário exigiu algumas reflexões sobre a evolução histórica do acesso à Justiça, com enfoque, principalmente, nas três ondas/dimensões, segundo os juristas-processualistas Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) e, de forma inovadora e pragmática sobre a denominada quarta “onda” de Francisco Maia Neto (2017).

Enfatizando que inerente a uma concepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual. (CESAR, 2002), “onde o Poder Judiciário sobrecarrega-se demonstrando incapacidade de atender a todas as demandas de maneira efetiva e eficiente”. e eficaz. (AUTOR, ANO, p. – grifos do autor)(LANÇANOVA, 2014, p.170)

A prática da adoção dos mecanismos consensuais de resolução de conflito, no âmbito dos conflitos familiares, é alicerçada no princípio de acesso à justiça previsto na Constituição Federal/88 (BRASIL, 1988), que:

exige a disponibilidade de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial. (CESAR, 2002, p.122)

Necessária, neste momento, com foco no cenário brasileiro, a contextualização da implantação da mediação familiar que a partir dos anos 90 do século passado, surgiu como uma alternativa aplicável, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995 (PINHO, 2014). Vejamos:

O Projeto de Lei (PL) nº 4.827/98, oriundo da proposta de proposta (*sic*) da deputada Zulai ê Cobra, aprovado em 2002 onde recebeu o número PLC94/2002, trouxe em seu texto uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito.

De acordo com Pinho (2014), com a chamada “Reforma do Judiciário” (Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004), “surgiu um novo relatório o PL. 94, que logo em seu primeiro artigo, propunha a regulamentação da mediação para processual civil que poderia assumir as seguintes feições: a) prévia; b) incidental; c) judicial; e d) extrajudicial”.

A mediação prévia poderia ser judicial ou extrajudicial (art. 29). No caso da mediação judicial, o seu requerimento interromperia a prescrição e deveria ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

A mediação incidental (art. 34), por outro lado:

seria obrigatória, como regra, no processo de conhecimento, salvo nos casos: a) de ação de interdição; b) quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos disponíveis; c) na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; d) no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; na ação de retificação de registro público; g) quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; h) na ação cautelar; i) quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Para João Grandino Rodas (2020, p. [3]),

em matéria de solução de litígios, o Brasil, ao ficar independente politicamente de Portugal, herdou a tradição lusa de solução judiciária. Realizada por juízes em nome do Estado, tal espécie de solução era, praticamente, a única que seria ensinada, por largo tempo, nas escolas de direito do país, que seguem a tradição conimbricense. Tardiamente, por ocasião do quarto ordenamento processual [3]² — o Código de Processo Civil de 1973 (artigos 447 e 448) — seria instituída a conciliação prévia obrigatória (hoje regida pelos artigos 165 a 175 do CPC/2015). Em 1996, acolheríamos a arbitragem pela Lei 9.307 (que, profundamente alterada pela Lei 13.129/2015, continua regendo o instituto). Unicamente por meio da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, aderiríamos à mediação [4]³, que continua sendo regida por essa lei.

Além da contextualização e gênese histórica da mediação, o interessante, nesse momento, seria a demonstração de sua conceituação/definição como justificadora da utilização de métodos alternativos de resolução de controvérsias no Brasil e posteriormente, de como está sendo sua implementação a nível nacional.

Para Signates (1998, p. 38),

o conceito de mediação procede principalmente de duas vertentes filosóficas: a idealista, de origem cristã, e a hegeliana, bem como a tradição marxista. Tais vertentes são obviamente distintas, a primeira ligando-se sobretudo à herança teológica (mediação do Cristo entre Deus e o mundo; mediação dos santos entre os pecadores e Deus) e, em seguida, tomando-se corrente no existencialismo, e a segunda, numa preocupação específica de explicar os vínculos dialéticos entre categorias separadas. Ambas as orientações, contudo, às vezes se tocam, como parece ser o caso do quase insuperável problema do dualismo, que o conceito implica.

Conforme Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler (2011):

² Os anteriores foram: Decreto-Lei 727/1850, Consolidação das Leis de Processo Civil de 1876 e o Código de Processo Civil de 1939.

³ RODAS, João Grandino, Pesquisas da CNJ contribuem para a celeridade processual no país. **Conjur**, on-line. 6 jul. 2017. Olhar Econômico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-06/olhar-economico-cnj-contribui-celeridade-processual>. Acesso em: 4 nov. 2020.

a mediação poderá, em contraposição as formas tradicionais de Jurisdição que tendem a afastar a complexidade e a negar a diferença que envolve os conflitos identitários, ser a forma de descortinar novos rumos e desvelá-los e permitir o vir à tona das diferenças por intermédio do diálogo.

O processo de mediação, portanto, apesar de entendido, pelo senso comum, como uma forma de diminuir o grande número de processos que tramitam no sistema judiciário, representa para a população muito além. É por meio dele que o Poder Judiciário tenta preservar as relações interpessoais e tornar a justiça acessível à população (SILVEIRA; GARCIA, 2018). (GHISLENI e SPENGLER, 2011, p. 6).

Para Francisco José Cahali (2018, p. 93) a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.”

Nesta mesma linha, a colocação de Fernanda Tartuce (2019, p.53), para a qual a mediação

consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Por fim, Fredie Didier Jr. (2020, p. 362) denota que:

mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição, ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem, o mediador/conciliador exerce um papel de catalizador da solução negocial do conflito.

Verifica-se que o embasamento apresentado da mediação por meio de sua historiografia internacional e nacional e a solidificação conceitual servem como arcabouço para demonstrar a necessidade da alternativa do uso da mediação para resolução de conflitos, com reflexões sobre o acesso à Justiça no Brasil com intuito de atestar a implementação de tal método, tanto no meio judicial quanto no extrajudicial (privado), com a

justificativa de que o advogado pode recorrer a esse auxílio para facilitar a resolução de controvérsias familiares no caso de violência contra mulher.

Desta forma, consolidando o aspecto de inserção da mediação como um mecanismo eficaz na resolução de conflitos, temos a necessidade de abordar, nesse momento, a especificidade dela no âmbito dos conflitos familiares.

Na mediação, de acordo com o artigo 165, § 3º CPC, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que existiu vínculo anterior entre as partes. Nesse caso, auxiliará os interessados a compreenderem as questões e os interesses do conflito, de modo que possam trabalhar pelo restabelecimento do relacionamento e da comunicação (BRASIL, CPC, 2015).

A mediação familiar pode ser considerada uma especialização dentro do contexto da mediação básica e segundo Moreira (2012), parte do pressuposto de construção de outras formas de solução de conflitos, vejamos:

a mediação pode então, ser definida como um método de realinhamento de divergências existentes entre as partes, no qual há a participação de um terceiro, o mediador, cuja participação não irá, simplesmente, solucionar o conflito, mas sim, ajudará os indivíduos a construir formas de solução, fazendo com que eles sejam os responsáveis pela resolução de seus problemas e esse método pode ser aplicado quando as partes envolvidas são familiares, passando assim a ser denominada de mediação familiar. (MOREIRA, 2012, p. 26)

Corroborando com as facilitações desse método resolutivo, o art. 694 do Código de Processo Civil de 2015 traz em seu bojo que a mediação pode ser utilizada para lidar com conflitos familiares: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (BRASIL, CPC, 2015).

Explica Almeida Guilherme (2018, p. 46):

Nas questões familiares não se está tratando de uma disputa geralmente entre agentes que não se conhecem. Na prática, são pessoas que normalmente mantêm relações íntimas e próximas. Por isso é relevante que se considere um organismo que melhor se molde às peculiaridades que as questões familiares obrigam.

Nos casos de violência doméstica, principalmente em relação ao acolhimento da mulher pela família, a Mediação Familiar, é importante, já que:

para o desenvolvimento da sociedade, busca um comportamento apropriado na pacificação social, através da comunicabilidade das pessoas nas relações já terminadas, sendo, portanto, um novo desafio do Direito de Família contemporâneo, no qual a essência do Direito de Família é permeada pela afetividade humana, nas relações de parentesco, entre pais, filhos, marido e mulher, no sócio afetividade familiar. Assim, justifica que a escuta entre as partes conflitantes e o diálogo serão sempre muito apropriados e admirados pelos advogados, juízes, promotores e demais profissionais do Direito que estão envolvidos nos casos familiares. (TOALDO; OLIVEIRA, 2011, p. 56).

Dessa forma, conforme Spengler (2017, p. 50),

especificamente no âmbito familista a mediação é o processo que através do uso de técnicas de facilitação aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, identifica necessidades e interesses, mediante recursos advindos da psicologia e da assistência social, produzindo decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não a homologação.

Portanto, a mediação familiar no contexto de conflito envolvendo questões de violência doméstica, principalmente no acolhimento familiar, será uma alternativa para retomar a comunicação das partes, e tornando um bom relacionamento posterior ao conflito entre elas, facilitando a reinserção dessa mulher no contexto prévio aos acontecimentos violentos.

Dito isso, a mediação familiar é uma escolha razoável, já que floresce com o objetivo de solucionar os conflitos jurídicos de família, impedindo a morosidade, diminuindo os elevados custos dos litígios (para as partes) e do processo (para o Estado e para as partes), ajudando na relação familiar, ou melhor, na cooperação familiar, esclarecendo aos membros que devem enfrentar de forma menos traumática possível os resultados como sofrimentos emocionais que serão decorrentes destes conflitos.

Com a finalidade de abordagem do enfoque sistêmico dado pela Mediação familiar buscou-se explicar, inicialmente, três modelos clássicos, quais sejam: o Tradicional-Linear de Havard, o Transformativo de Bush e Fol-

ger e o Circular-narrativo de Sara Cobb para depois permear as questões da necessidade do instituto para preservação das empresas familiares.

4. MODELO TRADICIONAL-LINEAR DE HAVARD

A mediação,

em sua origem... estava voltada para questões comerciais e empresariais. Estruturada como processo, foi reinventada na década de 1970, nos Estados Unidos, e valeu-se, primordialmente, das técnicas de negociação apregoadas pela Escola de Negociação de Harvard. À medida que o instrumento passou a ser utilizado por ares mais delicados do relacionamento humano, como os temas relativos a famílias, foi incorporando outros pilares teóricos, humanizando-se. O modelo inicial — dirigido, exclusivamente, para o conflito — foi denominado “Mediação par’ Acordos” e ocupava-se, particularmente, das questões, não dos conflitantes (ABREU, 2003, p. 32 – grifos da autora).

O modelo Tradicional-Linear de Havard⁴, portanto, “teve sua origem na mediação empresarial e foi direcionado, mais tarde, para conflitos na seara familista. Sua principal ferramenta de aplicação é a negociação” (ALMEIDA, 2012, p. 30).

Segundo Lima (2007, p. 27) “a linha adotada pela Escola de Direito de Harvard (Harvard Law School) e p 114 mprega 114114 nrogram on Negotiation at Harvard Law School) é a mediação passiva, ou seja, não existe a intervenção do mediador (informação verbal)⁵”.

Ainda de acordo com Almeida (2012, p. 30) “Na aplicação do presente modelo, o mediador deve conduzir o processo com neutralidade, a fim de verificar a possibilidade de descobrir e identificar os reais interesses das partes, estimulando, dessa forma, a criação de propostas advindas por elas próprias”, com o objetivo principal da formalização do acordo.

Sabe-se que a “Mediação para Acordos” (Harvardiana) pode ser dividida em 5 estágios: *Contracting, Developing issues, Looping, Rainstorming e Draf114mprega114agreement*.

⁴ Outras informações podem ser obtidas no endereço www.pon.harvard.edu.

⁵ Informação fornecida pela professora Fernanda Maria Dias de Araújo Lima, durante orientação no projeto de iniciação científica “A mediação como Instrumento de Pacificação Social e Democratização da Justiça”, Centro Universitário Newton Paiva e FUNADESP. (conforme ALMEIDA, 2012, p. 30)

Considerando os três primeiros estágios temos, conforme Almeida (2012, p. 31), a seguinte estruturação: o primeiro estágio da mediação ou *Contracting* “é de suma importância para o sucesso do procedimento, visto que é o primeiro contato com os mediados. Portanto, é necessário que todas as dúvidas em relação ao procedimento sejam sanadas, a fim de se criar um clima de confiança e colaboração.”; o segundo estágio da mediação, chamado de *Developing issues*,

é o momento da identificação das questões que importam às partes, tanto os interesses expressados por suas manifestações externas, quanto aqueles derivados de suas manifestações intrínsecas (informação verbal). Neste caso, o mediador deverá privilegiar mais a técnica da “escutatória” (informação verbal). (ALMEIDA, 2012, p. 31 – grifos do autor) (...)

Na sequência, o autor (2012, p. 31) explica que o terceiro estágio da mediação

necessita de paciência habilidade, principalmente pelo fato de as partes serem chamadas a refletir sobre as questões centrais, o que gera discussões e desentendimentos. É nesta fase, também, que se analisa a atitude de cada uma das partes, o que facilitará a inserção de possíveis técnicas que possam amenizar o conflito e, conseqüentemente, motivar as partes a terem uma percepção de um futuro melhor.

No último estágio da mediação, chamado de *Drafting the agrément*, acontece, conforme ALMEIDA (2012, p. 31), o fechamento do procedimento com a “lavatura do termo, em que a manifestação de vontade é adequada às normas do direito positivo. Neste estágio, o mediador adota três condutas: escutar, orientar e estimular, não adentrando no aspecto emocional”.

A utilização do modelo Tradicional-linear de Havard, apesar de muito eficiente para as questões empresariais e trabalhistas, não conseguia suprir todas as nuances requeridas pelo conflito familiar, assim, surgiu a necessidade de uma complementação mais estruturada.

5. O MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH E FOLGER

Para Abreu (2003, p. 33), a mediação transformativa privilegia o conflitante e não o conflito em si, vejamos:

A teoria da comunicação somou-se ao processo de mediação quando de uma mudança paradigmática e, em certo momento, um teórico da Negociação — Robert Banish Bush e um teórico da Comunicação — Joseph F Folger, construíram juntos modelos de trabalho que privilegiaram o conflitante, em lugar do conflito. A denominada “Mediação Transformativa”, ao inverso do modelo de “Mediação para Acordos”, ocupou-se dos personagens mais do que da substância, decidiu cuidar dos litigantes e situar o acordo na condição de possibilidade, não de finalidade (ABREU, 2003, p. 33 – grifos da autora)

Almeida (2012, p. 32) explica que

Este modelo, criado, aplicado e adaptado em todo o mundo, tem como objetivo situar o acordo como uma possibilidade, diferentemente do modelo harvardiano, que tem o acordo como principal objetivo. Visa, ainda, trabalhar os interesses e necessidades das partes, e não somente a posição cristalizada do conflito.

Pelo teor deste trabalho, no caso dos conflitos familiares devido aos aspectos emocional, financeiro, psicológico, faz-se interessante buscar também um outro modelo que é bastante conhecido que é o modelo circular-narrativo devido ao seu amplo espectro.

6. MODELO CIRCULAR-NARRATIVO DE SARA COBB

O modelo circular-narrativo leva em consideração o pensamento sistêmico e conforme Abreu (2003, p. 34),

deve-se a Sara Cobb, o qual como indica o nome, agrega o pensamento sistêmico com a proposta de circularidade e a teoria das narrativas, além do enfoque sobre redes sociais, à tarefa pós-moderna de encontrar, na mediação, um instrumento extrajudicial de resolução, manejo e prevenção de controvérsias. O modelo circular-narrativo se dispõe a cuidar das relações entre os litigantes tanto quanto da construção de acordo e abrange as propostas de: a) busca de informação sobre o processo de disputa e seu objetivo -, b) desestabilização da ‘histórias’oficiais’ os relatos e alternativas trazidas, e const’ução de ‘histórias alt’rnativas’, os relatos e alternativas ampliadas, c) construção e confecção de acordo.

Ademais, “por sua característica transdisciplinar, a mediação perpassa o direito, a psicologia, a sociologia, a antropologia, a filosofia e outras ciências/disciplinas, imprimindo polivalência a um instrumento capaz de tornar-se adequado aos contextos, nos quais seu emprego se faça preciso.” (ABREU, 2003, p. 35)

Após verificar os modelos de mediação e levando-se em consideração que as técnicas/ferramentas da mediação familiar podem facilitar o acolhimento da mulher violentada por sua rede de apoio no momento do acolhimento familiar refletimos sobre as ideias de Águida Arruda Barbosa (2003, p. [1]) de que:

a Mediação Familiar foi introduzida no Brasil por duas vertentes: da Argentina, proveniente do modelo norte-americano, que privilegia a negociação, recebendo o conceito de resolução de conflitos; e a dos países da Europa, destacando-se a França, que conceitua a Mediação como instrumento de transformação do conflito. Um movimento mundial de reforma do Judiciário propicia o acolhimento sistemático da lógica da Mediação, principalmente nos litígios familiares. No Brasil vem se estruturando, como modelo, a Mediação Familiar Interdisciplinar, por corresponder mais à cultura e ao perfil do brasileiro. Trata-se de uma mentalidade resultante da visão transdisciplinar, que permite uma convergência visível quanto a uma revisão do conceito do agente humano, forjando um pensamento substantivamente inovador proveniente de um esforço colaborativo de estudiosos de diferentes disciplinas. (BARBOSA, 2003, p. [1]).

Conclui-se, pelo exposto, que a mediação e a conciliação familiar, através de sessões bem conduzidas, apresentam muitas vantagens, já que são métodos utilizados para apaziguar conflitos familiares com o intuito de proporcionar para as partes envolvidas uma visão prospectiva sobre as questões apresentadas e proporcionam, em muitos casos, uma construção de vínculos benevolentes, seguros e necessários para que aconteçam os convívios saudáveis entre os genitores entre si, com seus filhos e com todas as outras pessoas participes, com o intuito primordial de retomada do diálogo entre as partes para trazer a pacificação social. Um dos principais benefícios da mediação e conciliação familiar é proporcionar a harmonia entre os envolvidos. E isso é possível porque o resultado de uma sessão de mediação bem conduzida poderá refletir a longo prazo, uma vez que trabalha com questões focadas no futuro e na relação de amizade e con-

fiança que deve existir entre ex-cônjuges, os filhos e os demais envolvidos no conflito.

A busca, nos casos de conflitos envolvendo violência contra mulher, é sempre pelo bem-estar comum, sendo assim, a mediação familiar, como instrumento ao aperfeiçoamento no trato dos conflitos familiares, revelou-se uma esperança de humanização do Direito de Família.

Porém nas questões envolvendo violência contra mulher advém direcionar a utilização da mediação familiar para o acolhimento da mulher violentada frente a sua rede de apoio quando a aplicação de ferramenta/técnicas favoreceria uma proteção para a retomada de sua convivência em sociedade, perpetrando uma espécie de fortaleza segura contra comportamentos recidivantes do agressor, e não 117 mpregaempregá-la como instrumento de retomada do diálogo entre as partes diretamente.

7. A CNV COMO FERRAMENTA DE MEDIAÇÃO A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA

Criada por Mashall Rosenberg, a Comunicação Verbal não violenta (CNV) é a

habilidade de comunicar-se minimizando resistências, reações defensivas e violentas. Melhora a forma como se expressar, ouvir os outros e resolver conflitos, de modo consciente sobre o que é observado, sentido, necessitado e demandado. A CNV não é uma ferramenta que visa mudar as pessoas e seus comportamentos, tão pouco obter o que se quer de forma submissa ou imposta, mas de forma livre e compassiva pois o objetivo é constituir relacionamentos sinceros e empáticos. (ROCHA, 2017, p. 5 apud GASPARI, 2020, p. 20)

Além disso, pode ser considerada uma forma de comunicação mais consciente e assertiva especialmente na resolução de conflitos.

Muitas vezes, quando nos expressamos, acabamos negando a responsabilidade sobre os próprios pensamentos, sentimentos e atos através da linguagem, partindo do princípio de que todo ser humano tem necessidade e que estas são universais.

Em seu livro homônimo, Rosenberg define a Comunicação Não-Violenta como uma abordagem da comunicação, que compreende as habilidades de falar e ouvir, que leva os indivíduos a se entregarem de coração, possibilitando a cone-

xão com si mesmos e com os outros, permitindo assim que a compaixão se desenvolva. Quanto à expressão Não-Violenta, o psicólogo faz uso da definição de Gandhi, se referindo a uma condição compassiva natural que aparece quando a violência é afastada do coração. (MENDES, 2021, p. [2])

Para isto, a CNV irá trabalhar a partir de 4 componentes básicos: Observação, Sentimento, Necessidade e Pedido.

Durante o processo de comunicação é extremamente importante verificar que a mensagem foi recebida de maneira clara e de forma genuína. Pode-se pedir, no entanto, que o receptor repita a mensagem, a fim de verificar qualquer divergência que tenha ocorrido no retorno da mensagem. É importante, também, salientar que os pedidos devem ser seguidos por reações empáticas, para que não se pareçam imposições ou exigências, para que o receptor compreenda que caso o pedido não seja atendido não sofrerá nenhum tipo de punição ou coerção.

Assim, um modo eficaz de saber se a mensagem foi captada com sucesso é parafrasear o que foi compreendido, dando chances para que o outro possa retificar a mensagem, caso tenha sido mal interpretada. É muito comum que as pessoas, especialmente em situações tão delicadas quanto as vítimas de violência doméstica, tenham dificuldade em expressar seus pensamentos e sentimentos, ao parafrasear o que foi dito facilitará a interpretação dos pensamentos do ouvinte.

A empatia é o fator primordial da CNV. Não fazer julgamentos prévios, concentrando-se na mensagem recebida. Fatores sutis e respeitosos como o tom de voz, o olhar atento, a atenção plena à comunicação é que irá diferenciar de uma compreensão mental ou de um ato de solidariedade. Rosenberg reforça essa ideia quando aponta “Estou convicto de que todas as análises de outros seres humanos são expressões trágicas de nossos próprios valores e necessidades”. (ROSENBERG, 2006, p. 43)

Este tipo de Comunicação poderá ser treinado e utilizado pelos diversos atores e atrizes sociais (médicos, enfermeiros, delegadas, policiais, assistentes sociais, advogados, juízes) que de alguma maneira irão ter contato e trabalhar com a mulher vítima de violência, auxiliando-a a passar por este período de vulnerabilidade de uma forma mais compassiva, proporcionando não apenas acolhimento, mas ajudando a recuperar sua dignidade, autonomia e autoestima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando as questões apresentadas podemos considerar que a dimensão da conexão que as próprias mulheres constituem dará sentido às redes de enfrentamento à violência contra a mulher, pois a articulação dos serviços, bem como dos atores e atrizes sociais que compõem esta rede, deverão moldar um olhar holístico e de interdependência de ações sobre este fenômeno, para que estas sejam efetivas. A construção de ações articuladas depende, principalmente, dos vínculos que se estabelecem entre pessoas e instituições.

Portanto, é de extrema importância destacar que a psicologia, a assistência social e a educação como um todo, devem ser colaborativas: a) com o direito, a fim de dar garantias, autonomia e qualidade de vida à mulher e b) com o acolhimento que pode ser acrescentado pelas estratégias, ferramentas e técnicas aprendidas através da mediação familiar e da comunicação não-violenta.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Elizete Batista. Mediação Familiar: a dimensão inovadora dessa intervenção frente às demandas postas ao serviço Social da Vara da Família. Trabalho apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis (SC), julho de 2003.

ALMEIDA, Maurício Vicente Silva (2002). Breves considerações sobre a mediação Harvardiana e a mediação transformativa. **MPMG Jurídico**. 2012. Belo Horizonte, edição especial, pp. 29-32. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/00/93/C2/BD/E744A7109CEB34A7760849A8/MPMGJuridico_Mediacao.pdf Acesso em 16 jan. 2023.

ANDREWS, Neil. Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na **Inglaterra**. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Orientador: Roberto João Elias. 2003. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Acesso em: 16 jan. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução: Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEVILAQUA, Paula Dias. Mulheres, violência e pandemia de coronavírus. **FioCruz Minas**, on-line. 20 abr. 2020). Notícias. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/41000/Mulheres,%20viol%Eancia%20e%20pandemia%20de%20novo%20coronav%EDrus.pdf;jsessionid=F6DC66C65D1B768B0C8053DA72D352F6?sequence=2>. Acessado em: 12 jan. 2023.

BRANDALISE, Camila. Com faca e tiro: 80% das tentativas de feminicídio no país são contra mães. Universa UOL, on-line. 15 jul. 2021. Violência contra a mulher. Disponível em:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/07/15/com-faca-e-tiro-80-das-tentativas-de-feminicidio-no-pais-sao-contramaes.htm>. Acesso em 14 jan. 2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm . Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo

Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 16 jan. 2023

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, 2018. 602 p.7. ed

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, N.M.B. Mulher e maus tratos. In: STREY, Marlene Neves (Org.). **Mulher e estudos de gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Imprensa: Cuiabá, UFMT, 2002.

CUNHA, T. R. A. A dor que dói na alma: violência psicológica contra a mulher. In: SIMPÓSIO BAIANO DE PESQUISADORES SOBRE MULHERES E RELAÇÕES DE GÊNERO, 16; SEMINÁRIO NACIONAL: POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES, 1., 2010, Salvador. Anais...Salvador: UFBA, 2010

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, mai. 1976. The Role of the Judge in Public Law Litigation on JSTOR.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Orientações para Psicólogos(os) sobre Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais. 2020. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Orientac%CC%A7o%CC%83es-Mulheres-em-situac%CC%A7a%CC%83o-de-viole%CC%82ncia-2.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023

CRESCO, Maria Hernandez. et. al. (Coord.). **Tribunal Multiportas** – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

São Paulo: Conselho Regional de Psicologia /CRP, 2020. Resolução CRP N.º 04/2020. CRP - <https://crpsp.org/legislacao/view/207>

Campos B, Tchalekian B, Paiva V. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: VULNERABILIDADE PROGRAMÁTICA EM TEMPOS DE SARS-COV-2/ COVID-19

EM SÃO PAULO. Psicol Soc [Internet]. 2020;32(Psicol. Soc., 2020 32). Available from: <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v3224033>

DA SILVA, Marcos Claro; MUNIZ, Tânia Lobo. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito**, Porto Alegre, RS, n. 39, dez. 2018. ISSN 2595-6884. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em: 21 mar. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 22. ed. Salvador: Jus Podium, 2020, v.1.

DINIZ, G. R. S.; ANGELIM, F. P. Violência doméstica: por que é tão difícil lidar com ela? Revista de Psicologia da Unesp, 2(1), 20-35, 2003. Disponível em: <https://seer.assis.unesp.br/index.php/psicologia/article/view/1042/961>. Acesso em: 18 abr. 2022

DUBOIS, Jean et al. **Dicionário de Linguística**. São Paulo: Cultrix, 1997.

FABENI, L. et al. O discurso do “amor” e da “dependência afetiva” no atendimento às mulheres em situação de violência.

Revista do NUFEN, Belém, v. 7, n. 1, p. 32 - 47, 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217525912015000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 abr. 2022.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. **Violência Doméstica Contra a Mulher e suas Consequências Psicológicas**. Orientador: Elizete Silva Passos.

2016. 24 f. Monografia. (Graduação em Psicologia). Fundação Bahiana para o Desenvolvimento das Ciências. Salvador. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023

FONSECA, Reynaldo Soares da. A alternativa da conciliação: Reflexões sobre o acesso e a saída da Justiça Federal. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 92-108.

GASPARI, Thais. Comunicação Não-Violenta: Ajudando Famílias a se Comunicarem Reduzindo Conflitos. Orientador: Rossane Frizzo de Godoy. 2020. 44f. Monografia. (Graduação em Psicologia) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6857/TCC%20Thais%20Gaspari.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 16 jan. 2023

GHISLENI, Ana Carolina e SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappeletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. 2003. 84f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife. Pernambuco, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4341>. Acesso em: 15 nov. de 2020.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas**: Em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Orientador: Vladimir Brega Filho. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>. Acesso em 13 jan. 2023.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2018.

KASHANI, Javad H.; ALLAN, Wesley D. **The impact of family violence on children and adolescents**. Thousand Oaks, Ca: Sage, 1998.

LANÇANOVA, Jônatas Luís. O poder judiciário em crise e a mediação como meio alternativo de solução dos conflitos. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ. Ano XXIII, nº 42, jul-dez, 2014.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. Manual de Mediação: Teoria e Prática. Editora: New Haptom, Belo Horizonte, 2007.

MENDES, Tatyane. O que é Comunicação Não-Violenta (CNV) e como aplicar o conceito. **NaPrática**, on-line. 23 de jul. 2021. Desenvolvimento. Disponível em: <https://www.napratica.org.br/comunicacao-nao-violenta/> Acesso em: 16 jan. 2023

MENEZES, Ana Luiza Teixeira de. Mulheres: fruto de dominação e fruta para libertação! In: STREY Marlene Neves et al (Org.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2000. pp. 125-134.

Mueller I, Tronick E. Early Life Exposure to Violence: Developmental Consequences on Brain and Behavior. *Front Behav Neurosci*. 2019 Jul 9;13:156. doi: 10.3389/fnbeh.2019.00156. PMID: 31338031; PMCID: PMC6629780

MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis**: abuso não-físico contra mulheres. Tradução Denise Maria Bolanho. São Paulo: Summus, 1999.

MOREIRA, Katia Denise. A Mediação como Método de Resolução de Conflitos Interpessoais na Universidade Federal de Santa Catarina (dissertação); orientador, Luis Carlos Concellier de Olivo - Florianópolis, SC, 2014. 274 p.

NEVES, Gabriela Angelo, SILVA, Samira. R. da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. As ondas renovatórias do italiano Mauro Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro. **Revista Ambiente Acadêmico**. Vol 2 . Núm I. 2016, pp. 74-91. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/04/revista-ambiente-academico-edicao-3-artigo-5.pdf> Acesso em 12 jan, 2023.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. e SPENGLER, Fabiana Marion. **O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social** [recurso eletrônico]- Curitiba: Multideia, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Relatórios diversos, 1998. Disponível em: Ou Local: editora, ano

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 132, p. 287-305, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/VBJddznQGqP6TLRwqZ6qpCh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 de julho de 2021.

PASSOS, Úrsula. Mundo pós-pandemia terá valores feministas no vocabulário comum, diz antropóloga Debora Diniz. **Folha de São Paulo**, on-line. 6 abr. 2020. Saúde. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/mundo-pos-pandemia-tera-valores-feministas-no-vocabulario-comum-diz-antropologa-debora-diniz.shtml#:~:text=A%20pandemia%20atinge%20homens%20e,o%20cuidado%20cabe%20%C3%A0s%20mulheres>. Acesso em 14 jan. 2023

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIZETA, Raquel; PIZETTA, Edimar Pedruzi; RANGEL, Tauã Lima Verdan. A Morosidade Processual como entrave ao Acesso a Justiça. **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, a. 5, n. 1162. 2014. Disponível em: <http://t.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3515> Acesso em: 22 nov. 2020.

RODAS, João Grandino, A “descoberta” da mediação no Brasil. **Conjur**, on-line. 7 mai. 2020. Olhar Econômico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/olhar-economico-descoberta-mediacao> Acesso em: 16 jan. 2023

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Leonel Madaíl dos. **Mediação Penal**. Lisboa: Chiado, 2015.

SIGNATES, I. Estudo sobre o conceito de mediação. **Novos Olhares**: Revista de Estudos sobre Práticas de Recepção a Produtos Midiáticos – ECA/USP, São Paulo, n. 2, jul./dez. 1988. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/download/51386/55453/63951>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334; questões controvertidas no código de processo civil de 2015 - CPC. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/4468/2053>. Acesso em 17 de julho de 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5ª ed. São Paulo, 2019.

TOALDO, Adriane Medianeira; OLIVEIRA, Fernanda Rech de. Mediação familiar: novo desafio do Direito de Família contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez, 2011.

Campos B, Tchalekian B, Paiva V. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: VULNERABILIDADE PROGRAMÁTICA EM TEMPOS DE SARS-COV-2/ COVID-19 EM SÃO PAULO. *Psicol Soc* [Internet]. 2020;32(Psicol. Soc., 2020 32). Available from: <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v3224033>

WHA (World Health Organization). WHA 49.25. **Prevention of violence**: a public health priority. Forty-ninth Assembly. Geneva: World Health Association, 20-25 may 1996. <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>

PROCESSO DE ACOLHIMENTO PARA MULHERES E SEUS FILHOS NA PANDEMIA DE COVID-19

Ana Carolina Valanera Trindade*

Diana do Carmo Teixeira*

1. BREVES NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO PROCESSO DE ACOLHIMENTO DE MULHERES E FILHOS NO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19, COM O RECORTE DO PERÍODO DE 2019 A 2021

A análise parte da reflexão das dinâmicas de violência doméstica e da estrutura estatal fornecida à população para combater a violência contra a mulher. Coletadas e verificadas as informações, conclui-se que mesmo com importante regramento jurídico relacionado ao tema, no Brasil não foi possível acolher a demanda de casos de violência doméstica por falta de estrutura estatal aos equipamentos de primeiro contato e à falta de capacitação para o servidor público que, por não estarem preparados e estruturados, fazem com que a vítima seja violentada novamente e não busque os dispositivos corretos para fugir da violência doméstica.

O mundo não estava preparado para a pandemia estabelecida pelo covid-19, o Brasil muito menos. Países de primeiro mundo sofreram com a falta de estrutura para lidar com a demanda de doentes, com a alta taxa de mortalidade de pessoas idosas, com a impossibilidade de circulação de pessoas devido à alta taxa de contaminação e com a crise financeira que eclodiu em face da necessidade do *lockdown*.

O Brasil, que lidava com uma crise econômica, com a precarização na prestação de políticas públicas de qualidade para população, com a alta

* Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-Graduada em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela FADERGS. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela FMP. Servidora Pública Estadual e Advogada. Membro do IBDFAM nº 16229. Contato: anacarolvt@gmail.com

** Graduada em Administração de Empresas pela UNIP, Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI; Graduada em Turismo e Hotelaria pela UNIP; Graduada em Direito pela UNIMES; Graduada na Pós-Graduação em Ciências Criminais pela UNIAMERICA. Atualmente, atua com desenvolvimento de Políticas Públicas Municipais para Mulheres. Membro do IBDFAM nº 17863. Contato: dianadocarmo@ymail.com.

taxa de desemprego e o aumento da população de extrema pobreza, teve de lidar com uma doença que necessitava de distanciamento social, de fechamento do comércio, de infraestrutura na saúde e de programas de transferência de renda para população carente.

Com a exigência de isolamento, famílias necessitaram efetuar o processo de isolamento na mesma residência. O convívio antes restrito a poucas horas ao dia, tornou-se contínuo, e a violência doméstica, neste cenário, um problema ainda pior. O desgaste na relação, a situação financeira da família, o desgaste psicológico de alguns pares na busca pelo sustento durante o *lockdown*, os espaços de convivência pequenos, a falta de diálogo, dentre outras situações influenciaram a evolução da violência doméstica.

A dinâmica do ciclo de violência pode não ter se iniciado com o período de reclusão a que a pandemia nos obrigou, mas propiciou um terreno fértil para a prática de violência doméstica contra as mulheres. Para muitas delas ocorreu a transformação da residência/lar para um ambiente hostil com a primeira fase do ciclo de violência. Fase iniciada com agressões verbais, destruição de objetos, ações de ciúmes, ameaças, destrato com palavras de baixo calão. De acordo com dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, uma mulher foi morta a cada sete horas no ano de 2020, o que equivale a 1.350 mulheres assassinadas, registrando um aumento de 16,3% em relação ao ano de 2019. Ainda de acordo com os dados, um boletim de ocorrência foi registrado a cada 2 minutos e meio. Tal situação não foi particular do Brasil, mas ocorreu um aumento nos registros deste aumento em países como Itália, França e Espanha, consolidando a vulnerabilidade e a violência contra a mulher na pandemia como uma problemática internacional.

Desenhar um X vermelho na mão e apresentar em estabelecimentos comerciais, balançar o celular rapidamente durante o uso da rede social *Facebook*, botão de pânico em aplicativos, páginas *fake* de maquiagem, são algumas das estratégias utilizadas para efetuar a denúncia do agressor, solicitar ajuda e evitar a violência doméstica.

Conforme Soares (2005, p. 41), em sua maioria, são as mulheres as principais vítimas da violência doméstica, por meio de atos como coerções, humilhações, agressões físicas e sexuais, violência reiterada que se intensifica com o tempo, ocasionando irreparáveis danos na vida da vítima.

Segundo Krenkel e Moré (2017, p. 771) citando dados da Organização Mundial da Saúde ((World Health Organization – WHO, 2014):

Vivenciar uma situação de violência prejudica o desenvolvimento vital das mulheres, podendo acarretar problemas graves para a saúde física, mental, sexual e reprodutiva, a curto e longo prazo, gerando altos custos econômicos e sociais. A violência contra a mulher, sobretudo a violência por parceiro íntimo e a violência sexual, está entre os principais problemas de saúde pública e violação dos direitos humanos. Os índices mundiais mostram que 30% das mulheres admitem já ter sofrido violência física ou sexual por seu parceiro, ao longo da vida, e 38% dos assassinatos contra mulheres são cometidos por seu parceiro ou ex-parceiro íntimo. (WHO, 2014, apud KRENKEL; MORÉ, 2017, p. 771)

De acordo com Souza *et al* (2021, p. 2), “No Brasil, a violência contra mulheres é pautada em um histórico-cultural patriarcal e androcêntrico, que se constitui nessa desigualdade manifestada com a tendência a diminuir a mulher em relação ao homem, o que gera sua vulnerabilização”. O Brasil carrega a triste ideia de “que em briga de marido e mulher não se mete a colher”, e esse fato é retratado através da estatística.

Conforme a OMS, uma em cada três mulheres no mundo sofre violência física ou sexual. Segundo o DataSenado (2019), 36% das mulheres brasileiras dizem que já sofreram violência doméstica, sendo que entre os anos de 2011 e 2019, o percentual de mulheres agredidas por ex-companheiros subiu de 13% para 37%. Em 2018, de acordo com o Atlas da Violência (2020), a cada duas horas uma mulher é assassinada no Brasil, totalizando 4.519 vítimas, sendo que 38,9% dos homicídios ocorreram dentro da residência da mulher, 68% dessas mulheres eram negras e 50% das mortes foram efetuadas por disparo de armas de fogo. Entre os anos de 2013 e 2018, ocorreu maior número de homicídios dentro de casa, um aumento de 8,3%, sendo que a taxa no mesmo período diminuiu 11,5% em homicídios fora de casa.

Consoante Bianchini (2020, p.):

Esses dados reforçam a noção de que, apesar dos avanços, de uma maneira geral, na maior percepção da violência contra a mulher e seus aspectos, as vítimas estão sofrendo caladas, sem conseguir buscar ajuda, por diversos fatores (medo, temor em relação aos filhos, dependência financeira, emocional, dentre outros), o que é bastante preocupante.

No período da pandemia de covid-19, além dos problemas existentes no Brasil (crise econômica; drogadição e alcoolismo do parceiro; pro-

blemas psiquiátricos), a doença ocasionou a necessidade de confinamento em casa, com o fim de conter a contaminação e evitar um colapso na rede pública e privada de saúde, abrindo espaço para uma maior interação na relação interpessoal entre o agressor e a vítima, suscitando uma gama de abusos que enfraquecem a vítima, propiciando maior risco de violência física, psicológica e o real risco de homicídio.

2. ABRIGAMENTO NA PANDEMIA

A falta de estabilidade financeira (em que muitas das vezes o homem é o arrimo de família, sem uma rede de proteção e sem fonte de renda) acarretada pela crise financeira do país e pela situação pandêmica da covid-19, fez com que a mulher estivesse encarcerada em sua própria residência. Inseguras, sem forças para lutar, sobreviveram durante esse tempo sob violência doméstica. E ao constatar a necessidade de buscar abrigo após a violência cometida por seu par, a mulher se vê com suas mãos atadas frente à necessidade de obter um local que promova a segurança e proteção real não somente para ela, mas para seus filhos. E interessando-se em compreender o atendimento para mulheres vítimas de violência doméstica e filhos no período da pandemia da covid-19, foi utilizada a análise dos dados do município São Vicente no litoral paulista.

O termo abrigo se trata de algo amplo, compreendendo uma diversidade de serviços, programas e benefícios. Trata-se de acolhimento provisório amparado por políticas federais, estaduais e municipais, vinculadas à proteção da mulher em situação de violência. Visando retirar a mulher do contexto de vulnerabilidade temporária, assegurando a sua proteção física, seu bem-estar psicológico e social. Amparando a mulher e seus filhos.

Assim, no que tange ao atendimento às mulheres previsto na Lei, uma das questões fundamentais para garantir a integridade física e moral da mulher diz respeito ao abrigo nos casos de risco de morte. Neste nível de assistência, a principal resposta do Estado está traduzida na criação de equipamentos denominados Casas-Abrigo, que tem por atribuição prover, de forma provisória, medidas emergenciais de proteção em locais seguros para acolher mulheres em situação de violência doméstica e familiar sob risco de morte, acompanhadas ou não de seus filhos(as). (BRASIL, 2011, p. 12.)

O Estado tem por obrigação adotar políticas de proteção e enfrentamento à violência para todas as mulheres vitimizadas pela violência domé-

tica, em concordância com os arts. 8 e 35 da Lei nº 11.340/06, a Lei Maria da Penha, visando à implementação de: estruturas de atendimento policial especializado para as mulheres e de atendimento de assistência social especializado (Centros de Referência de Assistência Social – CRAS/Centros de Referência Especializados de Assistência Social – CREAS); casas-abrigos para mulheres vítimas de violência doméstica; e à integração de uma rede pública de apoio (segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação).

O Município de São Vicente/SP possui diversos equipamentos direcionando à mulher vulnerabilizada desde as primeiras tomadas de decisão, com o objetivo de resguardar a ela e aos filhos. Dispõe de cinco Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), dois Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), um Juizado Especial da Família e uma Delegacia Central de Atendimento à Mulher. Sua população é de 368.355 pessoas, conforme o IBGE (ano), se trata de um município de grande porte. Conforme o Relatório de Informações Sociais do Ministério do Desenvolvimento Social, o município, em 2019, possuía 100 vagas para atendimento a mulheres e idosos, 70 vagas para acolhimento de crianças e adolescentes e 50 vagas para acolhimento institucional para adultos e famílias.

Após contato com a Secretaria da Assistência Social do município, em maio de 2021, foi apresentada a quantidade de atendimentos/abrigo de 350 pessoas nos três primeiros meses de 2020, sendo este o número total de vagas. A resposta apresentada para o aumento de vagas de 220 para 350 foi justamente a questão da pandemia de covid-19. Porém, acompanhando a crescente quantidade de dados relacionados à violência doméstica no Brasil, somada à ideia de que se trata de um município de grande porte, fica perceptível que a demanda é superior à quantidade de serviço ofertado.

Em relação à Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) de São Vicente, entre 2011 e 2020 foram efetuados os registros de: 1 feminicídio; 13 tentativas de feminicídio; 7.182 violências domésticas; 227 estupros; 96 estupros de vulneráveis; e 56 outros crimes sexuais. No entanto, em maio de 2019 constataram-se diversas reclamações de advogadas à Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher de São Vicente, denunciando que diversas mulheres, algumas suas clientes, que buscaram efetuar o boletim de ocorrência nesta DDM, sofreram vitimização secundária e não conseguiram efetuar o boletim de ocorrência, ocasionando a perda de confiança nas entidades formais de segurança e em entidades do poder

público, acarretando a não busca por acolhida e o não registro da violência sofrida (cifra negra).

Em relação às Medidas Protetivas (conforme dados fornecidos pela DDM de São Vicente) houve um aumento de solicitações de 2011 para 2020. Em 2011 foram efetuadas 149 medidas protetivas, frente ao período de 2020, quando se executaram 257. De 2011 a 2020 foram efetuadas, ao todo, 1.975 medidas protetivas no município.

Conforme apresentado pela Secretaria de Assistência Social de São Vicente, no período da pandemia, a cidade possuía dez Casas Abrigo, sendo cinco abrigos diretos (planejados e estruturados pela rede do município) e cinco indiretos (recebem recursos do município, porém são estruturados e administrados por empresas do 3ºsetor). Do total de Casas do município, apenas duas recebem mulheres com filhos (os equipamentos Reviver e Casa Estar) e as demais são divididas em abrigamento para população adulta e abrigamento para crianças/adolescentes. O fato é que somente dois equipamentos recebem mulheres com filhos e isso impossibilita muitas vezes que mulheres desejem ir para um abrigo, pois gera o receio de serem separadas dos filhos, dificultando o processo de acolhida.

Uma particularidade do município é o sistema chamado Central de Vagas, com objetivo de monitorar e agilizar o acolhimento de adultos, adolescentes e crianças (em situação de rua, violência e medidas protetivas). Conforme apresenta o Serviço Especializado de Abordagem Social (SEAS), se trata de uma ferramenta que ampara toda a rede da assistência do município (Diretorias de Proteção Básica, Média e Alta).

Para termo de ciência, além das dez casas abrigo, no período da pandemia o município contou com dois equipamentos/casas abrigo de auxílio a mulheres dependentes químicas e vítimas de violência doméstica. Os dois equipamentos (Missão Batista de Amparo à Mulher e a Fraternidade O Caminho), administrados por igrejas locais, dispunham de estrutura e regimento próprio e não eram amparadas com fluxo financeiro da União. O objetivo das entidades no período de pandemia foi oferecer estrutura física, espiritual e psicológica para mulheres em estado de drogadição e violência doméstica. Porém estas entidades não acolheram os filhos das usuárias.

No município de São Vicente os procedimentos para o acolhimento/abrigamento de vítimas de violência (mulher e filhos) se dão por meio de duas vias, em que a primeira se desenvolve mediante a busca da usuária pelos equipamentos CRAS, CREAS, Centro de Referência para População de Rua (CENTRO POP) e Hospital Municipal. Após o comparecimento da vítima

ao equipamento da rede, é efetuada uma avaliação técnica, por psicóloga ou assistente social municipal, que efetua o cadastro da família no Sistema Único da Assistência Social (CADÚNICO) e, em caso de necessidade, em programas de transferência de renda do Governo Federal. Após o primeiro atendimento/avaliação técnica, caso não haja possibilidade de abrigo em casa de familiares, é efetuada uma varredura por meio do sistema Central de Vagas, direcionando a família para o abrigo. A varredura não apresenta a certeza do abrigo pela rede pública para a usuária e filhos.

O segundo fluxo é informal. Trata-se do contato do Delegado (da DDM ou de um dos outros dois equipamentos da Polícia Civil do município) visando resguardo e auxílio emergencial em retirar a mulher e filhos da residência/contato com agressor, transferindo-os para um abrigo seguro. O Delegado entra em contato informalmente com uma das gestões das proteções da Assistência Social Municipal (Proteção Básica, Média ou Alta), para verificar se existe a disponibilidade de vagas, e com isso abrigar a mulher vitimizada e seus filhos. Verificado na Central de Vagas, essa família é direcionada para o equipamento da rede. Também não se trata de garantir a vaga na rede pública, apenas a possibilidade de atendimento técnico.

Conforme Mello (2017, p.) retrata “É preciso que o Estado se mostre confiável à mulher vítima de violência, e para tanto, o primeiro passo é que ele seja capaz de construí-la como tal, como todas as suas particularidades”. Os equipamentos da rede infelizmente não conseguem lidar com as demandas de mulheres vítimas de violência em períodos normais e no período de pandemia a situação piorou. No litoral de São Paulo é visível o sucateamento dos equipamentos públicos, em pauta os da Polícia Civil e os de primeiro contato da assistência social (CRAS/CREAS). Na Baixada Santista poucos são os equipamentos públicos que possuem estrutura mínima para registro/atendimento das demandas públicas.

A mulher vítima de violência ao comparecer a esses equipamentos, além de se deparar com um ambiente insalubre, encontra os profissionais/servidores públicos sem estrutura e um equipamento abarrotado de demandas. Demandas essas antes impossíveis de atender pelo motivo de os equipamentos atenderem à população com equipe mínima, e depois acrescidas as dificuldades que ocorreram no período da pandemia de covid-19. Em face a alguns protocolos de saúde, diversos profissionais foram afastados, alguns com comorbidades ou devido à idade avançada, o que dificultou em muito o atendimento antes já deteriorado.

No período da pandemia foi possível compreender que, além das dificuldades ressaltadas, foi acrescida a necessidade de atualização dos

profissionais, não somente os públicos quantos os advogados, visto que alguns não possuem o preparo e a empatia suficientes para não revitimizar a mulher já violentada.

A falta dos recursos gera uma vulnerabilidade ainda maior. O período da pandemia de covid-19 ressaltou o que há de pior na sociedade frente ao contexto de violência contra mulher, desumanizando essa, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, aprisionando a mulher a uma continuidade de violência. A pandemia evidenciou um Estado sem poder de ação, políticas públicas impossíveis de serem cumpridas, não sendo possível arcar com o básico, garantir a proteção para essas mulheres vulneráveis. E é tácito que sem estrutura essas mulheres entram para um rol das situações mais tristes, famílias destruídas, vidas cerceadas e o aumento exponencial de feminicídios.

3. A LEI Nº 11.340/2006 E SUAS ALTERAÇÕES FRENTE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Em 7 de agosto de 2006, com o claro objetivo de mudanças no cenário relativo à violência doméstica contra a mulher, foi publicada a Lei nº 11.340 que se tornou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, mulher sobrevivente dos atos de violência perpetrados por seu marido.

No ano de 1983, Maria sofreu tentativa de feminicídio e ficou paraplégica. Devido ao fato de em 1998 seu agressor ainda estar em liberdade, o seu caso ganhou repercussão internacional, sendo denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Unidos, a qual, por sua vez, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância à violência doméstica contra as mulheres, bem como determinou a este que prosseguisse com a devida punição do agressor de Maria da Penha, e procedesse com uma reforma que evitasse a repetição de casos como o dela.

Assim, a Lei nº 11.340/2006 contribuiu, após muita luta, para viabilizar e incentivar a criação de mecanismos visando coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e fazer com que tratados e convenções internacionais, criados para prevenir e punir os atos de violência contra a mulher, fossem observados e efetivamente aplicados nos casos levados à conhecimento das autoridades.

Vale mencionar que, ainda no ano de 2006, até 45 dias após a data de publicação da Lei nº 11.340, os atos de violência contra a mulher eram vistos como crimes de menor potencial ofensivo, sendo levados a julgamento nos juizados especiais criminais, outrora popularmente conhecidos como “juizados de pequenas causas”.

Registre-se que a comunhão de esforços que levou à publicação da Lei Maria da Penha culminou também e, conseqüentemente, em um sistema de proteção integral para os casos de violência doméstica contra mulheres.

A Lei nº 11.340/06 está entre as três melhores do mundo no que diz respeito à proteção da mulher, segundo o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e, com o objetivo de dispensar proteção integral às mulheres, a referida Lei apresenta sete títulos, por meio dos quais expõe conceitos e definições, assegura direitos e deveres, inclusive para os agressores, bem como determina medidas e procedimentos que devem ser observados e adotados por autoridades policiais e judiciárias nos casos de violência contra a mulher.

De modo a deixar claro o alinhamento com as regras internacionais, o art. 6º da Lei nº 11.340/06 afirma que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

Neste íterim, vale referir que a Constituição Federal de 1988 informa, em seu art. 4º, reger-se nas suas relações internacionais de acordo com um rol de princípios, cumprindo destacar, na oportunidade, o constante do inciso II do referido artigo, a saber, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Percebe-se, assim, que o Estado brasileiro, com a criação de leis como a Lei nº 11.340/2006 que apresenta mecanismos de prevenção, coibição e punição de atos de violência, tem buscado manter-se alinhado com as normas, convenções e tratados internacionais, prezando, então, pela efetiva preservação dos direitos humanos.

Em termos de proteção integral, cumpre mencionar que os arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha apresentam o conceito de violência doméstica e informam um rol de formas pelas quais tal violência pode vir a se manifestar.

Destaque-se o art. 5º ao definir que “(...) configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”. Em outras palavras, reconheceu-se a existência de cinco formas de violência: a física, a sexual, a psicológica, a moral e a patrimonial.

Reforçando o engajamento com o cenário mundial, vale referir que as formas de violência elencadas na legislação pátria decorrem da tipologia

proposta pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a qual apresentou três grandes categorias de violência: a violência coletiva, a violência autoinfligida e a violência interpessoal, a qual, por vez, divide-se em violência comunitária e violência familiar.

Após tais definições iniciais, presentes nos arts. 5º e 7º, a Lei apresenta um título voltado para a assistência da mulher em situação de violência doméstica e familiar. O Título III aborda sobre as medidas integradas de prevenção, ou seja, políticas públicas que devem ser articuladas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para viabilizar a proteção integral, a Lei, nos termos de seu art. 9º, prevê e determina assistência articulada entre "(...) os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso." (BRASIL, Lei 11.340, 2006).

Note-se que a Lei aborda desde o atendimento a ser prestado pela autoridade policial quando do relato da ocorrência de violência doméstica até o atendimento a ser prestado por equipe multidisciplinar formada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Constam da Lei medidas protetivas de urgência divididas em duas categorias, a das medidas de proteção à ofendida, e a das medidas de obrigações ao agressor. Registre-se que o descumprimento das referidas medidas configura crime com punição prevista em lei.

Desde que entrou em vigor, em 2006, a Lei sofreu algumas alterações, destacando-se as mais recentes delas decorrentes da Lei 14.188/21, de 29 de julho de 2021, a qual alterou o Código Penal para que fosse incluso neste o crime de violência psicológica contra a mulher, com punição de seis meses à dois anos de prisão e multa; e alterou a Lei Maria da Penha para que constasse nela a possibilidade de afastamento imediato do agressor do lar em caso de ameaça à integridade psicológica da mulher em situação de violência.

Merece destaque, ainda, a Lei 14.188/21 devido ao incentivo gerado para que mulheres denunciem situações de violência a partir da demonstração do desenho de um "X", preferencialmente na cor vermelha, na palma da mão. Tal gesto impulsionou a denominada "Campanha Sinal Vermelho".

Importante registrar que esta última alteração legislativa demonstra um avanço no que diz respeito à proteção integral, uma vez que, ao deter-

minar a inclusão da violência psicológica como crime no Código Penal, esta visa coibir e punir uma forma de violência que não deixa marcas visíveis, uma forma de violência que não é facilmente identificada e/ou denunciada.

Neste sentido, não se pode deixar de mencionar que o Governo Federal mantém a Central de Atendimento à Mulher, serviço acessível a partir de uma ligação gratuita para o número 180. Esta Central funciona 24 horas por dia, 7 dias por semanas, e além de receber denúncias e encaminhamentos de casos de violência contra a mulher, o serviço fornece informações sobre os direitos da mulher, como locais de atendimento mais próximos e apropriados para cada caso: Casa da Mulher Brasileira (presente em alguns Estados apenas), Centros de Referência, Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM), Defensorias Públicas, e Núcleos Integrados de Atendimento às Mulheres, entre outros.

Apesar de todos os esforços e medidas já adotadas desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, as estatísticas indicam que desde o início a pandemia de covid-19, os casos de violência doméstica aumentaram.

Em contrapartida, o número de denúncias teria aumentado também. Um levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em parceria com o Instituto de Pesquisas Datafolha, demonstra que uma em cada quatro mulheres brasileiras, acima de 16 anos, afirmam ter sofrido alguma forma de violência durante a pandemia de covid-19 (IBDFAM, 2021).

E, conforme informações do Governo Federal, apenas entre os meses de janeiro e julho do ano de 2021, o número 180 registrou cerca de 40 mil denúncias de violência doméstica e familiar contra a mulher. (AUTOR, ano).

Tratando-se a pandemia de um fenômeno mundial, os efeitos do isolamento elevaram os números da violência contra a mulher em diversos países e não apenas no Brasil. Note-se que, conforme infográfico constante da página ONU Mulheres, até a data de publicação em abril de 2020, pouco tempo após a determinação mundial de *lockdown*, os casos de violência contra mulheres teriam aumentado 25% na Argentina, 30% na França e em Chipre e 33% em Cingapura, além de aumento no registro de casos no Canadá, na Alemanha, na Espanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos. (UNWOMEN, 2020).

Assim, foi em meio a determinações de isolamento social em decorrência da pandemia de covid-19 que a Lei brasileira nº 11.340/2006 completou 15 anos. Mais tempo em casa acabou expondo muitas mulheres ao redor do mundo às mais variadas formas de violência. No entanto, as ferreamentas constantes da Lei Maria da Penha têm encorajado cada vez mais mulheres, no Brasil, a denunciar as violências sofridas e a buscar ajuda.

Por fim, tem-se a certeza de que a pandemia de covid-19 vai passar, e a Lei nº 11.340/2006 seguirá sofrendo alterações na expectativa de que os números de denúncias sejam cada vez menores, não porque as denúncias não são feitas por medo ou outros motivos, como ocorria até pouco tempo, mas porque a Lei Maria da Penha efetivamente terá conseguido alcançar o objetivo de coibir os atos de violência doméstica contra a mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que o mundo foi pego de surpresa com a chegada da pandemia do covid-19, e a mulher acabou sendo a figura que mais sofreu neste período. Com a renda familiar comprometida e a necessidade de infraestrutura para sua manutenção e de seus filhos, a mulher foi novamente vitimizada. A determinação de isolamento social fez com que muitas mulheres fossem encarceradas dentro de suas residências junto de seu agressor e, o pior, minimizando qualquer possibilidade de fuga da violência por parte destas mulheres.

A pandemia acabou, então, potencializando a violência doméstica, e permitindo que esta se perpetuasse diante da já existente falta de estrutura pública para oferecer um mínimo de amparo às mulheres vítima de violência. Percebe-se que o respaldo estatal já era frágil antes da covid-19, mas a partir de março de 2020, toda a proteção e rede de apoio à mulher vítima de violência parecem ter sido consideravelmente reduzidas.

Como demonstra a alta taxa de feminicídios neste período, a mulher que não teve acesso às políticas públicas sofreu mais na pandemia. A ausência de registro das suas informações, a não integralização dos poderes públicos de forma articulada prometida na Lei Maria da Penha e a desumanização de sua figura, influenciaram de forma devastadora no psicológico dessas mulheres.

O art. 12-C da Lei nº11.340/06 (Lei Maria da Penha) expressamente informa que havendo risco à integridade da mulher o agressor deve ser afastado por uma autoridade policial ou judicial. Porém, a dificuldade enfrentada na prática segue sendo a de como efetuar o afastamento do agressor do lar quando a mulher vítima de violência muitas vezes nem mesmo consegue o atendimento público ao qual faz *jus*.

É notório que os equipamentos públicos estão há muito tempo sucateados, mas a pandemia de covid-19 agravou a situação das estruturas públicas, de modo que alguns equipamentos assistenciais precisaram ser

fechados por falta ou redução de recursos humanos, o que, por vez, também contribuiu para a precariedade de atendimento referida. Reafirma-se que o problema não teve sua origem na pandemia, os equipamentos que atendem à demanda de violência contra a mulher padecem com a falta de estrutura ou desorganização de planejamento municipal há tempos. Tenta-se dar conta da alta demanda de usuários, atendendo a população com equipes mínimas ou despreparadas e não especializadas, quando não, inclusive, sem um mínimo de empatia frente à grandeza da problemática e da necessidade de um acolhimento, no sentido *stritu* da palavra, por parte do Estado.

A pandemia evidenciou, no quesito acolhimento, que o poder público não criou condições possíveis para acolher de verdade a população, e quando criou vagas nas casas de acolhimento, foram poucas e insuficientes para abraçar a demanda. Não foram elaborados projetos que amparassem com dignidade essas mulheres (tanto no aspecto financeiro quanto no próprio abrigo). A dinâmica oferecida pelos equipamentos já negligenciados (segurança pública e assistência), promoviam a vitimização secundária dessas usuárias, tanto no atendimento quanto na promoção de políticas públicas (programas de transferência de renda; política de abrigo, acolhimento e acompanhamento). O Estado, nitidamente, não possui capacidade para proteção da mulher e filhos, o que ocasiona aumento de vulnerabilidades, vitimizações e danos.

Em contrapartida, a pandemia de covid-19 demonstrou que o Brasil possui uma legislação que está entre as melhores do mundo pelo que prevê e determina, mas cuja eficácia ainda precisa evoluir muito. A Lei nº 11.340/2006 contém um rol de ações e políticas públicas que, se efetivamente implantados e seguidos, podem cumprir com o objetivo de coibir os atos de violência doméstica contra a mulher.

No entanto, percebe-se que o Estado ainda está engatinhando em termos de aplicação da Lei Maria da Penha. Alguns Municípios apresentam parte da estrutura proposta na referida Lei, porém outros não possuem estrutura mínima para aplicar o regramento jurídico e garantir os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana das mulheres expostas a situações de violência.

Logo, resta claro que de nada adianta uma legislação exemplar, alinhada com as convenções internacionais, com a determinação de abordagem interdisciplinar e um rol de ações e medidas de proteção e coibição de condutas, mas que não é aplicada e efetivamente cumprida. A falta de aplicação das normas jurídicas causa tantos danos às mulheres vítimas de

violência doméstica quanto a própria violência em si. Entre os danos, observa-se a perda de autoestima das mulheres, a alta taxa de feminicídio, a descrença no poder de ação do Estado e a real constatação de inércia e sensação de impossibilidade de sair da situação de violência.

Por fim, a Lei nº 11.340/2006 e suas alterações são ferramentas que precisam ser utilizadas pelo Estado para que a violência doméstica contra a mulher possa ser coibida, combatida e enfrentada. As medidas previstas em Lei não foram criadas apenas para conhecimento, mas para que sejam aplicadas e o seu objetivo, cumprido.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). Violência contra a mulher aumenta durante a pandemia de COVID-19. **ACNUR**, on-line. 25 nov. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/11/25/violencia-contra-a-mulher-aumenta-durante-a-pandemia-de-covid-19/>>. Acesso em 20 mar. 2021.

BEZERRA, Lucila. Após 15 anos, Lei Maria da Penha ainda esbarra em dificuldades para sua execução. **Brasil de Fato**. 12 ago. 2021. Geral. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/12/apos-15-anos-lei-maria-da-penha-ainda-esbarra-em-dificuldades-para-sua-execucao>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silva. **Crimes contra mulheres**. 2. ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Agência Senado. Nos 15 anos da Lei Maria da Penha combate à violência ainda exige avanços. **Agência Senado**, on-line. 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/08/06/nos-15-anos-da-lei-maria-da-penha-combate-a-violencia-ainda-exige-avancos>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Atlas da Violência. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. 2020. Projetos e estatísticas. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei Maria da Penha completa 15 anos; quase 200 propostas em análise na Câmara visam alterá-la. **Câmara dos deputados**, on-line. 06 ago. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/790652-lei-maria-da-penha-completa-15-anos-quase-200-propostas-em-analise-na-camara-visam-altera-la/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais

nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Datasenado. Violência contra a mulher: agressões cometidas por 'ex' aumentam quase 3 vezes em 8 anos. **DataSenado**, on-line. 4 dez. 2019. Publicação. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=violencia- contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-> Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. **Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de Mulheres em Situação de Risco e de Violência**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/diretrizes- nacionais-para-o-abrigamento-de-mulheres-em-situacao-de-risco-e-de-violencia>>. Acesso em 05 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha: Confira o que mudou nos últimos três anos. **Governo do Brasil**, on-line. 09 ago. 2021. Atualização. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/lei-maria-da-penha-confira-o-que-mudou-nos-ultimos-tres-anos>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. **Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania**. 21 mar. 2020. Assuntos. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. **Relatório de Informações Sociais do Município de São Vicente/SP**. [recurso eletrônico]. Ano. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Riv3/geral/relatorio.php#Dados%20Gerais%20do%20Munic%C3%ADpio>. Acesso em 13 mai. 2021.

COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Anne Carolina Luz Grüttner; LINDNER, Sheila Rubia (org.). **Violência**: definições e tipologias. Florianópolis: Universidade Fe-

deral de Santa Catarina, 2014. Disponível em: https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/1862/1/Definicoes_Tipologias.pdf. Acesso em: 29 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Lei Maria da Penha**. On-line. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA (IBDFAM). Uma em cada quatro mulheres foi vítima de violência no Brasil durante a pandemia. **IBDFAM**, on-line. 23 ago. 2021. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8831/Uma+em+cada+quatro+mulheres+foi+v%C3%ADtima+d+e+viol%C3%A2ncia+no+Brasil+durante+a+pandemia>. Acesso em 16 jan, 2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). Município de São Vicente - SP. **IBGE**, on-line. Cidades e Estados. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/sao-vice.html>. Acesso em 13 mai. 2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Quem é Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 18 ago.2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da Violência**. Saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona. On-line. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em 13 mai. 2021.

ISTO É DINHEIRO. Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%. **Isto É Dinheiro**, on-line. 01 jun. 2020. Giro: Estadão Conteúdo. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40/>. Acesso em 20 mar.2021

JORNAL NACIONAL. IBGE: Brasil tem quase 52 milhões de pessoas na pobreza e 13 milhões na extrema pobreza. **G1**, on-line. 12 nov. 2020. Jornal Nacional. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/11/12/ibge-brasil-tem-quase-52-milhoes-de-pessoas-na-pobreza-e-13-milhoes-na-extrema-pobreza.ghtml>. Acesso em 20 mar. 2021.

KRENKEL, Scheila; MORÉ, Carmen Leontina Ojeda Ocampo. Violência contra a Mulher, Casas-Abrigo e Redes Sociais: Revisão Sistemática da Literatura. **Psicologia. Ciência e Profissão**, on-line. jul/set. 2017, v. 37 n°3, pp. 770-783. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932017000300770&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 08 ago. 2021

MACIEL, Camila. Lei Maria da Penha completa 15 anos. **Agência Brasil**, on-line. 07 ago. 2021. Direitos Humanos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-08/lei-maria-da-penha-completa-15-anos>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MELLO, Adriana Ramos. **Femicídio**: uma análise sociojurídica de violência contra a mulher no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017

MODELLI, Laís. 1 em cada 3 mulheres no mundo sofre violência física ou sexual, e cenário deve piorar com a pandemia, diz OMS. **G1**, on-line. 9 mar. 2021. Ciência e Saúde. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2021/03/09/1-em-cada-3-mulheres-no-mundo-sofre-violencia-fisica-ou-sexual-e-cenario-deve-piorar-com-a-pandemia-diz-oms.ghtml>. Acesso em 09 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Folha informativa COVID-19. **OPAS**, on-line. [202-] Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SOARES, Bárbara. **Enfrentando a violência contra a mulher**: orientações práticas para profissionais e voluntários(as). Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contr-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios>

SOUZA, Marli Aparecida Rocha de, *et al.* Percepção das mulheres em situação de violência sobre o apoio formal: Scoping review. **Escola Anna Nery**, on-line. 2021, v. 25, n. 2, pp. 1-11. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ean/a/TKrgJV6ty7Z6JYGKkyVjjYG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia**: Teoria e prática. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Violência doméstica: 15 interpretações que reforçaram a proteção da mulher em 15 anos da Lei Maria da Penha. **STJ**, on-line. 08 ago. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/08082021-Violencia-domestica-15-interpretacoes-que-reforçaram-a-protecao-da-mulher-em-15-anos-da-Lei-Maria-da-Penha.aspx/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UNWOMEN. The Shadow Pandemic - Violence Against Women and Girls and COVID-19. **UN Women**, on-line. 06 abr. 2020. Multimedia. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/multimedia/2020/4/infographic-covid19-violence-against-women-and-girls>. Acesso em: 29 set. 2021.

O PROTAGONISMO JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO

*Daniele Cristina Barboza**

*Tamires Zimmermann***

1. BREVES NOTAS SOBRE O PROTAGONISMO JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO

A sexualidade e o gênero são manifestados no decorrer da vida do ser humano por serem inerentes a sua personalidade, e o conjunto dessas manifestações está centralizado no direito da dignidade da pessoa humana e abarcado no ordenamento jurídico constitucional, com a finalidade de proteger e promover os direitos fundamentais em seu plano horizontal, afastando qualquer tipo de hierarquização entre os indivíduos, respeitando seu direito à liberdade, à autonomia e à manifestação de vontade sobre sua sexualidade e gênero. Se a tutela dos direitos de liberdade e igualdade está prevista historicamente em diversos textos e constituições internacionais, atualmente, o ordenamento jurídico vive um momento de verticalização das decisões judiciais em que o judiciário tem papel relevante para aplicação e interpretação das normas constitucionais no caso concreto, adotando-as nos julgamentos da tutela de gênero e sexualidade.

Os aspectos da sexualidade e de gênero estão abrangidos no ordenamento jurídico constitucional e ocupam vários momentos e manifestações da vida do ser humano, desde o momento da identificação do gênero, da identidade, da personalidade, da resignação de gênero, à reprodução e sexualidade, em que o conjunto desses momentos está centralizado no direito da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana surge para afastar qualquer tipo de hierarquização entre os indivíduos, os quais devem ser tratados com primazia como fins em si mesmos, e nunca como meios para que outros fins sejam atingidos – sobretudo fins do Estado. Assim, a dignidade da pessoa

* Mestre em Saúde Coletiva e Advogada especialista em Direito de Família e Sucessões
** Advogada; graduada pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul; pós graduação lato sensu em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de MG; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Famílias (IBDFAM); e-mail: tamireszsch@gmail.com

humana passou a ser o núcleo axiológico das constituições, juntamente à centralidade da constituição e dos direitos fundamentais, dando origem ao fenômeno da Constitucionalização do Direito.

Diante desse atual modelo de Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito, com a consagração material e formal dos direitos, o reconhecimento de força normativa do texto constitucional, o controle de constitucionalidade formal e material, a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e horizontalidade, tem-se no ordenamento jurídico do país a proteção dos direitos sexuais e de gênero nas normas- princípios e normas-regras, e também no ordenamento jurídico internacional.

No ordenamento jurídico constitucional estão previstos diversos dispositivos sobre: a) a identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), b) a liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal),

o reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos),

a intimidade e a privacidade (proteção das escolhas de vida), e) a igualdade e a não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), f) a saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico), a felicidade (bem-estar geral),

g) a proteção da criança e do adolescente (proteção integral visando bem-estar); e, no ordenamento jurídico infraconstitucional, sobre a capacidade que se difere da personalidade, sendo a capacidade a medida da personalidade e a personalidade a própria essência do ser humano.

A tutela dos direitos de liberdade e igualdade está prevista historicamente em diversos textos e constituições internacionais, o que se difere nestas composições é a forma de aplicação dessas normas à sociedade ao longo da evolução do constitucionalismo.

Atualmente, os organismos internacionais têm orientado a respeito de políticas públicas e deveres dos Estados-partes sobre a promoção e tutela dos direitos da sexualidade e de gênero, e a transformação desses direitos sociais, afastando qualquer discriminação e violência.

O Brasil, signatário de documentos jurídicos internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, desses não se pode afastar na sua aplicação material, pois o ordenamento jurídico constitucional prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5, §1º da Constituição Federal, 1988), conforme o Supremo Tribunal Federal (RE466343/09).

Os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados por 3/5 e dois turnos (art. 5, §3 da CF/88) possuem status supralegal, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais.

O conjunto do ordenamento jurídico vive um momento de verticalização das decisões judiciais, o judiciário tem realizado a interpretação do direito constitucional aplicando ao caso concreto com julgamento que consiste na evolução e interpretação dos dispositivos constitucionais com a tutela dos direitos sexuais e de gênero, esse protagonismo judicial se dá em razão da omissão legislativa para tutela desses direitos.

2. CONCEITO

Há a necessidade de conceituar para que se possa acolher, respeitar e tutelar os direitos, a importância de conhecer o conceito está intimamente relacionada com o direito que se está protegendo, pois cada pessoa humana tem a sua peculiaridade e identidade distinta, e com isso sofrem diferentes formas de violências e restrições de seus direitos.

No julgamento da ADI 4.275 pelo STF, o voto do Ministro Alexandre de Moraes aponta *in verbis*:

Em primeiro lugar, há que se ter presente a distinção entre “sexo” e “gênero”. A conformação física externa é apenas uma – mas não a única – das características definidoras do gênero. E a doutrina moderna ressalta “a superioridade do elemento psíquico sobre o físico, considerando suficiente a irreversibilidade da identificação psicológica, que tende a prevalecer” (CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES, tese citada, p. 209, reportando-se ao pensamento de YOLANDA BUSTOS MORENO, *La Transexualidad*, Madri, Ed. Dykinson, 2008, p. 178) (BRASIL, 2018, pp. 19- 20 – grifos do autor).

A expressão gênero está relacionada a todo corpo, seja na forma como o corpo se expressa socialmente e se apresenta no mundo, seja na maneira como se mostra no vestir-se e interagir na sociedade.

Por sua vez, a identidade de gênero está ligada ao cérebro – identidade biopsicológica, é a identidade de gênero que a pessoa humana se compreende como socialmente e se enxerga no mundo (informação verbal)¹.

¹ Fala de Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz no Ciclo de Palestra Direito e Sexualidade e Gênero em 21 de maio de 2021.

Dispõe Maluf (2010, p. 249 apud TINOCO; CABRAL, 2019, p. 4): “o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas”.

De acordo com Tereza Rodrigues (TINOCO; CABRAL, 2019, p. 4), a identidade de gênero é “[...] uma condição em que a pessoa nasce com sexo biológico de um gênero, mas se identifica com os indivíduos pertencentes ao gênero oposto, e considera isso como desarmônico e profundamente desconfortante.”

O sexo biológico ou de nascimento é aquele definido pelas características específicas dos aparelhos reprodutores com os quais a pessoa nasce, mas há pessoas que nascem com o sexo indefinido, as quais ou têm características de ambos os sexos ou não têm órgãos sexuais e reprodutivos, essas são chamadas de intersexuais.

A doutrina aponta, portanto, que se a pessoa nascer com os órgãos genitais femininos será classificada como feminina e se for com os órgãos genitais masculinos será classificada como masculina. (CABRAL; DIAZ, 2010).

Quando a pessoa se identifica com o sexo biológico que nasce é uma pessoa cisgêneros, já a pessoa transexual se identifica com gênero diferente daquele que nasceu. A respeito disso, não se utiliza a designação do sexo biológico e sim da identidade social de gênero em respeito à forma como a pessoa se vê e se enxerga no mundo (informação verbal)². Há, também, as pessoas não-binárias, que não se identificam nem como homem nem como mulher e agem de acordo com o desejo que sentem. (BRASIL, 2010)O termo trans pode ser subdividido em: transexual (pessoas que não se identificam com o sexo biológico e podem passar por cirurgia de redesignação sexual) e travesti (pessoas que se caracterizam como mulher na forma de se vestir e serem tratadas, mas não se denominam socialmente como mulheres). (BRASIL, 2010) Nesse sentido, no julgamento da ADI 4.275/18 o voto do Ministro Alexandre de Moraes menciona a tese de doutorado de Camila de Jesus Mello Gonçalves (2012) em que ela assinala:

Os transexuais são pessoas que se identificam como gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de

² Fala de Livia Maria Santana e Sant 'Anna Vaz no Ciclo de Palestra Direito e Sexualidade e Gênero em 21 de maio de 2021.

viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando os da aparência própria ao seu gênero de identificação. (GONÇALVES, 2012, p. 4 apud BRASIL, 2018, p. 19).

A orientação sexual é a capacidade de a pessoa ter atração emocional, afetiva ou sexual por outra pessoa, de mesmo gênero, de gênero diferente ou de mais de um gênero. As orientações sexuais são classificadas em: heterossexual (sente atração pelo sexo oposto), homossexual (sentem atração pelo mesmo sexo), bissexual (sente atração por ambos os sexos), assexual (não sente atração sexual por nenhum gênero, pode sentir atração afetiva pelo gênero oposto ou mesmo gênero), pansexual (sente atração afetiva e/ou sexual independentemente da identidade de gênero da outra pessoa), demissexual (apenas sente atração sexual quando tem vínculo emocional, primeiro ocorre o vínculo psicológico, afetivo, para depois vir o vínculo de atração sexual). (BRASIL, 2010).

Neste diapasão, Vieira (apud RIOS, 2002, p. 2, apud TINOCO; CABRAL, 2019, p. 4) conceitua orientação sexual como sendo “a identidade atribuída a alguém em função da direção do seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para pessoa do sexo oposto, para pessoa do mesmo sexo ou de ambos os sexos”. A sexualidade humana é formada por um conjunto de fatores biológicos, psicológicos e sociais e compreender a diferença entre sexo, gênero e identidade de gênero, se torna de extrema importância. A sexualidade é composta por rituais, linguagens, desejos, símbolos, representações e significados, logo não é possível ser considerada apenas a parte biológica da pessoa.

Diante disso, nota-se que há pluralidade quando se trata de sexualidade e identidade de gênero e a conceituação tem caráter inclusivo, pois dessa pluralidade há fatores que podem se cruzar e se combinar para criar vulnerabilidades sociais e de acesso a direitos fundamentais estabelecidos. Quando não há o conceito a proteção se esvazia, e o que é invisível não é protegido.

3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No final da segunda Guerra Mundial surge o Constitucionalismo Contemporâneo com o reconhecimento definitivo de força normativa da constituição que contém como espécie normas-princípios e normas-regras.

O Constitucionalismo Contemporâneo surgiu com as necessidades de as constituições consagrarem, com o seu núcleo, a dignidade da pessoa humana, a fim de evitar que as pessoas pudessem ser reduzidas à condição

de meros instrumentos para fins coletivos ou individuais, e impedir qualquer tipo de hierarquização e distinções de categorias de ser humanos (NOVELINO, 2021). Assim, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico das constituições, juntamente à centralidade da constituição e dos direitos fundamentais, dando origem ao fenômeno da Constitucionalização do Direito.

No Constitucionalismo Contemporâneo ocorreu o fortalecimento do judiciário, com a ideia do direito norte-americano de controle de constitucionalidade e garantia jurisdicional dando origem à judicialização das relações políticas e sociais que se refere ao fato de questões anteriormente restritas ao âmbito do poder político e social serem levadas ao poder judiciário, o qual assegura a força normativa da Constituição. A Constitucionalização do Direito possui três características fundamentais, sendo elas: a Consagração Constitucional de Normas de outros Ramos do Direito nas Constituições, essa talvez seja a face mais evidente da Constituição Federal de 1988; a Interpretação das Leis Infraconstitucionais conforme a Constituição; e, a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, sendo estes oponíveis não só ao Estado, mas também aos particulares, aplicando-se às relações privadas. Do reconhecimento da força normativa da Constituição surge, também, o Estado Democrático de Direito, o qual busca a conexão entre o Estado de Direito e a Democracia e se preocupa com a efetividade dos direitos fundamentais. Ressalta-se, neste caso, que deve haver uma atenção de não somente ocorrer a consagração formal, mas também do aspecto material desses direitos, característica da Democracia Substancial, que é o respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive o direito das minorias.

As constituições passaram a prever imposições de atuações positivas, inclusive do Legislador, com vista da realização dos direitos prestacionais com implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos individuais e/ou coletivos destinada a reduzir desigualdades sociais e garantir a existência humana digna. Nesse sentido, ocorreu a submissão do legislador à constituição sob o ponto de vista formal e material, passando o dever de legislar com vistas a conferir plena efetividade dos direitos a prestações, e foram criados instrumentos de fiscalização de omissões inconstitucionais, ocorrendo o controle de constitucionalidade nas relações de omissões inconstitucionais legislativas. (NOVELINO, 2021).

No Estado Constitucional Democrático de Direito há o surgimento dos direitos fundamentais de quarta dimensão, tal como o pluralismo que está consagrado na Constituição da República de 1988, como um dos fundamen-

tos da República Federativa do Brasil, sendo que embora utilize a expressão “pluralismo político”, (art. 1º, inciso V, CF/88) o termo pluralismo é muito mais abrangente, alcançando a diversidade e as diferenças de modo geral.

Diante desse atual modelo de Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito, com a consagração material e formal dos direitos, o reconhecimento de força normativa do texto constitucional, o controle de constitucionalidade formal e material, a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais no plano horizontal, tem-se no ordenamento jurídico do país a proteção dos direitos sexuais e de gênero nas normas- princípios e normas-regras, e também no ordenamento jurídico internacional.

4. DA TUTELA JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO

A respeito da sexualidade humana se compreende como uma das características estruturantes do sujeito, tanto que faz parte de sua vida, e a liberdade de seu exercício constitui um direito fundamental e da personalidade, sendo indissociável ao desenvolvimento mínimo da vida e da dignidade da pessoa humana. Portanto, o direito à sexualidade não pode ser somente compreendido como as atividades sexuais reprodutivas ou as relacionadas com binarismo homem e mulher, tendo-se que reconhecer todas as suas diversas manifestações, tratando os sujeitos com respeito e igualdade, direcionando-se essencialmente à realidade de grupos minoritários, como incluir o direito à realização das alterações corporais destes, bem como a retificação do seu nome civil. (CAZELATTO; CARDIN, 2016).

A respeito disso, o ser humano, ao nascer com vida, e no momento da concepção pela Teoria Concepcionista, adquire os direitos inerentes à personalidade – a expressão inerente decorre da teoria dos direitos inatos ou originários da pessoa humana e a sua dignidade, amparada com fundamento no Código Civil (arts. 11 a 21, BRASIL, 2002).

Conforme Cardin, Cazelatto e Hashimoto Júnior (2018) sobre o direito à personalidade e o seu desenvolvimento, tem-se que a pessoa é desprendida para decidir por si mesma como manifestar e agir em sua vida, ou seja, está amparada pela autonomia de manifestação da vontade e liberdade da sua própria vida, amparada pela máxima do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas.

O direito à personalidade, além de previsto no Código Civil de 2002, está consagrado pelo constitucionalismo contemporâneo com a normatização constitucional das normas de outros ramos do direito no texto constitucional, e considerando a centralidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) como princípio fundamental e a personalidade inerente a ela, pode concluir a aplicação constitucional (art. 5, inciso X, CF/88), pois os direitos à personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11, CC/02).

Entende-se que o rol de direitos inerentes à personalidade (arts. 11 a 21, CC/02) é exemplificativo³, sendo previstos: o direito à Vida; à Integridade físico-psíquica; à Integridade moral: nome, honra (subjetiva e objetiva), imagem (imagem-retrato: fisionomia; e imagem- atributo: repercussão social), intimidade, vida privada, segredo; à Integridade física: vida, corpo vivo, corpo morto, entre outros, e alguns direitos inerentes à personalidade não estão escritos, tal como o da sexualidade – o que não afasta a sua proteção, pois está dentro do conjunto do diagrama da centralidade da dignidade da pessoa humana e direito à personalidade.

O direito à identidade sexual pode ser também percebido como um direito da personalidade, pelo sentimento da pessoa de pertencer a um sexo diferente do seu ser por uma convicção íntima, uma imposição intrínseca, não por mero capricho, uma escolha da pessoa. Deste modo, deve o Estado tutelar, proteger essa decisão do indivíduo, sua identidade sexual, não se devendo confundir o direito à identidade sexual com a liberdade sexual (TINOCO; CABRAL, 2019; CARDIN; CAZELATTO; HASHIMOTO JÚNIOR, 2018)⁴.

Diante disso, todos têm o direito de serem reconhecidos pelo sexo que se identificam aplicando-se o direito à personalidade desde a ocasião do nascimento, posteriormente, com o registro em que será reconhecido pela sociedade pelo seu nome e características, como direito à identidade. (CAZELATTO; CARDIN, 2016).

³ Conforme Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

⁴ Embora pudessem ser classificados no gênero “direitos à sexualidade”, a liberdade sexual e a identidade sexual têm sentido distintos. O primeiro inclui a liberdade de realizar qualquer tipo de ato sexual com pessoas do mesmo ou do outro sexo, observados, obviamente, a necessária concordância, capacidade jurídica e idade mínima, ou, em sentido oposto a liberdade de realizar tais atos. Já a identidade sexual pressuporia a mudança de sexo (CAZELATTO; CARDIN, 2016);

O ser humano é um indivíduo, pois é o único que possui uma identidade formada por componentes genéticos e experiências vividas. Destarte, todos têm o direito tanto de serem reconhecidos pelo sexo que lhes identifica, quanto a uma identidade sexual que proporcionará o desenvolvimento pleno de sua personalidade. (CAZELATTO; CARDIN, 2016).

A respeito disso, considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional, o Estado deve assegurar o indivíduo para que possa se desenvolver de acordo com suas convicções, para que possa conduzir sua vida tanto no âmbito privado quanto no público, sendo reconhecidos, pelo Estado, os direitos de alteração de registro, nome e gênero que integram o seu direito à personalidade, assegurando a segurança jurídica pretendida da pessoa perante a família e a sociedade.

No ordenamento jurídico constitucional está prevista a proteção ao direito fundamental da intimidade (art. 5, inciso X, CF/88), que faz parte dos direitos da personalidade, e ocorre a invasão do direito a intimidade toda vez que aquele que deseja alterar o nome, gênero, registro se submete a expor sua vida pessoal para justificar o motivo da alteração, ficando suscetível a toda sorte de constrangimento na vida civil para realização de cirurgias, alteração de registro de identidade e de gênero, configurando-se flagrante atentado ao direito existencial inerente à personalidade e a máxima do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁵

No que tange aos procedimentos de cirurgias de resignação e procedimentos hormonais, o indivíduo se depara com o direito ao próprio corpo e ao direito a saúde. A legislação infraconstitucional prevê a tutela da integridade física e psíquica e disposições do corpo em vida, conforme art. 13 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O ordenamento jurídico constitucional prevê os direitos fundamentais das pessoas que pretendem alterar o gênero e o sexo sem a necessidade de procedimento cirúrgico, isso porque não pode haver a intromissão estatal na autonomia da pessoa, condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingíveis do ponto de vista financeiro, ou mesmo inviável do ponto de vista médico, como também sujeitar em mutilação, esterilidade, perda de função sexual orgânica, quando

⁵ Sobre o tema, veja-se REsp 1626739/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/484087877/inteiro-teor-484087902>

o indivíduo só está buscando a tutela do seu direito ao reconhecimento de sua personalidade, identidade perante o Estado.

No caso de opção da pessoa sobre o procedimento cirúrgico, ou seja, manifestação de sua própria vontade e autonomia de seu corpo é possível a realização do procedimento para preservação da vida ou da saúde do paciente, sendo que a expressão exigência médica (art. 13, CC/88) refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente. Assim, autorizam-se as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (DINIZ, 2012, p. 140 apud CARDIN, CAZELATTO; HASHIMOTO JÚNIOR, 2018).

Conforme o art. 1º, inciso III, da CF de 1988, a pessoa humana tem o direito de manifestação de sua vontade e o ordenamento jurídico infraconstitucional considera que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, já para capacidade de fato ou de exercício dos atos de vida civil são considerados plenamente capazes os maiores de 18 anos e absolutamente incapazes os menores de 16 anos, e são relativamente incapazes, no que tange ao critério da faixa-etária os maiores de 16 e menores de 18 anos (arts. 1, 3, 4 e 5 do CC/02).

A capacidade se difere da personalidade, sendo a personalidade a soma de caracteres da pessoa (*quid*), ou seja, aquilo que ela é para si e para sociedade, e a capacidade, a medida da personalidade (*quantum*), (TARTUCE, 2020). O direito à saúde está previsto constitucionalmente nos direitos fundamentais sociais, (arts. 6 e 196, CF/88) sendo direito de todos e dever do Estado garantir, mediante políticas públicas, sociais e econômicas, a redução de riscos de doenças e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Também é dever do Estado, bem como da família e da sociedade, incentivar e garantir políticas públicas para assistência integral da saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, CF/88).

O direito à saúde implica em buscar o melhor e mais adequado tratamento para o problema do indivíduo, o que compreende a busca pelo bem-estar geral, tanto físico quanto psíquico e social. Isso está ligado ao desenvolvimento da personalidade, superando a angústia e os conflitos experimentados com a vivência de uma genitália repulsiva, dissociada de uma verdadeira identificação. É em nome deste bem-estar geral da saúde do indivíduo que se faz necessária a cirurgia de redesignação de sexo. (CARDIN; CAZELATTO; HASHIMOTO JÚNIOR, 2018).

O ordenamento constitucional prevê a proteção à instituição familiar, sendo a família a base da sociedade e tendo especial proteção do Estado, consagrando-se a ela os princípios: da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e respeito à diferença, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da proibição de retrocesso social e da afetividade por serem derivados de direitos subjetivos com garantias constitucionais, como o direito à felicidade (arts. 1, 3, 5, 226, 227, CF/88). (DIAS, 2020).

Diante disso, nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode ser meio para afastar o *status* de família, merecedora de proteção do Estado, em que se consagra a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), assim o Supremo Tribunal Federal (conforme ADI 4277 e ADPF 132) reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e posteriormente entendeu que o Código Civil (BRASIL, 2002) não impede pessoas do mesmo sexo de realizarem o casamento.

O direito à felicidade não está previsto expressamente no texto constitucional, entretanto, vem conquistando espaço no cenário jurídico, estabelecendo-o a Corte⁶ como direito fundamental, no sentido de que constitucionalmente está previsto como objetivo da República Federativa do Brasil o bem-estar geral de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, inciso IV, CF/88) e este bem-estar pode pressupor o direito de ser feliz, com atenção a afastar os preconceitos indicados no art. 3, os quais afetam as minorias (ARAÚJO, 2000 apud CARDIN; CAZELATTO; HASHIMOTO JÚNIOR, 2018.).

Em relação à proteção integral da criança e do adolescente visando o seu bem-estar, segundo Machado (2003, p. 107) citado por Quartiero e Pedroso (2019), no art. 227 da CF/88 conjuntamente com o caput do art. 5º por se tratar de direitos fundamentais da pessoa humana, faz-se referência à “pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento”, ou seja, em processo de formação, como acontece com as crianças e adolescentes, amparados pelo princípio da igualdade de todos, sendo considerados sujeitos de direitos sem distinções de cor, raça, credo, ou condição socioeconômica.

No ordenamento jurídico constitucional tem resguardado direitos como à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à **liberdade de desenvolvimento e de expressão da personali-**

⁶ Conforme REsp 1626739/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017.

dade humana (sem indevida intromissão estatal), **ao reconhecimento perante a lei** (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e a não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à **saúde** (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à **felicidade** (bem-estar geral). (BRASIL, 2017, p. [5]).

Assim, os aspectos da sexualidade e de gênero, conforme colocado anteriormente, estão abrangidos no ordenamento jurídico constitucional e ocupam vários momentos e manifestações da vida do ser humano.

5. DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL

Os valores fundamentais podem ser encontrados em diversos documentos jurídicos internacionais, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França), na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica), na Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1976 (Estados Unidos) e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que abordam, em seus primeiros artigos, a ideia de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico constitucional é possível ter normas materialmente constitucionais, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, formadas por um conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política que aborda os direitos fundamentais, a estrutura do Estado e a organização dos poderes, que não são normas formalmente constitucionais (conjunto de normas jurídicas formalizadas de modo diverso do processo legislativo ordinário), Conforme o Supremo Tribunal Federal, e seguindo o art. 5, §3 da CF/88, os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados por 3/5 e dois turnos possuem status supralegal, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. (BRASIL, 2009.).

Nessa linha, considerando o texto materialmente constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, não se pode afastar a sua aplicação material, pois o ordenamento jurídico constitucional prevê, conforme art. 5º, §1 da CF/88, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte. (PIOVESAN, 2007).

O Pacto de São José da Costa Rica não prevê sobre discriminação de identidade de gênero e direitos sexuais e de gênero, pois na época em que foi promulgado em 1969, não havia essa dogmática como uma possibilidade de a ser juridicamente protegida (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018).

Diante disso, o governo da Costa Rica⁷ pleiteou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) interpretasse as garantias estabelecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em seu ordenamento interno, solicitando a Opinião Consultiva nº 24/2017 emitida pela IDH em dezembro de 2017 e publicada em janeiro de 2018, para versar sobre a identidade de gênero, igualdade e a não discriminação de casais do mesmo sexo, ao qual aplica-se a competência consultiva da Corte IDH. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

A Corte recorda que os “tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais”, tal interpretação evolutiva é consistente com as “regras gerais de interpretação reconhecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas pela Convenção de Viena.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017, p. 30).

A Corte IDH, no que tange à igualdade, assentou ser ela inseparável da dignidade da pessoa humana, devendo os Estados impedirem a criação de ações que produzam situações de discriminação de fato (CADH, 1º) ou de direito (CADH, 24), assim, os Estados que fazem parte da OEA devem adotar medidas positivas para reverter situações discriminatórias existentes dentro da sua estrutura de sociedade política, mantendo o respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive, ao direito das minorias (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018).

No que tange à definição de minoria, não existe uma designação internacionalmente aceita sobre quais grupos constituem minorias, enfatiza-se que a existência de uma minoria é uma questão de fato e que qualquer definição deve incluir fatores objetivos (como a existência de uma etnia, língua ou religião compartilhada) e subjetivos (os indivíduos devem se identificar como membros de uma minoria).

O conceito varia de acordo com a situação em que vivem as minorias dentro de uma área, separadas da população majoritária e dominante de

⁷ De acordo com os artigos CADH e do Regulamento da Corte IDH, qualquer Estado-Parte da OEA poderá consultar a Corte IDH sobre a interpretação de tratados internacionais adotados no âmbito da OEA e sobre a compatibilidade das suas leis internas com os mencionados documentos internacionais. (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018)

um território⁸, o grupo definido como minoria não diz respeito somente ao numerário, mas no ponto de vista do reconhecimento e o direito e o seu exercício de seus direitos fundamentais que são restringidos por preconceito e discriminação.

A Corte IDH estabeleceu que as categorias de orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero estão contempladas no art. 1º da CADH, quando menciona qualquer outra natureza, sendo vedadas práticas discriminatórias com base nesses critérios diferenciadores (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018).

No conteúdo específico sobre o direito à identidade de gênero e a alteração do nome, “a Corte IDH assentou que” esses estão ligados à liberdade e autodeterminação de o indivíduo ter a liberdade de escolher as circunstâncias que dão sentido a sua existência, sendo a “identidade de gênero um direito constitutivo (...), que possui valor (...) para o exercício de outros direitos” tais como a autonomia, a vida, a personalidade, liberdade de expressão, entrelaçados com o direito à dignidade da pessoa humana, “sendo o seu reconhecimento pelo Estado de suma importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos.” (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018, p[3]).

(...) a Corte IDH entendeu que a mudança de nome, a adequação da imagem, assim como a retificação do sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida é um direito protegido pelos artigos 18 (Direito ao nome), 13 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (Direito à liberdade) e 11.2 (Direito à vida privada) da CADH. Portanto, os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins. Foram assentados requisitos para o cumprimento desses procedimentos... (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018, p[4]).

Ainda conforme Caminha, Ribeiro e Legale (2018, p.[6]) na Consulta 24/2017 a Corte IDH também orientou internacionalmente sobre a importância da “proteção convencional do vínculo entre pessoas do mesmo sexo” e “os mecanismos pelos quais os Estados podem proteger as diversas famílias” e analisando o conceito de família, assentou

⁸ <https://www.ohchr.org/en/issues/minorities/pages/internationalallaw.aspx> - Acessado em 28.11.2021;

que, na atualidade, existem diversas formas de vínculos familiares que não se limitam as relações fundadas apenas no matrimônio. Reiterou que apesar do artigo 17.2 (Proteção da família) da CADH reconhecer o “direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem família”, afirmou que esta definição não se baseia restritivamente ao matrimônio, nem a uma única forma de família protegida pela CADH ... em virtude do direito a proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2), assim como o direito a proteção da família (artigo 17) (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018, p[6]).

A Corte IDH seguiu com a mesma orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), com a orientação de “que os casais do mesmo sexo podem gozar de vínculo familiar como ocorre com os casais heterossexuais”, podendo a constituição familiar “ser formada por pessoas com diversas identidades de gênero ou orientação sexual”, como também asseverou que estão protegidos “todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar homoafetivo, sem qualquer discriminação com relação aos casais heterossexuais, em conformidade com direito a igualdade e a não discriminação (artigos 1.1 e 24) da CADH” (CAMINHA, RIBEIRO, LEGALE, 2018, p[6]).

No que concerne à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, essa surge como instrumento normativo internacional que propiciou a proteção de direitos humanos às crianças e adolescentes, pois apesar da infância estar conjugada com direitos e necessidades que são complementares, o instrumento internacional superou a dicotomia sobre direitos humanos e garantias individuais que prevalecia no lado ocidental, conjugando assim o reconhecimento dos papéis das crianças como atores e detentores de direitos individuais, sociais, econômicos, políticos, civis e culturais.

A Convenção surgiu da necessidade de “proporcionar à criança uma proteção especial” e foi enunciada na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular, nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular, no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança” (UNICEF, 1990, p. [4]).

O Brasil é signatário desta Convenção desde 24 de setembro de 1990, sendo que no mesmo ano, em 13 de julho, o Brasil aprovou o Estatuto da Criança e Adolescente, o qual entrou em vigor em outubro de 1990.

A Convenção estabelece no direito internacional que os Estados-partes devem assegurar que todos os meninos e meninas – sem discriminação sob qualquer forma – se beneficiem de medidas especiais de proteção e assistência; tenham acesso a serviços como educação e saúde; possam desenvolver suas personalidades, habilidades e talentos ao máximo potencial; cresçam em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; e sejam informados sobre seus direitos e participem das decisões que afetem sua vida, alcançando seus direitos de maneira acessível e ativa UNICEF, s/d, p. [1]).

E estabelecem os direitos à identidade, ao registro, à vida, à saúde física e mental, à proteção de não “ser submetida a interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem a ataques ilegais à sua honra e à sua reputação”, conforme o art. 16 do documento (UNICEF, 1990, p. [7]).

No preâmbulo, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 indica que a “Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais” e reconhece, conforme consta na

Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos pactos internacionais de direitos humanos, que todas as pessoas possuem todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, seja de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição (...) que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão (...) especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. (UNICEF, 1990, p. [2-3]).

O documento também prevê deveres dos Estados-partes sobre políticas públicas que assegurem proteção e assistência à criança e à família, promovam a divulgação das orientações e princípios da Convenção, adotem medidas legislativas, administrativas e de outras naturezas para imple-

mentação dos direitos reconhecidos, além de “adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental” e formas de prevenção. (UNICEF, 1990, p. [9]).

Na questão das intervenções cirúrgicas da criança e do adolescente, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio do seu Relator especial para tortura e outras formas cruéis, desumanas e degradantes, incluiu em seu relatório nº 75, as intervenções não consentidas em pessoa intersexo como formas cruéis de tratamento, e não recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS). (MENDEZ, 2015).

A Organização Mundial da Saúde orienta sobre a situação de que

Crianças especificamente podem ser sujeitadas a determinados procedimentos que afetarão sua saúde sexual e sexualidade no futuro, como crianças com condições intersexuais que são submetidas a cirurgias medicamente desnecessárias para supostamente normalizar o sexo antes que tenham idade suficiente para participar dessa decisão (91), e meninas submetidas a mutilação genital (...) Os Estados têm a obrigação de proteger esses indivíduos contra a coerção e a discriminação e de garantir a proteção desses direitos à autonomia, à dignidade e integridade corporal e aos princípios de ação pelo melhor interesse da criança (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2020, pp. 30-31).

No mesmo documento reconhece a

aplicação dos direitos humanos ligados a questões de sexualidade e saúde sexual, especialmente no que diz respeito à proteção contra a discriminação e a violência, além da proteção da liberdade de expressão e associação, privacidade e outros direitos das mulheres, homens, pessoas transgêneros e intersexo, adolescentes e outros grupos populacionais. Isso resultou na produção de um conjunto importante de padrões de direitos humanos pela promoção da saúde sexual e dos direitos humanos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2020, p. 15).

No mais, orienta sobre

a importância de o Estado fornecer informações e educação abrangente sobre sexualidade é reforçada por padrões internacionais de direitos humanos que colocam obrigações jurídicas vinculativas aos governos para que eles realizem ações, de

modo a assegurar que adultos e adolescentes tenham acesso a informações e educação desse tipo, além de impor a obrigação de não obstruir o acesso a esse conteúdo, Embora Estados e pais/mães tenham o dever de proteger crianças contra danos, isso precisa ser equilibrado com o dever do Estado de fornecer a crianças informações e educação essenciais para suas vidas, sua saúde e bem-estar sexual, condizente com a evolução de suas capacidades. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2020, p. 51).

Assim, a tutela dos direitos de liberdade e igualdade, conforme já exposto, está previsto historicamente em diversos textos e constituições internacionais, o que os difere é a forma de aplicação dessas normas à sociedade ao longo da evolução do constitucionalismo.

6. O JUDICIÁRIO E A INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E DE GÊNERO

Atualmente, o conjunto do ordenamento jurídico vive um momento de verticalização das decisões judiciais. Diversos dispositivos no Código de Processo Civil (2015), como os arts. 332 (inciso IV), 496, 932 (inciso IV), 927 e 988 (incisos III e IV) apontam a importância e o dever das instâncias inferiores de seguirem as orientações dos Tribunais Superiores.

O que é decidido pelos Tribunais Superiores em matéria de controle de constitucionalidade não pode ser desobedecido pelas instâncias inferiores, para que não ocorram posicionamentos diversos acerca dos variados temas visando preservar a redução de risco de decisões equivocadas.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, §2º, prevê a ponderação de normas-princípios e, no caso de colisão entre elas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A norma é um gênero que compreende os princípios e as regras, ambos considerados como comandos vinculantes e obrigatórios, embora tenham papéis distintos dentro do ordenamento jurídico, conforme Robert Alexy (2008), os princípios são mandamentos de otimização: “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Trata-se da teoria mais adotada no Brasil. As regras são definidas pelo autor como mandamentos definitivos “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra

vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008 apud NOVELINO, 2021, p.).

De acordo com essa concepção, conforme Novelino (2021), os princípios caracterizam-se por dois aspectos centrais: I - podem ser satisfeitos em graus variados – não fornecem a exata medida de suas prescrições; II - a medida devida dessa satisfação depende não somente de possibilidade fáticas – que são peculiaridades do caso concreto, mas também jurídicas – que são os princípios envolvidos, por exemplo, não é possível aplicar a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, inciso IV, CF/88) sem observar as demais normas do texto constitucional e a peculiaridade fática.

O peso dos princípios não é absoluto, é relativo – porque ele varia de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, portanto não é possível estabelecer uma hierarquia entre os princípios.

Da ponderação de razões de princípios, há a extração de uma regra, isto é, há a extração de norma que fornece uma razão definitiva para a decisão, é um balanceamento de razões contrapostas, o juiz somente deve fazer a ponderação quando a constituição não possuir regra específica para o caso concreto. Nesta situação, deverá haver uma ponderação levando-se em conta as circunstâncias fático-jurídicas: relevância e veracidade da informação.

Diante dessas considerações, o judiciário detém papel relevante para aplicação e interpretação das normas constitucionais no caso concreto, o que têm realizado nos julgamentos para tutela de gênero e sexualidade.

Sobre a importância da interpretação constitucional, inspirado das contribuições dogmáticas estadunidenses⁹, se considerada a premissa do não interpretativismo: “cada geração tem o direito de viver a constituição ao seu modo”, os seus adeptos adotam posições mais progressistas, no sentido de que descabe ao legislador constituinte do passado impor seus valores de modo absoluto à sociedade atual, por isso, os magistrados têm

⁹ O debate hermenêutico norte-americano à disputa entre visões conservadoras e progressistas, avançou significativamente nas últimas décadas com o surgimento de teorias mais sofisticadas. Baseadas em diferentes visões sobre o papel dos juízes e os limites legítimos de sua atividade interpretativa, as principais concepções teóricas têm como foco central o tipo de postura – e não de ferramentas metodológica – a ser adotada pelo intérprete. Alguns argumentos e ideias subjacentes a essas teorias fornecem valiosas contribuições para a formulação de parâmetros capazes de orientar e limitar a interpretação constitucional desenvolvida pelo Poder Judiciário. (NOVELINO, 2021, p. 176).

obrigação de desenvolver e atualizar o texto constitucional para serem atendidas as exigências do presente, cabendo descobrir os valores consensuais existentes e projetá-los na interpretação (NOVELINO, 2021, p. 176).

“A luta pelo direito” de Rudolf Von Jhering (2013) aborda, em seu título, a pretensão da luta pelo direito individual da pessoa violada, dos direitos ameaçados ou desprotegidos, mas não é disso que se trata a obra do século XIX (informação oral)¹⁰. Conforme aponta Clovis Bevilacqua em seu prefácio, Jhering (2013, p. 5) “mostra o direito na sua realidade palpitante, ressumando da vida social, enrodilhando-se nela, impulsando a certos fins” e “assinala o papel da força na formação e desenvolvimento do direito”, ou seja, a força da constante transformação do direito.

Jhering (2013) aborda o aspecto social de cada demanda, para o autor cada ação judicial tem uma importância social, a pessoa não deve lutar pelo seu direito, mas sim por toda uma nação, medindo a força, a qualidade, a cultura e a coragem de uma nação avaliando-se o movimento forense, pois quanto mais existirem pessoas encorajadas a recorrer ao judiciário, mais força essa nação terá para fazer com que o direito individual seja coletivo (informação oral).¹¹

Assim, caberia aos magistrados a obrigação de desenvolver e atualizar o texto constitucional para que sejam atendidas as necessidades do presente, sendo necessário que o juiz descubra os valores consensuais para, posteriormente, projetá-los na interpretação. Diante desse protagonismo, o juiz tem um papel notável não só na revelação do direito posto, mas na própria criação e transformação do direito.

A função do judiciário encarregado pela sociedade para o controle de constitucionalidade e garantia jurisdicional se resolve por meio de um processo, sendo a prolação da sentença a primeira destinada a aplicar o direito.

No elemento da fundamentação na sentença, o mais importante por se tratar de imperativo constitucional (art. 93, inciso IX, CF/88) em que há aplicação da norma jurídica ao caso concreto, a fundamentação e os votos dos julgadores no atual ordenamento jurídico têm funções endoprocessuais, dentro do processo, e extraprocessuais, fora do processo.

A função endoprocessual se dá pelo motivo de o Poder Judiciário não ser eleito pelo povo, então se precisa afirmar em que medida há le-

¹⁰ Fala de Ênio Santarelli Zuliani no Ciclo de Palestras Direito e Sexualidade da EPM em 11 de maio de 2021.

¹¹ Fala de Ênio Santarelli Zuliani no Ciclo de Palestras Direito e Sexualidade da EPM em 11 de maio de 2021.

gitimidade para exercício do poder, sendo essa legitimidade encontrada no ordenamento constitucional (art. 93, inciso IX, CF/88), e se concretizar com a fundamentação judicial, de modo que a fundamentação com função endoprocessual permita o controle da decisão judicial (art. 371, CPC/15).

A função extraprocessual se dá pela formação dos precedentes (art. 927, CPC/15) o que atualmente, pela globalização e acessos virtuais, permite que as decisões judiciais possam ser aplicadas para inúmeros outros casos no país, e também abrange o acesso ao conhecimento das decisões judiciais de outros locais, podendo torná-las mundialmente conhecidas.

Diante desse cenário de maior publicidade das sentenças, essas ganharam molduras diferentes a partir do momento que se tornam conhecidas, e o juiz deve julgar bem tanto para as partes (endoprocessual), quanto para toda a sociedade (extraprocessual). Assim, têm-se a importância do juiz para o reconhecimento do valor social, obrigando maior cuidado ao conduzir o processo, como também a relevância da prolação das decisões com a prestação jurisdicional efetiva e com os direitos humanos, aplicando como o julgador pode contribuir para além da sentença, e as sentenças possam contribuir para as evoluções sociais.

O judiciário tem realizado a interpretação do direito constitucional aplicando-o ao caso concreto com julgamento, o que consiste na evolução e interpretação dos dispositivos constitucionais com a tutela dos direitos sexuais e de gênero, protagonismo judicial necessário em razão da omissão legislativa para tutela desses direitos.

O Superior Tribunal Federal (STF), em 2011, no julgamento da ADI 4.277 – ADPF 132 reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e no mesmo ano a Suprema Corte reconhece que o Código Civil (2002) não impede o casamento de pessoas do mesmo sexo.

No ano de 2015, no julgamento do RE 845779 RG / SC, o STF admitiu repercussão geral sobre a possibilidade de usar o banheiro escolhendo-o pelo sexo com o qual a pessoa se reconhece, aplicando o tema 778 – “Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”.

Em 2018, no julgamento da ADI 4.275, o STF reconheceu a alteração de nome e gênero no registro civil sem cirurgia de redesignação; no ano de 2019, no julgamento da ADO 26/2019 foi reconhecida a criminalização da LGBTQIA+fobia; no ano de 2020, no julgamento da ADI 5.543 foram reconhecidas inconstitucionais as portarias que proibiam homens homosse-

xuais de doarem sangue por conta de orientação sexual; no ano de 2021, no julgamento da ADPF 527, a Suprema Corte entendeu que é direito de opção às transexuais e às travestis com identidade de gênero feminina a possibilidade de escolher estabelecimento prisional feminino ou masculino, em área reservada.

As decisões da Suprema Corte são aplicáveis para maiores de 18 anos pelo aspecto da capacidade de fato ou de exercício considerá-los plenamente capazes conforme art. 5 do CC/02. Que se repise, difere-se da capacidade de gozo em que toda pessoa tem capacidade de direito e deveres na ordem civil, conforme art. 1º do CC/02, tendo o direito de manifestação de sua vontade, sendo essa manifestação direito da personalidade. Mas,

A Defensoria Pública de São Paulo obteve decisão judicial reconhecendo a possibilidade de retificação do registro civil para alteração de nome e gênero de um adolescente transexual.

Embora a retificação seja possível de forma extrajudicial desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275 pelo STF, e da edição do Provimento nº 73/2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, a autorização é prevista apenas para pessoas maiores de 18 anos, de modo que ainda vem sendo necessário o ajuizamento de ações judiciais em casos apresentados por adolescentes transexuais. (ANADEP, 2020, p. [1]).

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.275 é para maiores de 18 anos, para adolescentes há a Resolução CFM 2265/2019 que permite terapia hormonal a partir dos 16 anos e cirurgia após os 18 anos, proibindo qualquer intervenção hormonal em pré-púberes na faixa etária entre os 8 e 13 anos no sexo feminino, e dos 9 aos 14 anos no sexo masculino. O anexo III da Resolução estipula que “a identidade de gênero se estabelece em idade próxima aos quatro anos de idade, e o diagnóstico de incongruência de gênero (transgênero) só pode ser definido mediante acompanhamento ao longo de toda infância”. (BRASIL, Resolução 2.265, 2019).

No que tange ao registro de crianças intersexo, o plenário virtual do CNJ aprovou, em agosto de 2021, o pedido de providências de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, com a ratificação do Provimento nº 122/2021, padronizando em todo o Brasil o procedimento de que crianças que nascem sem o sexo definido como masculino ou feminino poderão ser registradas com o sexo “ignorado” na certidão de nascimen-

to. Também poderão realizar, a qualquer tempo, a designação de sexo em qualquer Cartório de Registro Civil. Para isso, não haverá necessidade de autorização judicial, comprovação de cirurgia sexual e tratamento hormonal ou apresentação de laudo médico ou psicológico (IBDFAM, 2021b).

O judiciário tem atuado isoladamente nas reparações de danos na proteção de pessoas que sofrem preconceito, difamação, discriminação e tem seus direitos de personalidade atingidos, como no voto do Ministro Fachin no RE 845779 RG / SC pela condenação da empresa ré por ter restringido a transexual por usar banheiro feminino; o STJ, em abril de 2021, reconheceu o direito da primeira militar transexual em se aposentar com promoção (CONJUR, 2021); o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou uma marca de cosméticos a reparar danos morais coletivos causados por propaganda que ofendeu a população transexual (MIGALHAS, 2021); outro caso é de transexual identificada como homem por hospital será indenizada em danos morais, no caso o Hospital alegava que não teria como escrever o nome social no prontuário, e posteriormente teve o conhecimento da Portaria nº 1.220 do Ministério da Saúde que obriga os Hospitais e médicos a adotar o nome social (MARTINS, 2020); em agosto de 2021, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou um hospital por negar doação de sangue de pessoa homossexual, aplicando o julgamento da ADI 5.543 (IBDFAM, 2021a).

RUDOLF VON JHERING defendia uma indenização ampla ao lesado, que recompensasse, além das perdas pecuniárias, “as restrições ocasionadas em seu bem estar ou em suas conveniências, pelos incômodos, pelas agitações, vexações”, com fixação livre pelo juiz “tendo em conta as circunstâncias individuais”, para concluir: “E assim o faria, não somente por eles (lesados), mas no interesse da ordem jurídica, a fim de que a lealdade e a probidade nas relações não sejam palavras vãs” (IHERING, 1955, pp. 234 e 236, apud ZULIANI, 2020, p. 15).

No que diz respeito aos direitos sexuais e de gênero, no atual ordenamento jurídico não temos norma reguladora do poder legislativo, somente o Decreto nº 8.727/2016 que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, criando regras protetivas para quem tratar de forma difamatória ou vexatória pessoas que nascem e desenvolvem de formas diferentes em seu modo de existir, e no estado de São Paulo há a norma estadual SP nº

10.948/2001, Lei que cria regras proibitivas de tratamento discriminatório em razão da orientação sexual.

A respeito da busca dos jurisdicionados para tutela de seus direitos visando a transformação social de seus direitos, Ênio Santarelli Zuliani (2020, p. 17), entende que:

O juiz comprometido com a sociologia jurisprudencial deve possuir, em sua mesa de trabalho, além dos códigos, um mapa atualizado da alma humana, elaborado a partir do confronto dos casos julgados, justamente para que esse repertório ilumine sua consciência como um radar sensorial que adverte dos riscos da incoerência inexplicável, causa da perplexidade dos leigos ansiosos por compensações completas das agressões que se repetem há séculos.

Diante do cenário de omissão legislativa de tutela sobre os direitos sexuais e de gênero e a verticalização das decisões judiciais para diminuir a insegurança jurídica no judiciário, os jurisdicionados tem buscado a tutela de seus direitos visando à transformação social de seus direitos, ocorrendo assim o protagonismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico das constituições, juntamente à centralidade da constituição e dos direitos fundamentais, dando origem ao fenômeno da Constitucionalização do Direito, e com essa consagração material e formal dos direitos, há o reconhecimento de força normativa do texto constitucional, o controle de constitucionalidade formal e material, a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e a sua horizontalidade, assim, tem-se no ordenamento jurídico do país a proteção dos direitos sexuais e de gênero.

A sexualidade humana é formada por um conjunto de fatores biológicos, psicológicos e sociais e compreender a diferença entre sexo, gênero e identidade de gênero, se torna de extrema importância. A sexualidade é composta por rituais, linguagens, desejos, símbolos, representações e significados, logo não é possível ser considerada apenas a parte biológica da pessoa.

Diante disso, nota-se que há pluralidade quando se trata de sexualidade e identidade de gênero e a conceituação tem caráter inclusivo, pois dessa pluralidade há fatores que podem se cruzar e se combinar para criar vulnera-

bilidades sociais e de acesso a direitos fundamentais estabelecidos. Quando não há o conceito, a proteção se esvazia, e o que é invisível não é protegido.

O direito à sexualidade humana deve ser compreendido além do binarismo homem e mulher e das atividades sexuais, deve ser compreendido em suas diversas manifestações respeitando os direitos da personalidade, da identidade sexual, da intimidade, da manifestação de vontade, da liberdade, da igualdade, da não-discriminação, da saúde e da felicidade, assim, devendo o Estado tutelar e proteger a decisão do indivíduo.

O judiciário detém papel relevante para aplicação e interpretação das normas constitucionais no caso concreto, o que têm realizado nos julgamentos para tutela de gênero e sexualidade e tem atuado isoladamente nas reparações de danos na proteção de pessoas que sofrem preconceito, difamação, discriminação e tem seus direitos de personalidade atingidos.

O direito é construído por gerações e movimentos sociais que buscam a transformação e proteção de seus direitos. Os magistrados tem a obrigação de desenvolver e atualizar o texto constitucional para que sejam atendidas as necessidades do presente, sendo necessário que o juiz descubra os valores consensuais para, posteriormente, projetá-los na interpretação.

O ordenamento jurídico vive um momento de verticalização das decisões judiciais, mostrando a importância e o dever das instâncias inferiores seguirem as orientações dos Tribunais Superiores, observando que os pesos dos princípios não são absolutos, mas sim relativos, uma vez que seu papel traz a aplicação e interpretação das normas constitucionais, considerando o caso concreto.

As decisões judiciais extrapolam os limites do processo, entram na vida das pessoas e essas passam a entender sobre os seus direitos, bem como a exigir e buscar o cumprimento desses, isso porque as sentenças favoráveis contemplando os direitos fundamentais, quando justas, representam a vitória da verdadeira ciência jurídica e garantia dos destinos humanitários do direito.

O judiciário tem realizado a interpretação do direito constitucional aplicando ao caso concreto com julgamento que consiste na evolução e interpretação dos dispositivos constitucionais com a tutela dos direitos sexuais e de gênero, esse protagonismo judicial se dá em razão da omissão legislativa para tutela desses direitos. A verticalização das decisões judiciais vem para diminuir a insegurança jurídica no judiciário e do jurisdicionado que busca com o acesso a justiça a tutela os seus direitos

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep). SP: Após ação da defensoria, justiça reconhece possibilidade de retificação de registro civil de adolescente trans. **ANADep**, on-line. 14 jan. 2020. ASCOM/DPE-SP. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=42940>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.727/2016, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF, 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**. Seção 1, edição 6, p. 96. 09 jan. 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Diretrizes nacionais para a atenção integral à saúde de adolescentes e jovens na promoção, proteção e recuperação da saúde. / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção em Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Área Técnica de Saúde do Adolescente e do Jovem. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 4.277 – ADPF 132** - Reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Relator: Min. Ayres Britto. 14 out. 2011.

Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>
Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 466343**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, das normas que dispõem sobre a prisão civil do depositário infiel. Relator: Min. Cesar Peluso. 2009.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>
Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 845779 RG / SC**- Admitiu repercussão geral sobre a Possibilidade de usar o banheiro pelo sexo que a pessoa se reconhece. Relator: Min. Roberto Barroso. 13 nov. 2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7101/false> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 4.275** - Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. Relator: Min. Marco Aurélio. 1 mar. 2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADO 26/2019** - Reconhecida a criminalização da LGBTQIA+fobia. Relator: Min. Celso de Mello. 13 jun. 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 5543** - Reconhecido inconstitucionais as portarias que proibiam homens homossexuais de doarem sangue por conta de orientação sexual. Relator: Min. Edson Fachin. 11 mai. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF 527** - direito de opção às transexuais e às travestis com identidade de gênero feminina a possibilidade de escolher estabelecimento prisional feminino ou masculino, em área reservada. Relator: Min. Roberto Barroso. 6 abr. 2022. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1626739/RS** - Ação de retificação de registro de nascimento para a troca de prenome e do sexo (gênero) masculino para o feminino. pessoa transexual. desnecessidade de cirurgia de transgenitalização. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/484087877/inteiro-teor-484087902> Acesso em: 19 jan. 2023.

CABRAL, Francisco; DIAZ, Margarita. Relações de Gênero. **Adolescência.org**, on-line. 2010. Textos e artigos. Disponível em: http://adolescencia.org.br/upl/ckfinder/files/pdf/Relacoes_Genero.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021

CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; LEGALE, Siddharta. Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação à Casais do mesmo Sexo. **Núcleo Interamericano de Direitos Humanos**, on-line. 29 nov. 2018. Opinião Consultiva nº 24/17. Disponível em: https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#_ftn3. Acesso em 19 jan. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; HASHIMOTO JUNIOR, Luiz Carlos. Da Transexualidade sob a Perspectiva Jurídico-constitucional, **Ciências Sociais Aplicadas em Revista** - UNIOESTE/MCR - v.18 - n. 34 - 1º sem. 2018 - pp 9 a 30. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/download/19473/12687/71606>

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, Maringá, v. 16, n. 3, pp. 919-938, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465/2893>. Acesso em: 19 jan. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). STJ confirma direito de primeira transexual da FAB de se aposentar com promoção. **Revista Consultor Jurídico**, on-line. 20 abr. 2021Reparação Histórica. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/stj-confirma-aposentadoria-subtenente-transexual-fab> Acesso em: 20 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-24/17**: Identidade de Gênero, Igualdade e não Discriminação a Casais do mesmo Sexo. 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf Acesso em: 19 jan, 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. amp. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão. Orientador: Celso Lafer. 2012. 262f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/publico/Tese_integral_Camila_de_Jesus_Mello_Goncalves.pdf Acesso em 20 jan, 2023.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução: Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Hemocentro é condenado no TJSP por negar doação de sangue de homossexual. **IBDFAM**, on-line. 2

ago. 2021a. Notícias. Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações do Migalhas). Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8752/Hemocentro+%C3%A9+condenado+no+TJSP+por+negar+do%C3%A7%C3%A3o+de+sangue+de+homossexual> Acesso em 20 jan. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Provimento do CNJ sobre registro de crianças intersexo com “sexo ignorado” já vale em todo o país. **IBDFAM**, on-line. 14 nov. 2021b. Notícias. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8905/Provimento%20do%20CNJ%20sobre%20registro%20de%20crian%C3%A7as%20intersexo%20com> Acesso em: 20 jan. 2023.

MARTINS, JOMAR. Transexual identificada como homem por hospital será indenizada em danos morais. **Revista Consultor Jurídico**, on-line. 03 mai. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-03/hospital-indenizara-transexual-identifica-la-homem> Acesso em: 19 jan, 2023.

MENDEZ, Juan E. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: addendum**. 2015. Disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf United Nations Human Rights.

MIGALHAS. Marca de cosméticos pagará R\$ 100 mil por ofender trans em propaganda. **Migalhas**, on-line. 24 mar. 2021. Quentes. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/342304/marca-de-cosmeticos-pagara-r-100-mil-por-ofender-trans-em-propaganda> Acesso em 20 jan. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Saúde sexual, direitos humanos e a lei** [e-book]. Tradução realizada por projeto interinstitucional entre Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Paraná, coordenadores do projeto: Daniel Canavese de Oliveira e Maurício Polidoro - Porto Alegre: UFRGS, 2020. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9786586232363-por.pdf> Acesso em: 19 jan. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUARTIERO, Renata; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A Aplicação do Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Transgêneros: análise do primeiro caso em que o Judiciário brasileiro reconhece uma criança transgênera. **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. On-line. Rio Grande do Sul: UNISC, 2019. Dispo-

nível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19675/1192612387>

SÃO PAULO. **Lei nº 10.948, de 05 de novembro de 2001**. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual. São Paulo, 5 nov. 2021. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso em 19 jan. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TINOCO, Déborah Brand; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. A proteção jurídica das mulheres transgêneros e homossexuais nos casos de violência de gênero. **Revista Direito UNIFACS** nº 230, 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/6311/3854> Acesso em 20 jan. 2023.

UNICEF. Convenção sobre o Direito da Criança e do Adolescente. **Unicef Brasil**, on-line. 24 set. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 18 jan. 2023.

UNICEF. Convenção sobre o Direito da Criança e do Adolescente. Perguntas Frequentes sobre a Convenção sobre os direitos da criança. **Unicef Brasil**, on-line. s/d. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/perguntas-frequentes-sobre-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 jan, 2023.

United Nations Human Rights, office of the high commissioner. **Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf

ZULIANI, Ênio Santarelli, A era das jurisprudências. **JF Gontijo** Advocacia das Famílias e Sucessões, on-line. 2020. Artigos Jurídicos. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/erajurisprudencia.pdf> Acesso em: 20 jan. 2023.

DIREITO HOMOAFETIVO E OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS QUESTÕES JURÍDICAS RELACIONADAS ÀS FAMÍLIAS LGBTI+

*Marcos Heleno Lopes Oliveira**

1. BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO HOMOAFETIVO E OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS QUESTÕES JURÍDICAS RELACIONADAS ÀS FAMÍLIAS LGBTI+

Necessário se faz realizar análise dos desafios enfrentados pelo Direito Homoafetivo no intuito de promover a visibilidade das necessidades das famílias LGBTI+ e de seus componentes, bem como as contribuições e debates quanto aos direitos e garantias relacionadas ao direito à saúde das pessoas LGBTI+, inserindo as discussões no contexto da pandemia da covid-19. Investiga-se quais ferramentas jurídicas cogitam a inclusão da diversidade sexual e de gênero nas políticas criadas no enfrentamento da crise sanitária atual em que se encontra o Estado brasileiro. Muitos são os entraves impostos por projeto de poder que segrega a pessoa humana que não atende a um conjunto restrito de condições impostas como realidade única sexual e de gênero. Inclusive tais entraves tem se reproduzido neste momento da pandemia da covid-19, impelindo dificuldades ainda maiores à essa categoria minorizada.

Essa realidade marginalizadora deve ser estudada, na tentativa de se buscar respostas que superem dito modelo de desigualdade injustificável e desumano. Colabora-se, assim, com a análise e visibilidade de instrumentos em prol do fortalecimento do direito à saúde das famílias LGBTI+. Lança-se mão do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, na condução do que se põe a evidenciar nestes escritos. O fortalecimento das garantias dos LGBTIs requer o envolvimento dos mais diversos setores

* Pessoa Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestrado em Direito Privado. Pós- Graduação em Direito Homoafetivo e de Gênero. Membro consultivo da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB-CE. Participa da Aliança Nacional LGBTI+. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Famílias (IBDFAM). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6742819914653339> E-mail: marcoshelenoautoria@gmail.com

da sociedade, dos movimentos sociais, das instituições governamentais, do empenho transdisciplinar das áreas do conhecimento humano, na concretização do direito à saúde inclusivo de famílias que sempre se encontram reiteradamente em posição menos favorável aos demais, única e exclusivamente em virtude da violenta intolerância imposta por ilegal e irrealista conservadorismo sexual.

O problema suscitado pela presente pesquisa se consubstancia na análise dos desafios enfrentados pelo Direito Homoafetivo no intuito de promover a visibilidade das necessidades das famílias LGBTI+ e de seus componentes, bem como as contribuições e debates quanto aos direitos e garantias relacionadas ao direito à saúde das pessoas LGBTI+, inserindo as discussões no contexto da pandemia da covid-19.

O descortinamento do problema da ausência de ferramentas jurídicas que permitam a inclusão da diversidade sexual e de gênero nas possíveis políticas criadas no enfrentamento da crise sanitária em que se encontra o Estado brasileiro é força motriz suficiente a evidenciar a importância deste trabalho. Agregar conhecimento em busca de ultrapassar as mazelas impostas aos LGBTIs e seus núcleos familiares, no que tange à saúde, e que já vem sendo observada há tempos, mas agravada com o surgimento das sequelas sociais impostas pela covid-19, faz-se necessário.

Assim, para organizar o que se exporá aqui, dentro das ideias propostas anteriormente, a pesquisa foi estruturada em três tópicos. O primeiro aborda questões relativas à história e aos conceitos atinentes à diversidade sexual e identidade de gênero, traçando considerações sobre o universo que identifica essas pessoas. No segundo, que trata das delimitações gerais sobre o Direito Homoafetivo e sobre a pandemia da covid-19, pretende-se expor informações sobre essa disciplina jurídica e sua contribuição na complementação e desenvolvimento do sistema normativo, que, para se tornar efetivo em termos de dignidade da pessoa humana, deve prever garantias para as minorias sexuais; bem como esclarecer o que seja essa doença da covid-19 e seu agente causador, o coronavírus. Por fim, o terceiro tópico se detém na análise dos problemas e instrumentos de importância para o fortalecimento do direito das famílias LGBTI+ nos tempos de pandemia da covid-19, encampada pelo Direito Homoafetivo e de gênero.

Como rapidamente exposto neste introito, espera-se que o leitor consiga entender um pouco mais sobre a realidade social, familiar e de saúde LGBTI+ e consiga refletir e compreender sobre o papel do Direito e de sua interação com a estrutura jurídica vigente e com os demais ramos do

conhecimento humano em direção à construção de processos normativos igualitários e éticos que amparem as minorias sexuais e de gênero, ainda mais em tempos de crise pandêmica imposta pela covid-19, ou de qualquer outra crise humanitária.

2. BREVE HISTÓRIA E CONCEITOS LIGADOS À DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Vecchiatti (2019, p. 65) revela que “a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade (assertiva repetidamente atribuída a Goethe)” e que acompanha a história da humanidade, pois “é uma realidade que sempre existiu”. Consta de registros históricos que o primeiro casal homoafetivo é de origem egípcia, do sexo masculino, *Khnumhotep* e *Niankhkhnun*, que viveu em meados de 2.400 a.C., sendo que “os pares foram retratados durante um beijo, a mais íntima pose na arte egípcia, rodeada pelo que parecem ser seus herdeiros;” (OLIVEIRA, 2011, p. 39). Mais ainda, vale mencionar os estudos de Alfred Kinsey que demonstram faixas de orientações sexuais naturalmente associadas às pessoas humanas (BRASIL, Senado Federal, 2018a, p. 2).

O desenrolar social e jurídico estabelecido no decorrer da história de Roma foi permitindo que o intersexo, antes denominado hermafrodita, fosse percebido apenas como um indivíduo com característica singular, desfazendo imaginários que impunham a pecha de monstro a pessoas com essa condição biológica específica (ROCHA, 2017). Assim, para o Direito, o intersexo seria inserido na família e assumiria o papel com base no sexo que mais se destacasse a partir do nascimento.

O pesquisador José Amador conta que, na noite de 7 de setembro, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, a pessoa conhecida como Dorival Rocha Reple, 30 anos, e sua esposa Idalina Aversoni, 20 anos, foram presos pela polícia depois de, à época, assistirem um filme no Cine Victoria. Outro cliente do cinema observou o casal comprando seus bilhetes, quando uma forte dúvida sobreveio sobre o verdadeiro gênero do “homem” que compunha aquele par. Após o filme, o cliente seguiu-os até sua casa e chamou a polícia. Depois de Dorival ter sido preso, levado para a delegacia da polícia e examinado por um perito médico-legal, confessou que o seu verdadeiro nome era Maria Manuela Perez (O Jornal, 9 de setembro de 1931, p. 7)¹ (VIEIRA, 2019, p. 19, tradução nossa).

¹ *En la noche del 7 de septiembre en la ciudad de Belo Horizonte, Minas Gerais, el individuo conocido como Dorival Rocha Reple, de 30 años, y su esposa Idalina Aversoni, de 20 años, fueron arrestados por la policía después de disfrutar de una película en el Cine Victoria.*

Expõe-se, ainda, que as pessoas consideradas diversidade sexual e de gênero foram submetidas a inúmeras situações desumanas durante a Idade Média. Assim, já há tempos que os momentos de exceção na história infligem no grupo LGBTI+ a severidade da violência ditada pela intolerância ao diferente sexualmente. Adaid (2019) revela que, com o surgimento da Peste Negra no mundo europeu, foi necessária a escolha de culpados, arquetizando-se a superstição de que “a homossexualidade devia ser freada, e a heterossexualidade devia ser realçada. Ademais, havia um ranço de vingança, pois juntamente com a peste se disseminou a crença de que aquilo era um castigo à falta de fé e à libertinagem sexual”. (ADAID, 2019, p. [29]).

Hodiernamente, é entendimento das instituições multilaterais que ter o atributo de ser lésbica, gay ou transgênero não deve mais atrair para si o estigma de ser considerado portador de enfermidade mental ou outra qualquer. Em 17 de maio de 1990, a 43ª Assembleia Mundial da Saúde se posicionou, por meio da sua Resolução WHA43.24², com a 10ª Revisão da Lista da Classificação Internacional de Doenças (Cid-10), retirando a homossexualidade como categoria de enfermidade. A nova classificação entrou em vigor entre os países-membro da Nações Unidas a partir de 1º de janeiro de 1993 e continua vigente. Como aponta a literatura especializada, “logo, se a homossexualidade não é doença, não deve ser objeto de tentativas de ‘cura’” (REIS; HARRAD, 2021, p. 115 – grifo dos autores).

Em 2018, a Organização Mundial da Saúde removeu a transexualidade da lista de distúrbios mentais - Cid-11, mas a manteve como incongruência de gênero dentro da categoria da saúde sexual, “argumentando que isso continuaria viabilizando a essas pessoas o acesso aos serviços de saúde”, como, por exemplo, o processo transexualizador. (VIEIRA, 2019, p. 202). Comente-se que, em consequência da ativa atuação dos diversos movimentos sociais, objetivando incluir mais pessoas, popularizou-se “o uso da sigla LGBT, resultado de Lésbicas, Gays, Bissexuais” e Travestis e Transexuais. Em continuação, “tendo em vista os debates e a necessidade de promover a visibilidade dos intersexos”, “complementou-se a sigla com o “I” de Intersexo

Otro cliente del cine observó a la pareja comprando sus entradas cuando una “fuerte duda lo asaltó sobre el verdadero sexo del ‘hombre’”. Después del film, el cliente los siguió hasta su casa y llamó a la policía. Según O Jornal, luego de que Dorival fue arrestado, llevado a la estación de policía, y examinado por un experto médico-legal, él confesó que su nombre verdadero era María Manuela Perez. (O Jornal, 9 de septiembre de 1931, p. 7)

² WHA (World Health Assembly), Assembleia Mundial de Saúde.

e ficou LGBTI”. “Inseriu-se o “+” e obteve-se LGBTI+”, havendo variantes (LGBTIA+, sendo a “A” para assexuados etc.), “a fim de contemplar as demais designações inseridas no universo da diversidade sexual e de gênero”, como Gouines, Não-Binárias, Pansexuais e demais. E isso se deve à situação de ser, a sociedade humana, plural sexualmente e refletir essa característica em sua personalidade (BELCHIOR; HOLANDA; OLIVEIRA, 2021, p. 4-5).

Embora hoje haja diversas redes LGBTI+ nacionais, a formação da ABGLT em 1995 representou um marco importante na história do movimento LGBTI+ brasileiro, porque possibilitou a criação da primeira instância de abrangência nacional de representação com capacidade e legitimidade para levar as reivindicações do segmento até o governo federal, o que até então havia sido impossível (REIS; HARRAD, 2021, p. 115).

Tendo em vista toda a história de intolerância imposta às diversas categorias de pessoas consideradas diversidade sexual e identidade de gênero observadas anteriormente, categorias essas somente para efeitos didáticos e sem o intuito de limitar as discussões sobre o assunto, necessário partir para o desenvolvimento de área do Direito, objetivando dar visibilidade a esses indivíduos e criar garantias para eles, tema do próximo tópico, que aborda o Direito Homoafetivo.

3. DELIMITAÇÕES GERAIS SOBRE DIREITO HOMOAFETIVO E DE GÊNERO, BEM COMO SOBRE A PANDEMIA DA COVID-19

Segundo Dias (2017, p. 32), “é indispensável dar uma mirada à trajetória – verdadeiro calvário – a que ainda são submetidas as pessoas” LGBTI+. Ao trilharem o caminho da reivindicação de direitos, elas são alvo da mais sórdida discriminação, inclusive nas questões fundamentais para a pessoa humana, como é nas relacionadas à família e à saúde. Elas são postas na invisibilidade, ao serem excluídas da tutela estatal, agravando-se tal situação em tempos de maiores dificuldades, como os vivenciados atualmente no contexto da pandemia da covid-19.

Desde meados de dezembro de 2019, o mundo enfrenta a proliferação de “casos de uma pneumonia, contagiosa e de evolução grave, cujo agente causador é o coronavírus Sars-CoV-2 e a doença decorrente a covid-19.” (CFM, 2021, p. 1).

Os primeiros registros da referida doença se deram na China e “rapidamente, o problema se espalhou por diferentes países e levou a Organi-

zação Mundial de Saúde (OMS) a declarar, em março de 2020, a covid-19 como uma pandemia.”³ (CFM, 2021, p. 1).

Até 28 de setembro de 2021, houve a notificação no Brasil de mais de 21 milhões de casos da doença e de mais de 594 mil mortes, conforme relatório do consórcio de veículos de imprensa a partir de dados das secretarias estaduais de saúde (G1, 2021). Dito consórcio foi criado em virtude de que o governo federal e o Ministério da Saúde deveriam ser a fonte natural dos números sobre a pandemia da covid-19, “mas atitudes recentes de autoridades e do próprio presidente colocam em dúvida a disponibilidade dos dados e sua precisão.” (G1, 2020b).

Nesse cenário, o próprio Conselho Federal de Medicina (2021, p. 1) menciona que o anúncio de imunizantes para a covid-19 e a vacinação dos brasileiros “deveria ser comemorada como uma conquista para todas as pessoas”, mas foi “ofuscada por discussões e embates políticos, os quais devem ser encerrados em respeito às vítimas da doença e à população que, ansiosamente, conta com a união de suas lideranças em torno de um objetivo comum: a preservação do bem-estar, da saúde e da vida dos brasileiros” (CFM, 2021, p. 1).

Quanto ao termo homoafetivo, em 2000, Maria Berenice Dias, na obra “União Homossexual: o Preconceito e a Justiça”, fez avançar a literatura jurídica sobre a diversidade sexual e de gênero ao propor dito termo “homoafetividade” (VECCHIATTI, 2019, p. 19 – grifo do autor). Em 2002, a então Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, já utilizava o termo homoafetividade em suas decisões, buscando demonstrar que, como entre os casais heterossexuais, as relações homossexuais também poderiam se basear no afeto (REIS; HARRAD, 2021).

Esse novo vocábulo produziu uma ressignificação extensiva e inclusiva ao considerar que os relacionamentos, tanto homossexuais (ADPF 132-RJ (STF, 2011) e ADI 4.277-DF), bissexuais, heterossexuais, quanto quaisquer outros são dignos de reconhecimento pela sociedade, inclusive sob o contexto familiar e demais âmbitos sociais (ALEXANDRE; DANTAS; GONÇALVES, 2016), devendo ser respeitado também o seu acesso à família e à saúde integral e a todas as possibilidades advindas da vida cidadã.

³ “Segundo a OMS, uma pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença. É um termo usado com mais frequência em referência à gripe e geralmente indica que uma epidemia se espalhou para dois ou mais continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa” (G1, 2020a).

Mais ainda, Holanda (2016, p. 194) pontua, sobre a temática dos transgêneros, que a conformação familiar tradicional, as uniões amorosas e os inúmeros estereótipos relacionados com o gênero, “paulatinamente cedem lugar na legislação para um hibridismo comportamental inerente à espécie humana, cujas ilimitadas formas de expressão e necessidade de expansão ditam inexoravelmente como o direito deve se alinhar”.

Não se pode deixar de mencionar que o Direito deve ser modificado juntamente com a transformação social, buscando soluções jurídicas mais adequadas, sistêmicas e transdisciplinares, de acordo com as demandas e mudanças existentes, para reforçar o enfrentamento aos novos problemas (BELCHIOR, 2017), mais fortemente agravadas para os grupos rotineiramente excluídos, em virtude da situação de pandemia.

Nesse cenário é que se mostrou necessário o desenvolvimento de segmento do Direito que analisasse, expusesse e se empenhasse em construir garantias jurídicas para as historicamente marginalizadas pessoas excluídas devido a sua sexualidade, considerada desviante por mecanismos produzidos por projeto de poder.

Assim, o Direito Homoafetivo e de Gênero, também denominado Direito LGBTI+, Direito da Diversidade Sexual e de Gênero, intenta incessantemente promover a inclusão cidadã de todas as pessoas, em especial, dos indivíduos considerados divergentes por sua sexualidade, dentro dos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988 e da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. No trilhar desse percurso, o Direito Homoafetivo interage com as demais disciplinas do Direito e searas do conhecimento humano, de forma transdisciplinar, por entender impossível a sobrevivência de conhecimento hermético em si mesmo.

Não se pode deixar de mencionar que o Direito Homoafetivo e de Gênero encontra grandes desafios na consecução de seus objetivos. Cite-se, por exemplo, que, antes mesmo da pandemia, segundo os ativistas dos direitos trans, a violência transfóbica impunha aos transgêneros uma expectativa de vida de apenas 35 anos (JUCÁ; SILVA; CUNHA JUNIOR, 2017). Daí se pode concluir que, em virtude do isolamento social, essa realidade poderá se revelar ainda mais avassaladora nos dados produzidos por organismos independentes de pesquisas.

Nesse contexto de transdisciplinaridade, o Direito Homoafetivo e de gênero deve se preocupar com o direito à família e à saúde das pessoas LGBTI+, principalmente com os impactos produzidos nos tempos hodiernos marcados pela pandemia da covid-19.

4. OS PROBLEMAS, DIREITOS E GARANTIAS DAS FAMÍLIAS LGBTI+ NOS TEMPOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Nunca é demais relembrar que a Constituição Federal de 1988, independentemente da situação social em que se encontre o Brasil, garante proteção a todas as famílias (art. 226), bases da sociedade. Estabelece o casamento civil e o reconhecimento da união estável entre pessoas como entidade familiar (art. 226, §§ 1º, 2º e 3º). Determina também que as famílias sejam fundadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, sendo o planejamento familiar livre decisão do casal (arts. 226, § 7º, 229 e 230). Mais ainda, está disposto que os direitos e deveres familiares são exercidos igualmente pelos cônjuges, devendo o Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §§ 5º e 8º).

A Constituição Federal de 1988 também assegura o direito social à saúde (art. 6º), reiterando ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde de todas as pessoas (art. 23, II), e ratificando que “a saúde é direito de todos [todas e todes] e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF/88).

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 reserva o Livro IV da Parte Especial, arts. 1.511 ao 1.783-A, ao Direito de Família. E como não poderia deixar de ser, estabelece de forma detalhada as questões relacionadas aos vínculos familiares, sem deixar de atentar aos preceitos consolidados na Magna Carta vigente.

Mesmo diante de inúmeras adversidades enfrentadas pela comunidade LGBTI+, sob o manto da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil vigente, o Direito Homoafetivo vem buscando tornar públicas as dificuldades e violências sofridas pelas pessoas consideradas diversidade sexual e de gênero. Vem também buscando atuar no intuito de debater e apoiar garantias imprescindíveis aos diversos segmentos das minorias excluídas por sua sexualidade, inclusive em tempos da pandemia da covid-19. Mas expor as inúmeras dificuldades enfrentadas é um processo na tentativa de visualizar o que necessita ser concretizado no tocante à legislação e políticas públicas para os minorizados em termos de sexualidade.

Conquistas construídas antes da pandemia da covid-19 são importantes para a minimização das dificuldades enfrentadas pelas famílias LGB-

TI+ durante o momento pandêmico. A Resolução CNJ nº. 175, de 14 de maio de 2013, já havia garantido o casamento homotransafetivo e a conversão da união estável homotransafetiva em casamento nas serventias extrajudiciais e o Provimento CNJ nº. 63/2017 assegurou o registro dos filhos de casais homoafetivos havidos por técnicas de reprodução assistida no Registro Civil sem intervenção judicial e sem distinção, no assento, quanto à ascendência paterna ou materna, em reforço ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Segundo as Estatísticas do Registro Civil, em pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o

levantamento mostrou também que houve queda no número de casamentos entre pessoas do mesmo sexo na passagem de 2018 para 2019. Dos cerca de 1,02 milhão de casamentos formalizados no país, 9,05 mil foram entre pessoas do mesmo sexo, cerca de 500 a menos que no ano anterior, o que corresponde a uma queda de 4,9% no período. A queda interrompeu dois anos seguidos de alta, e ocorreu após ter apresentado um salto recorde em 2018. Naquele ano, a união civil entre pessoas do mesmo sexo teve alta de 61,7%, enquanto o número total de casamentos teve queda de 1,6% (IBDFAM, 2020, p. [2]).

O reconhecimento jurídico da pluralidade das relações familiares permitiu que as pessoas tivessem mais segurança em manter seus vínculos não formalizados pelo casamento (IBDFAM, 2020).

A pesquisa “Diagnóstico LGBT+ na pandemia - 2021”, produzida por #VoteLGBT, “realizada entre 28 de abril e 24 de maio de 2021”, que “contou com 7.709 observações nas 5 regiões brasileiras”, sendo “utilizadas para a produção do relatório 7.292 respostas” (2021) concluiu que “os 3 maiores impactos da pandemia na população LGBTI+ em 2021 foram”: “agravamento da vulnerabilidade financeira”, “piora da saúde mental e afastamento da rede de apoio” e “insatisfação acentuada com o governo” (2021, p. 10). A pesquisa revelou que “4 em cada 10 pessoas LGBT+ (41,53%) vivem em domicílios com insegurança alimentar”. Quando se fala em “pessoas trans, esse número sobe para mais da metade delas (56,82%).” (#VoteLGBT, 2021, p. 14). E que “6 em cada 10 pessoas LGBT+ tiveram diminuição ou ficaram sem renda por causa da pandemia da covid-19” (#VoteLGBT, 2021, p. 12).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2020) recomenda aos estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos

(OEA) que as pessoas LGBTI+ que constituíram núcleos familiares tenham “reconhecimento jurídico que garanta o domínio dos seus recursos econômicos ou o acesso à segurança social”. Reforça “também que os idosos LGBTI são frequentemente invisíveis na formulação de políticas sociais, o que aumenta a sua vulnerabilidade durante a pandemia” (CIDH, 2020, p. [3]).

Como forma de proibição de retrocesso em período de pandemia, ressalte-se que o Conselho Federal de Psicologia (CFP), com base na ciência e no princípio da dignidade da pessoa humana, desde 1999, estabeleceu na Resolução n. 001/99, de 22 de março, normas de conduta profissional da categoria, rechaçando tentativas de praticar a chamada “cura gay”, procedimento esse transgressor do decidido pela Organização Mundial da Saúde ao não considerar a homossexualidade uma doença desde 1990.

O direito das famílias apresentou repercussões decorrentes da pandemia da covid-19. Como exposto pelas pesquisas, os “casamentos, por se tratarem de negócios jurídicos solenes, não puderam ser celebrados nos meses iniciais da pandemia, até que novamente foram autorizados, mediante uso de máscara e menor número de convidados” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 109). Os regulamentos restritivos de atividades presenciais, prudente e responsabilmente expedidos pelos governadores e governadora, foram necessários para evitar o aprofundamento da situação de crise de saúde no período mencionado.

Destaque para a questão da guarda compartilhada, prevista nos arts. 1.583 e seguintes do Código Civil, uma vez que, nos primeiros meses de pandemia, surgiram dúvidas sobre a possibilidade de transmissão do coronavírus pela criança ao se deslocar de um domicílio a outro. Porém, há relatos de que, “ao mesmo tempo em que houve preocupações sinceras quanto ao cenário vivido, oportunizaram-se atos de alienação parental” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 109).

Na jurisprudência paulista, os primeiros acórdãos consistiram em deferir a suspensão da guarda compartilhada; já os seguintes permitiram o contato entre genitor e filho por videoconferência, o que indicava a prática de alienação parental sob a justificativa da pandemia. A partir de outubro de 2020, os acórdãos foram proferidos para afastar as alegações de que haveria risco de contágio pela COVID-19, usadas como justificativa para a alteração do regime de visitas. Isso porque a pandemia não poderia impedir de forma indefinida o convívio entre pais e filhos, o qual poderia ocorrer presencialmente, desde que observadas as medidas profiláticas de prevenção contra o coronavírus (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 109).

Sobre a configuração da união estável como entidade familiar, essa espécie de família constituída, conforme art. 226, § 3º, CF, com sua tipicidade jurídica inserida pelo art. 1.723 do Código Civil, e confirmada para as uniões homoafetivas em virtude da ADPF n. 132-RJ e ADI 4277-DF, ambas julgadas pelo STF, baseia-se, substancialmente, na afetividade. Assim, aponta a doutrina que o confinamento como o novo *locus* de convivência de adesão, “terá em seu tempo atual, apenas um suposto termo inicial da união de fato entre os parceiros, certo não instituir, de plano, a união estável; porquanto de eficácia condicionada tal convivência, a depender do implemento ulterior dos seus elementos caracterizadores” (LEAL; DUARTE, 2020, p. 211).

O confinamento a dois poderá servir, decerto, como acontecimento de influência futura, na dependência inexorável da convivência de tempo extensivo/duradouro, nele continuado ou fora dele; não significando, todavia, que a coabitação temporária implique em projeto de união estável ou a proclamação de sua existência.

02. Com mesma identidade fundante de razões, importa refletir a segunda hipótese, a de não desconfigurar a união estável, ante eventual ausência do parceiro, que não compartilhe, agora, o confinamento. Ante de mais, impende reconhecer que: i) o elemento coabitação não constitui requisito objetivo da união; (ii) a ruptura imposta do convívio dos parceiros, ditada por repercussões invencíveis da pandemia, não implica na ruptura da união, ante a ausência (LEAL; DUARTE, 2020, p. 212).

Tomacevicius Filho (2020, p. 103) menciona que, “relacionado ao tema da locação de imóveis”, que finda por estar relacionado com todas as famílias, em destaque as famílias homotransafetivas e indivíduos LGBTI+,

houve outra questão que perpassa a justiça: o despejo de locatários durante a pandemia. Na situação de distanciamento social, “surge a dificuldade sobre onde alocar a família despejada. Neste caso, inspirado na lei alemã, o art. 9º da Lei n. 14.010/2020 proibiu a concessão de liminar para despejo de locatários até o dia 30 de outubro de 2020. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 103).

Seguindo o mesmo projeto político, observou-se que “tal dispositivo foi vetado pela Presidência da República por ter entendido que se tolheria instrumento de coerção do locador para forçar o pagamento dos aluguéis.

Entretanto, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional e, assim, entrou em vigor em 8 de setembro de 2020” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 103).

Quanto à questão de se assumir LGBTI+, no período da pandemia, houve um aumento da pressão quanto à esse tema dentro do contexto familiar. O psiquiatra Bruno Branquinho (2020, p. [2]) alega que “não é fácil se dizer LGBT”. Vê-se “todos os dias notícias sobre pessoas LGBT que foram expulsas de casa, agredidas e/ou mortas. Então não é por acaso que pessoas LGBT encontram dificuldade em revelar essa parte de suas identidades aos outros e até a si próprios.” Entretanto, caso seja possível tal ato de assumir, é bom destacar que há um impacto positivo na saúde mental de pessoas LGBTs que passam por esse momento de se assumir, como a melhora da confiança e da autoestima.

Há de se ultrapassar a letargia imposta pelos “debates culturais, políticos e ideológicos” ancorados numa “opacidade estranha que decorre da sua distância em relação ao cotidiano vivido pela” população desprovida de direitos e assistência (SANTOS, 2020, p. 10).

Para complementar a discussão aqui realizada, Rios (2001, pp. 67-68) suscita a reflexão de que o sistema jurídico brasileiro precisa “abrange o princípio da igualdade em dupla dimensão formal e material”.

Mencione-se também a proatividade dos movimentos sociais. Alertou a Aliança Nacional LGBTI+ o apontamento de estudiosos indicando que as populações mais pobres estão sendo “muito atingidas pela pandemia em razão de todas as mazelas e falta de estrutura”. Enfatizou essa Associação que “a população LGBTI+ do Brasil, tomando por base os dados da PNAD do IBGE, está distribuída por todas as classes econômicas, e assim a maior parte desse segmento vive em situação de pobreza ou extrema vulnerabilidade social e econômica” (SIQUEIRA, 2020, p. [2]).

Entretanto, necessário alertar que os efeitos nocivos contra a comunidade LGBT produzidos pela pandemia da covid-19 não se limitam aos diretamente relacionados ao abandono quanto à saúde em si dessas pessoas. Em relação ao recorte da violência a que estão submetidos os transgêneros, o boletim sobre assassinatos e violência em 2020, produzido pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), detectou que o Brasil foi responsável por “pelo menos 175 assassinatos de pessoas trans” no ano de 2020, período marcado pelo coronavírus, isolamento e paralisação das atividades sociais. Esse número representa um “aumento de 201% em relação ao ano de 2008”, ano esse em que o Brasil iniciou e segue na liderança do ranking mundial de assassinatos de pessoas trans no mundo (BENEVIDES;

NOGUEIRA, 2021, p. 31-33). E isso, tendo em vista evidências de subnotificação sistemática das mencionadas violências (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, p. 26).

O ciclo das exclusões e violências transfóbicas iniciam no âmbito familiar, depois passam para o ambiente escolar, em seguida se dando de forma social, política, laboral, institucional, por fim, levando à morte das pessoas consideradas párias por sua identidade de gênero (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, p. 37).

Detectou-se, mais, o surgimento da “violência no ambiente virtual”, bem como “a perseguição contra os direitos sociais que vinham sendo alcançados ao longo dos últimos anos.” Expôs-se que “a pandemia escancarou a violência doméstica” que, conforme o boletim nº 03/2020, “apresentou aumento de 45% no primeiro semestre, muito em função de as pessoas terem que ficar em quarentena junto de seus alcoses e alguns familiares que optam por serem intolerantes” (ANTRA, 2020, p. 2).

Os boletins produzidos para mapeamento da violência contra pessoas LGBTI+ são normalmente realizados a partir de notícias publicadas nas mídias, redes sociais, grupos de whatsapp e parceiros/aliados, como no caso dos referidos, tentando suprir a lacuna deixada pelo Estado, que se recusa a registrar e divulgar dados oficiais e confiáveis sobre a realidade vivida pela diversidade sexual e de gênero.

Em tempos de pandemia, vale ressaltar a iniciativa do Projeto de Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (PEDSG) (PLS 134/2018), idealizada em momento anterior, mas que intenta concretizar na legislação ordinária normatização visando promover inclusão de todas as pessoas, “combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero” (art. 1º) (BRASIL, 2018b).

No que se refere às questões familiares, o PEDSG tem como um de seus princípios fundamentais, a “liberdade de constituição de família” (art. 4º, VI), no sentido de que “ninguém pode sofrer discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero real ou presumida, por qualquer membro de sua família, da comunidade ou da sociedade” (art. 6º) (BRASIL, 2018b).

“As famílias homoafetivas fazem jus”, nos termos do texto do art. 14 (I a VII) do Projeto do referido Estatuto, “a todos os direitos assegurados no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões”, como:

- direito ao casamento;
- direito à constituição de união estável e sua conversão em casamento;
- direito à escolha do regime de bens;
- direito ao divórcio;
- direito à filiação, à adoção e ao uso das técnicas de reprodução assistida;
- direito à proteção contra a violência doméstica ou familiar, independente da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima;
- direito à herança, ao direito real de habitação e ao direito à sucessão legítima. (BRASIL, PL nº 134, 2018b).

O Projeto de Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero considera serem “garantidos todos os demais direitos de dependência para fins previdenciários, fiscais e tributários” (art. 15), bem como que “os agentes financeiros públicos ou privados devem assegurar acesso das famílias homoafetivas à aquisição da casa própria” (art. 73) (BRASIL, 2018b).

Ainda, consoante o art. 29, *caput* e parágrafo único, “o filho tem o direito de não ser discriminado pela família ao revelar sua orientação sexual ou identidade de gênero”. Daí tem-se que expulsar o “filho do lar familiar em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero gera, com relação a ambos os pais responsáveis, obrigação indenizatória por dano material, responsabilidade por abandono afetivo bem como responsabilidade penal, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2018b).

Há a previsão no Projeto aludido, conforme art. 60, que, “ao programarem atividades escolares referentes a datas comemorativas, dirigentes e educadores devem atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento dos alunos filhos de famílias homoafetivas” (BRASIL, 2018b).

“As ações que tenham por objeto questões relativas a famílias homoafetivas são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados por Câmaras Especializadas em Direito de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver”, de acordo com o art. 78 do Projeto de Estatuto indicado (BRASIL, 2018b).

Prevê ainda o PEDSG, no art. 102, o crime de violência doméstica, aplicando-se a Lei nº. 11.340/2006, “à violência doméstica e familiar perpetradas no âmbito das famílias homoafetivas, independente do sexo registral ou morfológico da vítima” (BRASIL, 2018b).

Como já revelado, o direito à saúde é tema de extrema relevância para a população LGBTI+. Tanto assim, que, apesar dos reveses, os arts. 104 e 105 do Projeto de Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (PEDSG) (PLS 134/2018) buscam especificar na legislação ordinária nacional a determinação de que a participação em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do país deve ser promovida por meio da implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades no tocante à saúde (BRASIL, 2018b).

Dado o exposto, diante da realidade da crise sanitária causada pela pandemia da covid- 19, o Direito Homoafetivo mostra-se necessário na colaboração e promoção da análise e criação de ferramentas jurídicas de amparo não somente para as famílias LGBT, mas que finda por impactar positivamente na comunidade como um todo. Contudo, ressalte-se que as restrições não se dão somente sob o âmbito da pandemia em si, mas ainda estão também atreladas ao preconceito e à intolerância sexual, que adentra ao aspecto institucional de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as necessárias averiguações, a resposta que se teve da presente pesquisa foi a de que o Direito Homoafetivo e de gênero tem contribuído, já há bastante tempo, em parceria com os movimentos sociais vinculados à comunidade LGBTI+, para a visibilidade e construção de instrumentos jurídicos inclusivos dessas minorias e de seus modelos de famílias.

A pesquisa evidenciou que muitos são os entraves impostos por projetos de poder os quais marginalizam a pessoa humana que não atende a um conjunto restrito de condições impostas como realidade sexual e de gênero única e intransponível. Inclusive, tais entraves vem se reproduzindo de forma simbólica e mediante barreiras materiais, adentrando às questões de saúde, e se incorporando também aos problemas relacionados à pandemia da covid-19, impondo dificuldades ainda maiores à sobrevivência das pessoas e famílias LGBTI+.

No entanto, o Direito Homoafetivo empenha-se em possibilitar, apesar das adversidades, mediante a pesquisa, exposição e esforço na produção de garantias jurídicas, a melhoria de vida das famílias formadas por minorias sexuais. E esse fortalecimento de iniciativas no Direito requer constantes reivindicações sociais bem como avanços normativos que promovam ações afirmativas também direcionadas à saúde, ainda mais nesses tempos da crise sanitária aqui em discussão.

Portanto, necessário se faz o empenho em desenvolver e evitar retrocessos no que diz respeito aos direitos das pessoas consideradas divergentes em virtude de sua sexualidade. Lutar pelo estabelecimento de propostas de promoção do acesso à saúde para todos, todas e todes, em especial, para as famílias de pessoas consideradas diversidade sexual e de gênero. Essas pessoas e seus núcleos familiares merecem ter a saúde preservada, como todas as outras, inclusive por meio de políticas afirmativas imprescindíveis em tempos da pandemia da covid-19.

6 REFERÊNCIAS

- #VOTELGBT. **Diagnóstico LGBT+ na pandemia** – 2021. [recurso eletrônico] São Paulo, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5b310b91af2096e89a5bc1f5/t/60db6a3e00bb0444cdf6e8b4/1624992334484/%5Bvoto%2Blgbt%2B%2B%2Bbox1824%5D%2Bdiagno%CC%81stic0%2BLGBT%2B2021+b+%281%29.pdf> Acesso em: 29 set. 2021.
- ADAID, Felipe. Homossexualidade no medievo: o legado da Peste Negra aos sodomitas. **Jus.com.br**, on-line, 14 jan. 2019. Artigo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71387/homossexualidade-no-medievo> Acesso em: 26 jul. 2021.
- ALEXANDRE, Suelen Saraiva da Cruz; DANTAS, Maridiana Figueiredo; GONÇALVES, Jessika Luanna Cardoso Braz. Homoafetividade e os Direitos da Criança e do Adolescente: Uma Análise na Região do Cariri. **Revista Direito e Dialogicidade**, Universidade Regional do Cariri, Crato, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/1022/1045> Acesso em: 26 jul. 2021.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). Boletim nº 04/2020 - 01 de janeiro a 31 de agosto de 2020: Assassinatos Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020. **AntraBrasil.org**, on-line, 7 set. 2020. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/09/boletim-4-2020-assassinatos-antra-1.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; HOLANDA, Fabio Campelo Conrado de; OLIVEIRA, Marcos Heleno Lopes. Transgêneros: Nome Social, Nome e Gênero Registral Social. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 08, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45302/28578> Acesso em: 21 jul. 2021.
- BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim (orgs.). **Dossiê: Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020**. São Paulo:

Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf> Acesso em: 30 set. 2021.

BRANQUINHO, Bruno. O drama da “saída do armário” para as pessoas LGBTs. **Carta Capital**, on-line, 29 jun. 2020, Saúde LGBT+. Disponível em: <https://www.carta-capital.com.br/blogs/saudelgbt/o-drama-da-saida-do-armario-para-as-pessoas-lgbts/> Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais

de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Escala de Kinsey**. Senado Federal, Brasília, DF: 8 jun. 2018a. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5a073eb3-7798-4de9-93c3-1b0926654f47> Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Autoria: Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Brasília: Senado Federal, 2018b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651070&ts=1545410725371&disposition=inline> Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132** Rio de Janeiro. Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...]. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Acórdão julgado em 5 de maio de 2011; Diário da Justiça Eletrônico (Dje) 198 divulg 13-

10-2011 public 14-10-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 20 mar. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **A CIDH insta os Estados a garantirem os direitos das pessoas LGBTI em resposta à pandemia da COVID-19.** OEA, on-line, 20 abr. 2020. Comunicado de Imprensa. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/081.asp> Acesso em: 28 set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Esclarecimentos do CFM sobre a covid-19. **CFM**, on-line, 14 jan. 2021. Notícias. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2021/01/esclarecimentocfm.pdf> Acesso em: 28 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

G1. Mortes e casos de coronavírus nos estados. **Globo.com**, on-line, 27 set. 2021. Bem Estar, Coronavírus. Disponível em: http://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel/?_ga=2.239687808.2073564620.1615212868-12431b22-00bc-4dc7-67fe-956364e002d4 Acesso em: 28 set. 2021.

G1. O que é uma pandemia. **Globo.com**, on-line, 11 mar. 2020a. Bem Estar. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/o-que-e-uma-pandemia.ghtml> Acesso em: 28 set. 2021.

G1. Veículos de comunicação formam parceria para dar transparência a dados de Covid-19. **Globo.com**, on-line. 8 jun. 2020b. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-covid-19.ghtml> Acesso em: 28 set. 2021.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Direito privado e relações sociais: uma breve análise da transexualidade no Brasil. **Revista da AGU**, volume 15, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIAS (IBDFAM). Pesquisa do IBGE aponta que brasileiros têm casado menos e se divorciado mais rápido. **IBDFAM**, on-line, 10 dez. 2020. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8040/Pesquisa+do+IBGE+aponta+que+brasileiros+têm+casado+menos+e+se+divorciado+mais+rápido> Acesso em: 28 set. 2021.

JUCÁ, Roberta Laena Costa; SILVA, Jônatas Isaac Apolônio da; CUNHA JUNIOR, Francisco Gilberto. A institucionalização da transfobia no direito civil brasileiro: uma análise da possibilidade de anulação do casamento da pessoa transexual. **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais**, Brasília, v. 3, n. 1, p.

171–195, 2018 . Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/19378/17900> Acesso em 21 jan, 2023.

LEAL, Larissa Maria de Moraes Leal; DUARTE, Lorena Guedes (coords.). **Impactos da pandemia covid-19 no direito de família e das sucessões**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Conselho Federal, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Impactos-da-pandemia-covid-19-no-direito-de-familia.pdf Acesso em: 27 set. 2021.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, Toni; HARRAD, David. **Família Harrad Reis**: uma família de todas as cores e todos os amores. Curitiba: Appris, 2021.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

ROCHA, Maria Vital. Hermafroditismo em Roma. In: *Jornadas Mujer Romana y Actualidad*. Unidade de Igualdade e Conselho Social da Universidade de Vigo, Espanha. Debate. Youtube, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=doqLU0YBsSo> Acesso em: 9 maio 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SIQUEIRA, Lucas. Nota da Aliança Nacional Coronavírus, Prevenção, Direitos e Medidas Sociais. **Aliança Nacional LGBTI+**, on-line, 25 mar. 2020. Geral. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/2020/03/25/nota-da-alianca-nacional-coronavirus-prevencao-direitos-e-medidas-sociais/> Acesso em: 14 jul. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Direito Civil e Covid-19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 115, p. 93-119, jan./dez.2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189359/174879> Acesso em: 30 set. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. 3. ed. Bauru, SP: Spessotto, 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2019.

VIOLÊNCIA DE IDENTIDADE DE GÊNERO: MECANISMOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

*Michel Canuto de Sena**

*Heloisa Helena de Almeida Portugal***

*Ady Faria Da Silva****

*Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos*****

1. BREVES NOTAS SOBRE VIOLÊNCIA DE IDENTIDADE DE GÊNERO

A violência surge das relações interpessoais e permeia toda a sociedade, mas não pode, porém, ser utilizada como um mecanismo de resolução ou pacificação dos problemas sociais, para tanto, existem os mecanismos de resolução de conflitos que possibilitam às pessoas uma convivência harmônica.

* Graduado em Direito (FACSUL), Especialista em Direito (UCDB), Mestre (UFMS), Doutor pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutorando em pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-doutorando em Letras pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) Professor de Direito. Membro do Laboratório de Desenvolvimento Humano (LDH-UFMS). Membro do Laboratório de Ética, Inovação e da Conduta Humana (LEICH-UFMS). Coordenador do Projeto ASA (UFMS).

** Docente Efetiva da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campus de Três Lagoas; Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos pela PUC/SP; Pesquisadora em Direito Digital e Inteligência Artificial. Membro do Laboratório de Desenvolvimento Humano (LDH-UFMS). Membro do Laboratório de Ética, Inovação e da Conduta Humana (LEICH-UFMS). Coordenador do Projeto ASA (UFMS).

*** Graduado em Direito, especialista em Direito e mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

**** Doutor e Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor titular (*full professor*) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professor visitante (*visiting researcher*) do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste. Membro do Laboratório de Desenvolvimento Humano (LDH-UFMS). Membro do Laboratório de Ética, Inovação e da Conduta Humana (LEICH-UFMS).

A pessoa transgênero passa por violações de seus direitos basilares, simplesmente por ser diferente das demais. Isso gera na sociedade atos de perseguição, maltrato, exclusão e violência.

Numa sociedade em que qualquer diferença é tratada de modo cruel, precisamos analisar o fenômeno da violência de identidade de gênero. De tal modo, o presente trabalho reúne informações e itinerários para o combate a essa espécie de violência.

2. ASPECTOS GERAIS DA IDENTIDADE DE GÊNERO

A violência de identidade de gênero envolve as pessoas transgêneros. Em caso de violência contra esse grupo de pessoas, a Lei Maria da Penha (Lei nº11.340/2006) é enquadrada, conforme o art. 7º da legislação. O direito à identidade pessoal abrange não somente a proteção ao nome, mas também alcança os traços pelos quais a pessoa se apresenta no meio social. Em outras palavras, é o “direito de ‘ser si mesmo’” envolvendo o respeito à imagem, à “aquisição de ideias e de experiências pessoais”. Ainda, envolve “as convicções ideológicas, morais, religiosas e sociais” que são capazes de diferenciar a pessoa das demais. (SCHREIBER, 2013, p. 211).

Surge, nesse contexto, o direito à igualdade de gênero que não deve ser incutido somente para homens e mulheres, mas também para outras pessoas que se enquadram nas demais modalidades de gêneros. Essa igualdade é uma questão de direitos humanos e de condição de justiça social, tendo em vista que a isonomia é um requisito necessário e fundamental para o desenvolvimento da pessoa. O direito à igualdade de gênero não surge como um divisor social, ou seja, para dividir as pessoas em grupos diferentes, surge para igualar o direito de acesso aos campos comuns. Em outras linhas, o acesso ao trabalho, a uma vida digna, à família e ao desenvolvimento pessoal.

Nesse campo, estão inseridas as pessoas transgêneros, aquelas que não se identificam com o sexo biológico de nascimento, mas sim com o oposto ao seu. A Organização Mundial de Saúde (OMS) não classifica o transgênero como doença e ainda é possível identificar a identidade de gênero desde a infância da pessoa, pois ela não age com os padrões estabelecidos para o gênero masculino ou feminino (GALVÃO, 2011).

Com isso, “a autodeterminação das pessoas” é configurada “como elemento fundamental para” garantir a “qualidade de vida”. Assim, “autodeterminar-se não significa” ter uma vida sem responsabilidades e de forma

inconsequente, mas a possibilidade de “exercer as liberdades pessoais”, ou seja, a possibilidade de fazer escolhas pessoais, de criar uma própria identidade e de tomar as decisões sobre o seu próprio corpo. (FACHIN, 2014, p. 37).

A identidade pessoal é justamente o direito ao ser, tendo como função a identidade da pessoa na sociedade. Desse modo, o nome ganha relevo na construção da identidade, mas esta vai além do nome, pois faz parte de uma construção social, cultural, ideológica e política. Em outros termos, a identidade faz parte do pressuposto de como a pessoa se reconhece e do que representa na sociedade. (FACHIN, 2014).

As pessoas cisgêneros são aquelas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo que lhe foi atribuído no momento de seu nascimento. As pessoas transgêneros ou transexuais são aquelas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo que lhe foi atribuído ao nascer. Nesse caso, essas pessoas podem ou não modificar sua aparência ou função corporal, por meios médicos, cirúrgicos ou outros. (GALVÃO, 2011).

As “pessoas não binárias” são aquelas que “não se percebem como pertencentes a um gênero exclusivamente, não se limitando ao masculino ou ao feminino, ou não se percebem como pertencentes a qualquer tipo de gênero.” (BRASIL, 2021, p. 10).

De tal forma, a efetividade do direito à identidade somente é possível com o livre exercício da pessoa sobre o próprio corpo, tendo em vista que essa relação de transgêneros com o seu corpo é essencial para uma vida digna e decorre do livre exercício da liberdade.

3. OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Os princípios de Yogyakarta surgiram dos esforços de especialistas, em conjunto com organizações não governamentais, no ano de 2005. Um dos principais objetivos é mapear as violações de direitos humanos sofridas por pessoas de orientação sexual e identidade de gênero diversas. Além disso, objetivou também averiguar a aplicação dos tratados de direitos humanos aos casos específicos de violação desses direitos, bem como o cumprimento da obrigação dos Estados quanto à sua efetivação. Não se deve olvidar que a comunidade LGBTQIA+ ¹ é considerada como um grupo

¹ A evolução da sigla para designar diversas minorias sexuais e de gênero é uma resposta ao tamanho do espectro e das demandas da comunidade composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, trans, *queers*, pansexuais, agêneros, pessoas não binárias e intersexo por mais visibilidade.

minoritário e tem os seus direitos e garantias rotineiramente ceifados ou reduzidos (MARSAL, 2011).

O documento apresenta definições sobre os conceitos que dão base a esse grupo minoritário, ou seja, “uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero”, conforme consta na introdução do material. (PRINCÍPIOS, 2007, p. 7 apud ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 649).

Desse modo, a “identidade de gênero é conceituada como” a “experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não” ser correspondente “ao sexo atribuído ao nascimento.” Isso inclui “o senso pessoal do corpo”, o “que pode envolver, por livre escolha”, as “modificações da aparência ou função corporal”, por intervenções cirúrgicas, e as demais expressões de gênero, como é o caso das vestimentas, do modo de falar e dos maneirismos (PRINCÍPIOS, 2007, p. 7 apud ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 649).

É nítido que as pessoas LGBTQIA+ sofrem perante a sociedade, em espaços comuns, no ambiente educacional, no mercado de trabalho, inclusive nas relações interpessoais. Aliás, é no âmbito das relações interpessoais que deveria haver a oferta de um tratamento digno e não um cenário de distanciamentos, de preconceitos e de tabus.

Considerando essas questões, os princípios tratam ‘dos direitos fundamentais à vida, à segurança pessoal, à privacidade, à liberdade, ao acesso à justiça e à proteção contra a exploração e a privações arbitrárias de suas liberdades’. (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 650) Assim, é importante destacar que o direito à privacidade incute a opção de revelar ou não informações pertinentes à orientação sexual ou à identidade de gênero, bem como as relações pessoais e sexuais da pessoa. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Ainda, os princípios (de 4 a 11) atuam na necessidade de os Estados revogarem leis que criminalizam atividades sexuais entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade de consentimento. Além do mais, garantem a proteção das pessoas em razão de sua identidade e de sua vida privada. Isso inclui a proteção de sua identidade originária, bem como as informações sobre a sua intimidade, as quais precisam ser respeitadas. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

O princípio 18 expõe discussão referente à proteção contra abusos médicos, sobre a não submissão da pessoa a qualquer tratamento forçado

e desumano, a procedimentos ou testes físicos ou psicológicos com base na orientação sexual ou da identidade de gênero. Importante destacar que a identidade de gênero e a orientação sexual não são consideradas como enfermidades físicas ou psíquicas, razão pela qual não devem ser tratadas como anomalias, tampouco doença. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Resta ao Estado o dever de garantir que, em todo e qualquer tratamento médico ou assistencialista, a base do atendimento ou acompanhamento não seja destinada ou pautada na orientação ou na identidade de gênero da pessoa. Ainda, para que a pessoa desfrute da liberdade de forma digna, ela não pode passar por limitações nos ambientes sociais e profissionais (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Outro ponto de destaque se encontra nos princípios 19 a 21, que tratam da liberdade: de expressão e opinião; de reunião e de associação pacífica por pessoa de orientação sexual e identidade de gênero diferentes; e, de pensamento, consciência e religião. Aliás, no que concerne à garantia desses princípios, por se tratar de uma obrigação do Estado, este precisa promover, por meio de políticas públicas e sociais, mecanismos de conscientização e de validação dos direitos dessas pessoas. Também, não deve haver ingerência religiosa sobre a vida sexual do cidadão, evitando-se, de tal modo, os discursos preconceituosos e homofóbicos, baseados no ódio, que acarretam à pessoa ficar cada vez mais isolada e excluída. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Os princípios 22 e 23 tratam da liberdade de ir e vir e de buscar asilo em função de perseguições decorrentes de sua orientação e de sua identidade de gênero. Os princípios 24 a 26 tratam do direito de constituir família, de participar da vida pública e da vida cultural. Sem dúvidas, ceifar o direito de constituir uma família em razão de orientação sexual ou identidade de gênero se configura um dos atos de grave violação aos direitos humanos. Isso porque a constituição familiar não é permitida apenas para pessoas heterossexuais, mas para todas as pessoas. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

O documento reforça, no princípio 24, a necessidade de os Estados tomarem medidas para garantir o acesso à adoção ou à procriação assistida, sem discriminação, e assegurarem políticas públicas que reconheçam as diversas formas de constituições familiares. Destaca que o Estado deve, ainda, em toda matéria que envolva crianças, sempre buscar o melhor interesse delas, não podendo ocorrer formas de obstrução ou discriminação acerca da orientação sexual ou da identidade de gênero (da criança ou de qualquer membro da família). Deve-se, assim, respeitar todas as pessoas,

desde a infância, com suas diferenças e igualdades, promovendo uma sociedade eivada de respeito e bem-estar nas relações. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

No Brasil, no ano de 2011, foram julgadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, com base nas decisões do STF, editou a Resolução n. 175 de 2013 (BRASIL, 2013), reiterando às autoridades competentes a proibição de recusa de habilitação e de celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento para as pessoas do mesmo sexo. Na oportunidade, ficou assentado que, caso o cartório se recusasse aos atos, o juiz-corregedor deveria ser comunicado para tomar as medidas administrativas cabíveis.

4. A PESSOA TRANSGÊNERO

No século XIX, a sexualidade e doença mental se fundiram. Todo o discurso sobre saber, poder e prazer foram incluídos como abominação. Esse saber sobre o sujeito não foi baseado em sua forma, em saber quem a pessoa é, mas sim sobre o que a pessoa poderia determinar. Desse modo, por meio de círculos cada vez mais fechados, o projeto de uma ciência do sujeito começou a gravitar acerca das questões do sexo (FOUCAULT, 1999, p. 68).

Desse modo, o sexo foi encontrado entre as disciplinas do corpo e a regulação das populações. Inaugurou-se, assim, uma temporada de vigilância, exames médicos e psicológicos, em outras palavras, de uma microfísica do poder sobre o corpo (FOUCAULT, 1999, p. 69).

A sexualidade foi dissecada no século XIX com quatro principais linhas de ataques: as duas primeiras de natureza reguladora, ou seja, apoiada na saúde coletiva – sexualização da criança e a histerização das mulheres. As outras duas, com tendência de adestramento individual, ocuparam-se do controle de natalidade e da psiquiatrização das prevenções. Em resumo, o sexo uniu corpo e população para a gestão da vida (FOUCAULT, 1999, p. 137).

Conforme os ensinamentos de Beatriz Preciado, a atenção precisa ser direcionada também às formas de controle dos corpos e à influência da indústria farmacêutica, meios de comunicação e os fluxos digitais. Segundo ela, vive-se em uma sociedade de controle, que veio para substituir a sociedade disciplinar cujos mecanismos de poder continuam presentes e invisíveis (PRECIADO, 2008, p. 144).

O conceito de biopoder de Foucault (1999) forneceu ideias principais para a teoria *queer* e para o estudo da gestão política, técnica e científica do corpo, bem como a vida e a morte. Como reforça Preciado (2008), o gênero, antes de ser considerado umas das reivindicações feministas, foi uma tecnologia médica utilizada para a administração de corpos transgêneros e intersexuais.

À vista disso, para Judith Butler, a noção de pessoa é deslocada em função do contexto social e histórico. Trata-se, assim, de algo inconstante e relativo. No mesmo sentido, o gênero precisa ser apreendido como contextual, relacional e transitório. Assim, o discurso de gênero age sobre o sujeito na busca de uma coerência culturalmente estabelecida com o fito de atribuir humanidade (BUTLER, 2003, p. 48).

Para Freud, a teoria popular do instinto sexual é baseada em duas metades, ou seja, homem e mulher, que buscam a união em função do amor. Isso resulta em surpresa ao saber que existem homens que sentem atração por pessoa do mesmo sexo. Para ele, ainda, a imagem do sexo não existe desde o nascimento, pois se constrói por meio do “eu” que se identifica com a imagem de seu corpo. Dessa forma, assume essa imagem como sua e, ainda, como sendo ele próprio (FREUD, 2016, p. 21).

De acordo com Butler (2003, p. 198), o corpo não é um ser em si, mas uma fronteira variável, uma prática significativa no campo da cultura e da hierarquia do gênero e da heterossexualidade compulsória. Em outras palavras, o corpo é uma matéria constituída e relacionada ao contexto sociopolítico em que a pessoa vive (OLIVEIRA, 2021, p. 9).

No mesmo sentido, surge a figura do transexualismo. Antônio Chaves acredita que a pessoa pertence ao sexo contrário à sua anatomia e por isso se transveste. Assim, o transexualismo masculino pode ser entendido como a condição clínica em que se encontra um indivíduo biologicamente normal, mas que apresenta sexo psicológico incompatível (CHAVES, 1994, p. 141).

O transexual vive constantemente atormentado pela ideia de vestir-se conforme o sexo oposto, além das submissões estéticas para moldar o corpo conforme o outro sexo. Além disso, em alguns casos, surge a necessidade de submissão à cirurgia de redesignação sexual. Ainda, o estudo do transexual pode ser dividido em primário e secundário. No primeiro caso, não se trata de uma pessoa afeminada, mas sim de um ser feminino, uma mulher, que demonstra vontade inequívoca de mudança de sexo. Já o secundário oscila entre o homossexualismo e o travestismo, levando, assim, ao entendimento de que a cirurgia de ablação de órgãos seria cabível somente para o transexual primário (CHAVES, 1994, p. 145).

As questões relacionadas às modificações corporais, como é o caso da cirurgia de redesignação sexual, neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, tiveram avanços para fins de pesquisa, com sua aprovação, no final da década de 1990. O procedimento era pautado na Resolução nº. 1482 do Conselho Federal de Medicina (CFM), sustentado em dois argumentos: o da justiça e o de integrar o corpo à identidade sexual (AMARAL, 2011, p. 76).

No ano de 2002, a resolução é revogada pelo Conselho Federal de Medicina e a intervenção cirúrgica passa a ser realizada independentemente do compromisso da pessoa com pesquisas. A partir dessa data, um número expressivo de pessoas, que se identificavam como transexuais ou com outra variante de gênero, passaram a buscar assistência médica (ROCON; SODRÉ; RODRIGUES, 2016, p. 260).

A primeira cirurgia de redesignação sexual realizada no Brasil ocorreu no ano de 1971, pelo Médico Roberto Farina; porém existem relatos de inúmeras outras cirurgias realizadas de forma ilegal no país (ROCON; SODRÉ; RODRIGUES, 2016, p. 261).

Vale destacar que o direito à saúde está garantido na Constituição de 1988, em seu art. 196 (BRASIL, 1988). No texto constitucional, a saúde é entendida de maneira ampliada e não apenas como assistência médico-sanitária. Nesta concepção, a saúde é decorrente do acesso das pessoas e da coletividade aos bens e aos serviços públicos oferecidos pelas políticas sociais universais. A Saúde, a Previdência e a Assistência Social integram o Sistema de Seguridade Social e esta conquista representa o compromisso e a responsabilidade do Estado com o bem-estar da população (BRASIL, 1988, art. 194).

De tal maneira, existe forte influência dos movimentos sociais protagonizados por pessoas transgêneros para a consolidação de políticas públicas de saúde. A título de exemplo, no ano de 2008, o Ministério da Saúde instituiu normas técnicas por meio da Portaria nº. 1.707 para a realização de cirurgia transexualizadora pelo Sistema Único de Saúde (SUS), além das recomendações sobre a identidade de gênero e a orientação sexual como determinantes da saúde (ALMEIDA; MURTA, 2013, p. 386).

A portaria n. 2.803, de 2013, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013b), dispõe sobre os cuidados específicos à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero. Nesse sentido:

[...] Art. 2º São diretrizes de assistência ao usuário(a) com demanda para realização do Processo Transexualizador no SUS:
 – integralidade da atenção a transexuais e travestis, não res-

tringindo ou centralizando a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas;

- trabalho em equipe interdisciplinar e multiprofissional;
- integração com as ações e serviços em atendimento ao Processo Transexualizador, tendo como porta de entrada a Atenção Básica em saúde, incluindo-se acolhimento e humanização do atendimento livre de discriminação, por meio da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários e usuárias da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana, em todos os níveis de atenção. (BRASIL, 2013b, p. 1).

Constituiu um importante avanço para as pessoas transgêneros no campo social e da saúde, principalmente pelo trabalho de equipe multidisciplinar ou interdisciplinar nas cirurgias de redesignação de gênero. Além disso, houve previsão de atendimento livre de discriminações e o respeito à dignidade humana (BRASIL, 2013b).

Ademais dos avanços conquistados na área da saúde, a pessoa transgênero alcançou passo importante sobre o direito à identidade, ou seja, o direito à alteração da certidão de nascimento. Isso se deu devido às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 4.275, que trata sobre a alteração do nome em registro civil (BRASIL, 2018c, p. 3).

Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 73, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de transgêneros (BRASIL, 2018c, p. 1). Dessa feita, ficou estabelecido que homens e mulheres transgêneros, maiores de 18 anos, podem pedir a alteração de seu registro civil. Permitiu-se, assim, que a pessoa se adeque à identidade de gênero autopercebida, não necessitando de autorização judicial tampouco da presença de defensor público ou advogado.

Outro feito envolvendo a comunidade LGBTQIA+ foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a criminalização dos atos de homofobia e de transfobia. Conforme o entendimento da Corte, houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não criminalizar os atos de homofobia e transfobia. Assim, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 (BRASIL, 2019, p. 3), de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) n. 4733 (BRASIL, 2013, p. 1), relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído e a Corte reconheceu que ocorreu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade

LGBTQIA+. Desse modo, a homofobia e a transfobia foram enquadradas, segundo o STF, como tipo penal definido na Lei de Racismo – Lei n. 7.716 de 1989 (BRASIL, 1989).

O Ministro Luís Roberto Barroso (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527 (BRASIL, 2018, p. 1), determinou que pessoas transgêneros condenadas cumpram suas penas em prisões femininas. Para isso, utilizou o fundamento de que se faz necessário assegurar a integridade física e psíquica de pessoas transgêneros, levando-se em conta os princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da autonomia, da igualdade, do direito à saúde e da vedação ao tratamento cruel e à tortura.

A Cartilha de Atendimento do Ministério Público do Trabalho (MPT) à população LGBTQIA+ apresenta, de forma didática e esclarecedora, os direitos desse grupo vulnerável, além de regras internas a serem seguidas pelo próprio MPT. Assim, fica assegurado a todas as pessoas transexuais e travestis e as demais, as quais não sintam refletida sua identidade de gênero, o uso do nome social, do banheiro e do vestiário no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

Esta conduta do MPT implica uma atuação ética e comprometida com a justiça social, capaz de superar os preconceitos e estereótipos que ainda permeiam o cotidiano das pessoas transgêneros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, a partir do exposto ao longo deste trabalho, que as pessoas transgêneros não buscam direitos inovadores e diferenciados, mas apenas o reconhecimento a uma vida digna que permita acesso à inclusão social e aos direitos fundamentais, além da conscientização da sociedade sobre a importância do respeito à diversidade de gênero e o combate a discriminação e a violência de todas as formas.

De tal modo, o Direito necessita acompanhar as mudanças sociais, haja vista que a evolução social passa por um contexto interdisciplinar e interdependente, cabendo à Ciência Jurídica harmonizar o princípio da dignidade da pessoa humana; as garantias dos direitos individuais; a tutela dos direitos da personalidade; o respeito aos direitos humanos de modo que a sociedade não seja fundada em distanciamento ou desigualdade, mas nos ideais de justiça e equidade.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 113, pp. 645-668, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfduosp/article/view/156674/152166> Acesso em: 23 jan. 2023

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Guilherme; MURTA, Daniela. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad** (Rio de Janeiro) [on-line], Nº 14, Dossier N.2, pp. 380-407, ago. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/bvJMJJtLDKm3387YtgS54bw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jan. 2023.

AMARAL, Daniela Murta. **Os desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil**. Orientador: Márcia Ramos Arán. 2011. 107f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/4576/1/Tese%20-%20Daniela%20Murta%20Amar%20al.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Cartilha de Atendimento do MPT à população LGBTQI+. 2021. **Ministério Público do Trabalho**, on-line. 2021. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/atendimento-do-mpt-a-populacao-lgbqi/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Brasília: Diário oficial da União, 9 jan, 2020, seção 1, p. 96. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Brasília, DF, on-line. 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº. 73 de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos as-

sentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no registro civil das pessoas naturais (RCPN). Brasília, DF, 28 jun. 2018a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF, 14 mai. 2013a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 22 nov. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 16 jul. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 16 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.146, de 5 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 2.803**, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF, 21 nov. 2013b. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 2.836**, de 1º de dezembro de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). Brasília, DF, 2 dez. 2011. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Autoria: Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Brasília: Senado Federal, 2018b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&disposition=inline>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 de 2019**. Relator: Min. Celso de Mello. 13 jun. 2019 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527 de 2018**. Relator: Min. Roberto Cardoso. 18 mar. 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1183757118/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-527-df-0073759-7820181000000/inteiro-teor-1183757124>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.275**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Min. Marco Aurélio. 1 mar. 2018c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Injunção nº. 4.733 de 2013**. Brasília, on-line, 2013c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão de identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade e transplantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBD-Civil**, v. 1, n. 01, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdpcivil.org.br/rbdc/article/view/130/126>. Acesso em: 23 jan. 2023.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FREUD, Sigmund, 1856-1939. **Obras completas**, volume 6: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905) | Sigmund Freud. Tradução Paulo César de Souza. 11 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALVÃO, Ana Luisa. **Transtornos de Identidade de gênero**. 2. ed. São Paulo: ABC da Saúde, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Adoção de criança é concedida à mãe transgênera. **IBDFAM**, on-line, 22 mar. 2017. Notícias: Direito de Família na Mídia. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/13563>. Acesso em: 11 set. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARSAL, Carmen. *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*. **Dikaion**, Chia, Colômbia. v. 20, n. 1, pp. 119-130, jun, 2011. Disponível em: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1951/2496>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; DE OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. O Princípio do Melhor Interesse da Criança nos Processos de Adoção e o Direito Fundamental à Família Substituta. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, pp. 285- 301, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/336/286> Acesso em: 23 jan. 2023.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; DE CAMARGO FICHER, Karla Ferreira. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 17, n. 1, pp. 9-32, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2289/pdf> Acesso em: 23 jan. 2023.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA, Silvana do Monte. A busca ativa pelos grupos de apoio à adoção. In: SILVA, Sávio Renato Bittencourt Soares (coord.); TOLEDO, Maria Bárbara (org.). **Adoção e o direito de viver em família: famílias em concreto e os grupos de apoio à adoção**. Curitiba: Juruá, 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. **United Nations Human Rights**, on-line. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 11 set. 2021.

OLIVEIRA, Kris Herik de. Intensos encontros: Michel Foucault, Judith Butler, Paul B. Preciado e a teoria queer. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 29, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/f8xM5gZFZxn9yZwxZbx8Tt/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 23 jan. 2023.

PRECIADO, Beatriz. **Testo Yonqui**. Madrid: Espasa Calpe, 2008.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. **Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)**, on-line, jul. 2007. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRÉ, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 19, pp. 260-269, jul./set. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/jTQ6ctCXsnzGrw5fGZVbPxr/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 23 jan. 2023.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Diálogos com o Direito de Filiação Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. A família trans e o direito. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN; Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (org.). **Famílias, psicologia e direito**. Brasília: Zakarewicz Editora, 2017.

STALKING: CRIME DE PERSEGUIÇÃO

Luciane Inês Kist Windmöller*

Silvio Carlos Nascimento Lima**

1. BREVES NOTAS SOBRE *STALKING*: CRIME DE PERSEGUIÇÃO

Desde os primórdios dos tempos as mulheres sofrem repressão, o que conseqüentemente leva a um grande problema que é a violência contra a mulher. A violência contra a mulher é uma violação contra Direitos Humanos, e afeta diretamente os direitos básicos: vida, saúde, integridade física.

Vale lembrar que em 1993, na Conferência da ONU realizada em Viena, o direito das mulheres passou a ser reconhecido como Direito Humano (ONU, 1993).

Com o passar dos anos, as mulheres começaram batalhar para ter seu espaço na sociedade, pois a mulher sempre era vista somente como objeto, que servia como mão de obra barata. Porém, aos poucos as conquistas das mulheres estão aparecendo: o direito de votar; de ser eleita; de trabalhar com direitos iguais; de estudar e ter uma profissão; entre outras conquistas.

Contudo, ainda que tenha avançado em diversas áreas, a mulher sofre com a violência de gênero, que se manifesta em diferentes formas, como o *stalking*, uma ameaça constante à integridade física e psicológica.

O termo *stalking* é muito novo no nosso ordenamento. O comportamento em si já era conhecido, porém com outra nomenclatura: perseguição.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade são princípios norteadores do direito de família, e vemos neles grande amparo quando se trata do crime de *stalking*. A maioria dos casos são contra a mulher que pôs fim ao relacionamento e a outra pessoa não aceita,

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário FMU; Advogada em Direito de Família; Membro da Comissão de Família, Sucessões e Adoção da OAB Santo Amaro.

** Graduado em Direito na Unisantia; Especialista em Gestão da Administração Pública; Especialista em Direito Processual Civil.

e começa a perseguir, seja em casa, no trabalho, na rua, causando danos, algumas vezes irreparáveis.

Quando falamos em *stalking*, estamos falando daquele que importuna a outra pessoa das mais diversas maneiras. A insistência de atos repetidos pode causar danos temporários ou até permanentes a pessoa perseguida, e em alguns casos pode causar danos irreparáveis.

Já o *cyberstalking* é considerado uma modalidade do *stalking*, onde a perseguição se dá através de redes sociais, mensagens de texto, e-mail. É comum nessa categoria de crime, o *cyberstalker* não conhecer a vítima pessoalmente. Com a facilidade de acesso nas redes sociais e demais dados que podem ser encontrados na internet, o *cyberstalker* se apodera de informações e encontra uma maneira de se aproximar de forma virtual da sua vítima.

No ano de 2021 foi incluído no nosso ordenamento jurídico o crime de *stalking*, ou Perseguição, através da Lei 14.132/2021, em que se acrescenta o artigo 147-A ao nosso Código Penal, revogando assim, o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais.

2. HISTÓRICO

O *stalking* ou perseguição, é algo que acontece há tanto tempo, que não conseguimos indicar, de fato, quando realmente iniciou e vem sendo estudado há tempos com mais ênfase, nas áreas de psicologia e psiquiatria.

O tema ganhou maior visibilidade em diversos momentos da história, por exemplo com o surgimento de filmes que abordaram o assunto, como: Adele H. (1975)¹, Atração Fatal (1988)² e Dormindo com o Inimigo (1991)³; além de casos trágicos como a morte do astro da música John Lennon em 1980, a tentativa de assassinato do presidente norte-americano Ronald Reagan em 1981 e o assassinato da atriz Rebecca Schaeffer em 1989. Esses eventos contribuíram para ampliar os debates sobre a gravidade desse tipo de comportamento e a necessidade de combater e prevenir o *stalking*.

Há quem diga que foi no meio artístico que surgiram os primeiros casos de *stalking*, mas verifica-se que principalmente as mulheres sofrem perseguição há muito tempo.

¹ **ADELE H.** Direção de François Truffaut. França: United Artists, 1975. Filme em DVD.

² **ATRAÇÃO FATAL.** Direção de Adrian Lyne. Estados Unidos: Paramount Pictures, 1988. Filme em Blu-ray.

³ **DORMINDO COM O INIMIGO.** Direção de Joseph Ruben. Estados Unidos: 20th Century Fox, 1991. Filme em streaming.

Em diversos países o crime já está tipificado, porém, no Brasil, a Lei foi sancionada no ano de 2021.

A palavra *Stalking*, segundo consta em pesquisa realizada no site do Senado (2021), define-se.. como perseguição reiterada, por qualquer meio, como a internet (*cyberstalking*), que ameaça a integridade física e psicológica de alguém, interferindo na liberdade e na privacidade da vítima.”

A Lei de *Stalking*, ou perseguição como chamamos no nosso ordenamento jurídico, foi sancionada pelo Presidente da República em março do corrente ano, revogando assim o crime de perturbação da tranquilidade alheia que era regulamentado pelo artigo 65 da Lei de Contravenções Penais.

A tecnologia nos trouxe muitas coisas positivas, muitas facilidades para o nosso dia a dia, seja para os afazeres pessoais, seja para os profissionais. Mas junto com muitas facilidades e praticidades que a tecnologia nos proporciona, ela também faz com que muitas coisas negativas possam acontecer.

Infelizmente a perseguição, é mais comum do que imaginamos, e acontece das mais diversas formas, muitas vezes utilizando a tecnologia como ferramenta. A mulher normalmente é a maior vítima nos casos de *stalking* ou até mesmo de *cyberstalking*. Por isso que muitos países tratam deste crime como um crime de violência contra a mulher.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADO

Ao falarmos em princípios constitucionalizados no Direito de Família, em se tratando de crime de *stalking*, não podemos deixar de citar os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade.

Trata-se, o *stalking*, de um crime intimamente ligado à dignidade da pessoa e à liberdade a qual todos temos direito.

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está no rol de princípios fundamentais da Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III.

Conceitualmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana alcança o Direito de Família. Carlos Aurélio Mota de Souza (199-) apud Paulo Nader (2016, p. 67) explana.

“É no Direito de Família, em toda sua abrangência, que esta tutela da dignidade humana haverá de se aplicar, seja na fundação edesenvolvimen-

to das relações familiares, seja na sua dissolução, pois é na família que se centra a pessoa, em relação de prôexistência com as demais.” Ainda, segundo Paulo Nader (2016), além de ser um princípio fundamental, está inteiramente ligado aos assuntos de Direito de Família, pois trata-se de uma área do direito em que o trabalho consiste nos valores da família.

André de Carvalho Ramos (2017, p. 74), conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana:

“A Constituição de 1988 estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III). Além disso, o texto constitucional brasileiro afirma que toda a ação econômica tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170). Por suavez, no art. 226, § 7º, ficou determinado que o planejamento familiar é livre decisão do casal fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Já o art. 227 determina que cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurar a dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem. No art. 230, a Constituição de 1988 prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar. (grifos do autor)”

Vemos assim, que todos estão amparados na Carta Magna, desde a criança até o idoso, assegurando-se a dignidade e o bem-estar.

Rodrigo da Cunha Pereira (200-) apud Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 22), entende que o Direito de Família está inteiramente ligado aos Direitos Humanos e, conseqüentemente, relacionado à cidadania. Vejamos:

‘é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania.’ A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocam mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: ‘Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção de *dignidade da pessoa humana*, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas.’ (PEREIRA, 200- apud GONÇALVES, 2020, p. 22, grifos do autor.)

Ao fazer uma associação do princípio com o crime de *stalking*, percebemos que o mínimo aceitável pelo próximo é o respeito. Porém, algumas pessoas adquirem uma obsessão por outras de forma inexplicável.

Existem pessoas que se acham donos dos outros, ou acham que podem invadir o espaço do outro sem qualquer objeção.

3.2. Princípio da Liberdade

Se analisarmos o conceito de liberdade, vemos que ele por si só já nos permite um direito, dentro dos limites legais, a exercer nossas vontades.

De acordo com o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, José Francisco Cunha Ferraz Filho (2018, p. 7), conceitua da seguinte forma:

“Liberdade, justiça e solidariedade são os três princípios que balizam o equilíbrio entre a pessoa humana individual e a pessoa social. Liberdade, entendida como autonomia, constitui o espaço privado, a esfera de atuação da pessoa individual, em que se concebem a necessidade e a geração de riqueza.”

E quando analisamos o conceito do princípio da liberdade, Segundo Carlos e Adriana Dabus Maluf (2018, p. 46):

O princípio da liberdade, com ênfase no art. 3º, I, da CF, refere-se à autonomia individual para formar, manter ou extinguir relações familiares, bem como à possibilidade de alçar formas novas, sem interferências externas, assim como estende-se à livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à liberdade de escolha em face das preferências valorativas individuais, observadas as limitações de ordem moral, mental ou em face da integridade física, opondo-se, dessa forma, ao rigorismo do sistema anterior, substituindo-o por um modelo mais democrático.

Associando ao *stalking*, muitos dos casos iniciam dentro de casa, nos seios familiares. E na maioria dos casos essa violência é contra a mulher.

O respeito à liberdade de ir e vir é importante em qualquer tipo de relacionamento. Seja ele familiar, amigos, casamento, filhos etc., é primordial respeitar. A obsessão que algumas pessoas adquirem por outras, normalmente obsessões doentias, acabam muitas vezes machucando, ou até matando.

4. STALKING

Na década de 1980, quando começou a se falar mais sobre o tema, não se tinha ainda uma exata concepção sobre *stalking*.

Damásio (2008, p. [1]) assim o definiu:

“Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência (sic) no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O stalker, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos. (DAMÁSIO, 2008, p. [1])”

Todavia, existem características que fazem com que o *stalking* divirja de um procedimento admissível: a insistência, a periodicidade e as consequências para a vítima. Condutas pontuais não são o bastante para caracterizar o *stalking*.

Castro e Sydow (2021, p. 23) fornecem um conceito relevante:

“O stalking é, portanto, comportamento doloso e habitual, caracterizado por mais de um ato de importunação, vigilância, perseguição ou assédio à vítima, cuja consequência (sic) é a ofensa a sua integridade física ou psicológica, neste último caso, consistente em temor pela própria vida ou segurança, ou em abalo emocional substancial, diante da violação da sua dignidade, privacidade, intimidade ou liberdade.”

Os ensinamentos de Costa, Fontes e Hoffmann (2021, pp.[2-3]) sobre o assunto são evidentes, ressaltando a violência invasiva que prejudica liberdade, privacidade e reputação:

“A palavra em inglês é utilizada na prática de caça, deriva do verbo *stalk*, que corresponde a perseguir incessantemente. No contexto de caça, inclusive, ocorre quando o predador persegue a presa de forma contínua.

Consiste em forma de violência na qual o sujeito invade repetidamente a esfera da vida privada da vítima, por meio da reiteração de atos de modo a restringir a sua liberdade ou atacar a sua privacidade ou reputação.

O resultado é um dano temporário ou permanente à integridade psicológica e emocional.

Os motivos dessa prática são os mais variados: violência doméstica, inveja, vingança, ódio ou a pretexto de brincadeira.

Há o emprego de táticas de perseguição diversas, a exemplo de ligações telefônicas, envio de mensagens por SMS, aplicativo ou *email*, publicação de fatos ou boatos, remessa de presentes, espera da passagem da vítima pelos lugares que frequenta, dentre outras.

Com o avanço da sociedade, cada vez mais hiperconectada, essa violência passou a ser concretizada também por meio virtual, pela *internet*. Daí chamar-se de *cyberstalking* a perseguição realizada por intermédio da *internet*, seja por redes sociais, *emails*, blogs etc. (grifos dos autores)”

Normalmente, verifica-se que grande parte dos infratores são homens e as mulheres, como já delineado anteriormente) formam a maioria das vítimas.

5. CYBERSTALKING

Visto por alguns como uma modalidade do *stalking*, o *cyberstalking* é a perseguição por meios tecnológicos na qual o grande receio da vítima não é por sua integridade física e sim pelo sentimento de que foi invadida ao conferir seus *e-mails* ou redes sociais e constatar que o agressor fez comentários ou postagens inconvenientes. Seu maior receio é o prejuízo à sua imagem e honra virtuais.

Alguns autores consideram *cyberstalking* um delito específico, e não uma modalidade de *stalking*, como Bocij (2004, apud CASTRO;SYDOW, 2021, p. 45) que o definiu como:

“Um conjunto de comportamentos em que indivíduo, grupo de indivíduos ou organização, use de informação e tecnologia de comunicação para assediar outro indivíduo, grupo de

indivíduos ou organização. Tal comportamento pode incluir, mas não está limitado a envio de ameaças e falsas acusações, usurpação de identidade, furto de dados, danos a dados ou equipamentos, monitoramento informático, solicitação de favores sexuais a menores ou qualquer outro tipo de agressão.”

Outro detalhe é que, por vezes, não é incomum que o *cyberstalker* não conheça a vítima pessoalmente. Ele pode conhecê-la em aplicativos de relacionamento e, posteriormente, passar a importuná-la e persegui-la.

Comum também é a ocultação da identidade do infrator, o que, aliás, intensifica a gravidade do crime, em razão de provocar na vítima medo e abalo psicológico.

Além disso, há grande chance de que o *stalker* se encontre perto da vítima para que realize a perseguição. Já o *cyberstalker* pode estar longe e jamais se aproximar fisicamente dela. Contudo, *cyberstalkers* são capazes de se tornarem *stalkers* e o contrário também pode ocorrer (CASTRO; SYDOW, 2021).

Enfim, importante enfatizar outra diferença entre os dois tipos de transgressores. Enquanto o *stalker* pode gastar muito tempo, recursos e locomover-se bastante, o *cyberstalker* normalmente não despense dinheiro, pois automatiza sua conduta e pode atingir várias vítimas simultaneamente.

6. LEGISLAÇÃO

Neste tópico, serão abordados os principais aspectos legais relacionados ao crime de *stalking*, tipificado no artigo 147-A do Código Penal, bem como à contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais.

6.1. O artigo 147-A do Código Penal

A Lei 14.132, de 31 de março de 2021, proposta de autoria da senadora Leila Barros (PSB/ DF) por meio do PL 1369/2019, acrescentou o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição. E revogou o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). A referida norma passou a vigorar no dia seguinte (01/04/2021):

“Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.”

Neste delito, o agente deve agir com dolo para configurá-lo.

Também haverá causa de aumento quando o crime for contra criança, adolescente ou idoso, contra mulher por razões da condição de sexo feminino, quando ocorrer concurso de duas ou mais pessoas ou com utilização de arma.

Em relação à pena máxima de dois anos e multa, ou três e multa em caso de majoração (§ 1º), ela é considerada uma sanção leve.

Vale destacar o comentário de Greco (2021, pp. [4-5] apud PEREIRA, 2021, p. [11]) sobre os cuidados ao caracterizar o crime de perseguição:

Embora a criminalização da *perseguição* seja necessária, temos que tomar o máximo cuidado para que não sejam confundidos comportamentos perfeitamente lícitos e aceitos em nossa sociedade. Uma insistência amorosa, por exemplo, mesmo que indesejada, não pode se configurar, automaticamente, em crime.

[...]

Assim, imagine-se a hipótese daquele que, durante uma festa, tenta, a todo custo, ficar amorosamente com uma mulher que ali se encontrava junto com outros amigos. Ela repele a abordagem, pois não se sentiu atraída pelo sujeito. Contudo, o agente volta a insistir várias vezes durante a mesma noite, sendo rejeitado em todas elas. Essa situação é extremamente desconfortável para aquela mulher. No entanto, não poderíamos falar, aqui, em crime de perseguição. (grifos do autor)

Pelo exposto, verifica-se a necessidade da validação do art. 147-A, para esta forma de perseguição obsessiva que ameaça a integridade física ou psicológica da vítima ou invade sua liberdade ou privacidade.

6.2. O artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (LCP)

A revogação do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (LCP) foi criticada por alguns juristas. Na íntegra:

“Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.” (sic)

Esse tipo penal podia ser empregado para muitas espécies de importunações. Pelo menos até a inserção do art. 147-A no Código Penal.

Situações abrangidas pelo art. 65 da LCP como o flerte exagerado, as provocações excessivas, os incômodos exacerbados ou as manifestações desrespeitosas e desagradáveis, por exemplo, menos gravosas que as do 147-A, simplesmente foram retiradas da legislação, não sendo mais previstas como contravenções. E agora? Será que haverá revisão criminal para os que foram condenados nos termos do art. 65? Os processos em andamento com fulcro no mesmo artigo devem ser extintos?

Por conta disso, processos poderão ser arquivados em virtude de entendimentos diversos de magistrados e de membros do Ministério Público. Em consequência, tanto as vítimas das contravenções pretéritas como as das infrações vindouras que não configurem o crime de perseguição estarão desamparadas (CASTRO; SIDOW, 2021).

7. STALKING E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O *stalking* pode ser apontado, em determinadas circunstâncias, como uma das formas de violência contra a mulher com aplicação da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006, tendo em vista uma maior ocorrência de vítimas do sexo feminino.

Souza e Bendô (2021, p. [4]) acrescentam: “inúmeros casos dentro da violência doméstica esbarram nas denúncias de perseguições sofridas de várias formas pelas vítimas, e que infelizmente acabam virando estatísticas de vítimas de feminicídios”.

Ainda no artigo 7º da Lei 11.340/2006, pode-se reconhecer pelo menos duas condutas relativas ao *stalking*: a vigilância constante e a perseguição contumaz.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

– (...)

- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, *vigilância constante*, *perseguição contumaz*, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (BRASIL, Lei nº 11.340/2006)

Pesquisadores do tema constatam que os *stalkers* que tiveram relacionamento íntimo com as vítimas são os que mais aparecem como agressores, constituindo a grande maioria dos casos.

Cabe lembrar que há certa dificuldade em identificar se o caso realmente é de *stalking*, visto que vários encontros e aproximações são tidos como naturais e são consequências da convivência dos envolvidos.

No cenário da pandemia do covid-19, pesquisas sinalizam que a segurança para vítimas de *stalking* pelo confinamento foi imaginária, principalmente para aquelas cujos infratores eram seus atuais ou ex-companheiros. Os motivos foram: diminuição dos deslocamentos das vítimas, sendo, desse modo, localizadas com menos dificuldade, e também pelo aumento do uso da internet, seja pelo teletrabalho ou pela utilização de redes sociais e aplicativos de mensagens (CASTRO; SIDOW, 2021).

Por fim, cabe ressaltar que nem toda importunação configura um delito. Para os casos relacionados a aproximações indesejadas, principalmente as relações mais íntimas, é necessário bom senso. Um simples incômodo ou desconforto com uma aproximação não é suficiente para configurar o crime de perseguição.

8. JURISPRUDÊNCIA

A seguir são indicadas duas jurisprudências sobre o tema.

No primeiro caso (APELAÇÃO CRIMINAL nº 1503792-21.2019.8.26.0292), o Tribunal deu provimento ao recurso no qual o apelante requereu absolvição baseado na *abolitio criminis* tendo amparo na Lei 14.131, de 31 mar 2021 que criou o tipo penal previsto no artigo 147-A do Código Penal e que revogou expressamente o art. 65 da LCP. Foi julgada extinta a punibilidade do agente pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, nos termos do art. 107, III, do Código Penal.

No segundo acórdão em questão (APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500561-51.2021.8.26.0571), o TJSP negou provimento ao apelante que foi denunciado como incurso no artigo 24-A da Lei 11.340/06 e artigo 147-A, §1.º, inciso II, do Código Penal. Consta que o acusado perseguiu sua ex-mulher, reiteradamente, através de ligações telefônicas, restringindo-lhe a capacidade de locomoção, invadindo e perturbando sua esfera de liberdade e privacidade. Ademais, o réu descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de perseguição caracteriza-se pela insistência e repetição de atos cometidos pelo agressor. Ele fere princípios como dignidade, liberdade e intimidade. As consequências são nefastas para a vítima, notadamente os danos psicológicos.

Foi observado que, para esse tipo de delito, a maioria das vítimas são mulheres, sendo que os *stalkers* são formados predominantemente por homens.

O *stalker* normalmente está perto da vítima, enquanto o *cyberstalker* geralmente está distante. Outra distinção entre ambos é que enquanto este emprega escassos recursos, aquele pode expender muito mais tempo e meios necessários para o delito.

Primordial dizer que, para o crime em discussão, pode ser aplicada a Lei Maria da Penha, pois conforme define o § 2º do art. 147-A do CP, as sanções são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. Aliás, grande parte das mulheres vítimas de *stalking* são igualmente vítimas da violência doméstica. Importante afirmar também que é um crime que pode anteceder outros mais gravosos, como estupro, lesão corporal e feminicídio.

Convém salientar, ainda, que há aumento de pena se a vítima for mulher. Apesar disso, as penas máximas de dois ou três anos, nos casos de aumento de pena, são vistas como brandas e não atendem às expectativas da população.

Entretanto, é preciso cautela e bom senso na configuração desse crime, visto que a conduta do agente deve ser reiterada. Dessa forma, uma única aproximação, mesmo inadequada, não será suficiente para caracterizar o delito.

No quadro da atual pandemia do covid-19, o *lockdown* gerou uma falsa sensação de segurança para as vítimas. Isso foi ocasionado basicamente pela pouca mobilidade das pessoas e pelo recrudescimento da utilização da internet por meio do *home office* e do demasiado uso das redes sociais.

Com a devida *venia*, a revogação do art. 65 da LCP não foi adequada, pois com sua extinção, infrações não tão gravosas como o crime em discussão ficarão impunes, deixando desamparadas as vítimas.

Especialistas alegam que as permissões que há tempos fornecemos às redes sociais, aplicativos de mensagens e *sites* diversos, estão fazendo com que informações pessoais estejam à disposição na internet. Nossa privacidade está sendo invadida e nem sempre nos damos conta disso.

Em vista do que foi apresentado, cabe destacar que a criação de leis no Brasil nem sempre foi sinônimo de diminuição de impunidade ou redução do número de infrações. Contudo, ao mesmo tempo que o julgador deve ser imparcial e buscar a verdade, e que a ampla defesa do acusado é princípio fundamental no ordenamento jurídico, quem invoca a tutela jurídica do Estado, principalmente se for mulher vítima de violência, anseia por justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL.[Constituição (1988)].**Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais

de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 16 jan. 2023

BRASIL. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para incluir o crime de perseguição, denominado stalking, e para aumentar a pena do crime de lesão corporal se praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Seção 1, p. 1-2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. **Lei de Contravenções Penais.** Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Lei que criminaliza stalking é sancionada. **Agência Senado**, on-line, 05 abr. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 1ª Câmara Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL nº 1503792-21.2019.8.26.0292, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Willian Campos, julgado em 07 de julho de 2021, voto unânime. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/verJornal.do?cdjornal=1000&ano=2021&nu_diario=3178§ion=pag2&data=21/07/2021. Acesso em: 05 mar. 2023

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 1ª Câmara Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500561-51.2021.8.26.0571. Relator: Des. Figueiredo Gonçalves. Julgado em 24 de outubro de 2021. Voto unânime. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15128649&cdForo=0>. Acesso em: 05 mar. 2023

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Legislação Penal Especial, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. **Stalking e Cyberstalking**. Salvador: Juspodivm, 2021.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Stalking: O crime de perseguição ameaçadora*. **Revista Consultor Jurídico** – CONJUR, on-line. 06 abr. 2021. Academia de Polícia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiçao-ameaçadora>. Acesso em 10 nov 2021.

FERRAZ FILHO, JOSÉ FRANCISCO CUNHA. Arts. 1º a 5º. In: Machado, Costa (Organizador); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coordenadora). **Constituição Federal Interpretada**: 9ª ed. Barueri – SP, Editora Manole, 2018, pp. 3 a 53.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JESUS, Damásio E. de. Stalking. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846>. Acesso em: 4 nov 2021.

MACHADO, Costa (Organizador); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coordenadora). **Constituição Federal Interpretada**. 9 ed. Barueri – SP: Manole, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** – Direito de Família: Volume 5.7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos**, 1993, Viena. Declaração e Programa de Ação de Viena.

Nova Iorque: ONU, 1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 05 mar. 2023.

PEREIRA, Jefferson Botelho. O novíssimo crime de stalking no direito penal brasileiro: Proteção jurídica ou cabotismo legislativo?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6753, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89581>. Acesso em: 5 mar. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

SOUSA, Camila Santana de. **Stalking e Violência de Gênero: A Criminalização do Stalking como Medida Preventiva ao Femicídio**. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2020.

SOUSA, Dynair de; BENDÔ, Iris. O crime de stalking e a violência contra a mulher. **Olhar Jurídico**, on-line, 04 maio 2021. Artigos. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=1019&artigo=o-crime-de-stalking-e-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES DO DIREITO À CONVIVÊNCIA NA PANDEMIA DO COVID-19

*Natália de Sá Cordeiro Braz**

1. BREVES NOTAS SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL

O presente trabalho trata da alienação parental e seu impacto no exercício do direito à convivência em meio a pandemia. As tentativas de afastar pais e filhos são comuns nos litígios entre genitores, como maneira de dissipar todos os rancores provenientes do fim da relação. A Lei 12.318/2010 exemplifica como a conduta alienatória dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, comportamento que encontra amparo nas medidas de restrição impostas pela covid-19. O objetivo deste artigo é analisar os obstáculos gerados pelo isolamento social na vida dos filhos, no que diz respeito ao direito da criança e do adolescente de conviver com o genitor com quem não reside, no contexto das famílias vítimas de alienação parental. Esta pesquisa baseia-se no estudo dos princípios constitucionais do Direito de Família, especialmente o direito de convivência, nos direitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também na jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

As transformações no instituto da família propiciaram, além da igualdade entre homens e mulheres, a participação paternal de maneira mais ampla na vida dos filhos. Antes as relações paterno-filiais eram pautadas no status social, na servidão integral da mulher ao lar e ao cuidado com os filhos, a figura do pai era apenas de provedor do sustento familiar e dotada de máxima autoridade. Nos tempos atuais a família adquiriu o sinônimo de sociedade de afeto, e as relações vão além do fator da consanguinidade, onde todos os membros têm o seu papel e importância diante de seus familiares e a união de todos se dá em nome do amor.

* Advogada, membro do IBD FAM, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional do Cariri, LLM em Direito Contratual pela UniBF.

Com a modificação da estrutura familiar e seus vínculos, o antigo pátrio poder foi substituído por meio do novo Código Civil pelo poder familiar, evidenciando ainda mais a necessidade de se pôr em prática o princípio da igualdade entre os cônjuges e, por consequência, incentivando uma maior convivência entre pais e filhos. Essa paridade de direitos e deveres entre homens e mulheres, realçada pelas conquistas femininas, principalmente no mercado de trabalho, causou um aumento significativo das dissoluções conjugais. Quando ex-casais se veem diante de um litígio é comum envolver os filhos oriundos dessa relação em meio a essas discussões.

O lado negativo dessa participação dos menores nos desafetos dos pais com enfoque na alienação parental é o que pretende abordar este artigo. Embora seja uma prática antiga, a alienação parental só veio a ser regulamentada com a promulgação da Lei 12.318/10, que apesar de representar um grande avanço no Direito de Família, não coíbe totalmente as práticas de alienação parental, mesmo com seu caráter pedagógico. Situação que se agrava na pandemia diante do isolamento imposto pela covid-19, quando o genitor alienador inibe a convivência da prole com o outro genitor em nome do princípio do melhor interesse da criança em tempos pandêmicos.

O objetivo do presente estudo é analisar os efeitos do isolamento social na convivência entre pais e filhos no que diz respeito às famílias que sofrem de alienação parental. Reafirmar a necessidade de aplicação do princípio do melhor interesse da criança no direito de família e da efetiva participação do Poder Judiciário na realização dessa tarefa. Incentivar o diagnóstico precoce para garantir o bem-estar da criança. Demonstrar a relevância desse tema e construir a consciência de que é preciso garantir o direito a convivência familiar de crianças e adolescentes cujos pais tenham se separado.

Para tanto a metodologia utilizada tem caráter dedutivo, posto que se relaciona a verdades e interesses universais. A construção da pesquisa se deu por meio da pesquisa bibliográfica e análise das leis e jurisprudências na procura de aprofundar o estudo acerca do tema, com intuito de verificar a melhor forma de aplicação positiva do poder familiar balizada nos princípios constitucionais do direito de família e instrumentalizada através das decisões dos Tribunais Superiores.

2. DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE CONVIVÊNCIA

Por serem personalíssimos, todo e qualquer direito ligado aos princípios do Direito de Família ocasionam direitos subjetivos e potestativos,

aqueles contra os quais não há direitos – intransmissíveis, irrenunciáveis, irrevogáveis e indisponíveis, conforme disposição dos arts. 1.511 a 1.783 do Código Civil.

Não há como falar em direito de família sem considerar a subjetividade de tais direitos. Isto porque as relações humanas são complexas e não se detém apenas ao que está escrito. Para que haja a devida inteligibilidade do tema em questão se faz necessário um estudo mais aprofundado, obtendo como referencial, além da lei, os princípios basilares dispostos da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, presente no artigo 227 da Constituição da República, preconiza os novos valores da CF/88 empregados ao Direito de Família, ao tratar do conteúdo dos direitos fundamentais dos menores com prioridade absoluta. Sua aplicação garante uma base firme dos direitos das crianças e adolescentes até que completem seu desenvolvimento e deve ser o norte para a solução de todos os conflitos envolvendo menores.

O referido princípio implica em uma paternidade e maternidade responsável, que não se baseia apenas em um conjunto de competências atribuídas aos pais, mas sim em deveres para atender ao melhor interesse dos filhos, especialmente, no que diz respeito à convivência familiar, que deve existir independentemente da existência ou não do tipo de relacionamento entre os pais. Como bem traduz Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 660):

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, por si só, deveria ser o suficiente para que o ordenamento jurídico brasileiro garantisse o convívio do(s) filhos(s) com ambos os pais e a assistência de ordem não material aos filhos, ou seja, participar, interferir, colocar limites, enfim, educar. São direitos fundamentais dos menores e deveres fundamentais dos pais, que não se rompem com o fim da conjugalidade.

Em se tratando do princípio da convivência familiar, o que se preconiza é a relação afetiva diuturna e não esporádica estabelecida entre os membros do grupo familiar. É o lugar onde as pessoas, em especial as crianças, se sentem acolhidas e protegidas umas pelas outras. Tal princípio veio justamente para garantir os deveres e direitos que envolvem o espaço familiar e seus membros.

No Código Civil (2002), o princípio se expressa na alusão do art. 1.513 a não interferência “na comunhão de vida instituída pela família”, ponto importante para assegurar a mínima interferência do Estado no Direito de

Família. Segundo o inciso XI do art. 5º da Constituição “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador” (BRASIL, 1988).

Na mesma toada, a Convenção dos Direitos da Criança (ONU, 1989) estabelece em seu art. 9.3 que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”, demonstrando a necessidade de diálogo entre os genitores no princípio do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

Análoga colocação se verifica nos arts. 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que preconizam a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, que devem assegurá-la com absoluta prioridade. E reconhecem como direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 2010).

A convivência familiar se associa à afetividade real, que se constrói no dia a dia entre as pessoas. É direito de cada membro da família, além do Estado e da sociedade. Nesse diapasão, afirma Paulo Lôbo (2021, p. 35):

O direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras entende-se como natural a convivência com os avós (o que já está assegurado pela Lei n. 12.398/2011, que deu nova redação ao art. 1.589 do Código Civil, estendendo aos avós o direito de visitas aos netos) e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário.

Vale dizer que a convivência familiar se trata de verdadeiro direito de personalidade a ser exercido pelos filhos, fato que se comprova na imposição de multa como forma de coibir o descumprimento do regime de visitação quando dos pais separados. Embora a nomenclatura “direito de visita” reste superada pela maioria da doutrina, ainda é utilizada nos Tribunais e sua implementação tem o intuito de manter a convivência familiar.

Nesse sentido, aduz Rolf Madaleno (2021, p.127):

Sendo responsabilidade do Poder Judiciário fazer cumprir as visitas ajustadas ou ordenadas, impondo sanções de ordem pecuniária, como as multas (astreintes) estabelecidas por ato de obstrução do direito de convivência, inclusive com a ameaça de troca da guarda se antes não surtir efeito a compulsória submissão do progenitor alienador à terapia psicológica a ser deferida em provimento judicial liminar e fiscalizada pelo juiz do processo.

Quando da separação ou divórcio, é frequente o boicote dessas visitas, dificultando a convivência familiar entre pai e filho, ou entre mãe e filho. Na alienação parental essas atitudes são veladas e silenciosas, acontecendo por vontade ou desejo do próprio filho, pela voz mal-intencionada do seu guardião, quando propõe atividades ou lazeres mais atrativos do que as visitas do outro progenitor.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie ou tema um de seus genitores sem motivo aparente, uma campanha desmoralizadora é feita por parte de um dos genitores em detrimento do outro. É uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, com o intuito de comprometer a imagem do outro genitor, introduzindo fatos mentirosos ou diferentes dos reais para conseguir que a criança repudie o genitor alienado (DIAS, 2021, p. 214).

Portanto, conclui-se que a alienação parental ocorre quando um genitor manipula o pensamento do filho a respeito do outro genitor, fazendo com que acredite que este não se enquadra num ideal de moralidade e afetividade, alimentando um sentimento ruim em relação àquele. Poderia ser dito que a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, em regra o titular da custódia (MAGALHÃES, 2009).

Geralmente a alienação parental acontece devido à ruptura do casal. Com o fim da união existem os ressentimentos que, acompanhados do sentimento de ira, desencadeiam esses comportamentos reprováveis, em que o membro mais frágil da família, o filho do casal, é sempre envolvido. Os filhos são utilizados como verdadeiras armas de vingança, principalmente se um dos genitores deixa o lar e reconstitui outra família. A raiva do genitor abandonado provoca danos irreparáveis à família desconstituída.

Não obstante as entidades familiares tenham evoluído quanto à divisão de tarefas e definição dos papéis entre os membros de cada família,

ainda é costume na nossa sociedade de que o direito à guarda deva ser concedido de preferência à mãe, com a justificativa de que ela teria mais habilidade para cuidar dos filhos, especialmente quando são de tenra idade. Nesse contexto, dispõe Analícia Martins de Souza (2010, p. 59):

A qualidade do vínculo emocional mãe-filho é vista como fator decisivo para o desenvolvimento adequado dos menores de idade. Segundo Bowlby (1988), se a mãe estiver ausente, ou se a criança for separada de sua genitora muito cedo, ela pode ser socializada inadequadamente, ter problemas no desenvolvimento da fala, ou danos mentais irreversíveis.

Embora a tradição seja que o fenômeno se manifeste principalmente no ambiente da mãe, ela pode incidir em qualquer um dos genitores, e até mesmo em outros cuidadores, podendo ser ensejada pelo pai, pela mãe, pelos avós e até mesmo entre irmãos. A alienação parental pode se manifestar até mesmo quando os genitores residem sob o mesmo teto (DIAS, 2021, p. 413).

Por fim, a alienação parental representa uma formação psicológica negativa da criança, em que o objetivo é destruir seus laços afetivos com quem a ama e com quem ela ama também. Sem dúvida, a mais grave das falsas acusações feitas pelo alienador é a falsa acusação de abuso sexual.

Por isso a necessidade de um olhar mais específico por parte do magistrado, posto que tem o dever de proteger essa criança, sem privá-la do afeto e da presença necessária dos pais a sua formação. O tratamento adequado a cada caso concreto, o cuidado na identificação de existência deste fenômeno, a parceria primordial com profissionais especializados, são decisivos na garantia do princípio do melhor interesse da criança.

A Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental e a define em seu art. 2º como:

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

A Lei também exemplifica as formas de conduta criminalizadas no parágrafo único do art. 2º: o inciso IV ocorre quando há o descumprimento

do acordo judicial atinente à regulamentação de visitas. É o caso do genitor que não cumpre os horários de visitação, tanto no que se refere ao horário de buscar o menor quanto no que diz respeito ao horário da devolução, ou mesmo quanto ao impedimento da visitação.

Diz o art. 3º:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, Lei nº 12.318/2010)

A convivência familiar é de suma importância para os membros familiares, em se tratando dos filhos é dever dos pais garantir essa convivência, tanto a criança como os adolescentes necessitam da presença materna e paterna, como também de outros familiares, para o seu desenvolvimento e formação psicológica de maneira saudável.

Este trabalho chama a atenção para o comportamento cruel por parte do alienante, que enseja a propositura de ação por danos morais contra ele, além de outras medidas de caráter inibitório ou ressarcitório. Sendo assim, é oportuno fazer referência ao documentário produzido por Alan Minas, sobre alienação parental, chamado “A morte inventada” (2009) no qual casos concretos da prática da alienação parental ocorridos por todo o Brasil são demonstrados mediante depoimentos das vítimas.

Nesse sentido, interessa mencionar Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 700):

Pai/mãe que descumpre a convivência com outro pai/mãe, impedindo, dificultando ou boicotando o convívio, além de sanção pecuniária, esse ato pode ser caracterizado como alienação parental, o que pode trazer implicação presente na lei de alienação parental, tais como restrição de convívio, ou mesmo inversão de guarda, ou determiná-la unilateral.

Esta e outras práticas alienatórias só se tornaram conhecidas e passaram a ser combatidas mediante o advento da Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.318/2010), que tem sofrido tentativas de alteração, revogação, bem como a declaração de sua inconstitucionalidade perante o Supremo Tribu-

nal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 6.273, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Para aqueles que defendem a revogação e a inconstitucionalidade da lei, o fundamento repousa no discurso de que a lei é sexista, sob a perspectiva de que ela prejudica as mulheres, como também na utilização da própria lei para a prática dos atos de alienação. Já para os defensores da lei, sua revogação bem como a declaração de sua inconstitucionalidade, seria um retrocesso mediante os avanços no que diz respeito a diminuir os atos de alienação parental e instruir a sociedade a respeito do que é alienação parental.

Para a coordenadora do Grupo de Estudo e Trabalho sobre Alienação Parental do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a advogada Renata Nepomuceno e Cysne a última década, com a promulgação da Lei n. 12.318/2010, esclareceu um problema familiar pouco discutido, mas muito vivenciado na sociedade brasileira. Segundo Renata, “a vulnerabilidade pode decorrer da má aplicação das normas no curso de procedimentos criminais ou penais, em que à Lei de Alienação Parental não é aplicável (IBDFAM, 2021b, p. [3]).”

Uma correta aplicação da lei deve passar pela consciência social de sua importância, ou seja, do seu conhecimento pela sociedade, cumprindo sua função pedagógica e pelo conhecimento dos operadores do direito para que no exercício das suas funções consigam usufruir dos mecanismos de proteção legais de maneira satisfatória.

E por último, não menos importante, pelo reconhecimento da importância da interdisciplinaridade, para que se implemente a efetiva participação dos psicólogos, assistentes sociais, entre outros profissionais que se mostrem necessários nesse processo de identificação da alienação parental.

Para a professora Maria Rita Holanda, a Lei de Alienação Parental:

Precisa ser aprimorada, até para que impulse uma melhor estrutura de atendimento às famílias pelo Judiciário. A norma tem sido eficaz dentro das limitações estruturais. Sem ela, os ajustes de condutas alienadoras seriam pulverizados. A alienação parental é realidade que precisa ser regulada pontualmente. A proposta de sua revogação é um total retrocesso em todas as conquistas dessa temática (IBDFAM, 2021a, p. 9).

Para os defensores da revogação da Lei de Alienação Parental a má aplicação desta possibilita a exposição de crianças e adolescentes à violência sexual, além disso, afirmam que a definição de alienação parental

contida na Lei nº. 12.318/2010 é problemática, e sua aplicação resultou em mais prejuízos do que em benefícios. Segundo a deputada Iracema Portela, autora do Projeto de Lei – PL nº. 6.371/2019, “a revogação é urgente, porque ela precisa proteger nossas crianças e adolescentes de pais abusadores.” (IBDFAM, 2021a, p. 17).

A primeira proposição para abolir a lei de alienação parental se deu na CPI dos Maus-Tratos (Projeto de Lei do Senado – PLS n. 498/2018), com apresentação de um substitutivo à proposta, em 2020, onde a senadora Leila Barros propôs identificar e corrigir as brechas da Lei 12.318/2021, que possibilitem seu mau uso, juntamente o aumento das responsabilidades dos magistrados em todas as fases do processo.

Em nota técnica enviada para Câmara dos Deputados e Senado Federal, o IBDFAM ressaltou a necessidade de participação de toda a sociedade civil, com a realização de audiências públicas, nas alterações da Lei, para não enfraquecer o sistema protetivo da criança e do adolescente que vem sendo construído paulatinamente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A alienação parental fere o melhor interesse da criança e do adolescente, valendo-se de uma manobra silenciosa de barganha entre a convivência com o genitor alienado e os desejos dessas crianças e adolescentes não só quanto às brincadeiras, mas também nos presentes que os seduzem para que a interrupção da convivência familiar seja por eles chancelada. Esse viés sutil de atuação do alienador ganha força diante da necessidade de isolamento e manutenção dos protocolos de segurança a saúde na pandemia.

4. A INTERRELAÇÃO ENTRE FAMÍLIAS NO CONTEXTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E O AGRAVAMENTO PELA PANDEMIA DA COVID-19

É sabido que a pandemia intensificou a convivência dos membros familiares por conta do isolamento social, fato que aflorou os problemas já vivenciados pelos casais ocasionando um elevado número de divórcios. Segundo dados do Colégio Notarial do Brasil divulgados pelo jornal O Tempo, ocorreram 37.083 divórcios, de janeiro a junho de 2021, o que representa aumento de 24% em relação ao primeiro semestre do ano passado, com o início da pandemia da covid-19.

Vale ressaltar que, quando do divórcio com filhos, a modalidade de guarda compartilhada é regra no Brasil desde 2014 e vem sendo aplicada pelos juízes mesmo quando não há consenso entre os genitores, dispo-

ção que se traduz no §4º do art. 1584, CC/88. Essa prática tem o viés pedagógico de estimular o consenso entre os pais, e se faz presente também nos casos de alienação parental, como forma de sanção no artigo 6ª, V da Lei 12.318/10.

No entanto, alguns doutrinadores discordam desse tipo de guarda devido à situação de conflito que se instaura entre alguns genitores na dissolução da vida em comum, visto que seria difícil respeitar essa modalidade de guarda em clima de animosidade. Acredita-se que o instituto da guarda não atingiu a sua plena evolução, pois depende do psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

O poder familiar é um poder jurídico no qual os deveres se fundam na necessidade e melhor interesse dos filhos. Nessa condição, com receptor do bem jurídico que lhe é inerente à condição de filiação, a pessoa do filho, independentemente de estar sob a guarda de seu pai ou mãe, há de ser assegurado o exercício dessa autoridade parental e o direito a convivência com ambos os genitores, para que gozem do afeto e educação de ambos, tão necessários ao seu desenvolvimento físico e emocional.

Embora a convivência paterno-filial seja prejudicada com a separação dos pais, a autoridade parental continua a mesma, a ser exercida por ambos. Fato que se origina dos mandamentos legais e que devem servir de instrumento e motivação para a continuidade dos laços que unem pais e filhos, mesmo que mediante divórcio, separação ou dissolução de união estável, e gere a situação de não residirem mais no mesmo local (TEIXEIRA, 2005, p. 107).

Difícil se torna a aplicação dessa medida quando as famílias estão inseridas no contexto de alienação parental. A tentativa de impedir o contato dos filhos com o genitor que não detém a guarda destes é prática comum entre os alienadores, que protegidos pelas condições de isolamento impostas pela covid-19, encontram espaço para aprofundar suas práticas alienatórias. A disseminação do coronavírus agravou as situações de alienação parental diante da dificuldade de uniformizar as soluções para o enfrentamento deste período atípico, principalmente nas decisões dos tribunais a respeito da manutenção da convivência entre pais e filhos e da autoridade parental.

Nesse sentido, uma das recomendações do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que durante a pandemia, no intuito da proteção integral de crianças e adolescentes, é de que as visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substi-

tuídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM enviou ao Conanda um ofício com apontamentos a respeito da proteção integral das crianças e adolescentes durante a pandemia do coronavírus, para que tenham seus direitos garantidos, e jamais suspensos ou interrompidos, sobretudo no estímulo para a convivência ampla e familiar (IBDFAM 2020).

O argumento do instituto é de que não há data definida para o fim do isolamento social, e que o afastamento de uma das figuras parentais expõe os filhos à situação de angústia, além disso “aceitar que apenas um dos genitores possa exercer e desfrutar exclusivamente da presença física da prole é impor-lhe um elevado ônus, além de contribuir para casos de alienação parental (IBDFAM, 2020, p. [2])”.

O Instituto Brasileiro do Direito de Família reforça ainda a necessidade de se distinguir guarda e convivência, visto que a recomendação do CONANDA não se fez precisa nesse aspecto, causando uma confusão entre os institutos. A respeito da diferença entre guarda e convivência, explicita Rolf Madaleno (2020, p. 575):

A visita que melhor seria identificada pela expressão convivência, pois pais convivem com seus filhos e não apenas os visitam, é um expediente jurídico forjado para preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar, antes exercida no primitivo domicílio conjugal. A convivência representa, em realidade, um desdobramento da guarda definida com a separação dos pais.

A possibilidade de estabelecer a convivência de pais e filhos pela internet para além dos tempos de pandemia é uma realidade não muito distante que apenas se fortificou em tempos pandêmicos. Para aqueles casos de guarda unilateral em que o genitor não guardião não reside na mesma cidade dos filhos, a interação pelas plataformas digitais já ocorria mesmo antes das imposições sanitárias de distanciamento social. Vale destacar os dizeres de Marcos Ehrhardt Júnior (2020, pp. 289-290):

Vivemos atualmente o desafio de traduzir uma legislação e jurisprudência analógicas para uma realidade digital, enquanto não se produzem leis específicas para lidar com novas questões que a tecnologia inseriu em nossas vidas. [...] É preciso compreender o funcionamento e a atual regulação das ferramentas tecnológicas, antes de valorá-las e discipliná-las, ex-

traindo de sua utilização o melhor que possa ser relacionado com um projeto parental responsável, numa perspectiva de respeito a todos os integrantes da entidade familiar.

O movimento de adequação à nova realidade é diversificado quando analisamos entendimento dos tribunais superiores frente as decisões divergentes de uns para outros por todo Brasil ao serem provocados com questões que, embora encontrem respaldo legal, suscitam uma nova forma de aplicação para não ultrapassar as barreiras impostas por recomendações médicas para a prevenção do covid-19.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de acordo com a ementa a seguir, indeferiu agravo de instrumento interposto por genitora em face de decisão proferida nos autos de Ação de Modificação de Guarda e Critérios de Convivência, com fundamento na covid-19 para impedir o genitor de visitar os filhos, e aplicou advertência à genitora/agravante (art. 6º, inc. I, da Lei n. 12.318/2010) e deferiu parcialmente o pedido de reconsideração apresentado pelo genitor, para o fim de estabelecer, na guarda compartilhada vigente o convívio diário pela internet entre ele e os menores.

Alienação parental. Guarda e direito de convivência paterna. Direito a convívio virtual diário. Pandemia (...) “Na realidade, a medida se mostra razoável para ampliar e resguardar o convívio entre o genitor e seus filhos, pois estes não frequentam a residência paterna e não mantêm contato físico com o pai desde meados de março do corrente ano. Muito embora seja compreensível o contexto absolutamente excepcional em que a sociedade está inserida, haja vista a pandemia de COVID-19, afigura-se temerário que o genitor aguarde, indefinidamente, a possibilidade de conviver com seus filhos no ambiente familiar paterno.” (Relator: Desembargador Fernando Wolff Bodziak, data da decisão: 18/08/2020, TJ-PR)

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos moldes da ementa que segue, concedeu pleito de antecipação de tutela, em apelação, postulando o insurgente por liminar para retomada das visitas do pai ao filho, revogando-se a suspensão da convivência determinada na sentença em razão da pandemia.

Direito de convivência paterna. Pandemia. Princípio da proteção integral. Melhor interesse da criança e do adolescente (...) “E que na hipótese não se tem por viável a suspensão das visitas, como determinou a sentença, já que nada há nos autos

em desabono da conduta do pai, com impedir da convivência, e nunca se pode deslembrar de que a visitação, além de um direito do genitor, é uma necessidade da criança, para sua formação psíquica e social. Ver, ademais, que existem regras estabelecidas em razão da pandemia, como o afastamento social, que devem ser cumpridas pelo genitor, mas essa situação vivida no País não pode, e não deve, ser usada como subterfúgio para a supressão total da visitação, sob pena de dano irreparável ao pai, e sobretudo ao filho.” (TJSP - Apelação Cível Processo 1000041-12.2019.8.26.0542, Relator: L. B. Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 15/09/2020)

Por um lado, a interferência do Estado nas relações familiares é autorizada em nome da proteção dos vulneráveis, desde o processo de constitucionalização do direito civil, encerrando a dicotomia entre o público e o privado. Especificamente na pandemia, essa interferência possibilita decisões mais assertivas no que diz respeito a quem de fato cabe o exercício da autoridade parental.

De outra banda, desde o advento do CPC de 2015 as ações de famílias foram perpetradas pelos métodos consensuais de conflitos levando a desjudicialização destes e provocando nas partes e, principalmente, em seus procuradores, uma postura de pacificadores, em especial diante de questões concernentes à guarda dos filhos e ao direito de convivência deles, protegidas pelo Direito de família mínimo, no qual o Estado só intervirá em último caso.

Nessa perspectiva, cabe a reflexão de Renata Vilela Multedo e Diana Poppe (2020, p. 387):

De fato, faz-se necessário repensar até que ponto o abuso do direito no exercício da autoridade parental pode ser usado para alienar um dos genitores ao convívio sob o pretexto de risco de vida. E até que ponto o Estado irá interferir e permitir que os genitores se utilizem desses riscos como arma um contra o outro e acabar expondo as crianças e seus cuidadores. Não é justamente num momento como esse que os pais devem assumir sua corresponsabilidade parental e resolver suas dificuldades em prol dessas crianças? Caberá ao Estado, sem uma prova concreta e robusta de risco de vida, decidir qual a melhor forma de convivência entre pais e filhos em tempos de pandemia?

É importante ressaltar o caráter permanente do direito fundamental à convivência familiar, que só será revisto nos casos de mudança no estado

de fato ou de direito, conforme artigo 505, inciso I do Código de Processo Civil (2015). O que aumenta a responsabilidade dos julgadores, diante desse verdadeiro embate de direitos fundamentais. O direito à convivência, a saúde e à vida devem ser sopesados em cada caso concreto para que não se fira o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente quando o assunto é prevenção aos atos de alienação parental.

O próprio CPC consagra a técnica de ponderação de princípios, regras e normas em seu artigo 489 §2º quando diz “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Que foi ratificada pelo IBDFAM no Enunciado n. 17, ao dizer que “a técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões” (IBDFAM, 2015, p. [3]).

Cabe mencionar que a Lei 13.431/2017 que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, reconhece como forma de violência psicológica os atos de alienação parental (artigo 4º, II, b), o que afeta diretamente o direito à saúde dessas crianças e adolescentes, especialmente quando o elo entre pais e filhos é cortado pelo alienador.

Dessa maneira, conviver com os pais não é direito dos filhos, mas sim um dever da paternidade responsável. Não se trata de direito de visita, e sim de obrigação de conviver com os filhos. Distanciar pais e filhos acarreta consequências de ordem emocional que podem comprometer o sadio desenvolvimento das crianças e adolescentes. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em suas vidas (DIAS, 2021, p. 143).

Dentro das suas peculiaridades, todos vêm sendo afetados pela pandemia do covid-19, no entanto a extensão do impacto causado pelas restrições depende de cada núcleo familiar, por isso é necessária cautela antes de aplicar medidas generalistas como panaceia para os problemas familiares em tempos de incerteza. O que faz surgir a preocupação com a manutenção da convivência familiar, imprescindível a todas as crianças e adolescentes.

Nesse intuito, a técnica da ponderação dos direitos fundamentais é instrumento útil para solucionar divergências frente às novas dinâmicas necessárias para a garantia do convívio familiar, possibilitando, de maneira excepcional, a suspensão do contato presencial, apenas quando houver circunstâncias fáticas que aumentem o risco à saúde dos vulneráveis, das

crianças e dos adolescente, de seus pais, responsáveis ou outros membros familiares (DE MOURA; COLOMBO, 2020, p. 372).

Conviver é função parental. E diante da inexistência de coabitação, é dever legal no ordenamento jurídico brasileiro a divisão de cuidados com os filhos de maneira conjunta. Desse modo, as medidas de restrição que afetem a convivência entre pais e filhos dependem de análise respaldada na excepcionalidade e individualidade, para que não sejam cometidos abusos parentais que deem vazão a manipulação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento do número de divórcios no Brasil se intensificou na pandemia. As muitas horas de convívio, impostas pelas medidas de quarentena, isolamento e distanciamento social, como formas de enfrentamento à covid-19, levou os casais a encarar problemas conjugais já existentes e muitas vezes por eles ignorados.

Com ânimos exaltados, se tornou difícil a divisão das tarefas parentais no tocante à guarda, à visita, à convivência e cuidado com os filhos. O Poder Judiciário Brasileiro passou a se deparar com questões concernentes aos núcleos familiares de difícil solução, pois as barreiras da pandemia dificultaram a aplicação das leis de maneira plena.

Os obstáculos apresentados ao exercício do direito de convivência em nome da defesa do direito à saúde de crianças e adolescentes, a má interpretação dos institutos de proteção integral destes vulneráveis, tanto pelos operadores de direito como por meio de pareceres confusos dos órgãos de defesa dos interesses dos menores, ocasionaram um terreno fértil para as práticas de alienação parental em tempos pandêmicos.

A colisão de direitos fundamentais à saúde, à vida e à convivência familiar chegou aos tribunais, que de forma plural passaram a intervir na autoridade parental e determinar questões de guarda e visita, relativizando as regras constitucionais de convivência entre pais e filhos em nome da proteção destes ao risco de vida. Abrindo espaço para que a ruptura do elo entre pais e filhos, sob o viés da alienação parental, provocasse um prejuízo à saúde emocional da prole, potencializado pelas condições atípicas provocadas pelo coronavírus.

Dessa forma, é dever do judiciário ao sopesar tais direitos fundamentais nos casos concretos, buscar por uma atuação vigilante no sentido de se investigar a motivação por trás dos pedidos de modificação de guarda e

suspensão de visitas. Pois o coronavírus não é razão suficiente para impedir o exercício do dever dos pais de conviver com seus filhos, principalmente quando aqueles estão em condições beligerantes e só conseguem se valer de uma decisão judicial para não enfrentar uma paternidade responsável.

A convivência entre pais e filhos e demais membros fora do núcleo familiar é direito de personalidade dos filhos, do qual dependem para um desenvolvimento emocional e social saudável e próspero. Todas as decisões que interfiram na autoridade parental devem ser tomadas com base no respeito ao princípio da mínima intervenção do Estado no Direito de Família e primadas pela base fundamental da proteção destinada aos menores, qual seja, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O conflito é natural da família, dele depende o seu crescimento e a readequação de papéis importantes a cada membro familiar. A interferência do Estado nas relações familiares encontra barreiras no direito à liberdade que as reveste, o acompanhamento, criação e cuidado destinados a prole jamais poderá ser tolhido pela justiça, a qual cabe ser pacificadora e fomentadora da solidariedade e do afeto entre todas as entidades familiares.

REFERÊNCIAS

A MORTE inventada. Direção: Alan Minas. Rio de Janeiro: Caraminhola, 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uv6DuQv0ldE>. Acesso em: 22 out 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 05 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL, **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 22 out 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 498, de 2018**. Altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre a concessão de licença ao servidor público federal para capacitação. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133701>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.273**, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5603496>. Acesso em: 06 mar. 2023.

DE MOURA, Líbera Copetti; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Exercício do direito à convivência familiar em situações extremas: princípio do melhor interesse da criança e colisão de direitos fundamentais. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Org.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Como a utilização da tecnologia impacta nas relações familiares em tempos de pandemia da Covid-19? *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Org.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

IBDFAM (BRASIL). **IBDFAM Revista Informativa**. Alienação parental. Especialistas dissecam as divergências em torno da Lei 12.308/2010, ameaçada de revogação. Belo Horizonte, on-line, n. 57, jun./jul. 2021a.

IBDFAM (BRASIL). IBDFAM aprova Enunciados. **IBDFAM**, on-line, 28 out. 2015. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciado>. Acesso em: 25 out 2021.

IBDFAM (BRASIL). IBDFAM envia ao Conanda considerações sobre proteção integral à criança e ao adolescente na pandemia; há risco de alienação parental. **IBDFAM**, on-line, 18 jun. 2020. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7390>. Acesso em 20 out. 2021.

IBDFAM (Brasil). IBDFAM envia nota técnica ao Congresso Nacional em defesa da manutenção e aperfeiçoamento da Lei de Alienação Parental. **IBDFAM**, on-line, 25 mai. 2021b. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8528>. Acesso em 05 mar. 2023.

IBDFAM (Brasil). **Número dos autos indisponível**, Relator: Desembargador Fernando Wolff Bodziak, data da decisão: 18/08/2020, TJ-PR. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/DECIS%c3%83O%20MONOCR%c3%81TICA.pdf>, acesso em 20 out.2021.

IBDFAM (Brasil). **Número dos autos**: 1000041-12.2019.8.26.0542, Relator: L. B. Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 15/09/2020, TJ-SP. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/DECIS%c3%83O%20TJSP.pdf>, acesso em 20 out.2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação parental**: importância da detecção: aspectos legais e processuais. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação Parental e sua Síndrome**: Aspectos Psicológicos e Jurídicos no Exercício da Guarda Após a Separação Judicial. Recife: Bagaço, 2009.

OLIVEIRA, Cinthya. Convivência se intensifica na pandemia e divórcios crescem 24% no Brasil. **O Tempo**. Belo Horizonte, on-line 27 jul 2021. Artigo. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/convivencia-se-intensifica-na-pandemia-e-divorcios-crescem-24-no-brasil-1.2518317>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Nova York: ONU, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 05 mar. 2023

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

POPPE, Diana; MULTEDO, Vilela Renata. Os limites da intervenção do Estado na responsabilidade parental em tempos de pandemia. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Org.). **Coronavírus**: impactos no direito de família e sucessões. Indaiatuba: Foco, 2020.

SOUZA, Analícia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental** – Um Novo Tema nos Juízos de Família. São Paulo: Cortez, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AS CONSEQUÊNCIAS DA IMPLANTAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

*Bruna Lins Padron**

1. BREVES NOTAS SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA IMPLANTAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Este artigo visa informar e aclarar sobre um problema cada vez mais frequente observado, principalmente, durante litígio conjugal: a alienação parental a que são acometidos crianças e adolescentes. Infelizmente, tem crescido as queixas deste problema no poder judiciário brasileiro em que os alienadores (que cometem tal atrocidade) abalam psicologicamente os menores, muitas vezes se utilizando do artifício da implantação das falsas memórias que são relatos de situações que nunca ocorreram, a fim de afastar a prole do outro genitor, chamado de genitor alienado.

Será apresentado o perfil do alienador o qual possui traços de pessoa sem empatia que prejudicam frontalmente menores em plena formação e, em sua maioria, as vítimas são seus próprios filhos, usados como instrumento de vingança contra o ex-cônjuge. Já o poder judiciário brasileiro é a *ultima ratio* na questão, ou, assim deveria ser vista pelos envolvidos. Eis que este problema poderá ser amenizado antes por outras vias extrajudiciais como a intervenção de um psicólogo, a mediação, os conselhos tutelares.

Opina-se, neste artigo, sobre a criminalização da medida por se tratar de ato grave. E a demora em se constatar a implantação das falsas memórias no processo de alienação pode mudar o rumo do processo. Por isso, a importância da preparação de todos os operadores do direito, psicólogos e assistentes sociais para a pontual detecção e combate, com objetivo de garantir a formação sadia dessas crianças e adolescentes, vítimas da mente prejudicial de um alienador.

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos (Unisantos). Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB - Subseção de Santos. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). E-mail: brunapadron@hotmail.com

Destaca-se a importância da família como a base da sociedade e alicerce dos filhos. Nesse contexto, é essencial priorizar o melhor interesse da criança em detrimento do interesse dos pais.

O seio familiar é o ambiente das primeiras interações humanas, é na instituição familiar que são pautados valores que se aplicarão durante toda uma vida. As relações ali vividas delimitarão as seguintes.

A Constituição Federal assegura o Direito a uma vida plena, gozando de todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente, enquanto estes estão em desenvolvimento. A Alienação Parental, se não tratada de forma eficaz, pode causar danos que persistirão até a vida adulta, sendo as sequelas emocionais os principais problemas.

A Alienação Parental é entendida como uma série de atos praticados pelo genitor alienador, visando o afastamento entre o genitor alienado e o alienado, como uma forma de vingança devido a frustrações advindas de um relacionamento passado.

No caso da implantação das falsas memórias, essa se faz meio para a realização da Alienação Parental. O genitor alienador induz a criança ou o adolescente a acreditar em fatos que nunca aconteceram, se tratando de memórias criadas de forma sugestiva.

O objetivo do presente estudo é compreender as consequências da implantação das falsas memórias no processo de Alienação Parental, identificando sua natureza e influência no âmbito familiar, em uma análise gradual.

Sobre a implantação de falsas memórias, serão apresentadas as conceituações e sua influência direta na Alienação Parental, bem como sua diferenciação diante de uma análise jurisprudencial e da legislação posta. E, no penúltimo tópico, são colocadas as recomendações para o combate da Alienação Parental e as medidas cabíveis para que seja minimizada.

2. INFLUÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Os casos de Alienação Parental tendem a abalar o núcleo familiar, visto que todos os fatos envolvendo a alienação ocorrem em âmbito familiar. É necessária a análise das influências desse fato gerador de uma relação jurídica, esmiuçando seu nascedouro.

2.1. Da alienação parental: Conceito e Características

A Alienação Parental consiste no ato da realização de uma campanha negativa contra o genitor alienado, na qual o genitor alienador se utiliza de todos os meios a seu alcance para influenciar a criança ou adolescente, que

tende a se afastar do genitor a quem as acusações foram imputadas. O momento que a alienação acontece está diretamente ligada a fatores pessoais não resolvidos entre o alienador e o genitor alienado, comumente ocorrendo com o fim do casamento.

O alienador é aquele que demonstra à criança ou ao adolescente fatos inverídicos ou distorcidos que interferem em seu discernimento sobre o genitor alienado, ou seja, aquele que sofre em razão da alienação. Tais atos induzem ao afastamento do alienado, como é denominada a criança ou adolescente que sofre com a alienação.

Conforme definição do art. 2º da Lei nº 12.318/2010:

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

Diante da interpretação do texto legislativo a Alienação Parental não está em todos os casos ligada à filiação, mas sim à autoridade que o sujeito detém sobre o alienado. Em casos em que a pessoa tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância e realize afirmações difamatórias sobre o genitor alienado, a criança ou adolescente começa a assimilar como fatos verdadeiros, considerada sua condição de pessoa em desenvolvimento.

2.2. Diferença entre alienação parental e síndrome de alienação parental

Richard Gardner foi um psiquiatra norte-americano que viveu nos Estados Unidos, na década de 80 seu trabalho deu ensejo às primeiras considerações sobre o conceito da Síndrome de Alienação Parental.

Richard fundamenta as primeiras teses nos EUA sobre a Alienação Parental na década de 80, demonstrando como síndrome, entretanto, a nomenclatura colocada dessa forma nunca chegou a ser alvo de grandes estudos que concretizassem a teoria. A Síndrome de Alienação Parental (SOP) não é o termo mais apropriado, devido ao fato de não ser reconhecida como uma doença pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

A Síndrome de Alienação Parental se trata dos efeitos da Alienação Parental. A Alienação Parental consiste no ato da realização de uma campanha negativa contra o genitor alienado, enquanto a síndrome representa os

danos psíquicos causados a criança ou ao adolescente advindo de tal ato, o afastamento do convívio do genitor alienado torna difícil a compreensão a respeito da situação, então, a interpreta como um abandono.

2.3. A proteção da família na Constituição Federal de 1988

Tem-se a família como pilar da sociedade, todas as relações vividas ao longo dos anos de vida de um indivíduo têm ligação com as interações no âmbito familiar. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 226 reza que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

As relações de Direito estão pautadas na Constituição Federal, e esta traz o norte para as vivências jurídicas. Além de estabelecer direitos e deveres aos cidadãos, assegura à criança e ao adolescente proteção especial do Estado, da sociedade e da família, considerando a condição de pessoa em desenvolvimento:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, CF, 1988)

As legislações que versam sobre a proteção da criança e do adolescente estão pautadas na Constituição. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 é um instrumento da concretização dos direitos estabelecidos no art. 227 da CF/88. Anteriormente ao Estatuto era vigente o código de menores, entretanto, tal instrumento não detinha uma visão a respeito das crianças e dos adolescentes como sujeito de direitos, a lei os tratava como um problema social a ser resolvido.

A Alienação Parental caracteriza uma interferência na formação psicológica da criança ou adolescente. Como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº12.318/2010 que versa a respeito da Alienação Parental é um instrumento de proteção inerente aos menores como sujeitos de direitos.

3. PODER FAMILIAR

O núcleo familiar é o primeiro vínculo humano com a sociedade, no âmbito do lar são vividas as primeiras experiências e interações que contribuem para o desenvolvimento da criança e do adolescente e este deve ser

resguardado de forma plena. Visando assegurar a garantia dos direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, os legisladores buscaram e buscam mecanismos eficazes, e se de início o pátrio poder se mostrou uma solução viável, atualmente é vigente no Brasil o poder familiar.

O pátrio poder estava disposto no art. 380 do Código Civil de 1916, estabelecendo que “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”, colocando o pai como figura majoritária. A concepção do pátrio poder tornou-se defasada em razão das mudanças sociais, dando espaço à definição de poder familiar vista pela primeira vez no Código Civil de 2002 em seu art.1631:

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Os pais detêm sobre seus filhos menores uma relação de autoridade, sendo o poder familiar uma junção dos direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos exercidos pelos pais. Tais direitos são decorrentes tanto das relações naturais quanto das relações afetivas formadas e são obrigações a serem exercidas visando salvaguardar a criança e o adolescente sob sua proteção.

A dissolução do matrimônio não implica na alteração do poder familiar, mesmo findado o vínculo entre ex-cônjuges, a relação entre os filhos e seus genitores em nada deve se alterar. Mesmo com a modificação de rotinas, ou a não convivência no mesmo lar, entre outros fatores, a prole irá realizar uma convivência mútua com ambos os pais.

A destituição do poder familiar consiste no afastamento dos filhos de um ou dos dois pais, tal destituição se caracteriza como uma medida em casos extremos e só sendo utilizada diante da inexistência de alternativas. Sendo consequência desse afastamento a transferência das obrigações inerentes anteriormente aos pais a outrem.

A Alienação Parental mostra-se impedimento para um ambiente saudável para a criança e o adolescente em estado de desenvolvimento e é causadora da destituição do poder familiar, diante de falsas acusações imputadas ao genitor alienado, como nos casos, recorrentes no Brasil, de falsas acusações de abuso sexual.

4. A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Houve diversas mutações no âmbito das relações familiares no Brasil, no passado a cultura machista promoveu na sociedade estruturas e relações sociais tendenciosamente favorecedoras ao homem, se acreditava que no núcleo familiar estavam delimitadas obrigações, sendo o marido o provedor das necessidades do lar e cabendo à esposa viver em função dos afazeres domésticos e dos filhos. O machismo sempre foi extremamente presente na sociedade brasileira, todas as situações estavam condicionadas à permissibilidade do homem, que exercia uma função de poder no âmbito familiar.

De início, delimitou-se a mulher como alienadora de modo majoritário, ao entender que em razão de suas funções no lar a mãe estaria tendenciosamente inclinada a querer que sua prole fosse afastada de seu genitor. Tal entendimento está fundamentado no fato de que na maioria dos casos, em razão de fatores diversos a genitora detinha a guarda, tal pensamento se tornou defasado diante das evoluções em âmbito familiar.

Diante da evolutiva das relações familiares o poder familiar já não estava condicionado à figura masculina, e as relações domésticas passaram a ser divididas, não mais subordinando a jornada de trabalho ao homem e os afazeres relacionados a casa e aos filhos à mulher. Com as modificações, findada a relação conjugal, os filhos começaram a passar mais tempo com ambos os pais, o que despertou o interesse paterno de deter controle sobre a criança, tornando comum a Alienação Parental praticada por parte do pai.

5. FAMÍLIA NOS DIAS ATUAIS

O núcleo familiar vem se alterando com o decorrer do tempo, não estando mais a família somente vinculada às relações decorrentes do matrimônio entre um homem e uma mulher.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida por seus inúmeros avanços, dentre eles o reconhecimento de família como uma entidade familiar, não estando somente condicionada ao casamento como ocorria anteriormente. A Carta Magna determina a possibilidade de vínculos diferentes, tais como o casamento, a união estável e família monoparental, nesta a família constitui o vínculo formado entre qualquer um dos pais e seus descendentes.

Com a instituição do divórcio houve inúmeras dissoluções de matrimônios. O divórcio traz a possibilidade da formação de novos núcleos familiares de pessoas advindas de relações anteriores, sendo motivações para

a análise de novas regulamentações a respeito, para que todos os tipos de famílias estejam amparados na forma legal.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, anteriormente o assunto não seria sequer pauta discutível (CONJUR, 2021). As discussões e avanços no campo do Direito têm permitido o amparo de todas as pessoas que queiram formar uma família, evidenciando o avanço das instituições familiares

Para Maria Berenice Dias (2015), as alterações do núcleo familiar se dão em razão da evolução social: “Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.” (DIAS, 2015, p. 130).

Atualmente, no Brasil as famílias são entendidas de forma mais abrangente, compreendendo que o núcleo familiar é formado de laços e vivências. É preferível que a criança ou adolescente tenha convívio decorrente das relações de vínculo sanguíneo, entretanto, quando esse convívio se torna impossibilitado por alguma razão, é necessário que as opções utilizadas visem o bem-estar do jovem em questão.

6. FIM DO CASAMENTO

O presente artigo tem como enfoque principal os casos nos quais a alienação parental é mais comum entre ex-cônjuges. Tais casos são identificados corriqueiramente no âmbito do direito de família, entretanto, não são a totalidade dos casos.

Findado o vínculo conjugal, os ex-cônjuges não conseguem manter um relacionamento saudável, utilizando os filhos como meio de vingança pessoal. A não aceitação do fim da relação dificulta a interação entre os genitores que, não satisfeitos com o atrito, buscam uma forma ainda mais brusca de afetar o ex-parceiro com os filhos sob sua guarda. O ato da alienação parental se mostra a forma mais viável de causar um desconforto.

No passado não havia a possibilidade da dissolução do matrimônio, mesmo que se encontrassem dissabores no âmbito conjugal, não era algo viável uma separação. Com as mudanças ocorridas no campo do direito de família, torna-se necessário também promover alterações no campo das relações familiares, como a inserção da possibilidade do desquite, e posteriormente o divórcio.

No Brasil em 1942 foi instituído o desquite como meio de separação conjugal em uma sociedade pautada no machismo, na moral e nos bons costumes, o desquite não era bem-visto, principalmente se relacionado às mulheres, que deveriam se manter preservadas unicamente para o vínculo do lar, para que seus filhos crescessem de acordo com os princípios basilares da sociedade.

Em podcast apresentado por Branca Vianna (PRAIA DOS OSSOS, 2019), temos contato com a história de Ângela Maria Fernandes Diniz, desquitada de Milton Villas Boas, que foi morta na Praia dos Ossos, Rio de Janeiro, por Doca Street (seu assassino confesso), em 1970. O ex-marido de Ângela não permitia que fossem feitas visitas aos filhos, mantendo-os afastados com o argumento de que a genitora levaria uma vida libertina, em meio a um dos julgamentos mais famosos do Brasil surgem indagações a respeito da vítima ser ou não uma boa mãe, resquícios óbvios da alienação parental na qual são feitos levantamentos sobre a sua conduta inclusive por parte do ex-cônjuge, fatores geradores de danos irreversíveis à prole.

A história de Ângela Maria Fernandes Diniz ilustra de forma trágica como a alienação parental pode gerar danos à prole, usada como meio de vingança pessoal e quão importante é combater essa prática.

7. DAS FALSAS MEMÓRIAS

Quando alguém acredita ter lembranças de situações que na verdade nunca vivenciou, isso é chamado de falsas memórias, que podem incluir sentimentos decorrentes de situações que não aconteceram, lembranças de lugares que a pessoa nunca visitou ou, até mesmo associação de situações de maneira diferente daquela que realmente ocorreu.

Quando se trata casos de alienação parental, a implantação de falsas memórias se mostra como técnica utilizada para a prática dessa forma de abuso emocional.

7.1. Diferenças entre a implantação de falsas memórias e a alienação parental

O presente artigo jurídico descreveu anteriormente a conceituação de alienação parental, que consiste no ato da realização de uma campanha negativa contra o genitor alienado, em que o genitor alienador se utiliza de todos os meios ao seu alcance para influenciar a criança ou o adolescente que tende a se afastar do genitor alienado a quem as acusações foram imputadas.

O alienador se utiliza de todas as estratégias ao se alcance para causar um afastamento entre genitor alienado e o alienado. Sua intenção é causar dor e sofrimento ao genitor alienado e, para isso, torna os filhos um canal para promover esse desconforto, visto que o afastamento da prole será prejudicial para ele.

Um dos meios utilizados é a implantação de falsas memórias, em que, de forma tendenciosa, induz a criança a reproduzir memórias inexistentes. Nos casos mais comuns, o genitor que pratica a alienação imputa ao genitor alienado acusações de abuso sexual praticado contra menores.

O alienador, após induzir a criança a acreditar que ocorreu um fato que configure crime, busca a justiça visando imputar ao genitor alienado um fato delituoso que não cometeu. Ele consegue ser tão persuasivo, já que vive no mundo que ele mesmo criou, que pode dificultar o discernimento das autoridades que se questionam diante toda aquela situação criada. Essa ação está configurada no art. 2º, inciso VI, da Lei de Alienação Parental: “VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;” (BRASIL, Lei nº 12.318/2010).

Uma das técnicas utilizadas pelo alienador é a sugestão de fatos inexistentes para a criança, que muitas vezes não entende a situação e acaba aceitando-os como verdadeiros. Por exemplo, durante o banho o alienador, ao lavar as partes íntimas da criança, levanta questionamentos se o outro genitor faz o mesmo, sugerindo que ele possa ter causado machucados na região. A criança, influenciada por esta sugestão, pode acabar corroborando a afirmação, mesmo que nunca tenha sofrido abusos. Para ela, que não entende a situação, é uma conversa simples e cotidiana, mas o que foi dito pelo alienador acaba se fixando em sua mente, mesmo que se recorde somente do momento do banho.

Rolf Madaleno, em roda de conversa sobre seu livro **Síndrome Da Alienação Parental**, juntamente com sua filha Ana Carolina Carpes Madaleno, ressaltam os comportamentos de uma criança que foi abusada de fato e outra que não foi. (MADALENO, R.; MADALENO A., 2020). Ele descreve que, de forma tranquila, a psicóloga responsável pelo caso conduz uma conversa com as duas crianças de modos separados, a criança que sofreu abuso de forma verdadeira não consegue sequer estar no mesmo ambiente que seu abusador. A criança que foi vítima de alienação parental por meio da indução de falsas memórias, não só consegue ficar no mesmo ambiente, como interagir com o genitor alienado.

A implantação de falsas memórias não está somente relacionada aos casos de abuso sexual. O alienador manipula situações que não existem, inúmeras vezes, tramando acontecimentos com o objetivo de destruir a relação entre a prole e o genitor alienado.

8. TRAÇOS DAS PESSOAS ENVOLVIDAS: GENITOR ALIENADOR, CRIANÇA OU ADOLESCENTE E GENITOR ALIENADO

O tópico aqui abordado trata da alienação parental, destacando os três principais envolvidos: genitor alienador (que usa os filhos para causar dor ao ex-parceiro), criança ou adolescente alienado (afastado gradualmente do genitor alienado, influenciado pelo alienador) e genitor alienado (que enfrenta grandes embates para manter o relacionamento com os filhos). Vejamos, de forma mais ampla, os traços relacionadas a cada um destes atores.

8.1. Genitor Alienador

O genitor alienador é alguém que se utiliza dos filhos para causar dor e sofrimento ao ex-parceiro. Ele nutre um sentimento de raiva que normalmente decorre da dissolução do vínculo conjugal, implanta na criança ou no adolescente memórias que nunca existiram a respeito do genitor alienado, tornando impossível a convivência entre ele e a criança.

O alienador cria para si um mundo onde os fatos acontecem de acordo com a sua verdade, como se não bastasse viver nessa realidade ilusória, ele envolve a criança ou adolescente alienado. Tendenciosamente o menor acredita que foi abandonado e que o fim da relação dos pais está condicionado ao genitor alienado não mais querer estar junto daquela criança.

Segundo Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2017, p. 58), são comportamentos comuns aos alienadores que perpassam para o alienado:

O progenitor alienante demonstra uma visão obsessiva, tudo gira em torno da proteção de seus filhos, que devem ser resguardados do mal que outro genitor possa fazer, sendo exacerbadas suas qualidades negativas e, ainda, recebe a projeção dos medos e fantasias do próprio alienador – que se sente uma vítima da situação. Da mesma forma ocorre com os menores, que passam a ter conduta paranoica semelhante à do genitor alienante, sendo que nessa fase o menor mostra-se claramente programado a odiar, tem comportamentos de negação e é incessantemente testado pelo alienador acerca de sua lealdade.

O alienador tem um comportamento peculiar de desobediência de regras, dissimulação e frequentes desqualificações ao outro genitor. Ele cria óbices constantes para evitar contato dos filhos, faz ameaças e chantagens, além de utilizar excessivamente a judicialização de processos contra o outro genitor para forçá-lo a ceder a seus caprichos, o que pode ser chamado de assédio processual. Já o genitor alienado pode enfrentar ou não os ataques do alienador, aquele que enfrenta tem grandes embates para manter o relacionamento com os filhos, gerando, em qualquer caso, intensas aflições que podem ocasionar abalos psicológicos.

8.2. Criança ou adolescente alienado

Inicialmente, essa alienação se dá de modo sutil em situações corriqueiras do dia a dia que parecem inofensivas, se tornando algo mais gravoso e fazendo com que o menor não queira mais estar perto do genitor alienado.

O alienado se trata de uma pessoa em desenvolvimento e, na maioria dos casos, crianças, uma vez que são mais influenciáveis que os adolescentes, pois estes já estão formulando opiniões próprias. A vítima da alienação é gradualmente afastada do genitor alienado, sendo induzida a acreditar que este se afastou, que não a quer por perto.

O alienador influencia o menor, se colocando em uma posição menos favorecida e se vitimizando para promover chantagens emocionais, faz com que o alienado acredite nas situações irreais, já que ele mesmo vive no mundo ilusório que criou e torna o fato para si como verdade absoluta. O alienado fica confuso e não consegue discernir os fatos da realidade.

O alienador consegue distorcer a realidade dos fatos de forma manipuladora, então, o alienado toma o fato como verdade absoluta, reproduzindo-o do modo que foi induzido a acreditar. Segundo Maria Berenice Dias (2015, p 518) os danos causados devido à alienação parental se mostram de forma grave:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida –, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.

As situações de alienação que envolvem menores estão, normalmente, relacionadas a atritos entre os pais. O alienador cria uma situação na qual

o alienado se sente pressionado a fazer a escolha de um lado, o alienador para conseguir seu intento se vitimiza ~~vitimizando-se~~, afirmando ter sido abandonado. Ele faz o menor acreditar que, se não estiver ao seu lado, estará sozinho, descrevendo o genitor alienado como uma espécie de “monstro”.

8.3. *Genitor Alienado*

O genitor alienado não tem a percepção imediata da manipulação incutida pelo alienador sobre o menor, pois com a dissolução do vínculo o genitor alienado busca se afastar do alienador, visto os dois não terem uma relação saudável. Observa-se que o genitor alienado é também uma vítima no processo de alienação.

9. DAS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PARA AS PARTES ENVOLVIDAS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E AMPARO LEGAL

A alienação parental é uma problemática antiga, mas devido ao alto número de separações conjugais nos últimos tempos, passou a despertar maior atenção dos estudiosos. É importante ressaltar que, na maioria das separações, surgem os embates e os filhos começam a ser objeto de disputa entre os ex-cônjuges, os quais muitas vezes praticam atos que caracterizam a alienação parental.

A comprovação das falsas memórias e da alienação parental nos processos do judiciário pátrio é um fato que não apresenta fácil constatação. Isso se deve à multiplicidade dos casos e à imprescindível existência de uma análise interdisciplinar que envolva não somente operadores do direito, mas também especialistas em psicologia.

É válido destacar a importância da análise de que a falsa memória foi inserida num certo contexto para melhor compreensão dessa difícil questão por especialistas compostos por uma equipe jurídica além de psicólogos forenses com o objetivo de entender a origem da criação daquela falsa memória por indução do genitor alienador dentro do processo de alienação parental.

Quando ocorre a prática da falsa memória, a criança ou adolescente é convencido, pelo alienador, a acreditar na implantação daquele fato que nunca ocorreu com o fim de afastá-los da prole.

Infelizmente, as principais vítimas são as crianças, mais facilmente sugestionadas em razão de sua tenra idade, e, por isso, apresentam maior grau de vulnerabilidade. Podem apresentar quadros depressivos, perturba-

ções comportamentais como ansiedade, nervosismo, agressividade e, em casos mais graves, predisposição ao suicídio.

O ambiente propício para que isso ocorra é a fragilidade da criança intensificada pela separação dos pais, somando-se ao processo de alienação parental.

Geralmente, que as falsas memórias são incutidas de forma sutil, com afirmações prejudiciais, aparentando serem verdadeiras e passíveis de acontecer em situações normais. Isso é utilizado com frequência pelo alienador com eficácia negativa, pois gera consequências danosas à vítima da alienação.

A existência das falsas memórias durante alguma fase do processo pode ter um grande impacto e afetar significativamente o resultado dele, mas no Brasil, infelizmente, pouco se tem explorado o estudo das falsas memórias no processo de alienação parental. O impasse ocorre pela falta de estrutura do poder judiciário aliada a uma equipe técnica multidisciplinar que esteja atenta às questões emocionais das partes envolvidas no processo. É importante contar com profissionais capacitados para acolher as crianças e lidar com elas nesse contexto de forma a propiciar uma análise detalhada e minuciosa das falsas memórias inseridas no transcórre de um processo.

10. LEGISLAÇÃO POSTA

São diversas as consequências sociais e judiciais geradas pela implantação das falsas memórias e, em sua maioria, o comprometimento é irreversível. Por esta razão, foi introduzida na legislação brasileira a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como Lei da Alienação Parental, objetivando coibir a prática dos sintomas que abrange os atos de alienação parental, bem como responsabilizar o genitor alienador pela sua prática.

Como base legislativa, também a Constituição Federal, de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, pela questão envolver criança e adolescente nas relações de família. Na Constituição Federal, a família foi revelada como base da sociedade e recebe especial proteção do estado, conforme dispõe os artigos 226 em diante.

É inegável o reconhecimento da família pelo constituinte como base da sociedade e a garantia constitucional da proteção e dos direitos da pessoa, incluindo-se as relações entre pais e filhos, É importante ressaltar que esses direitos são garantidos por princípios e normas que norteiam a atuação do poder judiciário.

Em especial, destaca-se o princípio da dignidade humana que norteia a formação de pessoas e que sucede do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Lembrando que a proteção da família é milenar, considerada uma instituição e celeiro dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, e ocupa o cuidado à dignidade das pessoas que pertencem a ela, especialmente no que concerne à personalidade dos filhos.

Por isso, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança e adolescente, que estão em plena formação de sua personalidade, merecendo proteção especial. Afinal, a separação põe fim à conjugalidade, mas não a parentalidade.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) tutela os direitos de crianças e adolescentes e inclui deveres da família, em especial dos genitores, como o dever de guarda, sustento e educação dos filhos menores. De acordo com os artigos artigo 3º, art. 4º, art. 5º e art. 130 do ECA o seguinte teor sobre o tema em estudo:

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
[...]

Art. 130 Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) objetiva combater qualquer forma de ilícito contra o menor.

Já a Lei de Alienação Parental, promulgada em 2010, visa proteger crianças e adolescentes de práticas de tortura psicológica praticada pelo alienador. Embora não seja fenômeno recente, a falta de uma lei mais específica para essa situação deixava esses menores desamparados.

Vê-se, portanto, que a separação conjugal é um fato social que reflete não só na vida dos ex-cônjuges, mas dos filhos. O dispositivo civilista no artigo 1.579 preceitua que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos mas na prática não é isso que acontece, pois a alta carga emocional envolvida entre o casal pode culminar na alienação parental, atingindo frontalmente os filhos que, sendo vítimas daquele embate, sofrem com a insegurança e ansiedade que todo esse processo proporciona.

Se constatada a presença da alienação parental por um dos genitores, ou por pessoas próximas, é possível tentar a solução da questão extrajudicialmente com a intervenção de um psicólogo, para este profissional detectar o problema o mais brevemente possível e impedir que os danos da alienação se tornem irreversíveis. Se mesmo assim, não for resolvido o problema, deve-se acionar o poder judiciário.

Seguem algumas decisões que tutelam o combate à Alienação Parental nos tribunais do Brasil:

GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. REVERSÃO DA GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DEFERIMENTO DA GUARDA PROVISÓRIA EM

FAVOR DA MÃE. CABIMENTO. 1. Se, apesar de ostentar o pai condições de exercer a guarda das filhas menores, resta evidenciado que ele vinha praticando alienação parental contra a genitora, era necessária a reversão da guarda. 2. Como as crianças já estão novamente sob a guarda da genitora desde o final de 2019, estando essa situação já consolidada, descabe reverter a guarda neste momento, pois certamente seria prejudicial para os filhos, sendo que nada nos autos depõe contra o exercício da guarda pela genitora. 3. Para melhor atender os interesses das filhas, devem ser levadas em consideração as avaliações já realizadas nos autos, sendo a guarda mantida com a genitora. Recurso desprovido. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70083743120. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28 de maio de 2020.

Guarda de menor e visitas – ação revisional – agravo de instrumento – genitores que, em acordo celebrado no bojo de ação

cautelar de separação de corpos cumulada com pedidos de regulamentação de guarda e visitas, optaram pela fixação da guarda compartilhada da filha comum – recorrido que estaria descumprindo os termos do regime de guarda e visitação estipulados, tomando decisões unilaterais e omitindo informações sobre a menor – suposta tentativa de alienação parental – agravante que se vê prejudicada na dinâmica de sua atividade profissional – criança diagnosticada com transtorno de ansiedade – modificação da guarda compartilhada para guarda unilateral provisória, com suspensão das visitas no meio de semana e fixação de regime de visitação paterna em finais de semana alternados, com retirada da filha na sexta-feira, após a aula, e devolução na própria escola, na segunda-feira subsequente, mantidos os pernoites - agravo provido. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Oitava Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2183966-73.2016.8.26.0000. Relator: Theodoreto Camargo. Julgado em 21 de junho de 2017.

As jurisprudências colacionadas refletem, conforme menciona Maria Berenice Dias (2006), que os filhos são usados como instrumentos da agressividade contra o genitor alienado. O menor não poucas vezes sofre com graves sequelas como a implantação das falsas memórias.

Portanto, a Lei veio para punir o genitor ou terceiro que por motivo emocional interfira no desenvolvimento do menor incapaz.

O alienador, como já indicado em ponto anterior, tem como características peculiares ser dissimulado, infringir regras, chantagear etc. Não é raro constatar que muitas vezes gosta de ameaçar o outro genitor para obter o seu intento com ingresso de várias ações judiciais (uma seguida a outra), o que pode ser chamado de um verdadeiro assédio processual, para que o genitor alienado ceda mais facilmente, e por vezes, acabe por afastar os filhos de sua convivência para evitar embates. Já o genitor alienado que resiste, enfrenta brigas judiciais sem fim (GROENINDA, 2016). Este “assédio processual” banaliza o poder judiciário que deveria servir como instrumento de justiça. Por isso, a importância de operadores do direito e psicólogos atentos a esses artifícios do alienador num processo de alienação parental e ainda quando há implantação de falsas memórias.

Dando algumas pinceladas nos artigos da Lei de Alienação de 2010, reforça-se a importância à proteção à dignidade da pessoa humana, a saber:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência saudá-

vel, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Tal princípio é de tal relevância que é lembrado na Lei, como se sabe, a Constituição Federal de 1988 já o menciona como um dos fundamentos do Estado, e base para toda a sociedade. Logo, será uma ofensa ao princípio quando afastar o genitor ou qualquer outro parente do convívio do menor por meio de manipulações.

No artigo 4º da Lei, verifica-se que o processo na seara judicial se inicia e por se tratar de matéria de ordem pública relativa à proteção do menor, o magistrado poderá reconhecê-la de ofício ou até mesmo um membro do Ministério Público que atua como fiscal da Lei, quando não provocada pela parte interessada.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança e do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento de visitas. (BRASIL, Lei nº 12.318 de 2010).

Nesse artigo constata-se que a alienação pode ser declarada em qualquer momento processual e grau de jurisdição, podendo ser uma ação autônoma ou incidental, como demandas que possuem como objeto a fixação de regime de visitação ou guarda.

Nota-se também que a proteção fala em indícios, ou seja, mesmo antes de qualquer prova técnica, aparecendo algum viés de alienação parental poderão ser adotadas medidas provisórias importantes para a preservação da integridade psicológica da vítima, isso pautada em uma observação atenta. Já o parágrafo único garante a visitação assistida mediante acompanhamento de profissional, por precaução, desde que não haja risco à integridade física ou psicológica do menor.

Entretanto, quando o assunto é provas, o artigo 5º que tutela:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, Lei nº 12.318 de 2010).

Insta salientar que a existência de alienação parental não é de fácil percepção nem mesmo a um magistrado experiente. Nesse sentido, é fundamental que o juiz conte com o auxílio de profissionais multidisciplinares, tais como assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras, que realizarão perícias, laudos e testes para atestar a presença de alienação parental. Dado o desafio de identificar esse fenômeno, é imprescindível a sensibilidade e a destreza dos profissionais envolvidos para entender todo o contexto do convívio familiar, de forma a encontrar soluções que garantam a integridade psicológica, física e moral da criança e do adolescente.

Dessa forma, a comprovação da existência de alienação parental, é necessário adotar medidas urgentes para cessar o abuso causado pelo alienador, Tais medidas são relacionadas no art. 6º e possuem caráter protetivo e preventivo, sendo aplicadas de acordo com a gravidade do caso e podendo variar desde advertências até a suspensão do poder familiar:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização

de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- estipular multa ao alienador;
- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, Lei nº 12.318 de 2010).

O magistrado poderá aplicar mais de uma delas de forma cumulativa, dependendo da gravidade do caso, por exemplo, constatada a existência de falsas memórias que pode ser óbice ao convívio do genitor com o filho, as medidas podem variar de uma advertência com multa chegando à alteração de guarda e suspensão da autoridade parental.

Os meios mais severos de punição do artigo se encontram nos três últimos incisos (V, VI e VII) e parágrafo único, mas ressalta-se que tais medidas adotadas não desobrigam o alienador da responsabilidade civil, como danos morais sofridos.

A Lei 12.318/2010 objetiva identificar os envolvidos na prática de alienação parental, ou seja, o alienante e o alienado, bem como determinar em que nível se encontra o processo. Tais questões são avaliadas por um juiz especializado, que possui a capacidade e a competência para julgar esse tipo de caso.

A Lei da Alienação parental busca evitar a perda do convívio familiar com o acusado da prática da alienação, levando em considerações as repercussões que essa situação pode gerar. Para tanto, são adotadas medidas de forma cautelar, a exemplo da convivência assistida do menor com o genitor acusado de violência, por exemplo, reconhecendo-se o valor destas para impedir a prática das intenções do alienador, ainda mais quando as acusações não são verdadeiras e proteger o menor envolvido na situação.

11. DAS RECOMENDAÇÕES PARA COMBATER A ALIENAÇÃO PARENTAL E MEDIDAS CABÍVEIS PARA MINIMIZAR SEUS EFEITOS PREJUDICIAIS

Sabe-se que a prática da alienação é muito perigosa, ainda mais combinada com a implantação das falsas memórias e até a denúncia caluniosa. A medida a ser adotada é desencorajar tal ação e reestabelecer de forma rápida o contato da criança ou adolescente com o alienado para evitar maiores danos ao menor.

Alguns projetos têm a capacidade de auxiliar como óbice ao começo das atitudes do alienador ou freio de seus efeitos, no entanto, mesmo tendo atributo de minimizar essa questão séria, infelizmente, nenhum com capacidade de desaparecer em sua totalidade as probabilidades para encarar o grave problema.

Defende-se, como medida para amenizar os impactos da alienação parental, a importância da guarda compartilhada que em alguns casos pode não ser o ideal, mas evita maiores transtornos de convivência. Esse tipo de guarda foi proposto pela Lei nº 11.698/2008 que é perfeitamente apropriado na Lei de Alienação Parental e visa reduzir os reflexos de uma alienação parental e garantir sempre o bem-estar dos menores e o melhor interesse da criança na convivência com seus pais nessa fase que estão em pleno desenvolvimento.

Já outra possibilidade é a atuação do conselho tutelar que é órgão permanente, não jurisdicional e autônomo, incumbido por zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes. Tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá poderes aos conselhos na esfera administrativa, atuando de forma preventiva em situações de abuso da autoridade parental (art. 131, do ECA/1990).

Além dos elencados, tem-se a mediação, processo de entendimento pacífico da alienação parental em que os genitores envolvidos na presença de um mediador conduzam as partes a esclarecer as questões em choque, para realizarem uma proposta com o objetivo de resolver aquele impasse. O papel do mediador é ser um terceiro que facilita aquela comunicação e participa das tratativas de forma a auxiliar as partes e garantir a convivência familiar dos ex- cônjuges com o menor. É, então, uma forma mais ampla de solução de conflitos, utilizando técnicas de mediação em casos de verificação de alienação parental.

Ressalta-se que o art. 9º da Lei 12.318/2010 que dispunha dessa alternativa de solução foi vetado pelo Presidente da República, estando hoje

elencado no art. 3º do Código de Processo Civil (2008) como norma fundamental que informa não se retirar de apreciação ameaça ou lesão a direito. Além disso, que a mediação, conciliação e outras formas de solução consensual de conflitos deverão ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público até no transcorrer do processo judicial. Portanto, essas medidas existem e estão à disposição como atividades do Estado na solução de conflitos. São ferramentas que devem ser utilizadas como soluções consideradas mais abrangentes e ter seu uso estimulado.

O art. 10 da Lei 12.318/2010 previa um novo tipo penal específico para a alienação parental, com prévia responsabilidade criminal do alienador quando este apresentasse um falso relato às autoridades competentes com o objetivo de restringir a convivência da criança ou adolescente com o genitor. No entanto, tal dispositivo foi vetado.

Interessante destacar que a Lei de Alienação Parental veio com uma proposta eficaz de combater a forma repulsiva de manipulação dos sentimentos de crianças e adolescentes em formação. Talvez ela não sido tão rigorosa quanto deveria, mas é válida para coibir essa prática reprovável dos alienadores.

Poderia ser uma solução a se refletir a imputação da denúncia caluniosa na alienação parental, quer dizer, responsabilizar o alienador criminalmente por isso como uma causa de aumento de pena do próprio crime de denúncia caluniosa. Criar um novo tipo penal e de forma autônoma como propunha o art. 10, poderia se tornar sem efeito, pois este seria um tipo penal simples, enquanto a denúncia é considerada de maior gravidade.

Há também uma preocupação grande quanto ao preparo cada vez maior dos operadores do direito, psicólogos, assistentes sociais e demais pessoas envolvidas em um processo de alienação parental. Esses profissionais devem evitar serem seduzidos pelas artimanhas do alienador e estar aptos a participar de todo o processo para detecção das implantações das falsas memórias, a fim de não caírem nas manipulações e vitimismo daquele.

Verifica-se que hoje há necessidade de um amplo debate sobre questões relacionadas ao processo de alienação parental, especialmente quando se trata da detecção de falsas memórias. É por meio do esclarecimento desse assunto que se promove o conhecimento a as ferramentas de combate a esse problema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, inicialmente foi apresentada a influência da alienação parental nas relações familiares, abordando-se o conceito de alienação parental e suas características, bem como as mudanças ocorridas no conceito e formação da família no transcorrer da história. Além disso, destacou-se a importância da Constituição Federal como base da família, juntamente com seus princípios norteadores que envolvem as relações familiares.

Apontou-se, também, a importância do poder familiar de acordo com o Código Civil de 2002, o qual prevê os deveres e direitos dos genitores no exercício de seu poder, além da possibilidade de suspensão e interrupção definitiva do poder familiar e os seus reflexos do rompimento da família para os filhos menores.

Na etapa seguinte, foi apresentado de forma breve como reconhecer a alienação parental, suas fases e traços distintivos, sendo o mais grave a síndrome da alienação parental.

Verificou-se que a implantação das falsas memórias é um caso comum em situações de alienação parental, quando se tenta introduzir lembranças não verdadeiras na mente dos menores, promovendo uma confusão mental.

Delineou-se o comportamento dos envolvidos no processo de alienação. Constatou-se que o alienador tem um comportamento peculiar de desobediência de regras, dissimulação, desqualificação do outro genitor, criando situações para evitar contato dos filhos, valendo-se de ameaças e chantagens, podendo fazer uso excessivo da judicialização de processos contra o outro genitor como forma deste ceder a seus caprichos, o que pode ser chamado de assédio processual. Já o genitor alienado é aquele que enfrenta ou não os ataques do alienador, aquele que enfrenta tem grandes embates para manter o relacionamento com os filhos, e aquele que cede aos ataques do alienador, acaba por afastar os filhos, o que gera, em qualquer caso, sofrimento que pode ocasionar abalos psicológicos.

Infelizmente, as grandes vítimas disso tudo são crianças e adolescentes indefesos nesse embate todo que causa a alienação parental, apresentando alto grau de ansiedade, depressão, excessivo sentimento de culpa, suicídio em casos mais graves, por exemplo.

Portanto, é importante que sejam considerados os mecanismos legais e sociais que visam prevenir e combater a alienação parental, promovendo o bem-estar dos filhos e a garantia do convívio familiar saudável. É

necessário que os envolvidos no processo tenham acesso a informações e orientações sobre o tema para que possam reconhecer e evitar a prática da alienação parental. Dessa forma, pode-se construir uma sociedade mais justa e equilibrada, na qual as relações familiares sejam pautadas pelo respeito e cuidado com os filhos, que são serem sociais ainda em formação.

REFERÊNCIAS

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR), O canto da sereia da Lei de Alienação Parental, Revista Consultor Jurídico, 5 mai 2021, online. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/paloma-braga-canto-sereia-lei-alienacao-parental>.

BRASIL, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, 01 jan. 1916, . Disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 28 set.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais

de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 28 set. 2021

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 18 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para dispor sobre o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. . Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 15 set. 2021

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). Decisão do STF que reconhece união estável homoafetiva completa 10 anos. **Revista Consultor Jurídico**, 5 mai. 2021, on-line. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/decisao-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-faz-10-anos>>. Acesso em 02 set. 2021

DIAS, B, M. **Manual Direito das famílias**. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. 2015.

DIAS, B, M. Síndrome da Alienação Parental: o que é isso? **Jus Navegandi**, on-line, 25 jul. 2006. Notícias. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/8690/sindrome-da-alienacao-parental-o-que-e-isso>>. Acesso em 29 ago. 2021.

GARCIA, V, L. Alienação parental, falsas memórias e a violência sexual, **Revista Consultor Jurídico**, Curitiba, 28 out. 2020, Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-28/garcia-alienacao-parental-falsas-memorias-violencia-sexual>. Acesso em 10 set. 2021.

GONÇALVES, R, C. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GROENINGA, G. Processo de alienação parental pode ser litigância de má-fé, afirma psicanalista. **Revista Consultor Jurídico**, 4 jun. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-04/processo-alienacao-parental-litigancia-ma-fe>>. Acesso em 18 ago. 2021.

LEONARDO, M, F. A alienação parental conforme a Lei 12.318/2010. **Revista Âmbito Jurídico**, ed.148, 1 de maio de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/a-alienacao-parental-conforme-a-lei-12-318-2010/>. Acesso em 13 set. 2021.

MADALENO, C, C, A; MADALENO, R, BRAZIL, G., CANDIDO DE OLIVEIRA, D. **Alienação Parental** - Importância da Detecção, Aspectos Legais e Processuais. Youtube. 2020. Disponível em: <https://youtu.be/8XYdcnPtboQ>. Acesso em 02 dez. 2020

MADALENO, C, C, A; MADALENO, R. **Síndrome Da Alienação Parental**, 4 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2017.

PRAIA DOS OSSOS. Apresentação de Branca Vianna. Búzios: Rádio Novelo, jun. 2019. Podcast. Disponível em: <http://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>. Acesso em 08 set. 2021

RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça**. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70083743120. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28 de maio de 2020. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 01 set. 2021.

SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça**. Oitava Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2183966-73.2016.8.26.0000. Relator: Theodureto Camargo. Julgado em 21 de junho de 2017. Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 01 set. 2021.

CONVIVÊNCIA VIRTUAL: PERSPECTIVAS PARA O PERÍODO PÓS- PANDÊMICO*

*José Luiz de Moura Faleiros Júnior***

*Frederico Cardoso de Miranda****

*Viviane Furtado Migliavacca*****

1. BREVES NOTAS SOBRE CONVIVÊNCIA VIRTUAL

O presente trabalho tem por intuito analisar as perspectivas para a garantia do direito- dever ao convívio no período posterior à pandemia de covid-19, em especial devido ao distanciamento social e à virtualização das relações sociais.

O objeto central da pesquisa parte do pressuposto de que as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) podem contribuir para a diminuição dos impactos nefastos da pandemia nas relações familiares, a partir da manutenção de vínculos entre familiares, a exemplo de pais e filhos,

* Este capítulo é uma releitura de pesquisa realizada anteriormente e publicada durante o período da pandemia de Covid-19. A versão original pode ser acessada em: <https://www.uniedusul.com.br/wp-content/uploads/2020/08/E-BOOK-DIREITO-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA.pdf>

** Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo ‘Direito, Tecnologia e Inovação’, pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, em Direito Civil e Empresarial. É um dos Associados Fundadores do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado e professor. E- mail: jfaleiros@usp.br

*** Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo (2015). Especialista em Direito Processual Civil (2018) pela Faculdade Damásio. Pós-graduando em Direito Imobiliário Aplicado pela Faculdade Escola Paulista de Direito (EPD). Autor de obras e artigos dedicados ao estudo do direito. Advogado. E-mail: fredericomirandac@gmail.com

**** Advogada, atualmente atuando junto à Subchefia de Ética, Controle Público e Transparência da Casa Civil do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Auditora Líder de Sistemas Integrados de Gestão do *Compliance* e Antissuborno ISO 19600 e ISO 37001, em andamento, pela Academia Tecnológica de Sistema de Gestão - ATSG. Especialista em Direito de Família e Mediação pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul. Integrante da Comissão de *Compliance* da OAB/RS. Membro do *Compliance Women Committee*. E-mail: viviane.furtado@outlook.com

avós e netos, com a preservação integral da saúde de todos os envolvidos, mesmo após o auge do período de propagação viral.

A hipótese central parte do pressuposto de que as TICs podem ser implementadas para propiciar a convivência virtual, produzindo resultados profícuos em tempos de pouco ou nenhum contato físico entre familiares. A pesquisa se baseia no método dedutivo, com resultados colhidos a partir de investigação bibliográfica.

O problema investigado no presente estudo se desdobra da análise dos impactos da pandemia de covid-19 nas relações de direito privado, principalmente em se tratando das relações familiares e das dificuldades acarretadas pela imposição do distanciamento social ao exercício do direito-dever ao convívio.

Hodiernamente, o Brasil e o mundo vivem uma situação peculiar na qual a crise sanitária e a conseqüente crise econômica assolam as famílias. Não existem previsões concretas sobre quando e como se poderá superar os impactos causados pela doença, em especial pelo contínuo surgimento de novas variantes do vírus que a acarreta, embora o ritmo crescente de vacinação já tenha propiciado a retomada gradual de atividades presenciais. De qualquer forma, é fato que o isolamento social – que já gerou impactos duradouros – pode voltar a ser imposto em situações futuras, impedindo a realização de viagens, visitas e tantas outras situações que propiciam a manutenção dos laços interpessoais.

Em relação ao direito das famílias, o impacto é particularmente sentido em razão da inegável barreira que o distanciamento social implica, uma vez que, em muitos casos, impede o convívio entre familiares. E a situação é preocupante, sobretudo, entre crianças e adolescentes, cuja peculiar situação de pessoas em desenvolvimento pode ser sensivelmente afetada pela redução ou eliminação do contato com os parentes (pai, mãe, tios, avós, dentre outros).

É fato que a sociedade não se preparou para o enfrentamento da pandemia e de suas conseqüências. Porém, a hipótese desta pesquisa analisa o potencial das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) para o enfrentamento de suas conseqüências e, no que diz respeito à manutenção do convívio entre familiares, os modos pelos quais as videoconferências podem oferecer resultados satisfatórios para a minimização de prejuízos.

Visando melhor entendimento do tema, revisitar-se-á conceitos próprios do direito das famílias, bem como buscar-se-á substratos dogmáticos para confirmar a hipótese de que as TICs, em tempos de distanciamento

social e de imperiosa preservação da saúde coletiva, são ferramentas adequadas para a preservação de direitos fundamentais.

Nesse viés, o objetivo geral do trabalho é propor uma releitura de um dos institutos clássicos do direito das famílias – o direito-dever à convivência – que, interligado ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, pode ser potencializado pelo implemento de tecnologias especificamente direcionadas à manutenção de vínculos.

A análise pautar-se-á, cientificamente, pelo método dedutivo, com implementação de substratos obtidos em pesquisa bibliográfico-doutrinária. Ao final, será apresentada uma conclusão, da qual se procurará extrair uma compreensão coesa quanto a adaptação do direito ao cenário de pandemia e à importância do resguardo aos direitos fundamentais.

2. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO-DEVER AO CONVÍVIO

Para Carlos Roberto Gonçalves (2019), o Direito das Famílias é o ramo da ciência jurídica mais intimamente ligado à própria noção de vida, eis que constitui, inclusive, a base do Estado, sendo núcleo fundamental de toda a organização estatal. Seu estudo, portanto, merece atenção especial por parte do Estado, mormente em tempos como o da pandemia da covid-19.

O Direito das Famílias exerce influência inequívoca sobre outros ramos do direito, principalmente as relações privadas, como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 30):

As relações privadas, em inevitável intercâmbio, sofrem as influências do Direito das Famílias. Seja nas relações obrigacionais (quando se exige, por exemplo, a outorga do cônjuge para a alienação ou oneração de bens imóveis, nos termos dos arts. 1.647 e 1.649 da Codificação), seja nas relações de direito real (quando é regulamentada a concessão de direito real de habitação ao cônjuge e ao companheiro em razão do óbito do seu consorte).

Assim, além dessa influência, que já demonstra a importância da matéria, deve-se frisar que seu estudo já recebeu reconhecimento constitucional por ser uma das bases essenciais da sociedade e, em função disso, também o tratamento constitucional que lhe é conferido pelo artigo 226 da Constituição da República de 1988 merece anotação de destaque, como registra a doutrina:

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica (DIAS, 2016, pp. 45-46).

A temática é de suma importância para a compreensão das famílias modernas. As alterações produzidas no ordenamento jurídico contemplam diversas formas de estruturação familiar, definidas como modelos abertos:

Toda pessoa humana nasce em uma família, seja ela constituída pelo casamento, pela união estável, por famílias monoparentais, homoafetivas ou famílias simultâneas. No código Civil de 1916, a família reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico correspondia apenas a um modelo único, constituído pelo casamento indissolúvel entre os cônjuges e sob o poder material e familiar do homem em relação à mulher e aos filhos; entretanto, com a Constituição Federal de 1988, a família passou a ser reconhecida por um modelo aberto e plural, nas suas mais variadas formações, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito pela liberdade de cada ser humano de formar sua família de acordo com seu desejo e vontade (THOMÉ, 2010, p. 17).

Por certo, a consagração de alguns princípios previstos na Constituição tornou o direito das famílias uma das bases fundamentais para a promoção da dignidade de cada um dos seus membros a partir do respeito entre todos e da realização pessoal destes (RAMOS, 2016). Em resumo, é nas relações familiares que a vida do homem se desenvolve: é nela em que nasce, cresce, constitui uma união estável ou matrimônio, em alguns casos se divorcia, tem filhos, envelhece e morre.

Para além dos arranjos familiares da contemporaneidade, em tempos de contenção da circulação de pessoas e de restrições à locomoção, o que se nota é uma verdadeira ampliação da consciência quanto à finitude da vida e à necessidade de sua proteção e de seu planejamento (SILVA, 2016). Isso se dá, dentre vários motivos, a partir da manutenção de um ambiente

de convivência familiar adequado e harmonioso, saudável e marcado pelo respeito. E, nesse exato contexto, a proteção dos vínculos ganha contornos especiais, sendo imperiosa sua preservação a partir da adoção de todos os meios disponíveis.

3. RELAÇÕES FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Arranjos familiares propiciados pelo desenvolvimento de uma sociedade lastreada no desenvolvimento tecnológico já são estudados há tempos. Segundo Conrado Paulino da Rosa (2013, p. 122), “dividir conexões virtuais pode significar dividir efetivas afeições reais”. De fato, o afeto não pode sofrer prejuízos em qualquer transição, ainda que a tecnologia passe a se perpetuar no cotidiano e na realização das relações familiares. Segundo Faleiros Júnior e Lamas (2019, p. 177), “é imperioso lembrar que a convivência produz afeto, dando ensejo à consolidação de laços sólidos entre os genitores e sua prole, independentemente do modelo de guarda adotado”.

A proteção dos filhos é baseada no princípio do atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser utilizado para a manutenção integral da afetividade entre os familiares e a criança, à proibição da alienação parental, ao cumprimento do direito a alimentos, entre todos os outros (BRAZIL, 2020). Isso significa dizer que métodos devem ser adotados para garantir a efetivação desses direitos, inclusive entre avós e netos e, em linhas gerais, como regra para a proteção policontextual das famílias em tempos de distanciamento (SILVA; ANTUNES, 2020).

Essa proteção é essencial para que a criança e o adolescente, se eventualmente atingidos pelo distanciamento decorrente de circunstâncias que não podem controlar, possam crescer em um ambiente digno, com saúde, educação, lazer e afeto. Conforme Souza (2021) este é o aspecto central do comando constitucional inserido no art. 226 da Constituição da República e, sendo assim, essencial essa proteção, ainda mais em casos como separações e divórcios, pois esses, por si, já abalam o psicológico dos envolvidos:

[...] a convivência passou a ter *status* de direito fundamental, considerando que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, e que impescindem de valores éticos, morais e cívicos para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta, e, somente com o convívio familiar, estas crianças e adolescentes estarão amparados emocionalmente para construir suas personalidades, perfazendo, de forma gradual, sua autonomia (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019, p. 173).

Nesta seara, e com o intuito de minimizar muitas das questões beligerantes dessa ruptura familiar, para assegurar a dignidade das pessoas pertencentes ao núcleo familiar, é possível a aplicação contextual de nuances do instituto da mediação, cuja proposta central é trazer à discussão temas relevantes e de forma respeitosa para que as partes, com ajuda do mediador que, imbuído de suas atribuições, conduza com maestria e conhecimento até que as partes cheguem a um consenso sobre o melhor a ser feito.

Esta ideia de que a mediação oferece substratos relevantes para a delimitação de novos contornos ao convívio endofamiliar advém da propensão do instituto ao trabalho com “mudanças ou transformações”, uma vez que disponibiliza aos envolvidos a opção mais conveniente para a solução de uma controvérsia, validando suas posições e decisões (BREITMAN; PORTO, 2001).

Significa dizer que o direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Em outros termos, sendo a convivência usualmente regulamentada em casos nos quais os genitores estão separados, não se deve deixar de ter em conta o objetivo precípua da preservação dos interesses da prole. Com efeito:

Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido (LÔBO, 2011, p 74).

Um dos direitos mais importantes para crianças e adolescentes, após o fim da sociedade conjugal dos pais, é o que diz respeito à convivência desses com os seus familiares, mesmo que morem em outras localidades. Com isso, evidente que a proteção familiar à criança e ao adolescente é fundamental, inclusive com a manutenção da convivência familiar, buscando assim o crescimento dos filhos de maneira saudável.

Nesse aspecto, importante destacar que a convivência familiar significa a participação efetiva da vida da prole¹, sendo que se busca essa efetiva

¹ Com efeito: “O descumprimento da determinação judicial que fixa dias e horas para o convívio virtual poderá ser objeto de medidas processuais, no interesse da efetivação de um direito que é do filho. Nesse sentido, cabe a aplicação da multa, tanto para o ge-

participação com a consolidação da igualdade parental entre os genitores, com a corresponsabilização dos pais, e com o tempo igualitário de convivência com os filhos. Trata-se de traço peculiar da configuração de arranjos familiares contemporâneos a partir de sua função, e não de sua estrutura (MATOS; CASTRO, 2021).

Com a guarda compartilhada, a convivência passou a ser encarada ainda mais nitidamente como um direito fundamental, pois contribui para a redução de certas dificuldades que a prole enfrenta para se adaptar às novas rotinas com a separação de seus pais. A guarda compartilhada, comprovadamente, ajuda na redução do sentimento de abandono, como destaca Ana Carolina Silveira Akel (2018, p. 39):

Pesquisas realizadas no mundo inteiro comprovam que, com a utilização desse tipo de guarda, o sentimento de abandono ou de perda é menor, reduzindo-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adaptar às novas rotinas diárias e com a realidade de ter pais separados. Essa, na verdade, é a precípua finalidade da guarda compartilhada, ou seja, diminuir a dor e minimizar possíveis traumas.

Contudo, apesar de ser uma regra do ordenamento jurídico pátrio, e pelos benefícios comprovados que traz à prole, é importante frisar que, na guarda compartilhada, é sempre necessário verificar o melhor interesse da criança e do adolescente para que decisões sejam acertadas, não colocando em risco os envolvidos, que já sofrem com a separação de seus pais.

Além disso, a guarda compartilhada nem sempre é possível, seja por questões geográficas, encarceramento de um dos genitores, ou até mesmo, como no atual cenário mundial, por causa de uma pandemia.

4. PERSPECTIVAS PARA O PERÍODO PÓS-PANDÊMICO

Díficeis são as consequências de um período tão nefasto como este inaugurado pela pandemia da Covid-19, que mudou a rotina das pessoas em

nitor que causou obstáculo à conectividade, como àquele que não se fez presente no horário determinado, frustrando o momento tão aguardado pela criança. Esta última possibilidade se faz mais remota, tendo em vista que o genitor que busca a decisão judicial que possibilite o convívio por meio digital está disposto a ter o contato efetivo com a prole, todavia, faz-se necessária a aplicação das astreintes em ambas as hipóteses.” (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019, p. 184)

todo o planeta. Aeroportos fechados, trabalhadores desempregados, contaminação em números exponenciais e a cura, ao que tudo indica, distante.

A pandemia afetou toda a humanidade e as pessoas tiveram que se adaptar às novas formas de trabalho, de ensino, de contratação e, também, às novas formas de contato e manutenção do convívio, lembrando que o isolamento social é considerado crucial para diminuir esse jogo de perder-perde, e ainda que se almeje a superação desse cenário com lições para o período pós-pandemia (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020).

Em se tratando especificamente das relações privadas, entrou em vigor recentemente a Lei nº 14.101, de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório – RJET para as relações jurídicas de direito privado. E, como o próprio nome já diz, a lei define um regime emergencial e transitório, que tem data específica para acabar. Essa legislação altera alguns institutos do direito privado, como a prescrição e a decadência, a realização de assembleias, e – como não poderia deixar de ser – o direito de família e sucessões.

A alteração mais pertinente ao tema sob exame é a possibilidade de prisão domiciliar do devedor de alimentos. Por outro lado, a norma é omissa quanto a diversas questões sensíveis, como a necessidade ou não de suspensão do dever de ‘visitação’ (direito-dever à convivência). Obviamente, as mudanças nesses tempos de pandemia – estado anormal – é necessária para que as coisas funcionem como devem funcionar, como bem explicou José Fernando Simão: “Em tempo de escolhas trágicas, do jogo de perder-perde, as coisas funcionam dessa maneira. Deve-se perguntar quem perde menos” (SIMÃO, 2020, p. 9).

Nesses tempos sombrios, inexistente resposta única para a solução de conflitos produzidos pelas novas dificuldades impostas ao convívio, sendo mais do que necessária a aplicação das legislações e, principalmente, das normas da Constituição para que a sociedade sobreviva à pandemia, sem maiores danos, principalmente nas relações de família, especialmente quanto ao esfacelamento do afeto de pais que não detêm a guarda e estejam impedidos, pelo isolamento social, de conviver com seus filhos. O que fazer agora?

5. A CONVIVÊNCIA RESSIGNIFICADA

Apesar de o RJET não ter disciplinado o assunto, a convivência dos filhos com seus familiares pode ser prejudicada em tempos de distanciamento, principalmente pelo fato de a contaminação usualmente se dar

a partir do contágio entre pessoas próximas. Para Simão, “[a] covid-19 é cruel, pois em sua democracia tanatológica, é transmitida, muitas vezes, por quem mais amamos, por meio dos gestos de afeto e de carinho: beijos, abraços, toques” (SIMÃO, 2020, pp. 9-10).

Dessa maneira, como a medida para impedir a propagação da doença é o distanciamento (e, em alguns casos, o completo isolamento social), a utilização da tecnologia aparece como um caminho profícuo para a manutenção do convívio e, conseqüentemente, do afeto (BRAZIL, 2020).

O importante é saber deixar as diferenças, brigas, orgulho de lado e buscar uma alternativa amigável para a manutenção da convivência, sempre se pautando no melhor para a criança ou adolescente, e preservando o afeto com a família e a comunidade, elemento essencial para o crescimento saudável da prole.

Apesar de não existir nenhuma “receita pronta”, e de os tribunais já terem acolhido decisões para suspender as “visitas”, e.g. a decisão 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF (2020), que determinou a suspensão temporária de visitas de um pai à filha menor, existem saídas, que podem ser melhores e capazes de minimizar os impactos do isolamento social na convivência dos filhos com os pais, avós, tios e demais membros da família e da comunidade, inclusive com a convivência com pessoas do grupo de risco, a partir do mesmo fundamento – melhor interesse da criança/adolescente – para as suspensões das “visitas”.

Por fim, mas não menos importante, podemos também fazer uma reflexão positiva, com a ressalva de que nada substitui o toque, o abraço de saudade, o beijo carinhoso dos entes queridos. Porém, famílias aproveitam esse período para “aparar as arestas”, resolver questões, dividir medos e anseios. Um dos efeitos da saudade é justamente o anseio pela união, ainda que seja pela via digital.

6. O POTENCIAL DISRUPTIVO DA TECNOLOGIA PARA A GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Como apresentado no tópico anterior, já existem decisões dos tribunais determinando a suspensão das “visitas” dos pais que não detêm a guarda de seus filhos, visando garantir a saúde da prole e com fundamento no melhor interesse da criança e do adolescente, não proliferando a covid-19.

Entretanto, ainda que as visitas físicas possam vir a ser justificadamente suspensas, principalmente para as pessoas que se enquadram nos

chamados grupos de risco, como os idosos, os pais que trabalham em hospitais ou que tenham maior risco de contaminação, entre tantos outros, a convivência familiar, como já explicado, se diferencia das meras visitas, eis que gera afeto familiar e isto, em nenhum momento, pode ser reduzido ou até mesmo interrompido, ainda mais na sociedade interconectada em que vivemos.

Obviamente, cada situação deve ser analisada individualmente, pois não se pode ignorar que ainda há muita exclusão digital (EUBANKS, 2011) ou limitações de acesso aos novos meios de comunicação, especialmente à internet (MEIRA, 2019). Nesses casos, infelizmente, se o Estado é incapaz de suprir tais demandas a partir de políticas públicas eficientes, a saída, para muitos, será aguardar o final do período mais crítico de distanciamento social.

Não obstante, é importante destacar que, na sociedade contemporânea, a internet assumiu um papel de protagonista de todas as relações, como bem destaca Mariella Batarra Mian (2018, pp. 127-128):

Ainda que a exclusão digital seja assunto de extrema relevância, principalmente sob a ótica dos direitos humanos, é evidente que a internet assumiu um papel de protagonista na sociedade contemporânea. Sua exponencial abrangência, em nível global, trouxe uma valorização das relações entre pessoas-pessoas e pessoas- máquinas.

Nesse mesmo diapasão, Faleiros Júnior e Lamas (2019, p. 178) explicam:

Na mesma medida em que a tecnologia avança, novos meios de comunicação se desvelam ao homem como extensões propiciadoras de novos horizontes inter- relacionais. Nesse campo, para além da existência de uma sociedade em rede, como descrevem Manuel Castells e Jan van Dijk, fala-se na formação de uma “teia da vida” (*web of life*) [...]. (grifos dos autores).

Sob essa perspectiva, inegável é que o uso das TICs pode trazer benefícios ao atingimento desses desideratos. A título exemplificativo, Faleiros Júnior e Lamas (2019) indicam três potenciais usos dos aplicativos de videoconferência: (i) para genitores com residências longínquas; (ii) para genitores encarcerados; (iii) para casos de suspeita de alienação parental.

Como bem alegam Jéssica Modesto e Marcos Ehrhardt Júnior (2020, p. 154), “[s]oluções em abstrato não parecem ser adequadas ao enfrentamento da problemática. Limites precisam ser construídos na análise do

caso concreto”. Isso vem à tona quando se contempla a necessidade de regulamentação do uso dessas ferramentas tecnológicas para que não haja desvirtuações, abusos ou riscos de conflitos entre os conviventes.

Mesmo antes da pandemia já se tinha notícias sobre decisões, em destaque a decisão da oitava câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento nº 70076329986, julgado em 12/04/2018), que permitiram a guarda compartilhada em casos de pais que moram em cidades diferentes. Dessa forma, decisões assemelhadas e favoráveis fariam sentido nessa época transitória de pandemia.

Essa implementação da convivência virtual em tempos de pandemia é uma ação necessária e premente, como anota Marcos Ehrhardt Júnior (2020) e, exatamente por isso, não se deve depender do labor dos juízes e tribunais para o enfrentamento de cada caso concreto e é nesse aspecto que se lamenta o fato de o RJET não ter contemplado a questão.

Sem dúvidas, uma decisão judicial adequada ao caso concreto traz inúmeros benefícios. É possível, por exemplo, fixar dias e horários para os contatos, definir plataformas, restrições, supervisão, bem como aplicar multas (que podem ser recíprocas) para hipóteses de descumprimento dessas medidas, sempre primando pelo melhor interesse da criança ou do adolescente (MOURA; COLOMBO, 2020).

Sobre o tema explanam Faleiros Júnior e Lamas (2019, p. 180):

[...] em recente decisão da Oitava Câmara Cível do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, foram fixados horários para que o filho viesse a se comunicar com o pai que mora nos Estados Unidos da América, invocando-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Segundo o relator, “o contato via Skype assegura o direito recíproco do pai e do filho à convivência, mesmo sem contato físico, com o intuito de fortalecer o vínculo afetivo entre eles, já prejudicado pelo fator distância”. (grifos dos autores).

Em relação a este aspecto, é fundamental que se reflita quanto à (esperada) transitoriedade da pandemia e de seus reflexos, que poderá acarretar uma desejada sensação de retorno à normalidade. Isso, por certo, tem o potencial de conduzir à preferência pela espera e pela paralisação do convívio habitual. Entretanto, não sendo possível, também, desconsiderar a descoberta de novas alternativas e de diversos modos de se viver em sociedade, torna-se fundamental o debate acerca dos benefícios produzidos pela tecnologia.

Nesse debate, anota Boaventura de Souza Santos (2020):

A pandemia e a quarentena estão a revelar que são possíveis alternativas, que as sociedades se adaptam a novos modos de viver quando tal é necessário e sentido como correspondendo ao bem comum. Esta situação torna-se propícia a que se pense em alternativas ao modo de viver, de produzir, de consumir e de conviver nestes primeiros anos do século XXI. Na ausência de tais alternativas, não será possível evitar a irrupção de novas pandemias, as quais, aliás, como tudo leva a crer, podem ser ainda mais letais do que a actual. Ideias sobre alternativas certamente não faltarão, mas poderão elas conduzir a uma acção política no sentido de as concretizar? No curto prazo, o mais provável é que, finda a quarentena, as pessoas se queiram assegurar de que o mundo que conheceram afinal não desapareceu. Regressarão sofregamente às ruas, ansiosos por voltar a circular livremente. Irão aos jardins, aos restaurantes, aos centros comerciais, visitarão parentes e amigos, regressarão às rotinas que, por mais pesadas e monótonas que tenham sido, parecerão agora leves e sedutoras (SANTOS, 2020, p. 29).

Com isso, não resta dúvidas de que a internet e os novos meios de comunicação devem ser utilizados, de maneira benéfica, para que os filhos possam ter contato com a comunidade e com sua família, sempre respeitando a rotina de horários dos envolvidos, minimizando assim os prejuízos e os impactos causados pela covid-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se, *ex vi* do exposto nas breves linhas deste estudo, que os impactos causados pela presença da tecnologia na hodierna sociedade da informação têm o condão de alterar todas as bases de compreensão de fenômenos inter-relacionais, dos quais se destacou, para os fins desta investigação, a convivência entre genitores e sua prole nos casos em que circunstâncias peculiares, como o afastamento geográfico ou o cárcere, dificultem ou inviabilizem o desenvolvimento do afeto.

Tomando como premissa que o não exercício do direito-dever à convivência traz consequências indesejadas à manutenção de vínculos afetivos, indicou-se a utilização das tecnologias de videoconferência, sem prejuízo das formas tradicionais de visitação, como mecanismos alternativos para a mitigação de prejuízos a tais vínculos.

Em três breves ponderações, apontou-se os vários benefícios que medidas dessa natureza poderiam trazer para: (i) manter e fortalecer o vínculo da criança ou do adolescente com o genitor que resida em localidade distante; (ii) propiciar convívio saudável do genitor encarcerado com os filhos, sem que estes sejam expostos aos riscos que o ambiente prisional representa, especialmente aos menores de tenra idade; (iii) propiciar uma alternativa equilibrada para que não haja a completa ruptura do convívio nos casos em que haja alguma suspeita da prática de alienação parental.

Indicando a possibilidade jurídica da medida, constatou-se que já existem precedentes específicos recentes, especialmente no âmbito do Sodalício gaúcho, apontado para a viabilidade da intervenção estatal no sentido de fixar horários para que genitores e filhos afastados geograficamente mantenham sua convivência, efetivando assim o melhor interesse das crianças.

Pontuou-se, ademais, a pertinência da multa cominatória para o efetivo cumprimento da ordem judicial que eventualmente fixar a convivência virtual.

Outrossim, destacou-se que, a despeito do evidente caráter pecuniário das astreintes, não se mostra injustificada a sua fixação para que se possa garantir o cumprimento da medida pelo genitor guardião, que cumprirá papel fundamental na viabilização da conexão à internet para a utilização de tais tecnologias. Além disso, ponderou-se a necessidade de que o próprio Estado, no desempenho de suas obrigações constitucionais, fomenta tais práticas mediante o implemento de políticas públicas específicas, disponibilizando aparato tecnológico e suporte técnico, especialmente para famílias que não disponham dos equipamentos necessários, e – no caso específico da alienação parental – para que se permita o contato supervisionado.

Conclui-se, a par de todo o exposto, pela total pertinência da proposta que, além de não esbarrar em qualquer óbice legal, se mostra salutar ao prolongamento do convívio entre os genitores e sua prole. Porém, na ausência de marco regulatório específico, caberá ao Judiciário, na aferição das circunstâncias do caso concreto, indicar a adequação da medida, fixando suas diretrizes e sanções.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito de família brasileiro. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Lei nº 14.101, de 10 de junho de 2020.** Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre a política e o plano nacional de combate à tortura. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 2020. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14101.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRAZIL, Glícia. Efeito do convívio virtual para o vínculo de afeto dos vulneráveis. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões.** Indaiatuba: Foco, 2020.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz.** Porto Alegre: Criação Humana. 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do coronavírus. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:** Imprensa Institucional, on-line abr. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirus-desembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade>. Acesso em: 26 dez. 2021.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Como a utilização da tecnologia impacta nas relações familiares em tempos de pandemia da Covid-19? *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões.** Indaiatuba: Foco, 2020.

EUBANKS, Virginia. **Digital dead end: fighting for social justice in the information age.** Cambridge: The MIT Press, 2011.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: Tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. *In*: ROSA, Corado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). **Escritos de Direito de Família Contemporâneo.** Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CASTRO, Isabella Silveira de. Convivência familiar na era digital. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha;

DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: IBDfam, 2021.

MEIRA, Matheus Junqueira de Almeida. Acesso à internet como direito fundamental: a necessidade de garantia ao ingresso no mundo virtual. *In*: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). **Estudos essenciais de direito digital**. Uberlândia: LAECC, 2019.

MIAN, Mariella Batarra. Existe resistência nas sociedades de controle? *In*: SOUZA, Joyce; AVELINO Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (Org.). **Sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à Covid-19. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 8, n. 2, p. 143-161, 2020.

MOURA, Líbera Copetti de; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Exercício do direito à convivência familiar em situações extremas: princípio do melhor interesse da criança e colisão de direitos fundamentais. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apeelação Cível nº 70073823080**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe B. Brasil Santos, Julgado em 02/08/2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index Acesso em: 26 dez. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SILVA, Daniel Alt da. **Família simultânea: uma abordagem à luz da autonomia privada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Larissa Tenfen; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. A convivência entre avós idosos e netos no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)seções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 8, jan./mar. 2001.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Uma agenda para o direito de família pós-pandemia. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coord.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HERANÇA DIGITAL

*Luciana Simon de Paula Leite**

*Stella Salles Ribeiro da Silva***

*Elisa de Brito Moura****

1. BREVES NOTAS SOBRE HERANÇA DIGITAL

Com as novas tecnologias e o avanço exponencial da internet, surge um novo modelo de relação humana. Dentre as tantas formas existentes de compartilhamento de dados que antes eram inimagináveis, tornaram-se agora a maior forma de entretenimento. Isso modificou completamente a vida do ser humano, sendo possível comunicar-se com qualquer pessoa, onde quer que ela esteja, seja perto ou do outro lado do mundo. Essa identidade virtual que o ser humano desenvolveu e que, hoje, pode ser considerado um bem digital, seja por ter um valor no mundo cibernético ou até mesmo por ter diversos “seguidores”, é o tema do presente artigo. Ao longo dos próximos tópicos veremos o que é uma herança digital e sua evolução,

* Graduação na Pontifícia Universidade Católica de SP. Juíza Titular I em Entrância Final na 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana, Comarca da Capital, situação que persiste na atualidade sem interrupção no lapso temporal. Frequentou diversos cursos na EPM — Escola Paulista da Magistratura — no decorrer dos anos - com especialização em Direito de Família e Sucessões na EPD — Escola Paulista de Direito, figurando término em 2018. Frequentou variados cursos ministrados pelo IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, em sua área de atuação (Direito de Família e Sucessões) em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, além de colaborar na realização de práticas jurídicas na Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB de São Bernardo do Campo no biênio 2020/2021, a qual integrou como consultora.

** Advogada, graduada em Direito pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação de Santos e Pós-graduanda em Direito da Seguridade Social – Previdenciário e Prática Previdenciária na Faculdade Legale.

*** Advogada, graduada em Direito pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação de Santos e Pós-graduanda em Direito Previdenciário e Prática Previdenciária na Faculdade Legale.

como as plataformas de redes sociais tratam essa questão e como funciona na prática. Além disso, aprofundaremos o tema visando compreender como é possível relacionar o direito da personalidade após a morte e até que ponto os herdeiros podem ter acesso a algo que estava guardado pelo titular da informação. Entenderemos o papel do planejamento sucessório nessa discussão e o que ele irá proteger e, ainda, analisaremos a possibilidade de tributação sobre essa sucessão digital.

2. HERANÇA DIGITAL

Podemos classificar herança como um conjunto de bens deixados por uma pessoa falecida incluindo se - bens móveis, imóveis e finanças. A Herança é considerada um Direito Fundamental previsto no artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo - se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, CF/1988).

De acordo o dicionário on-line Michaelis herança significa aquilo que se herda por disposição testamentária ou por via de sucessão e que também inclui dívidas e encargos; espólio, herdade, herdamento, sucessão. Maria Helena Diniz (2012, p. 77) define “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus.”

Com a pandemia da covid-19, medidas de isolamento social foram adotadas para conter o avanço do vírus e isso gerou um aumento significativo no número de usuários de internet. De acordo com dados do site CanalTech, em 2020 o Brasil atingiu a marca histórica de 122 milhões de pessoas conectadas à internet (SOUZA, 2021).

Por este motivo, o volume de dados compartilhados¹ e armazenados on-line aumentou exponencialmente, visto termos aumento no uso das redes sociais e dos serviços de armazenamento em nuvem. Esses dados po-

¹ O termo “dados compartilhados” é utilizado quando as empresas (seletivamente) disponibilizam seus dados para outras empresas e organizações. Todas as empresas que fazem este compartilhamento participam de uma cadeia comum de valores.

dem ter um valor oneroso e, em caso de morte do usuário, será necessário o planejamento de uma Herança Digital.

O assunto ainda precisa de regulamentação, apesar da nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) que entrou em vigor em 2020 e que altera o Marco Civil, não suprimindo as necessidades trazidas pelas novas tecnologias e o Direito Sucessório.

3. MORTE NAS REDES SOCIAIS

Cada rede social tem sua maneira própria de lidar com a morte do usuário. A seguir, de acordo com as informações de Chierigate (2021) e Cury (2021) podemos ver algumas das diferenças entre as abordagens adotadas pelo *Facebook*, *Instagram*, *Google* e *Twitter*.

O *Facebook* criou a função Memorial com o objetivo de transformar a lembrança do falecido em um arquivo. Para transformar uma conta em memorial, não é necessário ter a senha do usuário. Basta acessar a aba “Central de Ajuda” na própria plataforma e solicitar a função. É preciso informar o nome completo do falecido, a data de morte e juntar a Certidão de Óbito. Quando a conta é transformada em memorial, não é mais possível fazer login, garantindo sua segurança. No entanto, as postagens antigas vão continuar visíveis para todos os usuários. Há a opção de designar, em vida, uma pessoa como contato herdeiro, permitindo que depois do falecimento ela gerencie a conta no Facebook. Esta herdeira da conta poderá adicionar pessoas, atualizar fotos de perfil e capa, mas não apagar publicações antigas.

No *Instagram*, também existe a opção de transformar uma conta em Memorial ou fazer a remoção permanente dela. Para transformar a conta em memorial, é preciso apresentar um documento que comprove o óbito e preencher um formulário on-line. Assim como no *Facebook*, a conta memorial terá restrições como: falta de acesso à conta, invisibilidade na página Explorar e impossibilidade de deletar postagens antigas. A remoção da conta só poderá ser feita por um membro da família. O *Instagram* pode solicitar documentos para comprovar o parentesco e, depois de analisar a documentação, dar um retorno sobre a remoção da conta.

No *Google* é possível solicitar o encerramento da conta, mas só membros da família podem fazer esse pedido. Depois que a conta é excluída, não há mais acesso a nenhum tipo de serviço do Google como Gmail, drive e calendário. A empresa criou o Gerenciamento de Contas Inativas, para informar quem deve cuidar da conta ou fazer a exclusão em caso de falecimento, mas o dispositivo não é conhecido pela maioria das pessoas.

Em alguns casos o Google disponibiliza informações da conta, como fotos e e-mails, mas nunca senhas.

No *Twitter* é possível para pessoa autorizada ou familiar solicitar a remoção de conta. O *Twitter* encaminha um e-mail com as instruções para realização deste pedido.

4. DIREITO DIGITAL

Com a crescente transformação digital da sociedade o Direito precisa se adaptar a essa nova realidade, criando elementos que reflitam essa evolução. Patrícia Peck Pinheiro (2021, p.), referência sobre o tema no Brasil, define Direito Digital como: “evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas.”

Essa nova vertente jurídica corresponde ao conjunto de normas que visam tutelar as relações humanas e as violações comportamentais em ambientes digitais, ou seja, com o uso da tecnologia, as pessoas enviam e recebem informações, realizam negócios, entre outras funções, gerando a necessidade de novas normas. Em comparação com outros países, o Brasil está atrasado no que diz respeito ao Direito Digital, por exemplo, nos países da Europa vigora, desde 2018, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD – em inglês, *GDPR: General Data Protection Regulation*)², o regulamento europeu sobre a privacidade e a proteção de dados que já registrou inúmeras violações desde que foi implementado.

No Brasil, o Marco Civil, Lei nº 12.965/2014, foi uma grande revolução em nosso país. Com o objetivo de garantir direitos fundamentais aos usuários, seu texto aponta o reconhecimento conexão à internet como um serviço essencial, além da proteção à da privacidade do usuário. Porém, o Marco Civil completou mais de sete anos, necessitando de atualizações que acompanhem o avanço da tecnologia. Algumas situações não foram contempladas no Marco Civil, como a Herança Digital, por exemplo.

Devido aos avanços tecnológicos e crescente utilização da internet, torna-se evidente a necessidade de criar regras. Em 2018, dois anos após sua aprovação, foi promulgada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados

² Cf. EUR-Lex - 32016R0679 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

(LGPD – Lei nº 13.709/18), inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, adotado em 2016. A Lei de 2018 tem como objetivo garantir o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos usuários, por meio de práticas transparentes e seguras, assegurando direitos fundamentais.

Apesar de a LGPD ser revolucionária e trazer diversos novos aspectos para a legislação brasileira, foi insuficiente no que diz respeito à área de Sucessória, não fazendo nenhuma menção ao falecimento dos usuários, causando uma lacuna sobre o tema.

Herança digital ainda é um tema recente que vai necessitar de regulamentação, como veremos nos próximos tópicos.

5. BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS NÃO PATRIMONIAIS

Em harmonia com as ponderações de Pablo Stolze Galiano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) a inserção de capítulo específico para disciplina dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002 consubstanciou uma das maiores inovações na Parte Geral do Código, elemento indicativo do fenômeno da constitucionalização do direito privado, com total modificação de paradigma axiológico a ser observado pelo intérprete ao passo que se abandona o enfoque patrimonialista, peculiar ao Código Civil de 1916, para se ingressar em seara habitada pela imposição do dever de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, com prevalência do indivíduo sobre o patrimônio, de modo concomitante com o acatamento aos princípios da solidariedade social e igualdade substancial, cogentemente. Como cita Bruno Zampier (2021) quanto às considerações de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 122 apud ZAMPIER, 2021, p. 94) acerca da relevância ímpar do princípio da dignidade da pessoa humana tem-se:

Em última análise, onde não houver respeito pela vida e pela integridade do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Zampier (2021, p. 96) esclarece com objetividade as causas de construção de categoria própria de direitos subjetivos existenciais ou de personalidade: as discussões acerca do aspecto negativo da dignidade da pessoa

humana (ou seja, aqueles comportamentos humanos que jamais poder-se-ão admitir quanto à consumação no plano fático posto significarem o franco desrespeito a aludida dignidade) as quais culminaram no desenvolvimento de ferramentas de proteção da pessoa humana sob embasamento, na visão mais escurrita consoante o autor, no próprio ordenamento jurídico e não no direito natural. Tornando a Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2020), os direitos de personalidade podem ser conceituados como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo verdadeira esfera extrapatrimonial a ser tutelada pela ordem jurídica por sua relevância social, albergando valores não suscetíveis de significação econômica como ocorre com o direito à vida, à integridade física, a intimidade, à honra etc. Tais direitos da personalidade podem ser conceituados como absolutos, com oponibilidade *erga omnes*, vinculando a coletividade ao dever de plena observância; gerais ou necessários, já que outorgados a todas as pessoas pelo fato de existirem, sem diversos requisitos; extrapatrimoniais, em virtude da inexistência de conteúdo patrimonial direto, apreensível de modo objetivo e imediato, ainda que eventual lesão possa gerar efeitos econômicos; indisponíveis, vez que não podem ser afastados nem mesmo pela vontade do titular, abrangendo a indisponibilidade a intransmissibilidade (não há viabilidade de alteração subjetiva de tais direitos de forma gratuita ou onerosa) e irrenunciabilidade; imprescritibilidade; impenhorabilidade; vitaliciedade – aqui com a ressalva da projeção dos direitos de personalidade para depois da morte do indivíduo com legitimidade de terceiros para adoção de eventuais medidas que objetivem a interrupção de ameaça ou lesão a tais direitos, em consonância com o preconizado pelo artigo 12 do Código Civil (2002). Os autores ainda se reportam à classificação dos direitos de personalidade sob o prisma do corpo/mente/espírito de tal modo que objetivariam proteção à vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

Obtempera Anderson Schreiber (2020, p. 156) que os direitos da personalidade não são *numerus clausus* e justamente por consistirem atributos primordiais da pessoa humana, sua compreensão e extensão oscilam no tempo e espaço, em decorrência do caráter aberto da dignidade da pessoa humana. E até mesmo quando restar delineado em determinado conflito embate envolvendo imputação de infringência ao direito ao nome, à imagem, privacidade, em última análise estar-se-á perante a violação da dignidade da pessoa humana. O autor ressalta a intransmissibilidade dos direitos de personalidade (artigo 11 do Código Civil) e intitula como di-

reitos da personalidade sem caráter patrimonial também aqueles direitos correspondentes à privacidade dando ênfase a e-mails e perfis em redes sociais. Porém, ao tecer considerações acerca do aspecto de “transmissibilidade” explana assim se verificar quanto a mecanismos que desempenhem função econômica como ocorre, por exemplo, com a senha bancária. Carlos Alberto Bittar (2015, pp. 35-36) nota que sob o prisma do Novo Direito Civil, o qual se encontra vinculado ao Direito Constitucional, os direitos da personalidade estão balizados também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve de verdadeira bússola do sistema jurídico globalmente, declinando o autor que a tese prevalecente quanto à conceituação dos direitos da personalidade é no sentido de considerá-los ínsitos à pessoa em função de sua inerente estruturação física, mental e moral, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis inclusive como limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade mas pode deles, sob certos aspectos, dispor como por exemplo através de licença para uso de imagem), não desvirtuando ademais consentimento eventual a natureza do direito, tratando-se de mera faculdade do titular, de modo privativo, vedado o uso através de terceiro sem expressa autorização do titular do direito quando juridicamente possível.

Partindo-se da premissa de que bens digitais são aqueles bens incorpóreos progressivamente inseridos na internet por um usuário representando informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, que possuam ou não conteúdo econômico (ZAMPIER, 2021, pp. 116-117), tem-se como possível conceituar como bens digitais existenciais (ou bens tecnodigitais existenciais) aqueles bens da personalidade que se manifestarem por meio hábil no plano digital, de modo a restar projetada a pessoa e aspectos de sua personalidade num corpo eletrônico. Podem assim ser caracterizados os arquivos de fotografias pessoais armazenados em nuvens ou redes sociais, os vídeos com imagem-voz e imagem-retrato do próprio sujeito que estejam arquivados ou sejam publicados, as correspondências trocadas com terceiros sejam por e-mails ou outro serviço de mensagem virtual dentre diversos. Como discorreremos e à propósito do artigo 11 do Código Civil (2002), os direitos de personalidade não são transmissíveis por sucessão mortis causa, deixando de tratar o Marco Civil (2014) da Internet e LGPD (Lei 13.709/2018) da denominada “herança digital” ou envolvendo o “acervo digital”. Não obstante, a LGPD definiu dados pessoais de modo irrestrito como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 5º, I). Conforme pontua Anderson Schreiber (2020, p. 139), a LGPD enumerou princípios incidentes no tratamento de dados como boa-fé objetiva, finalidade, adequação, transparência, dentre outros,

colimando em suma que o aludido tratamento se efetive com propósitos compatíveis com a ordem jurídica e que os referidos dados sejam empregados exclusivamente nas finalidades anunciadas, com segurança e transparência, outorgando plena proteção à pessoa humana. O legislador define dados sensíveis (artigo 5º, II) como aqueles de natureza pessoal que aludam a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico quando vinculado a pessoa natural”. Não se trata de rol taxativo e dados sensíveis devem ser compreendidos como qualquer informação relacionada a aspectos íntimos e existenciais da pessoa humana cuja divulgação possa atrair fundado risco sobre sua esfera jurídica.

Schreiber (2020) exige consentimento do titular ou de seu responsável legal para disposição de tais dados de forma precisa e detalhada e para finalidades específicas salvo nos casos em que indispensável para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador ou outros fins especificamente indicados pelo artigo 11 da Lei 13.709/2018. Podemos, portanto, antever nos denominados “dados sensíveis” diversos direitos afetos à personalidade posto envolverem nuances de direitos de cunho extrapatrimonial atreladas à liberdade de pensamento, escolha, incolumidade e aspectos físicos do ser humano, atributos individuais e inegociáveis, componentes da esfera particular de cada pessoa, portanto.

A propósito dos dados pessoais, acerca dos quais devem incidir valores como privacidade, liberdade e igualdade, consoante apontam Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri e Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz (apud TEXEIRA, 2021, p. 660), tem-se por restar ultrapassada a esfera individual para o alcance de situações e valores coletivos, partindo-se da presunção de que dados pessoais representam diretamente a personalidade de forma a albergar tanto a informação como a sua extensão para vinculação direta à pessoa (no sentido do texto, os autores destacam a obra de Danilo Doneda, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*).

Relevante que se frise, outrossim e com o escopo de se evitar confusão terminológica, a distinção entre personalidade jurídica e direito de personalidade. Salutar a intervenção de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 4) a esse propósito:

A rigor há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro, associa-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às

jurídicas. O segundo, traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural.

É primordial que se faça a introjeção do conceito mediante a percepção dos direitos da personalidade não representarem direitos de natureza subjetiva. A tutela póstuma dos direitos da personalidade tão somente se legitima quando empregada em prol da personalidade em sentido objetivo na condição de bem socialmente relevante e intimamente atrelado à dignidade humana, restando, pois, resguardada a condição da pessoa humana e suas múltiplas manifestações inclusive aquelas que continuam se projetando mesmo após a morte do titular (alusão a textos da lavra de Gustavo Tepedino, Milena D Oliva, Maria Celina Bodin de Moraes). (COLOMBO. 2021, p. 107).

Logo, ainda que a Lei civil (artigos 10 e 20 do CC/02) estabeleça a legitimidade de familiares para propositura de medidas objetivando a supressão de lesão ou expurgo de ameaça a direito de personalidade de pessoa falecida, não se trata de direito próprio de tais pessoas, em verdade, como bem pontua Maici Barboza dos Santos Colombo (2021) já que existem dois centros de interesses autônomos e distintos: um relativo à tutela póstuma dos direitos de personalidade da pessoa falecida e outro atinente a proteção dos familiares.

Ainda que os mecanismos de tutela possam ser similares (perdas e danos, estabelecimento de obrigações negativas ou positivas, previsão de incidência de multa pecuniária na hipótese de descumprimento de deveres, eventuais comandos coercitivos diversificados etc.) tem-se que na hipótese de a atuação visar a evitar ou reparar dano próprio, os interesses são protegidos pela cláusula geral da tutela da pessoa humana. Já se a pretensão ostentar por justificativa a proteção a aspecto da personalidade do falecido, estar-se-á perante hipótese de tutela póstuma do direito da personalidade.

Não obstante, como ressaltado por Colombo (2021), tem prevalecido na doutrina brasileira e jurisprudência a visão de que se dá a legitimação da tutela *post mortem* de direitos da personalidade com fulcro no direito inerente aos familiares pois tais direitos seriam projetados para além da morte em outras pessoas diretamente atingidas pelas violações supervenientes ao falecimento. Sem embargo do inequívoco respeito a aludido posicionamento doutrinário e jurisprudencial, há de se ponderar, a propósito, que a circunstância de hipoteticamente até mesmo os familiares do falecido

poderem figurar como pessoas responsáveis pela ínsita violação ao direito de personalidade da pessoa falecida, perante a casuística da realidade, já prestigia a constatação de pertinência das conclusões da autora, em consonância com a opinião de Lívia Teixeira Leal (2018).

Diante das considerações a propósito dos direitos de personalidade a princípio no âmbito da herança digital há de se perquirir em sua conformação tão somente no que tange aos bens não existenciais digitais de cunho patrimonial, reclamando os direitos de personalidade de pessoa falecida tutela específica regrada pela Lei Civil sem conotação de acervo hereditário. Não obstante, há de se realizar a ressalva de posicionamentos doutrinários em sentido diverso, ou seja, concluindo pela transmissibilidade aos sucessores de todo o acervo digital da pessoa falecida como consistem contas de e-mail e perfis de redes sociais – nota 58 com alusão ao posicionamento de Karina Nunes Fritz e Laura Schertel Mendes (BARBOZA; ALMEIDA, 2021, p. 14).

Questão de relevância que não pode ser olvidada é a postura das plataformas que viabilizam a interação digital as quais submetem o usuário à vinculação ao teor de licenças de uso com cláusulas redigidas unilateralmente, em típicos contratos de adesão, submetendo o usuário a condições com exclusão de autodeterminação quanto ao destino do conteúdo e transmissibilidade dos bens digitais para depois de seu decesso.

Como ponderam Aline de Miranda Valverde Terra, Milena Donato Oliveira e Filipe Medon (2021, pp. 63-64) as disposições contratuais não podem em absoluto se sobrepor ao direito sucessório especialmente no que tange a cláusulas-padrão insertas unilateralmente.

Isso não se traduz na liberação de acesso a qualquer familiar que expresse sua vontade, tampouco liberdade irrestrita aos herdeiros para disporem do acervo digital.

O elemento crucial é a vinculação à manifestação de vontade do autor da herança quanto ao destino de seu acervo digital, a qual deve ser exteriorizada de modo legítimo, em consonância com o ordenamento jurídico. Esclarecem os autores que com exceção do Google – que permite o cadastro de pessoas de confiança do usuário que poderão herdar todo o seu conteúdo digital no futuro com discriminação da identidade de “herdeiro” – as plataformas ou destroem o conteúdo das contas de seus usuários falecidos ou não permitem o acesso pelos herdeiros.

6. DEFESA PÓSTUMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante as ponderações de Gustavo Santos Gomes Pereira (2020, pp. 72, 84-85, 91- 92) é possível que se cogite em amplitude subjetiva de defesa dos direitos de personalidade de modo a abarcar tanto estrangeiros (princípio da igualdade, artigo 5º caput da Carta Magna) quanto pessoas jurídicas (estas com proteção legal outorgada pelos ditames do artigo 52 do CC) e físicas (direitos de personalidade passíveis de proteção legal nos artigos 12 e 20 do Código Civil) de modo antecedente ou repressivo, traduzindo verdadeira inovação a tutela preventiva ou inibitória da vida privada no Código Civil em vigor vez que omissa a aludida previsão no Código Civil de 1916.

Sem prejuízo da existência de diversos dispositivos no corpo da legislação civil pátria que estabelecem previsão quanto ao exercício de atos protetivos dos direitos de personalidade de modo esparso, o artigo 12 do Código Civil versa sobre tutelas inibitória e repressiva, com conotação reparatória, não excluindo ademais a possibilidade de exercício de autotutela.

Pereira (2020) realiza ponderações sobre a natureza paradoxal de se prever sanções e reparação pecuniárias quando da infringência a direitos de personalidade, aludindo a Farias e Rosenvald no que diz respeito à premência em se optar por provimentos não reparatórios na hipótese de infringência a direitos de personalidade, quando possível. Explana-se que o artigo 12 do Código Civil propicia a defesa de quaisquer direitos de personalidade ao passo que o artigo 20 do mesmo diploma legal alude aos direitos correlatos à integridade moral tais como são o direito à imagem e à honra, nada obstaculizando, ademais, que a generalidade do artigo 12 do mesmo codex atinja hipóteses elencadas no artigo 20 do Código Civil como já considerado no Enunciado 5 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal (2002) efetivada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

No que tange à legitimidade ativa para promoção de medidas que colimem a tutela póstuma dos direitos da personalidade tem-se que o rol elencado no artigo 20 do Código Civil é mais restritivo ao excluir os colaterais em sua redação original. Pereira (2020) bem observa a existência de diversas críticas em sede doutrinária quanto ao tratamento não paritário na delimitação do rol de legitimados para promoção de medidas de naturezas preventiva, repressiva ou reparatória. O já mencionado Enunciado 5 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal admite o ajuste da diferenciação entre partes legitimadas, deixando o artigo 20, parágrafo único do Código Civil de estabelecer a legitimidade da companheira ou

companheiro para exercício de atos voltados à tutela post mortem da personalidade, fato inadmitido por Flávio Tartuce que alude à indispensabilidade de aplicação do artigo 226, parágrafo terceiro do CPC para consideração também da legitimação de tais sujeitos. Quanto aos companheiros, o Enunciado 275 do Conselho da Justiça Federal aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006) reconheceu a possibilidade de atuação dos primeiros, com destaque a informação da tramitação de Projeto de Lei 699/2011 que inclui expressamente companheiro como “lesado indireto”. Destaca Pereira (2020), com muita propriedade, o posicionamento de Farias e Rosenvald, Flavio Tartuce e Venosa quanto à imprescindibilidade de flexibilização do rol de pessoas legitimadas ao exercício da tutela post mortem dos direitos da personalidade, devendo-se considerar o viés exemplificativo daquele dado, inclusive, face à presença de multiplicidade de hipóteses fáticas com inúmeras nuances que não recomendam o raciocínio restritivo, sem qualquer paridade com a ordem de vocação hereditária do artigo 1829 do Código Civil, tampouco. Em virtude dessa circunstância (PEREIRA, 2020, pp. 84-85) tem-se que herdeiros da denominada herança digital nem sempre serão legitimados à defesa póstuma dos direitos da personalidade, atentando-se, a propósito, à hipótese não inverossímil de tais herdeiros consistirem justamente nas partes violadoras de tais direitos do indivíduo falecido, como consignou-se. E sem óbice algum à percepção de danos indiretos ou denominados *de ricochete* pelos sucessores da pessoa falecida, a mais acurada percepção dos direitos de personalidade *post mortem* quanto à titularidade, ainda em consonância com Gustavo Santos Gomes Pereira (2020, pp. 145-146) - não diz respeito aos herdeiros, visão compartilhada com Maici Barboza dos Santos Colombo.

Conclui Anderson Schreiber (2020), ao aludir a texto da lavra de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, que aos direitos de personalidade é preciso admitir uma tutela complexa, que se transmuta diante das necessidades do caso concreto, sobretudo, porque constatamos que a personalidade humana possui desdobramentos que apenas se revelam na medida em que certas necessidades sociais se estabelecem, de maneira a tornar impossível um esgotamento apriorístico e fechado de suas hipóteses por parte da ordem jurídica.

Anderson Schreiber (2020) ao salientar a suma relevância dos atributos essenciais à condição humana menciona os direitos da personalidade com vistas à proteção enquanto valor jurídico, reservando a diversas pessoas extraordinária legitimidade para a promoção de medidas hábeis a inibir, interromper ou remediar a violação. Compartilha, por conseguinte, do

entendimento de que a proteção aos direitos da personalidade se efetiva por **interesse social**, projetando-se os direitos da personalidade para além da vida do seu titular, produzindo a violação ou atentado repercussões no meio social. Prioriza-se, ademais, a detecção do aspecto volitivo da pessoa em vida para fins de prática ulterior de atos afetos a direitos da personalidade – após o decesso do indivíduo - como se efetiva na apuração do denominado **direito ao cadáver** (disciplina do destino a ser dado ao corpo físico após o óbito), onde tipicamente é deduzido contexto peculiar a discussão da temática da proteção dos direitos de personalidade *post mortem*. Também destaca o jurista a riqueza da diversidade de direitos em debate com caracteres peculiares a direitos de personalidade na jurisprudência pátria consoante se verifica em ações deduzidas perante o Supremo Tribunal Federal, exemplificativamente, na ponderação sobre direito dos transexuais a um tratamento de acordo com a sua identidade de gênero (RE 845.779/SC), acerca de normas que restringem doação de sangue por homens homossexuais (RE ADI 5.543/DF) ou mesmo relativização da coisa julgada e busca da identidade genética (RE 363.889/DF, j. 2.6.2011). Como ressaltam de modo percuciente Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri e Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz (2020, p. 154) a compreensão dos dados pessoais como representação direta da personalidade humana, na visão de Danilo Doneda e como corpo eletrônico da pessoa, consoante Stefano Rodotà, consubstanciam balizas importantes no sentido de indicar a tutela *post mortem* dos dados pessoais enquanto valor protegido pelo ordenamento jurídico embora a forma de melhor promover essa tutela esteja em aberto – ausente previsão expressa no Marco Civil da Internet, LGPD ou legislação vigente no que tange à denominada “herança digital”. Ao discorrer sobre as potencialidades da Inteligência Artificial os mesmos autores refletem no sentido de que as decisões automatizadas, as quais primam por provocar consequências perante indivíduos “vivos”, como corriqueiramente se verifica na seleção de empregos, definição de penas, concessão de créditos e diversos procedimentos, especialmente as práticas de *profiling* ou perfilamento podem implicar visceralmente na indispensabilidade da proteção de direitos de personalidade da pessoa falecida. De acordo com o *profiling* os dados pessoais são tratados para obtenção de uma metainformação consistente em síntese de hábitos, preferências e outros registros da vida da pessoa, com a potencial utilização em análise de tendências comportamentais de grupo ou pessoa.

Concluem positivamente pela cogência de proteção jurídica ao corpo eletrônico mesmo após o decesso do indivíduo.

No sentido da imprescindibilidade de intervenção estatal para disciplina das relações no âmbito da circulação de informações pessoais (em que presentes diversos direitos de personalidade) pontua igualmente Livia Teixeira Leal (2021, pp. 212-226) que o direito à privacidade não pode ser mais restrito ao *right to be left alone* restando associado, na atualidade, ao direito de **autodeterminação informativa** o que significa dizer, possibilidade de o indivíduo controlar as informações que lhe dizem respeito.

Interessante questão, a qual certamente dará ensejo a inúmeras discussões envolvendo a tutela *post mortem* dos direitos de personalidade (em especial, quanto a bens digitais), está atrelada à observação de comportamentos humanos voltados para a “eternização” da personalidade através de aplicativos com instrumentação via internet.

Tratam-se de programas que criam os denominados “avatars” os quais simulam a identidade de pessoa que já morreu (LEAL, 2020, pp. 48-49), encontrando-se sob estágio de desenvolvimento como a *Fenix* (cuja iniciativa é de uma companhia funerária da Suécia), *Eternime*, que objetiva a criação de uma versão virtual do indivíduo a partir de todos os dados insertos em rede com o escopo de informação de dados biográficos e até **manutenção de diálogo**, além da própria *Microsoft*, a qual teria cadastrado patente segundo portal Protocol que descreve um *chatbot*, ou seja, programa de computador que tenta simular “conversa” com ser humano, com a premissa de coleta de diversificados dados nas redes disponíveis como fotografias, imagens, áudios, posts em redes sociais, mensagens etc. isso sem esquecer o *Eter9*, rede social sob desenvolvimento que promete a partir da inteligência artificial até mesmo realizar posts após a morte do usuário, com previsão de funcionamento no idioma português. A partir da criação de um determinado “perfil” automaticamente uma contraparte é acionada e aprenderá ações, humor, publicações do usuário e continuará postando informes e comentários mesmo após o passamento do usuário. E a denominação é a somatória entre a expressão “Eter” de eternidade, ao passo que “9” alude a Cloud9 a significar “estado de felicidade extrema”.

Sob o prisma da tutela *post mortem* dos direitos de personalidade é possível assentir no sentido de aplicabilidade dos dispositivos da Lei Civil (artigos 12 e 20 do Código Civil) para a inibição, repressão ou reparação de atos hábeis a infringir direitos de personalidade do indivíduo “transmutado em avatar”, caso o aludido venha a ser implementado, sem se dispensar em hipótese alguma o expresso consentimento das pessoas denominadas destinatárias do serviço **em vida** mediante o cumprimento do dever informativo com plenitude, todas as vezes que o funcionamento do aplicativo possa re-

presentar alguma ameaça ou infringência a direito de personalidade da pessoa falecida perante o inegável interesse social na referida proteção jurídica.

Por conseguinte se verifica em uníssono a doutrina se inclinar no sentido da outorga irrefutável de proteção *post mortem* aos direitos de personalidade e nosso diploma civil, sem se afastar da orientação, patenteia essa dinâmica em consonância com os artigos 12 e 20 do Código Civil de 2002, direitos esses intransmissíveis e irrenunciáveis, de acordo com o artigo 11 do Código Civil, ainda, portanto, não considerando proporção considerável dos doutrinadores pátrios herança digital envolvendo direitos de personalidade, enfatizada a circunstância, consoante as valorosas lições hauridas de diversas fontes, de que a personalidade humana se corporifica no acervo digital ao revelar o último incontáveis aspectos da primeira o que se depreende em postagens, comunicações via e-mail, fotografias, vídeos com imagem e voz etc.

7. DISCIPLINA LEGISLATIVA DA HERANÇA DIGITAL NO BRASIL E DIREITOS DE PERSONALIDADE EXISTENCIAIS NÃO PATRIMONIAIS

Conforme já explanado no corpo do presente, o ordenamento jurídico pátrio padece da ausência de dispositivo expresso que discipline a denominada “herança digital” ou do “acervo digital”. Predominante, contudo, a consideração em sede doutrinária de que há viabilidade técnica de enquadramento do instituto no regramento sucessório contido no Código Civil, divergindo a doutrina quanto à legitimidade de transmissão de bens digitais existenciais além dos bens patrimoniais ou de modo restritivo no que tange à transmissão a bens digitais patrimoniais com prevalência, por ora, do posicionamento correspondente à intransmissibilidade hereditária de bens digitais existenciais não patrimoniais. Não obstante, é possível destacar-se a existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sem prejuízo de diversos anteriormente já deduzidos, os quais foram objeto de arquivamento pelas Casas Legislativas. Com efeito, o projeto de Lei 5820 de 2019, de iniciativa do deputado Elias Vaz (PSB/GO) contém proposições de mudanças no instituto do codicilo, denominando-o como “codicilo digital”, aludindo à herança digital com sugestão de mudança na redação do artigo 1.881 do CC. (PEREIRA, 2020). Também tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei 6468, igualmente datado em 2019, o qual preconiza a transmissibilidade aos herdeiros do falecido de *todos os conteúdos de contas e arquivos digitais*, sem quaisquer ressalvas, repetindo o conteúdo de projeto anterior (4099/12), propondo acréscimo de parágrafo único ao artigo 1788 do CC como escopo de restar discriminada a transferência aos

herdeiros da globalidade dos conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança. (PEREIRA, 2020, pp. 91-92).

O Projeto de Lei 6468/19, sob tramitação, se de forma inegável possui o mérito de buscar a concretização do direito fundamental à herança (artigo 5º, XXX da Carta Magna), findou por repetir dispositivos já contidos no Código Civil no que tange à herança (artigos 1784, 1786, 1788, 1829, 1845, 1846 e 1857 do CC). (PEREIRA, 2020, pp. 102-117). Assegurando o aludido projeto de lei a transmissibilidade de todas as contas e arquivos digitais da pessoa falecida sem quaisquer ressalvas, mediante acréscimo de parágrafo único ao artigo 1788 do CC, findou por dar ensanchas à possibilidade de prática da violação aos direitos de personalidade existenciais o que conflita com o sistema jurídico consoante diversos doutrinadores o qual, como declinado, estabelece regramento com o fim de assegurar a proteção póstuma dos direitos da personalidade (não equiparáveis a herança). Outra omissão apreensível é a ausência de disciplina sobre os termos de serviço das empresas que atuam como plataformas de aplicação os quais, ao restringirem a utilização de bens digitais temporalmente e com uso limitado a determinado indivíduo contratante, obstaculizam a herança digital.

Há de se destacar também a tramitação do Projeto de Lei 5820/19 que trouxe propostas de criação do “codicilo digital” mediante sugestão de nova redação ao artigo 1881 do CC, definindo no parágrafo quarto o que seria herança digital, com omissão de bens digitais no rol. (PEREIRA, 2020, p. 157). Interessante proposição se encontra na redação do parágrafo segundo do artigo 1881 do Código Civil no sentido da disposição de última vontade também poder ser gravada em sistema digital de som e imagem, com nitidez e clareza, com declaração da data da feitura do ato e registro da presença de duas testemunhas na hipótese de cunho patrimonial na declaração, ao passo que o parágrafo primeiro do dispositivo menciona que a disposição de última vontade pode ser escrita com subscrição final ou ainda assinada por meio eletrônico valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato (aludindo ademais a nova redação do caput artigo 1881 do CC à possibilidade de feitura de disposições especiais sobre o enterro bem como destinação de até 10% -dez por cento- do patrimônio do autor da herança, observado no momento de abertura da sucessão, a certas e determinadas ou indeterminadas pessoas, alcançando legados de bens móveis, imóveis, roupas, joias, entre diversos bens corpóreos e incorpóreos). Há de se ressaltar que o parágrafo quarto do dispositivo em comento, após definir herança digital, conclui que o codicilo em vídeo dispensa a presença de testemunhas para sua validade.

Em harmonia com Ana Luiza Maia Nevares (2021, p. 181) em decorrência do contexto pandêmico atrelado à covid-19 e suas peculiaridades, passou-se a aludir ao artigo 1879 do Código Civil para realização de testamentos escritos sem a presença de testemunhas, sob tipicidade de testamentos particulares, de natureza ordinária. No que se refere a testamentos sob a forma digital após a regulação esparsa de alguns Estados sobre a prática de atos e recepção de documentos, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 100/20 erigindo normas gerais sobre a feitura de atos notariais eletrônicos, pressupondo os mesmos que o testador e as testemunhas possuam certificado digital, ensejando lavratura de testamento público pelo Tabelionato no sistema e- notariado, com captura de vídeo do ato de testar. Observa a jurista que até mesmo antes do quadro pandêmico já se verificava na jurisprudência flexibilização do rigor das regras testamentárias com vistas à simplificação da forma do ato de última vontade, observada em disposições do Código Civil. Conclui, por fim, urgir o desapego em relação ao rigor formal dos testamentos. Em hipótese de conflito entre a manifestação da vontade do testador e aquela lançada em plataforma digital, esta deverá prevalecer, partindo-se da ciência de que determinadas plataformas digitais contêm termos de uso para acesso aos dados e informações post mortem, criando, de tal sorte, formas de manifestação de última vontade do titular, defendendo a forma digital do codicilo de modo a abarcar até mesmo mensagens em aplicativos como *WhatsApp*, *Messenger*, e-mails sob a condição de observância ao conteúdo do ato de disposição mortis causa. Sugere de lege ferenda a inserção de dispositivo que outorgue ao magistrado, de modo expresso, a possibilidade de dispensa de algumas formalidades do testamento quando restar clara a ausência de vícios do ato de disposição de última vontade, com previsão vindoura de testamento particular eletrônico mediante chaves digitais específicas para garantia de legitimidade do ato, como propõe. Também propugna Livia Teixeira Leal (2020, p. 79) consistir o testamento o meio mais apropriado ao esclarecimento quanto à destinação dos conteúdos inseridos na internet após a morte do usuário já que por meio do instrumento resta veiculada com clareza a manifestação de vontade do usuário, consubstanciando expressão da autonomia privada do indivíduo. Ricardo Calderon (em palestra ao canal IBDEFAM-TEC em 2021) explana de modo bastante claro que a atual conjuntura normativa é insatisfatória à disciplina da herança digital, ainda que possam ser invocados dispositivos do Código Civil para compreender-se a existência positiva daquela, o que se infere da frequência de dúvidas e divergências sobre o tratamento do tema. Reportou-se a existência de Projeto de Lei do IBDEFAM de alteração do Código Civil nas Sucessões,

no qual simplesmente poder-se-ia deduzir aditivo explícito versando sobre herança digital, sem impeditivo, todavia, de elaboração de diverso Projeto de Lei para a concepção de um Estatuto Especial disciplinando a herança digital, pelo instituto em questão ou qualquer diverso legitimado.

A questão fulcral, todavia, que se coloca como indispensável a tais regulações vem a ser a aparente necessidade de restrição conceitual da herança digital aos bens digitais exclusivamente patrimoniais quer frente à disciplina já inserta no diploma civilista da tutela póstuma dos direitos de personalidade sob o ângulo de verdadeira prorrogação dos direitos de personalidade inclusive, de relevância valorativa ímpar, atentando-se ao cunho constitucional da temática, bem observando Gustavo Santos Gomes Pereira (2020, p. 135) que “a Constituição Federal deu tanta importância aos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais a intimidade, vida privada, honra e imagem, que os elevou ao status de cláusulas pétreas, não podendo, assim, ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-los, de acordo com o artigo 60, parágrafo quarto, inc IV daquele diploma legal” quer por não raras vezes tais bens estarem atrelados a terceiros com precisão de observância ao direito de privacidade como ocorre como e-mails e diálogos através do uso de aplicativos de mensagens, tão em voga na atualidade. O acesso irrestrito dos herdeiros sobre tais bens pode, por conseguinte, representar violação a direitos de terceiros, *ipso facto*.

8. TUTELA DOS BENS DIGITAIS NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Com a nova era digital, na qual é possível criar uma identidade dentro deste meio e com a mudança no pensamento sobre o fato que põe fim à existência do ser humano ocorre “a possibilidade de uma permanência post mortem, por meio dos dados e páginas digitais, que redimensionam a memória e o esquecimento humano”. (LEAL, 2019, p. 224).

Analisando todo este cenário e considerando a omissão legislativa para a situação, a única saída que visa garantir os direitos da personalidade, preserva a vontade do titular e evita litígios entre os herdeiros, é o planejamento sucessório. Seguindo esta linha de pensamento, é possível entender a importância do reconhecimento jurídico sobre os bens digitais no planejamento sucessório, pois as redes sociais podem gerar um grande patrimônio econômico. Perpetuar a rede social do falecido para muitos pode ser encarado como algo fora do habitual, porém, para outras pessoas é uma fonte de renda e sustento familiar.

As alterações no que se refere ao planejamento sucessório se faz necessário com o objetivo de acompanhar a evolução de acordo com a ne-

cessidade da sociedade, pois o mundo virtual se faz presente a cada dia. Baseando-se em princípios constitucionais enxergamos que é necessário reciclar a matéria sucessória. (PERLINGIERI, 2005, p. 256 apud TEIXEIRA, 2019, p. 59). Isto é essencial pois o planejamento sucessório precisa acompanhar as mudanças sociais e se adaptar a elas, no entanto, não é o que estamos vendo até o momento e todo esse mundo cibernético no qual engloba os bens digitais encontra-se em um limbo jurídico.

Para o momento, o que pode trazer mais segurança para o falecido, é se utilizar de um testamento seja público ou particular, desde que expresse sua vontade sobre os bens digitais. Essa é a melhor ferramenta para garantir que sua vontade seja perpetuada e é um dos meios mais tradicionais para se realizar uma sucessão. Ainda sem uma legislação específica sobre o tema envolvendo a herança digital, é admissível a sucessão dos bens digitais sendo aplicado as regras gerais de proteção.

Essa é a forma mais eficaz de projetar um desejo após a morte, no entanto, é importante que a sociedade e os sucessores compreendam a responsabilidade de receber a herança digital de outro pois terá acesso a dados de uma vida inteira até então preservadas pelo titular. Em linhas gerais, considerando que os bens digitais, mais especificamente os perfis nas redes sociais podem possuir valores imensuráveis, questiona-se como será possível aplicar uma tributação sobre a transmissão desses bens sucedidos.

Pois valorar a memória de um perfil não é algo fácil e muito menos precificado, visto envolver questões afetivas imensuráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar o atual cenário pandêmico e a evolução trazida com ele, que nos obrigou a ficar conectados praticamente o tempo todo. Essa nova realidade traz consigo consequências para o futuro, pois toda vez que ligamos nossos dispositivos eletrônicos, como computadores, celulares e tablets, produzimos dados e conteúdo, que podem ser onerosos ou não. Em relação aos bens digitais armazenados com valor econômico, não resta dúvidas de comporem uma herança, por consequência, transmitindo-se para os herdeiros sem necessidade de expressa disposição testamentária, pois é um direito deles. Contudo, no caso da apropriação de contas em redes sociais que são monetizadas e continuam rendendo dinheiro após a morte do titular, é preciso analisar os termos de uso da rede social em questão. Em geral, as redes sociais possibilitam à pessoa, em vida, eleger um contato herdeiro responsável por sua

conta, depois de sua morte, não permitindo apagar postagens antigas e acessar mensagens, a fim de proteger a privacidade do titular falecido.

No que diz respeito aos termos de uso presentes nas redes sociais ou sites, mesmo que os serviços prestados sejam gratuitos, não afastam a relação de consumo, já que foi pacificado pela jurisprudência que o disposto no artigo 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto dos fornecedores. Em nosso ordenamento jurídico todo patrimônio deixado em vida é transferido para seus herdeiros após o seu falecimento, mas a Herança Digital ainda possui barreiras na transferência, pelos princípios da personalidade que devem ser protegidos, mesmo depois da morte. Conclui-se que apesar de não termos uma Lei nomeada Herança Digital ou Acervo Digital, não significa que estamos desamparados. Podemos usar o Código Civil e Doutrinas por analogia. O conflito que permeia a Doutrina é o que podemos considerar bens digitais e a legitimidade da transmissibilidade. Todavia, a Doutrina majoritária entende que a transmissibilidade hereditária de bens digitais existenciais não é patrimonial.

Dos projetos de leis analisados neste artigo, podemos concluir que ainda existe a omissão de alguns assuntos e divergências nos próprios projetos, até mesmo ferindo a própria Constituição, ignorando o direito de privacidade e personalidade. Percebe-se que ainda se faz necessário um estudo mais aprofundado para elaboração de alteração no Código Civil que modifique a parte das Sucessões, assim como indicado pelo IBDFAM.

O provimento 100/200 vem para inaugurar uma nova era, possibilitando realizar atos notariais de forma on-line. Como, por exemplo, um testamento público, flexibilizando suas regras tão rigorosas. A insegurança jurídica sobre a Herança Digital faz as pessoas recorrerem ao Planejamento Sucessório, visando terem resguardados seus direitos de privacidade e personalidade, para que no futuro suas mensagens, ou qualquer informação que não desejem, sejam transmitidos aos seus herdeiros. Conclui-se a importância da Herança Digital no mundo cada vez mais tecnológico, que já se discute sobre união estável virtual, avatares, criptomoeda, entre outras ferramentas já disponíveis e aquelas que ainda serão criadas. Relevante preencher as lacunas legislativas que não foram supridas pela Marco Civil da Internet e pela LGPD, sem ferir os preceitos fundamentais do Direito de Personalidade. Enquanto não existir uma lei específica, o Planejamento Sucessório permite que, em vida, seja protegido seu patrimônio virtual.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, Morte e Direito: em busca de uma compreensão sistemática da “Herança digital”. In: TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital, Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, pp. 1-20.

BITTAR, Carlos Alberto, **Os Direitos da Personalidade**, 8ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

CALDERÓN, Ricardo. Desafios da Herança Digital. Palestra veiculada no YouTube pelo **IBDEFAM-TEC** em 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ScORZaaoaL0>. Acesso em: 10 out. 2021.especial Ricardo Calderón,

CHC ADVOCACIA. Herança digital: o que é preciso saber sobre esse novo conceito?. **CHC Advocacia**, 26 fev.2021. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/heranca-digital/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CHIEREGATE, Bárbara. Como avisar ao Instagram que uma pessoa faleceu: A conta do Instagram pode ser transformada em memorial ou excluída. Veja como avisar a plataforma e fazer a solicitação. **Terra**. 29 mar. 2021. Notícias: Tecnologia. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/como-avisar-ao-instagram-que-uma-pessoa-faleceu,5576c5b737dcdd845bd6ae9842ff0905glcgtw8m.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela Póstuma dos Direitos de Personalidade e Herança Digital. In: TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira.

Herança Digital, Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, pp. 105-124.

CURY, Ana Carolina. Como avisar ao Instagram que uma pessoa faleceu. **R7.com**. 09 fev. 2021. Notícias. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/como-avisar-ao-instagram-que-uma-pessoa-faleceu-09022021>. Acesso em: 10 out. 2021.

DE LUCCA, Newton et al. **DIREITO & Internet: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

FACEBOOK. Solicitação de transformação em memorial. **Facebook**, 1 jan. 2019. Help. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/contact/651319028315841>. Acesso em: 12 set. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. Leading case: BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Migalhas**, 13 ago. 2019. Coluna. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case--bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital>. Acesso em: 10 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

GOOGLE. Enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido. **Google**, 1 jan. 2021. Support. Disponível em: <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=pt-BR>. Acesso em: 5 set. 2021.

LARA, Mariana; PEREIRA, Fabio. O que acontece com o perfil de quem já se foi? Repercussões da morte do usuário nas redes sociais. **IRISBH**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/o-que-acontece-com-o-perfil-de-quem-ja-se-foi-repercussoes-da-morte-do-usuario-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

LEAL Livia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário: Propostas para o Tratamento Jurídico Post Mortem do Conteúdo Inserido na Rede**, 2 ed, Rio de Janeiro: GZ, 2020.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 16, p. 181, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 15 mar. 2023.

LEAL, Livia Teixeira. Tratamento jurídico do conteúdo disposto na internet após a morte do usuário e a denominada herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do planejamento sucessório.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 223-238.

MADEIRA, Paula Lourenço. A herança digital e a Lei Geral de Proteção de Dados. **JusBrasil**. 01 jan. 2019. Artigos. Disponível em: <https://paulalourencomadeira.jusbrasil.com.br/artigos/792276970/a-heranca-digital-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 12 set. 2021.

MICHAELIS. Herança. In: **DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=heran%C3%A7a>. Acesso em: 9 mar. 2023.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Testamento Virtual: ponderação sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital, Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. pp. 55-74.

PEREIRA, Gustavo Gomes. **Herança Digital no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **DIREITO Digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

POMBO, Bárbara. Decisões da Justiça negam o direito à herança digital. **Notícias Fiscais**. 18 maio 2021. Notícias. Disponível em: <https://noticiasfiscais.com.br/2021/05/18/decisoes-da-justica-negam-o-direito-a-heranca-digital/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SAJ ADVOCACIA. Herança digital e direito sucessório: tudo o que você precisa saber. **PROJURIS**, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/heranca-digital/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

SCHREIBER Anderson, **Manual de Direito Civil Contemporâneo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

SOUZA, Ramon De. Canaltech: Brasil atingiu marca de mais de 122 milhões de internautas em 2020. **Canaltech**, 19 mar. 2021. Internet. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/brasil-atingiu-marca-de-mais-de-122-milhoes-de-internautas-em-2020-180919/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital, Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**, Tomo II, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme da Constituição da República**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão *Causa Mortis*. In: TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital, Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, pp. 55-74.

TWITTER. Estou com dificuldade de acessar a conta. [S. l.]: **Twitter**, 1 jan. 2021. Help. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/forms/account-access/deactivate-or-close-account/deactivate-account-for-deceased>. Acesso em: 5 set. 2021.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. COMO AVISAR ao Instagram que uma pessoa faleceu: A conta do Instagram pode ser transformada em memorial ou excluída. Veja como avisar a plataforma e fazer solicitação. [S. l.]: Bárbara Chierigate, 29 mar. **DIREITO Digital**. 7. ed. [S. l.]: **Google**, 1 jan. [S. l.], 19 jan. 2021. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/heranca-digital/>. Acesso em: 27 ago. 2021. Herança digital: o que é preciso saber sobre esse novo conceito?. **CHC Advocacia**, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/heranca-digital/>. Acesso em: 22 ago. 2021. IBDEFAM- TECLEAL Livia Teixeira chaves. **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. SCHREIBER Anderson, **Manual de Direito Civil Contemporâneo**, 3STOLZE, LEAL Livia Teixeira, **Herança Digital, Controvérsias e Alternativas**, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, pg 14, 63, 64, 107, 181; 212/226; TEIXEIRA, Daniele Chaves TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, **Bens Digitais**, 2ª Edição, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, pg 94; pg 116 e pg 117;

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL A SERVIÇO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA NO BRASIL

Patrícia Corrêa Sanches*

1. BREVES NOTAS SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Por décadas como protagonista de livros e filmes de ficção científica, a Inteligência Artificial, que passaremos a chamar IA, já permeava o imaginário de um futuro com robôs que processariam um formato de raciocínio parecido com o humano, mas sem sentimentos – o grande diferencial em comparação com os seres humanos. Até que, em 2001, surgiu uma criança robô chamada David, que emocionou o mundo nas telas de cinema com o filme *A.I. (Artificial Intelligence)* – Inteligência Artificial – de Steven Spielberg¹, no qual é criado um robô-filho, programado para amar para sempre os pais.

A Inteligência Artificial faz parte da realidade atual: a velocidade e o alcance dos avanços das tecnologias abreviaram a sensação de espaço-tempo, fazendo com que o futuro que projetamos, para anos à frente, passasse a fazer parte do cotidiano. Fato é: o futuro está chegando acelerado, de forma sem precedentes na história, e os impactos das tecnologias disruptivas² passaram a ser sentidos em todos os setores sociais. Aqui, tratamos das novas fronteiras, do uso ético e comprometido com os princípios constitucionais, da Inteligência Artificial no Direito e no Judiciário.

* Advogada. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais. Docente na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, e em Cursos de Pós-Graduação do IBDFAM e UNISANTA-SP. Presidente da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do IBDFAM. Coordenadora e autora do livro *Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital*.

¹ SPIELBERG, S. **A.I. (Artificial Intelligence) – Inteligência Artificial**. Produção de Steven Spielberg. EUA: Warner Bros, 2001. 2h 26min. DVD.

² Tecnologia disruptiva **ou inovação disruptiva** é um termo que descreve a inovação tecnológica, produto, ou serviço, com características «disruptivas», que provocam uma ruptura com os padrões, modelos ou tecnologias já estabelecidos no mercado. (Cf. https://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologia_disruptiva#cite_ref-0_1-0. Acesso em: 01 mar. 2023)

O Direito avança com a sociedade e, nos últimos anos, acompanhando essa evolução, foram alavancados processos de inclusão das novas tecnologias no Judiciário, de modo atenderem às exigências de inovação, eficiência e produtividade. Neste contexto, a implantação da Inteligência Artificial no Judiciário é temática fundamental de ser debatida e regulada pela comunidade jurídica e por toda a sociedade, em razão de seu alcance e impactos nas decisões dos Tribunais no Brasil.

A Inteligência Artificial (IA), em resumida síntese, permite que máquinas e programas de computador tenham algumas das qualidades que a mente humana possui, como a capacidade de compreender a linguagem, reconhecer imagens, resolver problemas e aprender através da experiência. A IA está presente nas assistentes virtuais dos celulares e equipamentos inteligentes, que ajudam a organizar a rotina, acionar comandos, informar notícias, monitorar dados de saúde, entre inúmeros outros serviços de caráter pessoal, voltados ao proprietário da tecnologia. Também, presente nos carros autônomos, nas entregas de mercadoria por drones, na internet das coisas, em geral – como a geladeira que “compra” o produto que está acabando, de maneira automática, através de uma conexão direta com o supermercado, porque aprendeu sobre a regularidade de consumo e as preferências de seus controladores.

Neste contexto de crescimento exponencial, sistemas de IA já estão em pleno funcionamento nos Tribunais de Justiça brasileiros, realizando diversas tarefas e tomada de decisões, questões que preocupam sobremaneira os operadores do Direito e do Judiciário, visto que fronteiras e limites precisam ser definidos, para evitar e corrigir os perigosos desvios dos algoritmos em decisões totalmente automatizadas.

Em se tratando de IA, inúmeras são as dúvidas e incertezas da sociedade quanto a seus limites, tanto no desenvolvimento, quanto na aplicação dessa tecnologia: pode ser utilizada pelos governos para controlar as liberdades individuais e coletivas? Será utilizada de maneira discriminatória? Como pode ser regulada e controlada? A quem responsabilizar em caso de danos?

A tecnologia é uma grande aliada da humanidade, servindo-lhe como importante ferramenta em favor do bem-estar e do avanço da qualidade de vida, seja nos recursos e estudos da biomedicina, das telecomunicações, dos sistemas renováveis, da disseminação do conhecimento, em tudo está a tecnologia, a serviço da sociedade.

A Inteligência Artificial – IA processa dados e informações previamente informados, desenvolvendo equações algorítmicas capazes de influir em

novos dados e resultados, e esses novos resultados são considerados novos dados, e desses novos dados saem novos resultados...de maneira automática e sem a necessidade de interferência humana.

Disso, extrai-se a capacidade do sistema desenvolver o aprendizado de maneira autônoma – o que se denomina de *machine learning*. Segundo Gustavo Tepedino (2022), prefaciando a obra de Filipe Medon, afirma que a inteligência artificial tem em seu perfil “a capacidade de autoaperfeiçoamento no aprendizado e na tomada de decisões, independentemente da vontade de seus desenvolvedores, além do ímpeto de utilização de seus recursos com máxima eficiência e coerente racionalidade.” (TEPEDINO, 2022, p. 21).

As incertezas quanto à IA traduzem-se na fiscalização da utilização pelos Tribunais, que deve estar voltada a beneficiar a sociedade. Nesse contexto, nossa exposição na obra *Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital*:

Justamente com o receio de se potencializar as vulnerabilidades, a utilização da inteligência artificial atrelada ao Direito vem consumindo intensas discussões, principalmente quando se vivencia realidades sociais bastante díspares no país – uma pessoa poderia estar “condenada” antes mesmo do início de um processo, em razão da análise de seu local de nascimento e moradia, origem étnica, gênero e demais fatores que possam impactar nessa realidade de desigualdade jurídico-social. (SANCHES, 2021, p. 26 – grifos da autora)

Dentre as preocupações na introdução da IA no dia a dia da sociedade, está a discriminação realizada por resultados advindos de dados inseridos e de sistemas desenvolvidos por pessoas que sejam discriminadoras, seja em razão do gênero, da etnia, da religião etc., o que levaria à supressão de direitos e garantias fundamentais. Ana Maria Corrêa (2021), pesquisadora no pós-doutorado da Universidade de Leuven na Bélgica, assevera a existência da discriminação de gênero inserido no sistema da IA:

The gendering of artificial intelligence is happening right now. Implications for gender equality should not be neglected. Nor the stereotypes. The most famous digital ‘assistants’ have young women voices. This reality is somehow aligned with two mutually non-exclusive social ideas: (1) women are predetermined for certain types of work, namely secretarial work and telephone operations; (2) women are statistically overrepresented in assistant work positions. Digital assistants are one example of how gender stereotyping may occur in the

context of AI. Other forms of discrimination against women are documented in the field, including bias in the concession of credit and exclusion of women from hiring processes, only to cite a few.³

Nesse texto, a autora revela o preconceito estrutural, quanto aos papéis de gênero, inserido de maneira indissociável do contexto de IA – o que demonstra a necessidade do amplo debate na utilização dessa tecnologia em setores que demandam tomada de decisão voltada diretamente ao indivíduo, como no judiciário e área de recursos humanos, por exemplo – visando a implementação de regulamentos e fiscalização para prevenir os danos à sociedade. Mesma preocupação de Filipe Medon (2022, p. 48) ao afirmar que “é preciso tomar cuidado para que os dados coletados para o funcionamento da Inteligência Artificial não sejam utilizados para finalidades deletérias.”

Apesar da evidente necessidade da implementação de regramento e de políticas de fiscalização, o número de empresas e atividades que vem utilizando a IA é cada vez maior. Uma pesquisa realizada em 2019 pelo Boston Consulting Group (BCG) em parceria com o MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts) nos Estados Unidos, apurou que 7 entre 10 empresas que investiram no desenvolvimento da IA não tinham obtido ganho até aquele momento. No entanto, essa realidade mudou drasticamente em 2 anos: nova pesquisa realizada em 2021 demonstra um otimismo dos grupos empresariais em investir nesse tipo de tecnologia, já que, segundo a pesquisa, 71% das empresas que utilizam a IA reportaram melhora na tomada de decisão e nos processos de aprendizagem (BCG, 2021).

A ONU – Organização das Nações Unidas, através do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em parceria com o CNJ – Conselho Nacional de Justiça no país desenvolvem o programa Justiça 4.0, realizando reuniões com *experts* em suas áreas, visando a melhoria na governança, transparência e eficiência do Poder Judiciário no Brasil.

³ Em tradução livre: A questão de gênero da inteligência artificial está acontecendo agora. As implicações para a igualdade de gênero não devem ser negligenciadas. Nem os estereótipos. Os mais famosos ‘assistentes’ digitais têm voz de mulheres jovens. Essa realidade está de alguma forma alinhada com duas ideias sociais mutuamente não exclusivas: (1) as mulheres são predeterminadas para certos tipos de trabalho, a saber, secretariado e telefone; (2) as mulheres estão estatisticamente muito representadas em cargos de assistente de trabalho. Assistentes digitais são um exemplo de como os estereótipos de gênero podem ocorrer no contexto da IA. Outras formas de discriminação contra as mulheres são documentadas no campo, incluindo o preconceito na concessão de crédito e a exclusão das mulheres dos processos de contratação, apenas para citar alguns.

A iniciativa promove o acesso à justiça por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial, como o Juízo 100% Digital, do Balcão Virtual e dos Núcleos de Justiça 4.0 e da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br). (ONU, 2021)

Projetos de lei e regramentos começam a surgir no ordenamento jurídico brasileiro, em um primeiro e, ainda tímido, passo em termos de Inteligência Artificial em um país tão desigual, inserido em uma cultura de preconceitos estruturais.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS

A tecnologia chegou aos Tribunais de maneira disruptiva, em 2007, com a implementação do processo eletrônico – resultado de estudos voltados ao que se denominava “justiça sem papel”, que embasou a Lei 11.419, de 2006, a qual dispôs sobre a informatização do processo judicial, alterando o Código de Processo Civil vigente à época e gerando inúmeras considerações.

Inovadores mecanismos foram desenvolvidos para propiciar que os operadores do judiciário tivessem informações sobre a movimentação dos processos judiciais através da internet. Atualmente, o peticionamento, os autos do processo e o processamento são totalmente digitais, com a possibilidade de audiências e sessões de julgamento virtuais, permitindo a interação das partes em tempo real.

Da mesma forma que o processo digital alterou a maneira com que o judiciário passou a ser manejado, assim como a relação entre os profissionais envolvidos, a IA também está a caminho de exercer uma disrupção no sistema de utilização do Judiciário, alterando sobremaneira a velocidade do processamento e da obtenção dos resultados.

O Conselho Nacional de Justiça, CNJ, publicou a Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020, dispondo sobre ética, transparência, e governança na produção e no uso da inteligência artificial no Poder Judiciário, assim definida no artigo 3º, II: “Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana;” (BRASIL, CNJ, 2020).

O objetivo delineado na normativa do CNJ é a utilização da IA para a contribuição em agilidade e coerência no processo de tomada de decisão.

Nesse aspecto, repousa a preocupação do meio jurídico no tocante à IA substituir o julgador, afastando o fator humano das relações, e afastando a aplicação do princípio do juiz natural e o livre convencimento do magistrado – uma vez que as decisões não estarão sob a análise de seu conhecimento jurídico e de sua experiência de vida. Andre Vasconcelos Roque e Lucas Braz Rodrigues dos Santos (2019, p. [3]), seguindo essa preocupação, assim expõem:

Por esse motivo, pensa-se agora em um novo passo na utilização da inteligência artificial, qual seja, que a ferramenta seja utilizada não apenas para o auxílio dos julgadores na tomada de suas decisões, mas principalmente para apresentar a própria decisão, o que pode se mostrar temerário.

(...)

A preocupação se agrava, no campo jurídico, quanto ao conteúdo das decisões tomadas por intermédio de “softwares”, tendentes a buscar padrões, em casos específicos, o que poderia, em última análise, levar à “*industrialização das decisões judiciais*”, afastando-se cada vez mais da riqueza de elementos que cada caso concreto apresenta. (grifos dos autores).”

Essa preocupação se justifica pela possibilidade de a utilização da IA no sistema judiciário macular o princípio do juiz natural, que está inserido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LIII, sendo, portanto, uma garantia fundamental: “Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

Em assim sendo, a IA não poderá exercer atividade de julgamento, ainda que induzido, em substituição da autoridade competente. Fabio Corrêa Souza de Oliveira (2003), salienta que o princípio do juiz natural é um princípio-garantia, porque “confere imediata e diretamente uma garantia aos cidadãos”, e citando a exemplo, a reserva legal e o *in dubio pro reo*.

Por essa premissa, também, está salientado nas considerações iniciais da normativa que os Tribunais devem observar a compatibilidade dessa tecnologia com os Direitos Fundamentais, por meio da utilização de “critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de autoria e garantia de imparcialidade e justiça substancial” – tal qual o texto da terceira consideranda do CNJ 332/2020.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O uso da IA, especificamente voltada à análise da utilização pelo Poder Judiciário, deverá limitar-se ao respeito aos princípios constitucionais

de igualdade e não discriminação, e pela consideração à pluralidade e à solidariedade nas decisões apoiadas por essa tecnologia, segundo a normativa, visando a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. Tais prerrogativas estão alicerçadas no Título II da Constituição Federal – Dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa consideração, a Resolução CNJ 332/2020, textualmente, salienta a possibilidade de que a conversão dos dados inseridos e o processamento dos algoritmos resultem em decisões que contenham algum tipo de preconceito em sua base, o que afasta o julgamento justo que, ao contrário, visa **a eliminar ou minimizar a opressão**. Tentando enfrentar essa questão, a normativa prevê que os dados utilizados advenham de fontes seguras, passíveis de rastreio e de serem auditadas – considerando, ainda, a necessidade de estarem protegidos contra qualquer incidente, como extravio e acesso não autorizado, respeitando-se a privacidade dos titulares – que deverão estar cientes e terem controle sobre a utilização e seus dados pessoais.

Nesse último aspecto, demonstra-se a importância do trabalho de supervisão do Estado, das instituições e de toda a sociedade como um todo, tanto quanto à qualidade dos dados que alimentam a IA, quanto à utilização dessa tecnologia como coadjuvante, e não, como protagonista no andamento e, principalmente, na tomada de decisões.

A Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente é uma normativa pioneira, resultado da reunião ocorrida na cidade de Estrasburgo na França em dezembro de 2018, e que serve como texto-base à normativa do CNJ, descrevendo 5 princípios básicos:

PRINCÍPIO DE RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: assegurar que a concepção e a aplicação de instrumentos e serviços de inteligência artificial sejam compatíveis com os direitos fundamentais.

PRINCÍPIO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO: prevenir especificamente o desenvolvimento ou a intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos.

PRINCÍPIO DE QUALIDADE E SEGURANÇA: em relação ao processamento de decisões e dados judiciais, utilizar fontes certificadas e dados intangíveis com modelos elaborados de forma multidisciplinar, em ambiente tecnológico seguro.

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA, IMPARCIALIDADE E EQUIDADE: tornar os métodos de tratamento de dados acessíveis e compreensíveis, autorizar auditorias externas.

PRINCÍPIO “SOBRE O CONTROLO DO USUÁRIO”: excluir uma abordagem prescritiva e garantir que os usuários sejam atores informados e controlem as escolhas feitas. (CEPEJ, 2018, p. [3] - grifos do autor)

O compasso entre a utilização de um sistema que capta informações individuais e coletivas visando nortear a vida de uma sociedade precisa estar ajustado a um complexo conjunto logístico de segurança, gerando mecanismos de alertas e de cancelamentos de resultados que demonstrem trazer repercussões danosas, seja a apenas um único indivíduo, seja a uma coletividade.

A toda evidência, que o princípio da não-discriminação permeia todo o arcabouço protetivo da sociedade no somatório das garantias fundamentais de cada sujeito de direito. Nessa seara, as fontes dos dados a serem utilizados na IA precisam ser certificadas, analisadas, filtradas para a primazia da qualidade das informações.

Nesse aspecto, encontra-se o princípio do controle do usuário, inserido como um dos alicerces da utilização ética da inteligência artificial na Carta Europeia, pois visa conceder o direito de escolha a cada usuário para a utilização irrestrita das ferramentas – cabendo restringir-lhes quando lhe aprouver – o que se aplica aos usuários da IA no judiciário, que devem ser capazes de reverter um processamento, ou mesmo uma decisão que tenha sido tomada utilizando-se parâmetros não desejados.

Os propósitos de cada um dos inúmeros sistemas de IA precisam estar em consonância com a transparência e com a finalidade, para que lhe sejam confiados a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, privacidade e demais garantias individuais e coletivas. Utilizar um sistema transparente significa ser fiscalizado e auditável por órgãos externos especializados, que auxiliem no aprimoramento e na segurança da tecnologia – que, repito, precisa estar voltada à proteção primeira, dos direitos fundamentais, sob pena de fazer sucumbir a própria coletividade.

Seguindo as diretivas da norma europeia, o CNJ determina que o modelo de IA a ser utilizado pelo Tribunal, seja homologado de maneira a afastar qualquer probabilidade de dados preconceituosos ou de informações muito genéricas que tendenciem à discriminação e, não sendo corrigido, o modelo deverá ser descartado.

Portanto, está vigente no país, desde 2020, a primeira normativa sobre a utilização ética da IA nos Tribunais, primando pela governança e pela transparência – também calçada na prestação de contas, conforme dispõe a Resolução CNJ nº 332/2020:

Art. 25. Qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de Inteligência Artificial deverá assegurar total transparência na prestação de contas, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade.

Parágrafo único. A prestação de contas compreenderá:

- os nomes dos responsáveis pela execução das ações e pela prestação de contas;
- os custos envolvidos na pesquisa, desenvolvimento, implantação, comunicação e treinamento;
- a existência de ações de colaboração e cooperação entre os agentes do setor público ou desses com a iniciativa privada ou a sociedade civil;
- os resultados pretendidos e os que foram efetivamente alcançados;
- a demonstração de efetiva publicidade quanto à natureza do serviço oferecido, técnicas utilizadas, desempenho do sistema e riscos de erros.

Percebe-se que a preocupação é a proteção dos direitos fundamentais, fazendo com que a IA respeite os princípios de igualdade e não discriminação a partir da utilização de fontes de dados certificadas e auditáveis – dessa forma, é possível garantir o controle do usuário, a transparência e a finalidade.

4. UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: STF, STJ E TST

No final de novembro de 2021, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar a IA que consegue ler, automaticamente, as legislações utilizadas na fundamentação dos acórdãos e decisões monocráticas. Essa tecnologia possibilita uma pesquisa de jurisprudência mais eficiente no portal de busca do STF. Na prática, o usuário poderá, por exemplo, informar a legislação, e o sistema responde listando os acórdãos e decisões que a contém.

Resumidamente, o sistema faz, em segundos, uma leitura integral de todo o banco de dados com mais de 20 mil acórdãos já previamente cadastrados, realizando uma análise da normativa pesquisada, inclusive identificando formas diferentes na escrita de determinados elementos (como artigo, abreviado como art.; inciso, abreviado como inc.).

A Inteligência Artificial desenvolvida pela Suprema Corte, também é utilizada para realizar uma comparação automática dos textos com os pre-

cedentes do Tribunal, conforme expõe o coordenador de Soluções Corporativas do STF, Júlio César Gomide: “Dessa forma, atividades repetitivas e essencialmente operacionais são delegadas aos algoritmos de inteligência artificial, que deixam com os analistas e técnicos atividades mais complexas.” (CONJUR, 2021, p. [4]).

Nesse sentido, a IA realiza uma busca por assunto e apresenta as decisões no mesmo sentido, comparando os textos inseridos nas manifestações das partes com os precedentes e teses de caráter repetitivo, visando diminuir para 5 segundos, o que um servidor levaria 44 minutos para obter o mesmo resultado.

Recente pesquisa coordenada pelo Ministro do STJ Luís Felipe Salomão, realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ/FGV) apontou que metade dos Tribunais brasileiros já utilizam a inteligência artificial. (BRASIL, 2021a).

A citada pesquisa do CIAPJ/FGV, denominada de **Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro** (SALOMÃO, 2020), identificou 64 projetos de IA em 47 Tribunais brasileiros – dentre STF, STJ, TST, TRTs, TRFs e Tribunais de Justiça, realizando um levantamento de seus objetivos e resultados, o que resumiremos nos parágrafos a seguir.

O sistema de IA do STF, denominado *Victor*, é capaz de executar a identificação dos recursos interpostos e verificar se estão enquadrados em algum dos temas de repercussão geral, além de realizar, automaticamente, a devolução ao Tribunal de origem.

A plataforma de IA do Superior Tribunal de Justiça, chamada *Athos*, trabalha na leitura de quase 330 mil acórdãos do próprio STJ entre 2015 e 2017, indexando mais de 8 milhões de peças processuais e agrupando automaticamente os assuntos. Atua, ainda, no gerenciamento de precedentes, mostrando os processos que contenham a mesma controvérsia entre aqueles catalogados na base de dados. O *Athos* também auxilia na identificação das matérias levadas ao Tribunal que sejam de notória relevância.

No entanto, o STJ utiliza também outro sistema de IA – denominado *Sócrates*, que opera com o mesmo sistema do *Athos*, porém, realiza um monitoramento para identificar especificamente os precedentes de julgamentos do Tribunal, buscando em mais de 100 mil processos, agrupando-os conforme as temáticas surgem nas peças processuais. Todo esse processamento é realizado em menos de 15 minutos e, após, o processo judicial é encaminhado automaticamente ao gabinete do Ministro designado ao caso. O levantamento realizado durante a pesquisa do CIAPJ/FGV observou

que o sistema *Sócrates* torna o julgamento mais ágil diante dos mais de 1,5 mil processos que chegam diariamente ao STJ.

Diante do expressivo volume de processos, o Superior Tribunal de Justiça ainda trabalha com outros dois sistemas de IA: *E-JURIS* e *TUA*. Enquanto o *E-JURIS* atua no auxílio da Secretaria de Jurisprudência, separando as referências legislativas e de jurisprudência utilizada pelos Ministros em cada julgamento, o sistema *TUA* realiza a análise do ramo do direito de cada processo, distribuindo às seções especializadas do STJ.

O Superior Tribunal do Trabalho – TST criou seu próprio sistema de IA, denominado de *Bem-te-vi*, voltado a facilitar a classificação do processo, avaliando as datas da interposição dos recursos em cada gabinete dos Ministros. O próprio Tribunal Superior do Trabalho informa que:

A ferramenta traz a funcionalidade de análise automática da tempestividade dos processos. Atualmente, cerca de 3% de todos os processos que chegam ao TST por ano, um quantitativo de 10 mil ações, são considerados intempestivos, isto é, estão fora do prazo para as partes recorrerem. Quando o processo chega ao gabinete, exige uma leitura global do assessor, o que demanda muito tempo. O Bem-te-vi agora possui uma maneira de sinalizar para esse servidor que existe a chance de quase 100% de determinado processo ser intempestivo, o que economiza um tempo considerável na análise daquele processo. (BRASIL, TST, 2021b)

Buscando um desenvolvimento cada vez mais apurado, em novembro de 2021, o TST (2021c) firmou convênio com a Universidade Federal de Brasília – UnB, válido até fevereiro de 2024, voltado à pesquisa e ao desenvolvimento de novas ferramentas a serem implementadas no sistema *Bem-te-vi* de IA, para agrupar os processos e refinar a pesquisa jurisprudencial.

5. UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS REGIONAIS E ESTADUAIS

A IA vem sendo largamente utilizada nos Tribunais país afora, com destaque ao *Robô Sector* do TRF-1, que automatiza os processos judiciais, fazendo um levantamento dos dados a serem enviados ao Conselho Nacional de Justiça.

Além do *Robô Sector*, o TRF-1 também utiliza outros quatro tipos de inteligência artificial: 1) *Banco de Sentenças* – que tem por objetivo a criação de um banco de informações realizadas através de análises textuais no con-

teúdo de cada um dos documentos judiciais produzidos; 2) *SIB* (Sistema de Inteligência de Busca) – agiliza a busca de conteúdo que visa identificar a repetitividade de processos; 3) *ALEI* – Análise Legal Inteligente, que objetiva reconhecer padrões nos processos judiciais nos julgamentos do Tribunal; 4) *Projeto Execução Célere*, advindo de um acordo de cooperação com o Conselho Federal da OAB, visando otimizar o trâmite das demandas coletivas na fase de execução.

Outro destaque vai para o TRF-3 que utiliza dois sistemas de IA: *Sinara* e *Sigma*. O primeiro, *Sinara*, auxilia a assessoria nos gabinetes, analisando as petições e peças processuais para identificar as leis, incisos e alíneas utilizadas. O sistema *Sigma* analisa as peças processuais para formatar a minuta de admissibilidade dos Recursos Especiais e Extraordinários, verificando as violações constitucionais e de leis federais. O Tribunal Regional Federal de 3ª. Região ganhou o prêmio INNOVARE 2021⁴ na categoria CNJ/Tecnologia pela utilização da IA *Sigma*.

O TRF-4 utiliza IA para os mesmos propósitos do sistema *Sigma* do TRF-3, auxiliando no juízo de admissibilidade aos Tribunais Superiores, incluindo a verificação de temas repetitivos e repercussão geral. Outro sistema de IA utilizado por este Tribunal, realiza a classificação processual de forma automática para evitar a incompetência do juízo, além de analisar a petição inicial para validar e adequar (se for o caso) o assunto informado na distribuição processual.

Os Tribunais de Justiça dos Estados também vêm implementando a IA para aperfeiçoamento e agilidade dos processos judiciais, com destaque ao *LEIA* – sistema utilizado pelos TJ-AC, TJ-AL, TJ-CE, TJ-MS, TJ-SP e TJ-AM, que analisa as petições e demais documentos processuais, sugerindo a linha de tomada de decisão para evitar conflito com casos semelhantes.

O Tribunal de Justiça de Roraima utiliza a IA para agilizar o cumprimento dos mandados pelos Oficiais de Justiça, que passam a recebê-los de maneira totalmente informatizada e automática. O sistema denominado *Mandamus* analisa a ordem judicial, confecciona o mandado, e os distribui aos oficiais com ênfase na urgência, localidade, natureza e complexidade, possuindo ainda, geolocalização – o que permite acompanhar o cumprimento. Esse sistema integra um aplicativo para celular utilizado pelos Oficiais de Justiça, que recebem os mandados e permite que os envie por

⁴ O Prêmio Innovare tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil, segundo o site do Instituto Innovare: <<https://www.premioinnovare.com.br/>>.

e-mail ou Whatsapp; a contrafé passa a ser eletrônica, e a assinatura do Oficial também ocorre diretamente no aplicativo.

Nos Tribunais Trabalhistas, destaque para o sistema *Gemini* utilizado pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 5ª, 7ª, 15ª, e 20ª Regiões, que visa elaborar as minutas dos votos dos desembargadores, aumentando a produtividade, através da análise de palavras-chave e identificação de acórdãos em recursos similares.

6. MARCO LEGAL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 21/2020, que estabelece os fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e aplicação da IA no país, que deverá ser estimulada nos serviços públicos, em formato aberto e livre.

O projeto legislativo, se e quando vigente, cria a obrigatoriedade do relatório de impacto de IA, a exemplo do relatório de impacto previsto na LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e que deve ser elaborado pelo agente responsável, contendo a descrição da tecnologia, gerenciamento e minimização dos riscos.

Art. 2º (...)

VI - relatório de impacto de inteligência artificial: documentação dos agentes de inteligência artificial que contém a descrição do ciclo de vida do sistema de inteligência artificial, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de gerenciamento e mitigação dos riscos relacionados a cada fase do sistema, incluindo segurança e privacidade. (BRASIL, PROJETO DE LEI 21/2020)

Seguindo o texto do PL nº 21/2020, o uso da inteligência artificial no Brasil tem inúmeros fundamentos, seguindo como exemplo da Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente:

Art. 4º O uso da inteligência artificial no Brasil tem como fundamentos: I - o desenvolvimento tecnológico e a inovação; II - a livre iniciativa e a livre concorrência; III - o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos; IV - a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas; e V - a privacidade e a proteção de dados. (BRASIL, PROJETO DE LEI 21/2020)

Destaca-se que dentre os fundamentos estão presentes o respeito aos direitos humanos e aos princípios da igualdade e da não discriminação, assim como, a privacidade e a proteção de dados – nos mesmos termos da Resolução nº 332/2020 do CNJ.

O texto prevê o papel do agente de inteligência artificial, que pode ser pessoa física ou jurídica, ou mesmo sem personalidade jurídica, que participa de qualquer das fases de desenvolvimento e/ou de operação da IA, e que deve cumprir inúmeras obrigações, dentre elas, responder pelo resultado do sistema, assegurando o respeito aos direitos fundamentais e à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

Art. 9º São deveres dos agentes de inteligência artificial:

I - divulgar publicamente a instituição responsável pelo estabelecimento do sistema de inteligência artificial; II - fornecer, na forma do inc. II do art. 7º, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo sistema de inteligência artificial, observados os segredos comercial e industrial; III - assegurar que os dados utilizados pelo sistema de inteligência artificial observem a Lei 13.709, de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados; IV - implantar um sistema de inteligência artificial somente após avaliação adequada de seus objetivos, benefícios e riscos relacionados a cada fase do sistema e, caso seja o responsável pelo estabelecimento do sistema, encerrar o sistema se o seu controle humano não for mais possível; V - responder, na forma da lei, pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial; e VI - proteger continuamente os sistemas de inteligência artificial contra ameaças de segurança cibernética.

Parágrafo único. Para fins do inciso VI deste artigo, a responsabilidade pelos sistemas de inteligência artificial deve residir nos agentes de desenvolvimento e de operação de sistemas de inteligência artificial, observadas as suas funções. (BRASIL, PROJETO DE LEI 21/2020)

Especial atenção à redação do parágrafo único desse artigo 9º previsto no PL nº 21/2020, vez que transfere a reponsabilidade aos agentes, ou seja, em caso de danos a terceiros, o dever poderá recair, por exemplo, sobre o agente, pessoa física contratada e sem qualquer capacidade de composição do dano.

A legislação, se sancionada, é considerada o Marco Legal da IA a ser aplicada pelo poder público, empresas e demais entidades, e por pessoas físicas. O texto foi aprovado na Câmara dos Deputados, seguindo ao Senado Federal.

No entanto, a proposta legislativa vem recebendo inúmeras críticas, sendo apontado como superficial, sem ausculta dos setores especializados, e aprovado na Câmara dos Deputados de maneira abrupta. Se comparado com o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, o texto foi discutido por mais de 4 anos – também a exemplo da LGPD, que elaborou amplos debates.

Na análise de Eduardo Magrani, advogado especialista em Direito Digital, em entrevista publicada pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs, AB2L, o projeto foi aprovado “sem um debate público robusto”, tornando-se superficial e simplório. E na mesma publicação, a conselheira titular do Conselho Nacional de Proteção de Dados (CNPd), Patrícia Peck, entende que apesar de ser reconhecida a importância da regulamentação das IAs, aponta que uma legislação muito superficial pode ser mais prejudicial do que a ausência de normas, encerrando por dizer que a proposta do Marco Legal precisa ser complementada. (AB2L, 2021) A toda evidência, a velocidade da implementação da tecnologia no dia a dia da sociedade impõe um tempo mais exíguo nas discussões legislativas – diferente de quase 10 anos atrás, porém, não impede que as comissões especializadas de cada uma das casas que compõem o Congresso Nacional, imponham a velocidade que seja necessária ao momento atual, convocando a ausculta de especialistas dos diversos setores envolvidos na implementação da IA, buscando um texto final que traduza em maior regulação e segurança à sociedade.

7. O DESAFIO ÉTICO DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO

O debate acerca da utilização da IA no judiciário está focado no grau de autonomia do sistema para a tomada de decisões, substituindo o fator humano de preservação dos princípios existenciais, resguardados pelos direitos e pelas garantias fundamentais de Direitos Humanos. O grau que essa autonomia poderá atingir, também é um dos fatores de preocupação, como expõe Bruno Torquato Zampier Lacerda (2021, p. 83):

O debate aqui é extremamente rico, pois se debruça na capacidade ou não das máquinas desenvolverem seus próprios pensamentos, se é que seria possível usar esta habilidade humana como sinônima e, assim, terem um processo autônomo de tomada de decisões, sem que haja diretamente uma ordem humana. (LACERDA, 2021, p. 83)

Nesse contexto, Felipe Medon (2021, p. 131), também citando a doutrinadora portuguesa, Mafalda Miranda Barbosa, demonstra que a autonomia da IA é descolada da ética, pois essa é uma característica humana:

Quer isso dizer, a autonomia da Inteligência Artificial é puramente “tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao *software*. Está, portanto, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa. Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição ética, falha a relação de cuidado com o outro.

O estudo realizado pelo CIAPJ/FGV aponta que a IA utilizada pelo TRF-4 possui um acerto médio de 85% nos temas do STJ e STF, portanto, a máquina ainda não tem acerto de 100% o que faz com que a análise humana ainda seja necessária. A questão de maior preocupação são as análises automatizadas para sugestão de minutas e da linha de tomada de decisões que, com o grande volume de trabalho não suprido pelas gestões dos tribunais, acabem por substituir o olhar pessoal e a análise da magistratura, e esses erros passem a ser institucionalizados – o que ensejaria em uma insegurança jurídica.

Um estudo realizado pela pesquisadora do MIT – Instituto de Tecnologia de Massachusetts (em tradução ao Português), Joy Buolamwini, publicado em 2018, identificou disparidades nos sistemas de IA no reconhecimento facial desenvolvidos pela IBM, Microsoft e a empresa chinesa Face Plus Plus, que classificam as pessoas por gênero a partir da captação das imagens. Mulheres de pele mais escura foram o grupo mais atingido com taxa de erro de até 34,7% - diferente da realidade nas análises das imagens de homens de pele mais clara, com taxa de erro inferior a 1% (OBRIEN, 2019).

No Brasil, o sistema de IA para reconhecimento facial utilizado pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, em fase de teste, prendeu uma mulher sentada no calçadão de Copacabana após o sistema tê-la reconhecido como uma fugitiva do sistema penitenciário – mesmo estando a “procurada” presa há 4 anos (WERNECK, 2019).

Essas mesmas notícias são trazidas por Felipe Medon em sua obra que trata especificamente da responsabilidade civil na utilização da IA, e acrescenta que:

A discriminação envolvendo o gênero tem se tornado cada vez mais evidente. Um primeiro exemplo vem do Facebook, que estaria ocultando certos anúncios de empregos para mu-

Iheres, independentemente de suas qualificações, de acordo com auditoria conduzida por pesquisadores independentes da University of Southern California (USC). (MENON, 2022, pp 250-251).

E continua o mesmo autor, dizendo que a “diferença entre a autonomia aqui retratada e aquela do Direito Civil clássico, então, é que a da Inteligência Artificial é puramente tecnológica: um agir independente dos humanos.” (MENON, 2022, p. 132).

Toda atividade que produz consequência na órbita do ordenamento jurídico é passível de gerar danos que leva à responsabilidade civil – um dos assuntos mais discorridos na utilização da IA. Se o sistema é passível de falhas e, pelo que se demonstra, suscetível a fatores discriminatórios, o dano, a meu entender, é *in re ipsa* – e a quem cabe a responsabilidade e o dever de indenizar?

É necessário um debate amplo e aberto sobre a utilização da Inteligência Artificial no Judiciário, levando em consideração não apenas a eficiência e a rapidez do sistema, mas também os valores éticos e os princípios fundamentais dos Direitos Humanos e garantindo que a autonomia da IA não substitua completamente o fator humano, preservando o olhar pessoal e a análise da magistratura. A reflexão ética e a transparência são essenciais para uma utilização responsável e segura da Inteligência Artificial no Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Inteligência Artificial (IA) já está presente no cotidiano, desde assistentes virtuais até carros autônomos, e também no sistema judiciário brasileiro, desempenhando diversas funções. No entanto, o uso dessa tecnologia levanta questões éticas e de regulamentação. Como a IA pode ser controlada e regulada, e quem deve ser responsabilizado por danos causados por decisões automatizadas? Além disso, a capacidade da IA de se autoaperfeiçoar e aprender de forma autônoma é uma preocupação para os operadores do Direito e do Judiciário.

Considerando os desafios que a Inteligência Artificial (IA) apresenta para o Judiciário, é importante que o uso dessa tecnologia esteja alinhado com a preservação dos Direitos Fundamentais. A utilização da IA nos Tribunais Superiores, Regionais e Estaduais precisa ser avaliada com cuidado, a fim de garantir que sua aplicação seja justa e equitativa para todos os envolvidos.

O projeto de lei que se destina a ser o Marco Legal da Inteligência Artificial não resolve a questão da responsabilidade, pelo contrário, pretende atribuí-la diretamente àquele que pode vir a ter a menor capacidade indenizatória, o agente de IA – protegendo do dever de indenizar, as empresas e o próprio poder público – enquanto o texto deveria seguir o exemplo da LGPD e, em certa medida, do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo a responsabilidade e o dever de indenizar, ao responsável pela contratação do serviço de desenvolvimento, implementação, e operação da IA.

O momento indica atenção, pois estamos vivenciando a implementação de um sistema – ainda com seus erros e acertos, que pautará a realidade em sociedade de hoje para o futuro sem escalas, ou seja, de maneira constante, com desenvolvimento constante dessa tecnologia. E, nesse ponto, entendemos que é necessário estabelecermos limites e responsabilidades para resguardar a própria autonomia da sociedade, fazendo com que a IA lhe sirva como ferramenta sempre benéfica, voltada ao resguardo dos valores humanos que lhe são mais caros, incluindo a igualdade e a isonomia, a não discriminação e, jamais, descurando de um tratamento ético.

REFERÊNCIAS

AB2L - Associação Brasileira de Lawtechs e Legal Techs. **Projeto do Marco legal da AI ainda é superficial, apontam especialistas.** Disponível em: https://ab2l.org.br/projeto-de-marco-legal-da-ia-ainda-e-superficial-apontam-especialistas/?utm_campaign=ab2l_news_-edicao_n_149&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em 12 dez. 2021.

BCG – Boston Consulting Group. MIT – Massachusetts Institute of Technology. Global Executives Using AI: 75% Report It Improves Team Culture. **BCG**, on-line, 2 nov. 2021. News. Disponível em <<https://www.bcg.com/press/2november2021-global-executives-using-ai-75-report-it-improves-team-culture>>. Acesso em 12 dez. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21/2020.** Dispõe sobre a obrigatoriedade de adoção de medidas preventivas para evitar a disseminação da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais e de internação de adolescentes, durante a vigência da pandemia. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020.** Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Diário

Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2020. Seção 1, p. 72-74. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>>. Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais

de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. **Superior Tribunal de Justiça – STJ**, on-line: 9 mar. 2021a Notícias. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>>. Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – TST. Inteligência artificial otimiza catalogação de legislação do STF. **Tribunal Superior do Trabalho – TST**, on-line: 16 nov. 2021b. Notícias. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias-fala-setin/-/asset_publisher/ezbATd610oL7/content/id/24876758>. Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – TST. TST e UnB firmam acordo de cooperação para desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial. **Tribunal Superior do Trabalho – TST**, on-line: 22 jul. 2021c. Notícias. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/guest/-/tst-e-unb-firmam-acordo-de-cooperacao-para-desenvolvimento-de-ferramentas-de-inteligencia-artificial>>. Acesso em dezembro de 2021.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA - CEPEJ. Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA - CEPEJ, on-line: 3-4 dez. 2018. Disponível em <<https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>>. Acesso em dezembro de 2021.

CONSULTOR JURÍDICO: CONJUR. Inteligência artificial otimiza catalogação de legislação do STF. **Revista Consultor Jurídico**, on-line, São Paulo, 27 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-27/inteligencia-artificial-otimiza-catalogacao-legislacao-stf>. Acesso em dezembro de 2021.

CORRÊA, Ana Maria. *'I'd Blush if I Could': Is there a place for gender equality in AI?* **KU Leuven**, Leuven, 9 nov. 2021. Disponível em < <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/id-blush-if-i-could/>>. Acesso em dezembro de 2021.

INSTITUTO INNOVARE. Com muita emoção, Prêmio Innovare anuncia vencedores de sua 18ª edição. **INSTITUTO INNOVARE**, on-line: 07 dez. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/noticias/com-muita-emocao-premio-innovare-anuncia-vencedores-de-sua-18a-edicao/122>. Acesso: 18 dez. 2021.

KHODABANDEH, Shervin. FEHLING, Ronny. LA FOUNTAIN, Burt. DURANTON, Sylvain. GEBERT, Philipp. PAETSCH, Annais. REEVES, Martin. How to win with artificial intelligence. **BCG**, on-line: 15 out. 2019, Publications. Disponível em <https://www.bcg.com/pt-br/publications/2019/how-to-win-with-artificial-intelligence-ai>. Acesso em dezembro de 2021.

MEDON, Felipe. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Juspodivm, 2022. 2ª.ed.

OBRIEN, Matt. MIT Researcher Exposing Bias in Facial Recognition Tech Triggers Amazon's Wrath. **Insurance Journal**, on-line: 08 abr. 2019. News. Disponível em <<https://www.insurancejournal.com/news/national/2019/04/08/523153.htm>>. Acesso em dezembro de 2021.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: ONU. Justiça Brasileira avança nas cinco regiões brasileiras. **Nações Unidas Brasil**, on-line: 4 nov. 2021. Notícias. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/156780-justica-40-avanca-nas-cinco-regioes-brasileiras>>. Acesso em dezembro de 2021.

ROQUE, Andre Vasconcelos. SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Migalhas**, on-line 25 nov. 2019. Colunas – Tendências do Processo Civil. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/315821/inteligencia-artificial-na-tomada-de-decisoes-judiciais-tres-premissas-basicas>>. Acesso em 15 dez. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: TECNOLOGIA APLICADA À GESTÃO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**. FGV CONHECIMENTO: Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário

rio. 2020. Disponível em <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf>. Acesso em dezembro de 2021.

SANCHES, Patrícia Corrêa. A tecnologia no direito das famílias e no direito sucessório. In SANCHES, Patrícia Corrêa (coord). **Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. In MEDON, Filipe. **Inteligência artificial e responsabilidade civil**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

WERNECK, Antônio. Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa. **Jornal O Globo**, on-line: 24 mai. 2019. Rio. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundida-com-criminosa-ja-presa-23798913>>. Acesso em 12 dez. 2021.

ZAMPIER LACERDA, Bruno Torquato. A função do Direito frente à inteligência artificial. In BARBOSA, Mafalda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael Neto; FALEIROS JÚNIOR, José (coord.). **Direito Digital e Inteligência Artificial Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

O USO DE DADOS PROTEGIDOS PELA LGPD COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DE FAMÍLIA E O PARADIGMA DAS PROVAS ILÍCITAS

*Adriana Miranda de Vasconcelos**

*Keli Montalvão***

1. BREVES NOTAS SOBRE O USO DE DADOS PROTEGIDOS PELA LGPD COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DE FAMÍLIA E O PARADIGMA DAS PROVAS ILÍCITAS

A família pós-moderna tem-se se estruturado de várias formas, não estando mais limitada às formas matrimoniais ou biológicas, tendo em vista o princípio da afetividade. A tecnologia interfere nas formas sociais e na família, tem-se a possibilidade de compartilhamento do uso dessa e até mesmo apropriação de instrumentos tecnológicos que servem de provas em eventual demanda judiciária.

A partir disso, questiona-se a possibilidade de se utilizar os denominados dados pessoais e sensíveis regulamentados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/2018) como meio de obtenção de prova nas ações de família, mesmo quando essa prova é considerada ilícita pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente.

O presente estudo tem por objetivo geral verificar se há possibilidade de utilização dos dados pessoais e sensíveis como meio de prova no processo de família, considerando o regramento da Lei Geral de Proteção de dados. Na metodologia de estudo, adotou-se a pesquisa exploratória com vertente jurídico-social. Conclui-se que a utilização de dados regulamentados pela LGPD, sem a devida autorização, em demandas judiciais de família, poderá ser aceita pelo juiz diante da ponderação de princípios,

* Mestre em Economia Doméstica pela UFV, pós-graduanda em processo civil pela Faculdade Janssen Arnaldo, advogada. *E-mail:* adriana_vasc@yahoo.com.br

** Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito, pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, advogada. *E-mail:* keli.montalvao16@gmail.com

contudo, isso não afasta a responsabilidade civil e penal da conduta antijurídica sancionada pela Lei Geral de Proteção de Dados.

A tecnologia já faz parte do ambiente doméstico e cada vez mais torna-se instrumento útil para as relações familiares na pós-modernidade. Quantas mensagens são trocadas, quantas fotos são postadas em redes sociais e mais, quantos dados bancários se tem com um clique em um aplicativo de instituição financeira? Quando se reflete sobre o uso dessa tecnologia, necessário se faz também analisar a possibilidade de usar os dados gerados de forma eletrônica em demandas de família.

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (“LGPD”), foi criada com a finalidade de proteger direitos fundamentais, trazendo regramento para o uso e o tratamento de dados pessoais, imputando responsabilidade quando houver violação aos direitos da privacidade e da liberdade por determinado agente.

Considerando todo esse contexto, este estudo questiona a possibilidade de se utilizar os denominados dados pessoais e sensíveis regulamentados pela LGPD como meio de prova nas ações de família, mesmo quando essa prova é considerada ilícita pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Como hipótese para o problema de pesquisa tem-se que, em que pese Tartuce (2020) e Madaleno (2016) e a posição da jurisprudência (RE 402.712, STF, TJRJ, Ag-7.111) entenderem como possível a utilização de provas ilícitas no processo de família em razão da peculiaridade desse ramo, não se concorda aqui com essa linha doutrinária, de forma que a utilização de dados pessoais e sensíveis como meio de prova no processo de família obtidos sem a observância do respeito à privacidade e liberdade e em havendo essa produção de prova considerada ilícita, a parte poderá gerar imputação de responsabilidade na seara cível e, inclusive, penal.

Justifica-se o estudo ora proposto em razão da regulamentação trazida pela LGPD e ainda, por haver necessidade de refletir sobre o direito fundamental à prova e sua vedação quanto à ilicitude. Parte da doutrina, Tartuce (2020) e Madaleno (2016), argumenta que a especificidade do direito das famílias possibilita a aceitação da prova ilícita em razão da ponderação de princípios que envolvem esse ramo do direito. Contudo, acredita-se que essa afirmação necessita ser revisitada em decorrência da imposição do regramento sobre os dados pessoais e sensíveis trazidos pela LGPD.

O estudo tem por objetivo geral verificar se há possibilidade de utilização dos dados pessoais e sensíveis como meio de prova no processo de família, considerando o regramento da LGPD. Pretendendo o presente

trabalho conceituar família na pós-modernidade, analisar o uso de dados e suas implicações na família pós-moderna, definir as provas eletrônicas e digitais, discutir sobre o direito à prova como ainda, discorrer sobre a admissibilidade da prova ilícita nas ações de famílias e as consequências dessa admissão em razão do regramento da Lei Geral de Proteção de Dados.

Para atingir os objetivos citados, foi realizada pesquisa bibliográfica exploratória sobre leis, doutrinas e artigos científicos. Nos dizeres de Severino (2007), compreende-se como pesquisa exploratória aquela que objetiva buscar dados sobre uma determinada área do conhecimento, delimitando com isso os estudos já existentes sobre o objeto de pesquisa.

Diante disso, a referida pesquisa serviu para levantar bibliografia e jurisprudência sobre o uso das provas nas ações de família e suas consequências. Para tanto, realizaram-se buscas em páginas eletrônicas do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Google Acadêmico, consulta aos ementários dos Tribunais de Justiça Estaduais, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Biblioteca Digital denominada de “Minha Biblioteca”, tendo sido utilizadas como palavras-chave as expressões “LGPD” e o “direito de família”, “provas digitais e eletrônicas”, “família e pós-modernidade”, “provas ilícitas”, “valoração das provas”, “direitos fundamentais”, “direito à privacidade”, “direito à intimidade”, “proporcionalidade”, “colidência de direitos”, “dignidade da pessoa humana”, não tendo sido adotado marco temporal quando da realização das buscas.

O estudo desenvolvido partiu da vertente jurídico-social, aquela que compreende o direito como variante dependente da sociedade (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020), isso ocorreu porque, durante toda a pesquisa, buscou-se a compreensão de como a LGPD pode influenciar na obtenção das provas por parte dos integrantes da família pós-moderna. Para alcançar essa análise, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o qual determina a fixação de um problema que norteia toda a pesquisa, visando confirmar ou refutar uma hipótese (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020), tendo sido esse o caminho percorrido durante todo o artigo.

A pesquisa ora realizada é do tipo teórica, a qual é caracterizada partindo de uma análise do material bibliográfico levantado sobre o problema de pesquisa (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2018). Partindo-se desse conceito e considerando que se realizou, durante toda a pesquisa, a análise de conceitos e de referências teórico-doutrinárias sobre o uso de dados nas ações de família e o paradigma da prova ilícita tem-se então, uma pesquisa teórica realizada por meio da análise qualitativa do referencial bibliográfico visan-

do a compreensão aprofundada das consequências da obtenção de provas no caso de violação à LGPD.

O estudo ora apresentado está estruturado em 04 (quatro) tópicos, incluindo-se aqui a introdução e as considerações finais. A seção subsequente a esta refere-se à análise da configuração da família na pós-modernidade e as implicações do uso de dados pelos integrantes da família sem se observar os direitos fundamentais. Em seguida, tratou-se da compreensão do direito às provas e a influência da Lei Geral de Proteção de dados, momento em que se expôs a diferença entre provas eletrônicas e digitais, e a (im)possibilidade do uso das provas ilícitas no processo de família. Por fim, foram explanadas as reflexões finais acerca do estudo.

2. O USO DE DADOS E A FAMÍLIA PÓS-MODERNA

Em razão da popularização da internet e do avanço tecnológico, os integrantes das famílias pós-modernas acessam os dados de seus membros com maior facilidade, vez que as informações bancárias, as compras realizadas via internet, as redes sociais, compartilhamento de *logins*, compartilhamento de plataformas de prestação de serviços, uso de aplicativos e hardware de casa inteligente entre outros recursos, estão acessíveis via celular e, muitas das vezes, esse é também compartilhado entre os filhos, entre pais e filhos e entre cônjuges.

Ao refletir sobre essa realidade, faz-se necessário compreender as formas de família pós-moderna e como os direitos fundamentais da privacidade e da liberdade dos seus integrantes têm sido resguardados, considerando a normatização da LGPD. Dessa forma, passa-se à análise do conceito de pós-modernidade, dos tipos de família pós-moderna, os dados regulamentados na LGPD e suas possíveis implicações aos direitos fundamentais dos participantes das referidas famílias.

2.1. Família pós-moderna

A concepção de família tem mudado com o agir do tempo. Quando se trata da família na pós-modernidade faz-se necessária a análise dos diversos tipos de família, bem como ainda do que se pode entender como pós-modernidade.

Para a definição de pós-modernidade adota-se para esse artigo os estudos de Anthony Giddens (1990), Gilles Lipovetsky (2004), Boaventura de Sousa Santos (2002), Zygmunt Bauman (2001) e Eduardo Carlos Bittar (2014).

Bittar (2014) afirma que não há um consenso para o termo “pós-modernidade”, sendo esse utilizado como “modernidade radicalizada”, “modernidade tardia”, “hipermodernidade”, “modernidade reflexiva”, “modernidade líquida” entre outros. Contudo, nesse estudo adota-se o termo também utilizado pelo autor, qual seja, pós-modernidade para identificar o período de 1968 e seguintes e, então, refletir sobre as influências da pós-modernidade no direito das famílias.

Giddens (1990) assevera que a modernidade radicalizada está embasada no fenômeno da globalização, o qual é a realização das ambições modernas pautadas na dissolução do evolucionismo, desaparecimento da teleologia histórica, reconhecimento da reflexividade constitutiva, junto com a evaporação da posição privilegiada do Ocidente. Percebe-se que, na visão do referido autor, todas as dissoluções impactam no modo de vida das pessoas e, portanto, nota-se que a família também passa pela dissolução de laços de forma mais constante. Daí perceber o aumento do número de separações e divórcios nos tempos pós 1968.

Para Lipovetsky (2004), a hipermodernidade é caracterizada por uma cultura do excesso baseada na televisão, uniformização, monotonia, identificação pelo consumo, o recrudescimento dos espaços públicos, a fraqueza da dimensão do público, a apatia *new-look*, a desertificação de massa, tudo isso influenciando uma espécie de espírito da indiferença no cenário das relações intersubjetivas contemporâneas. Essa indiferença também traz impacto nas relações familiares, tendo a televisão e as redes sociais influenciado a forma de viver das pessoas e suas escolhas.

Já segundo Santos (2002), a pós-modernidade indica uma sociedade que possibilita meios para o exercício da liberdade do desenvolvimento material e moral de todos, o que conseqüentemente concede lugar a problemas sociais. Quando se refletem os problemas sociais no seio familiar, nota-se a terceirização da educação dos filhos, liberdade concedida sem limites, tudo para suprir a ausência dos pais que demandam grande parte do tempo em prol da vida profissional para manter um padrão de vida ditado pela sociedade de consumo.

Bauman (2001) defende que a pós-modernidade deve ser caracterizada como “modernidade líquida”, vez que nessa há mudanças rápidas de comportamento, tendo por consequência relacionamentos marcados pela liquidez e pela lógica do consumo, ou seja, não se prima pela solidez dos relacionamentos, mas sim pelo seu descarte, pela individualidade, o que influencia muito as formas de família no tempo presente.

Embasado nos ensinamentos de Bittar (2014, p. 118) compreende-se a pós-modernidade como:

um fenômeno que se manifesta em diversos âmbitos (econômico, político, social, institucional, familiar etc.) do relacionamento humano, exatamente em função de mudanças profundas na caracterização das crenças e dos valores fundantes das relações que anteriormente sustentavam as feições modernas da intersubjetividade.

Os novos valores da modernidade trouxeram mudanças na forma de composição da família. Desde a Constituição Federal de 1988, temos um conceito de família ampliado, visto que a referida norma trata da família não apenas advinda do matrimônio, como também decorrente da união estável e da monoparentalidade. Para Ana Carolina Brochado Teixeira (2020), a partir da Constituição de 1988, tem-se a modificação da família reconhecida até então como instituição para aquela demarcada como instrumento, ou seja:

altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como reunião formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para definição flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização existencial e o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEIXEIRA, A., 2020, p. 3).

As formas de composição de família não se limitaram às descritas na Constituição de 1988, tendo a família se estruturado de diferentes formas, passando o Direito tratar não mais do Direito **de** Família, mas sim do Direito **das** Famílias. Ressalte-se que as novas formas de estruturação das famílias não estão contempladas em leis, mas passam a existir em razão dos valores da pós-modernidade e então, conforme dispõe Calderón (2017), o Direito das famílias passa a ter por objeto não mais a família como instituição, mas sim o sujeito, como pessoa e ainda esse autor assevera que no direito de família pós-moderno “o interesse primordial deve ser a realização existencial de cada um dos integrantes de família” (CALDERÓN, 2017, p. 6), corroborando, assim, com o posicionamento de Teixeira, A. (2020).

Destaca-se que essas novas formas de famílias se pautam principalmente na afetividade, entendida essa como um princípio do Direito das

Famílias, o qual prima pela relação de afeto entre os sujeitos da relação familiar, diferentemente do que ocorria em tempos remotos que a família era pautada apenas no matrimônio. As famílias pós-modernas podem se estruturar com base na afetividade, mantendo os vínculos biológicos, registraiis ou matrimoniais. Contudo, esses últimos vínculos não precisam necessariamente existir para se configurar família, visto que nas uniões livres e nas filiações socioafetivas não se tem o vínculo registral ou biológico. Já quanto às procriações assistidas, em que os pais biológicos não mantêm vínculos com seus filhos, também se tem a caracterização de família, conforme exposto por Calderón (2017). Em todas essas formas de família se tem resguardados os direitos decorrentes da relação familiar, de acordo com as decisões dos tribunais brasileiros como é também com as uniões homoafetivas e embora não contem com respaldo legal, os tribunais reconhecem o direito dos conviventes destas uniões à sucessão, pensão alimentícia e outros direitos decorrentes da relação familiar. Ou seja, o vincular familiar é reconhecido pela jurisprudência.

Madaleno (2020), Teixeira, A. (2020) e Calderón (2017) apontam como formas de famílias na pós-modernidade a matrimonial, a informal, a monoparental, a anaparental, a reconstituída, a paralela ou união poliafetiva, a natural (extensa ou ampliada), a substituta, a eudemonista e a homoafetiva.

Por família matrimonial entende-se aquela formada por meio do vínculo do casamento, enquanto a família informal é aquela que se formou sem o laço do casamento e, atualmente, denominada de união estável.

A família monoparental é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como aquela formada por um dos genitores e sua prole, conforme preceitua o art. 226, § 4º do referido instituto legal. Diferentemente dessa, encontra-se a definição da família anaparental, a qual não possui um ascendente, mas sim a presença de parentes, consanguíneos ou não, que por afeto e por vontade desejam conviver como família, o que ocorre, por exemplo, na convivência de irmãos, conforme apresenta Madaleno (2020).

Família reconstituída, também denominada de mosaica ou pluriparental, é aquela que, conforme Grosman (2000 *apud* Madaleno, 2020, p. 11), é "(...) originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente".

Grandes polêmicas gera a união poliafetiva, que de acordo com a definição de Madaleno (2020, p. 25), é:

integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infêis quando homens e mulheres convivem abertamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas. Vivem todos em notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto.

Quanto à família natural, essa vem normatizada pela Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual reconhece como família natural a formada por genitores e sua prole. O Estatuto também normatiza a família extensa ou ampliada, configurada pela presença de parentes próximos, ou seja, além dos pais, com os quais a criança mantém vínculos de afeto, afinidade e convivência – art. 25 do ECA. Embasada no artigo 28 do ECA, a família substituta é aquela que, apesar de não possuir vínculo de parentalidade com a criança, a recebe por meio da adoção.

O termo família eudemonista caracteriza a família que busca a felicidade individual, sem necessariamente gerar filhos, visando a emancipação dos seus membros e a afetividade entre eles.

E por fim, tem-se a família homoafetiva, a qual é definida como a relação afetiva entre casais do mesmo sexo, tendo esse tipo de forma familiar pós-moderna alcançado vários direitos como o de poder adotar criança, ser reconhecido como sujeitos de direitos na sucessão do parceiro, ser incluído como beneficiário da pensão por morte e outros.

Em que pese a apresentação desses tipos de estrutura familiar pós-moderna trazidos pela doutrina, ressalta-se que o conceito de família é de tipologia aberta, conforme dispõe Teixeira,

A. (2020), e por isso, há a possibilidade de se ter outras formas de família que não aquelas descritas nesse estudo. Ademais, ressalta-se a importância de se analisar a influência dos valores e crenças construídos na pós-modernidade e a constituição das famílias.

2.2. Os dados regulamentados na LGPD e suas possíveis implicações aos direitos fundamentais dos participantes da família pós-moderna.

Com o advento da Lei nº 13.709/2018, a denominada LGPD, passa-se a ter uma regulamentação para a proteção e o tratamento de dados, com a

finalidade de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

Ressalte-se que, no Brasil, a LGPD não é uma lei pioneira em proteção de dados, isto porque, no ordenamento jurídico brasileiro, já existem normas sobre o sigilo das correspondências e comunicações, inclusive o sigilo bancário, dispositivos de vedação de divulgação de informações do consumidor e outras.

A LGPD é um marco importante porque dispõe sobre a proteção dos dados pessoais e sensíveis, a responsabilidade dessa conduta e eleva a proteção dos dados ao status de direito fundamental, nos termos do seu art. 2º.

Conforme explicam Sanches e Lamosa (2020), ao preencher cadastros com o intuito de fornecer dados como CPF, gênero, profissão, data de nascimento, raça, preferências e outros, tal situação era caracterizada como simples recepção de dados, sem ônus, contudo, após a edição da LGPD, essa mesma situação torna-se uma responsabilidade da pessoa jurídica ou do prestador de serviços, a quem se confiou os dados, o dever de cuidado e guarda desses. Ainda neste sentido, acrescentam as retromencionadas autoras que:

reconhecer os dados pessoais, inclusive os sensíveis, como direito fundamental da personalidade é garantir ao cidadão a possibilidade de controle, a segurança e a preservação de sua intimidade e de seus dados mais particulares. Concordar com os termos não poderá mais significar doação ou transferência irrestrita de direitos, haja vista a responsabilidade de quem os recebe, o dever de respeito e a obrigação de proteção (SANCHES; LAMOSA, 2020, pp. 4-5).

O direito fundamental à privacidade está normatizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XII, no Pacto de São José da Costa Rica, art. 11 como também, preceituado na Constituição Federal, art. 5º, X, XI e XII, a qual determina o respeito à intimidade e à vida privada. Nos dizeres de Moraes (2021), os referidos direitos estão interligados, contudo, a intimidade se refere às relações subjetivas e de trato íntimo como as relações familiares e de amizade, já a vida privada está voltada para os aspectos objetivos como as relações trabalhistas, consumeristas.

A LGPD, ao normatizar a proteção e o tratamento de dados, o fez distinguindo os dados em 2 modalidades: dados sensíveis e dados pessoais, sendo estes contemplados no art. 5º, inciso I, como “as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018). Tem-se

como exemplo desse tipo de dados os relacionados à profissão, os cadastrais concedidos em meio eletrônico ou não, hábitos de consumo, nacionalidade, gastos e outros. Já dados pessoais sensíveis, no mencionado artigo, em seu inciso II, se caracterizam como aqueles referentes a “(...) origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, Lei nº 13.709, 2018).

A partir dessas definições, tem-se que, no ambiente familiar, a vida íntima e a privacidade dos membros da família, quando da utilização das tecnologias digitais, são comumente expostas, visto que em vários aplicativos como os de jogos e redes sociais, por exemplo, aparecem os perfis de cada membro da família, gostos, produtos pesquisados para possíveis compras, interesse de viagens e o que se pode perceber neste caso é estarem os dados pessoais e sensíveis em constante exposição e, conseqüentemente, tendo implicações nos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Como descrevem Sanches e Lamosa (2020, p. 2), “a cada postagem, a cada clique, a cada *like*, a cada pesquisa, a cada vazamento, a sua privacidade e a de sua família podem estar sendo utilizadas e monetizadas, sem a sua necessária e expressa autorização”, configurando assim a necessidade de responsabilização daqueles que obtêm esses dados com o fim de evitar até mesmo a comercialização deles, sejam pessoais ou sensíveis.

Ademais, reflete-se a possibilidade de violação desses direitos fundamentais pelos próprios participantes da família, como por exemplo, a invasão, via dispositivos tecnológicos, para gravação de conversas realizadas por um determinado membro da família, acesso aos dados bancários de qualquer um da família ao descobrir a senha utilizada em aplicativo de instituições financeiras ou ainda, habilitação do “Google Maps” no celular alheio para saber os locais que frequenta, tudo isso sem a ciência do integrante da família. Nessas situações, questiona-se se esses dados, acessados de forma não autorizada, poderiam ser utilizados para demonstração de patrimônio em um eventual divórcio ou, ainda, comprovação dos gastos excessivos que contribuiu para o endividamento da família e responsabilização do patrimônio dessa em eventuais execuções, lembrando que os dados foram todos obtidos no ambiente familiar de colaboração informativa, intencional ou não.

Considerando o questionamento, pensa-se que tais dados, como são considerados pessoais e estão sob proteção legal, em caso de uso terão

como consequência a responsabilização, pois há violação da privacidade, direito esse elevado à categoria de fundamental dado o grau de sua relevância para a vida humana.

Insta expor que essa responsabilização não ocorre somente em razão das normatizações contidas na LGPD, pois a responsabilização civil por danos advindos de violação a direitos fundamentais já é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a LGPD, ao definir os dados como sensíveis e pessoais, permite ampliar a configuração da violação pelo uso indevido dos dados e eleva a proteção deles ao status de direito fundamental. Logo, tem-se a violação de um direito fundamental quando se obtém, de forma não consentida, dados pessoais e/ou sensíveis em razão do uso da tecnologia ou não.

A responsabilidade pelo uso indevido dos dados não se limita à esfera civil, vez que o Código Penal, em seu art. 154-A, dispõe como conduta ilícita a invasão de dispositivo informático ao prever que:

invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (BRASIL, CP, 1940)

Em análise a esse dispositivo Greco (2019, p. 266) afirma que o bem jurídico tutelado é a “liberdade individual e o direito à intimidade configurados na proteção da inviolabilidade dos dados e informações existentes em dispositivo informático” como ainda, dispõe que o núcleo da conduta, “invadir”, pode ser compreendida como o ato de violar, penetrar, acessar.

Para a averiguação da conduta ilícita, a vítima deverá realizar a representação, visto que o art. 154-B do Código Penal configura o crime de invasão de dispositivo informático como de ação penal pública condicionada, quando o crime não é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Neste mundo tecnológico, os integrantes da relação familiar, considerados “família” em qualquer das formas de estruturação na pós-modernidade, não estão alheios à responsabilização pelo uso indevido dos dados. Cabe ao Poder Judiciário, quando do recebimento desse tipo de prova em

seus procedimentos, verificar se tais provas devem ser acolhidas, considerando sua possível ilicitude quando da obtenção e, ainda, considerar que a proteção de dados pessoais e sensíveis foi elevado à categoria de direito fundamental, nos termos do art. 2º da LGPD.

3. O DIREITO À PROVA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA E A INFLUÊNCIA DA LGPD.

Considerando a peculiaridade do ramo do direito de família, conforme lições de Madaleno (2016), tem-se que as provas produzidas nas ações de família recebem um tratamento diferenciado, podendo até mesmo ser admitidas provas ilícitas, desde que essas se mostrem necessárias para a justa decisão. A partir disso, apresenta-se a reflexão sobre a possibilidade de os juízos de família continuarem a utilizar-se das provas ilícitas quando essas são obtidas, sem consentimento, e tratam de dados, pessoais ou sensíveis, protegidos pela LGPD, ressaltando a caracterização da proteção desses dados como direito fundamental.

3.1. Provas digitais e eletrônicas

Antes de tratar do estudo sobre as provas digitais e eletrônicas, necessita-se conceituar “provas” e, conforme ensinamentos de Neves (2020), a conceituação de provas na doutrina não é tema pacífico, visto que o termo também é utilizado em outras ciências. O referido autor dispõe que o termo provas pode ser utilizado em várias acepções como é o caso de significar convencimento do juiz, o próprio meio de prova, atos que objetivam convencer o juiz e outros.

Neves (2020, p. 708) demonstra a variabilidade de entendimento na doutrina quanto ao conceito de provas:

Há doutrinadores que preferem conceituar provas como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar a verdade relativas às alegações de fatos que são relevantes para o julgamento.

Apesar dessa variedade de definições, importantes lições apresenta Theodoro Júnior (2020) ao conceituar provas utilizando dois sentidos, o objetivo e o subjetivo, vejamos:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar provas no processo:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);

b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 843).

Já para Dinamarco, Badaró e Lopes (2020, p. 427), “prova é a demonstração, no processo, da veracidade das afirmações de fato relevantes para o julgamento. Provar é demonstrar essa veracidade (...)”.

Os conceitos anteriormente expostos têm por objetivo apontar essa ideia geral do que sejam as provas no processo civil. Destaque-se que as provas possuem um objeto, qual seja, as alegações dos fatos mencionados quando do peticionamento, logo, não se objetiva a prova dos fatos, mas sim das alegações. Como dispõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021, p. 261):

(...). É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da *veracidade da alegação do fato*. (grifos dos autores).

Nas ações de família, o objeto da prova permanece sendo as alegações dos fatos, apesar da peculiaridade dessa seara. Contudo, aponta-se que a verificação dessas alegações deve ter um cuidado ainda maior do julgador, pois, como assevera Madaleno (2004, p. 46), “na jurisdição familiar, como a insana vingança (...)”, ou seja, existe nesse ramo do direito privado a ideia do litígio como forma de vingança e de aborrecimento.

O cuidado que se deve ter ao empregar as provas digitais e eletrônicas nas demandas de família é a verificação da forma como foi obtida, pois essas devem ser utilizadas, desde que se respeite o direito à privacidade, intimidade, principalmente nas demandas familiares dada a sua especificidade.

3.2. O direito fundamental à prova

Em que pese a Constituição de 1988 não prever de forma expressa o direito à prova, esse, nos dizeres de Dinamarco, Badaró e Lopes (2020), está incluído nas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direitos esses caracterizados como fundamentais nos termos do art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

A partir da ideia do processo justo, entendido como aquele que se embasa nos princípios do devido processo legal, abarcado pelo contraditório e pela ampla defesa, encontra-se o direito à prova, o qual garante o exercício da tutela jurisdicional e que nos dizeres de Neves (2020) alcança patamar constitucional no processo civil, sendo reconhecida pela maioria da doutrina como um direito fundamental. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021) corroboram com esse entendimento ao expor que, quando o Estado possibilita ao particular provocar a jurisdição na hipótese de lesão ou ameaça a direito, garantindo o contraditório e a ampla defesa, configura aí o direito constitucional à prova, tanto é assim que o art. 369 do Código de Processo Civil (CPC/2015) expõe que todas as partes têm direito de utilizar-se dos meios de provas admitidos em direito.

Ademais, como expõe Brito (2011) apud Theodoro Júnior (2020, p. 845), “não é, de fato, possível o exercício da ampla defesa sem concurso do direito fundamental à prova, já que, dentro do processo justo, idealizado no âmbito da Constituição, o ato de provar constitui ‘projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório’” (grifos do autor).

Ao refletir sobre o direito à prova como um direito fundamental, aplica-se àquele as características dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam, universalidade, historicidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Quanto à característica da limitação ao direito fundamental à prova, Dinamarco Badaró e Lopes (2020) asseveram que o direito fundamental à prova não pode ser considerado absoluto, encontrando limitações na própria Constituição quando da vedação da produção de provas ilícitas como também no ordenamento infraconstitucional como é o caso da normatização para o adequado momento de requerê-las e produzi-las, determinação da relevância e pertinência das provas.

Esse direito à prova tem por finalidade a busca da verdade, ou seja, da verdade possível, definida essa na visão de Neves (2020, p. 710) como “a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais”.

Em que pese a demonstração das limitações ao direito fundamental à prova, considerando a seara do direito das famílias, tem-se um tratamento peculiar à limitação da vedação à produção das provas ilícitas, permitindo-se essas, desde que se mostrem necessárias para a justa decisão, conforme será aprofundado nesse estudo.

Pensar sobre o direito fundamental à prova é realizar uma interpretação extensiva aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal como também, à inafastabilidade da tutela jurisdicional para considerar o direito à prova como um direito fundamental, apesar de não haver previsão expressa desse na Constituição Federal de 1988.

3.3. Força probatória das provas digitais e eletrônicas nas ações de família

Considerando a normatização do art. 369 do CPC/2015 que dispõe sobre a possibilidade de as partes empregarem todos os meios legais e os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, para provar suas alegações, tem-se que os documentos eletrônicos e os digitais também são considerados meios de provas, tendo o CPC tratado, em sua sessão sobre provas, dos documentos eletrônicos – arts. 439 a 441. Ademais, antes desse permissivo legal, o Código Civil vigente, em seu art. 225, já considerava as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, as reproduções mecânicas ou eletrônico como fonte de provas, se a parte não impugnar a exatidão.

O documento eletrônico não se confunde com o documento digital apesar de serem muitas vezes tratados como similares. O CONARQ (Conselho Nacional de Arquivos) (*apud* Teixeira, 2020, p. 91) define documento eletrônico e digital da seguinte forma:

na literatura arquivística internacional, ainda é corrente o uso do termo “documento eletrônico” como sinônimo de “documento digital”. Entretanto, do ponto de vista tecnológico, existe uma diferença entre os termos “eletrônico” e “digital”. Um documento eletrônico é acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico (aparelho de videocassete, filmadora, computador), podendo ser registrado e codificado em forma analógica ou em dígitos binários. Já um documento digital é um documento eletrônico caracterizado pela codificação em dígitos binários e acessado por meio de sistema computacional. Assim, todo documento digital é eletrônico, mas nem todo documento eletrônico é digital (...). Exemplos: 1) documento eletrônico: filme em VHS, música em fita cassette; 2) documento digital: texto em PDF, planilha de cálculo em Microsoft Excel, áudio em MP3, filme em AVI (grifos do autor).

Diante dessa definição, tem-se que documentos eletrônicas e digitais não devem ser considerados como sinônimos, contudo, ambos são admitidos como meio de prova para o processo civil.

Quanto à veracidade dos documentos eletrônicos e digitais, quando esses são produzidos por meio de Certificado de Chaves Públicas, esse mecanismo concede aos referidos documentos a presunção de veracidade e autenticidade, nos termos do art. 10, § 1º da Medida Provisória nº 2.200/2001, a qual instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), tendo por finalidade “para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras” – art. 1º da Medida Provisória nº 2.200/2001.

Caso o documento eletrônico ou digital não tenha sido elaborado com a certificação das chaves públicas ainda assim é possível verificar a sua autenticidade e integralidade por meio de perícia em computadores, na qual se faz a análise das informações contidas no disco rígido, conforme dispõe Pinheiro (2016) asseverando ainda que, independentemente se o documento for confeccionado no sistema eletrônico ou no tradicional, não será possível ter integral certeza da sua autenticidade, contudo, é possível atribuir confiabilidade nesses sistemas.

Em relação às ações de família, rotineiramente, tem-se a apresentação de *prints* de *WhatsApp*, redes sociais, aplicativos de instituições financeiras e outros recursos digitais. A partir disso, reflete-se sobre a força probante desses documentos sob a óptica do tratamento de dados conferidos pela LGPD e outra solução não há se não, quando da apresentação desses tipos de documentos, necessário se faz verificar se tratam de dados pessoais ou de dados sensíveis e a forma como foi obtida a documentação do fato, pois como mencionado anteriormente, caso esses dados tenham sido obtidos sem consentimento gerará a responsabilidade na seara civil e penal, bem como, poderá ser reconhecida como prova ilícita e caberá ao juiz realizar a ponderação para admitir ou não essas provas, considerando a especificidade da seara familiar.

Não sendo hipótese de dados utilizados sem o consentimento do seu proprietário, o Poder Judiciário Brasileiro vem admitindo os *prints* de conversas, via *WhatsApp*, como também, documentação de redes sociais como provas nas ações de família, como se pode verificar na decisão da 5ª vara da família e sucessões da comarca de São Paulo, no ano de 2014, na

qual houve o deferimento liminar de alimentos gravídicos embasado em uma conversa WhatsApp. (GAIO JÚNIOR, 2019, p. 96). Tem-se ainda a decisão do STJ, em Recurso Especial, a qual suspendeu o mandado de prisão de um devedor de alimentos em razão de uma conversa no WhatsApp em que a alimentante afirma não necessitar dos alimentos, tendo o relator considerado válida a renúncia ao direito aos alimentos, conforme apresentado por Gaio Júnior (2019, p. 96).

Reforça-se que o entendimento apresentado se refere a casos que envolvem integrantes de família. Todavia, o STJ tem reforçado o entendimento de não ser possível a utilização de *prints* de *Whatsapp*, pois como essas mensagens podem ser excluídas e não deixam vestígio, não se pode verificar a cadeia de custódia da prova. Em razão disso, a Sexta Turma, em análise ao acórdão proferido no RHC 79.848, entendeu que “as mensagens obtidas por meio *do print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web devem ser consideradas provas ilícitas e, portanto, desentranhadas dos autos” (BRASIL. STJ, 2021). Essa decisão referiu-se a uma ação penal, mas que poderá ter repercussões nas ações civis, com exceção das causas de família, em razão das peculiaridades dessas causas.

A partir disso, demonstra-se que os Tribunais se posicionam de forma diferenciada quando se trata de provas obtidas em causas de família, sendo permitido o uso de *prints* como meio de prova, dada a peculiaridade desse ramo do direito.

Quanto ao uso de gravações telefônicas obtida por uma das partes, os tribunais brasileiros o vêm admitindo quando uma das partes é integrante da conversa telefônica, especialmente com o fim de resguardar direitos, não sendo esse ato considerado interceptação, como pode ser verificado no RE 402.712, STF/2018, que assim dispõe:

Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5.º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefô-

nica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou” (BRASIL, STF. RE 402.717, 2.^a Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.12.2008, DJe-030 apud TARTUCE, 2019, p. 172).

Confirmando esse entendimento têm-se a decisão TJRJ que determina que:

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização” (Barbosa Moreira, TJRJ, Ag-7.111, RBDP 43/137 apud TARTUCE, 2019, p. 174).

Quanto ao uso de provas obtidas de arquivos do computador doméstico, conforme explana Tartuce (2019, p. 134) sobre o julgado do TJSP (AI 640.441.4/4, Ac. 3704758/São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, j. 16.06.2009, DJESP 11.08.2009) considerou que a prova documental foi produzida de forma idônea “(...) porquanto extraída de arquivos de computador da família; neste caso vislumbrou-se haver uma presunção de compartilhamento de dados apta a mitigar o sigilo do seu conteúdo”. A decisão pode servir de argumentação para possível impressão de conversas, via *WhatsApp*, vez que esse pode ser aberto em computador, excluindo assim a caracterização da ilicitude.

Quanto às decisões colacionadas, percebe-se que a ilicitude das provas foi afastada porque havia uma comunhão de informações, ou seja, ou uma das partes participava ou o instrumento utilizado para a obtenção da prova era comum, de uso da família, ou seja, eram informações disponíveis no núcleo familiar.

Em relação às provas obtidas em redes sociais, aplicativos de mensagens e outras contraídas em meio digital, considera-se que essas possuem força probatória, mas a utilização dessas provas deve ocorrer se houver licitude na obtenção e observância ao respeito ao direito à privacidade, sob pena de responsabilidade na seara civil e penal, nos termos da LGPD e do Código Penal.

Na hipótese de ser necessário acessar o celular de terceiros para a comprovação de um fato na seara familiar ou em outras demandas, o mais reco-

mendável é solicitar ao juiz a autorização para a obtenção da prova justificando os motivos para a obtenção das provas, o que se evitará possível violação ao direito à privacidade, o qual tem proteção de direito fundamental.

4. (IM)POSSIBILIDADE DO USO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DE FAMÍLIA

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 reavivou o debate da utilização das provas ilícitas nos processos de família, em razão da proteção dos dados pessoais e sensíveis que, porventura, sejam violados durante a instrução probatória.

É inegável que no atual Direito das Famílias os dados de seus membros são compartilhados, especialmente, pelo uso constante da tecnologia.

Ao tratar da prova é importante compreender quais são os limites do Poder Judiciário e das partes quanto à violação de dados utilizados como meios de prova.

Assim, faremos uma análise quanto à utilização das provas no âmbito do processo civil, bem como os critérios observados para a hipótese de flexibilização da proibição constitucional acerca da ilicitude.

4.1 Processos de família e a utilização das provas ilícitas – teoria dos frutos da árvore envenenada

A temática envolvendo a utilização das provas ilícitas encerra discussões na doutrina e na jurisprudência, em virtude das características e especialidades próprias das questões relacionadas ao Direito das Famílias.

A prova é o meio utilizado para formação da convicção do Juiz no momento do julgamento. Tanto é que na apuração dos fatos, ao apreciar a prova em busca da verdade real, o juiz deverá indicar e fundamentar as razões de sua decisão (Princípio constitucional da fundamentação das decisões – art. 93, inciso IX, CF/1988), de forma a exercer a jurisdição de maneira transparente e equilibrada.

A atividade processual probatória destina-se à demonstração da existência e veracidade dos fatos arguidos pelas partes, dispensando-se a prova somente quando o fato é notório, incontroverso ou quando houver presunção legal de existência ou veracidade.

Diversos são os meios de provas a serem produzidos no processo, haja vista que o Código de Processo Civil/2015 não contém rol taxativo sobre o assunto e para análise e mensuração do caso concreto, as provas tí-

picas e/ou atípicas são em princípio lícitas, e influenciam o convencimento do juiz quando de sua decisão.

Esta breve abordagem é relevante, porque o legislador constitucional, ao cotejar o direito material com o Princípio da busca da verdade real, conferiu especial proteção ao direito material, admitindo, como regra, apenas as provas obtidas licitamente.

Assim, a proibição do uso das provas obtidas por meios ilícitos decorre de imperativo constitucional, tratando-se de garantia fundamental da pessoa humana, como corolário do exercício do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LVI, da CF/1988).

No mesmo sentido é a legislação infraconstitucional, pois o artigo 369 do CPC/2015 estabelece que as partes possuem o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se fundamenta o pedido ou a defesa.

Por sua vez, o artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP/1941) enuncia serem inadmissíveis as provas ilícitas, assim definidas como aquelas que forem obtidas em violação à norma constitucional ou legal. Em seu § 1º arremata que também não são admitidas as provas derivadas das ilícitas, com fundamento na construção jurisprudencial americana, denominada teoria do fruto da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Isso significa que se a prova originária é ilícita, as derivadas também o são, devendo ser rechaçadas pelo juiz. Ademais, da leitura de tais dispositivos, infere-se a existência de duas categorias de ilicitude a serem consideradas, quais sejam: as provas ilegítimas e as provas ilícitas.

Partindo do conceito apresentado pelo Código de Processo Penal/1941, verifica-se que as provas ilícitas são aquelas obtidas ou introduzidas no processo ao arrepio de norma de caráter material. As provas ilegítimas são, por sua vez, são aquelas obtidas ou produzidas mediante a violação de uma regra processual.

Nesse sentido, em decisão proferida em sede de reclamação, o Superior Tribunal de Justiça assentou que:

(...) A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional. (STJ; Rcl 36.734; Proc. 2018/0285479-8; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; Julg. 09/02/2021; DJe 10/02/2021)

Tanto a doutrina e a jurisprudência reconhecem que as provas ilegais podem ser consideradas ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais bem como quando versarem sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir seu ingresso ou exclusão no processo, enquanto a prova ilegítima gera a nulidade.

Colhem-se das pesquisas realizadas que, nos processos cíveis e penais, malgrado a distinção doutrinária acerca da ilegitimidade e da ilicitude, as provas serão reputadas ilícitas independentemente da natureza da norma jurídica infringida, adotando-se, portanto, para fins probatórios, a ilicitude em seu conceito amplo. Exsurge-se, então, que a diretriz da teoria dos frutos da árvore envenenada é a mesma para todo ordenamento jurídico.

No que tange aos processos de família, é relativa a questão sobre a inadmissibilidade da prova ilícita, porque o conceito de verdade no processo civil difere da definição expressa pelo processo penal, dada as diferentes realidades tratadas em cada um destes processos.

Em linhas gerais, no processo penal, o bem jurídico de relevo é o direito à liberdade e a presunção de inocência, de sorte que o acusado tem o direito constitucional de permanecer calado e não é obrigado a dizer a verdade. Lado outro, no processo civil, as partes tem o dever de dizer a verdade (art.77, inciso I, do CPC/2015) e, a despeito da relevância dos direitos envolvidos nesta área, nada impede que haja um julgamento com base na verossimilhança e de acordo com as convicções judiciais extraídas do processo.

Admitindo o uso da prova ilícita em virtude da relativização da proibição constitucional, percebe-se que o elemento balizador da (i)licitude não está atrelado apenas à prova principal. A prova obtida por meio ilícito pode ensejar outra, com a qual esteja intimamente vinculada. Ocorrendo tal circunstância, tem-se que a prova por derivação também será ilícita, como consequência lógica do reconhecimento do Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O § 1º do artigo 157 do CPP/1941 preconiza que as provas ilícitas por derivação não serão aceitas, salvo se não evidenciado o nexo de causalidade quanto à prova principal ou quando puderem ser obtidas por uma fonte independente.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo assenta: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, CPP, 1941).

Importa consignar que de acordo com o Enunciado nº 301 do Fórum Permanente de Processualistas, os parágrafos 1º e 2º do artigo 157 do CPP são aplicados, por analogia, ao processo civil, cujas exceções afastariam a ilicitude da prova (FÓRUM PERMANENTE... 2015, p. 45).

Consequentemente, a prova derivativa pode ser considerada autônoma, quando restar possível a desassociação do nexo de causalidade e a fonte independente. Uma vez desvinculada da principal, a prova será lícita e não terá o condão de anular o processo ou ser retirada dos autos.

Porém, mesmo diante desta construção, no universo privativo das famílias, ainda que determinada prova (principal ou derivativa) continue ilícita, esta poderá ser levada em consideração quando a gravidade e a relevância do direito assim autorizar.

A Constituição Federal de 1988 declara o direito à obtenção e produção de provas lícitas como um direito fundamental. Todavia, observando-se que nenhum direito fundamental é absoluto, torna-se possível a relativização deste preceito, quando no confronto de direitos da mesma estatura constitucional, se realça outro, de maior relevância.

Nessa hipótese, sobretudo no âmbito do Direito das Famílias, vem sendo admitida a utilização da prova ilícita, de forma excepcional, por conta da natureza dos direitos e interesses envolvidos no processo.

Na prática, há situações extremadas, envolvendo violência doméstica ou alienação parental, por exemplo, em que se torna impossível a obtenção lícita da prova, justamente porque os ilícitos cíveis e penais acontecem no recôndito da família, onde se fundem as noções de privacidade e intimidade de seus integrantes.

Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana ganha relevo por pertencer à classe dos direitos fundamentais de primeira dimensão, possuindo inegável preponderância em relação à inviolabilidade da vida privada.

A excepcionalidade da medida será verificada no caso concreto pelo juiz, mas é uníssona a compreensão da doutrina e dos tribunais brasileiros sobre o uso da prova obtida por meio ilícito, flexibilizando-se, inclusive, a teoria dos frutos da árvore envenenada, para também permitir o uso da prova ilícita por derivação.

Assim, quando a parte não dispuser de outro meio para demonstrar a veracidade e a ocorrência dos fatos, o julgamento da causa pode levar em conta uma prova ilícita que tenha sido carreada ao processo.

Portanto, a inadmissão da prova ilícita e seus derivativos cedem passo à proteção de um bem jurídico de maior valor. Nos processos de família,

o Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana permite a relativização da restrição probatória imposta pela Constituição Federal, para salvaguarda de direitos fundamentais de maior relevância.

4.2. *Valoração da prova pelo magistrado e o Princípio da Proporcionalidade*

Uma das grandes complexidades a serem enfrentadas no campo do Direito das Famílias envolve a valoração das provas, pois como discorrido anteriormente, via de regra, é proibida a utilização das provas obtidas por meios ilícitos nos processos em geral.

Entretanto, devido ao elevado grau de complexidade das relações jurídicas que se conformam nos processos de família, o Princípio da proporcionalidade será sempre um condutor de análise e reflexão do magistrado, para se buscar a superação de obstáculos legais, a fim de possibilitar a prestação jurisdicional de forma mais justa e eficiente.

Os princípios são *standards* jurídicos, pois são normas abrangentes e genéricas que regem todo ordenamento jurídico. São instrumentos hábeis a ensejar o balanceamento de valores e interesses, conforme o peso dos direitos envolvidos através da ponderação a ser realizada em cada caso concreto.

Além disso, os princípios guardam relação com os valores e geralmente são extraídos a partir de uma interpretação sistêmica, com o escopo de buscar a promoção da justiça e do bem-estar social. Distinguem-se das regras em razão do grau de universalidade e importância dentro do ordenamento jurídico positivo.

Ressalta-se que os princípios constitucionais desbordam em todas as áreas do Direito, de sorte que quando dois deles recaem sobre o mesmo fato, a ponderação será invocada para que se garanta a maior eficácia possível aos direitos fundamentais debatidos no processo.

A proporcionalidade, portanto, é um princípio a ser usado pelo julgador, a qual inclusive prevalece sobre o princípio da estrita legalidade, porque além da segurança jurídica, também impede a ocorrência de abusos e imparcialidades.

A respeito, Bonavides (2006, p. 434) pontua que:

em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão dos excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo vigor, no uso jurisprudencial.

Isso significa que o Princípio da proporcionalidade encerra, em sentido estrito, verdadeiro sistema de valoração, em que o julgador equilibra os direitos individuais com os anseios sociais, de maneira que ao se garantir um determinado direito, certamente outro será restringido.

Este método de interpretação faz todo sentido no direito das famílias, pelo fato de equilibrar direitos, não só em relação à atuação do Estado, mas precipuamente no âmbito das relações privadas debatidas nos processos judiciais.

Neste passo, a valoração das provas conforme a proporcionalidade e os princípios constitucionais será primordial à formação do convencimento do juiz, no intuito de conciliar as normas jurídicas à realidade fática e social das pessoas.

A Constituição Federal (CF/1988) veda o uso de prova ilícita e o artigo 369 do CPC/2015 assegura aos litigantes, o direito de empregar os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa.

Note-se, assim, que as decisões judiciais, em princípio, estão calcadas em provas lícitas, até porque a regra mencionada fixa limites aos meios probatórios (meios legais e moralmente legítimos) e aponta a verdade como objeto da prova.

Ao tratar da verdade a ser explorada no processo, Neves (2016) ensina que a distribuição da justiça se faz por meio de uma prestação jurisdicional de qualidade, de forma que havendo alguma barreira à obtenção da verdade absoluta, o julgador deve se ater à realidade do caso.

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, o que se procurará, no processo, é a obtenção da verdade possível. Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais (NEVES, 2016, p. 644).

Desta feita, como regra geral, o Estado Juiz deve garantir a lisura das provas, impedindo indevida lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos, tais como a privacidade, intimidade, sigilo dos dados etc.

No entanto, importa considerar que ao lado do direito à prova lícita caminham outros direitos igualmente resguardados pela Constituição Federal de 1988, que deverão ser criteriosamente examinados quando do exercício da atividade estatal, como já ressaltado.

Nos processos de família, o julgador enfrenta o grande desafio de fazer a valoração dos fatos e das provas apresentadas pelas partes, porque a especialidade dos direitos e interesses envolvidos nem sempre são resolvidos com a mera aplicação da lei.

Na maioria das vezes, os conflitos estão atrelados a bens jurídicos supremos, que se desenvolvem em ambiente doméstico, no qual as intimidades são naturalmente compartilhadas pelos membros da família ou são escondidas de outras pessoas.

Esta circunstância provoca grande dificuldade de obtenção e realização de provas, o que acaba desatendendo os critérios de legalidade e legitimidade.

À vista disso, o Princípio da proporcionalidade vem para harmonizar os direitos e valores debatidos, concedendo ao juiz a possibilidade de admitir uma prova ilícita, quando esta se revelar imprescindível à apuração da verdade e à proteção de direitos de maior valor e peso. Pautado nos ensinamentos de Farias (2013), revela-se cabível a relativização da proibição constitucional do uso da prova ilícita, para se reconhecer, com primazia, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do indivíduo.

A melhor solução da questão exige não olvidar que se estão, de um lado, tuteladas em sede constitucional, a privacidade e a intimidade também mereceram proteção da *Lex Fundamentallis*, além do direito de provar o que é alegado em juízo visando ao convencimento do magistrado, outros tantos valores que podem, em situações reais, concretas, ganhar dimensão e contornos mais elevados do que o direito de não ter contra si prova ilícita produzida, como exemplificativamente, o direito à vida, à perfilhação, entre outros. (FARIAS, 2013, p. 109).

Não obstante, alerta a doutrina que a prova ilícita não poderá ser usada indiscriminadamente, haja vista que sua admissão não deverá ultrapassar o necessário à solução adequada da lide. A gravidade do caso e a dificuldade de demonstração da verdade de forma lícita deverão estar estampadas no processo, sob pena de ser seguido o disposto nos artigos 5º, inciso LVI, da CF/1988 e 369 do CPC/2015.

Como visto, sem nenhuma pretensão de colocar termo a qualquer discussão acerca do assunto, adota-se, para este artigo, a posição no sentido que em se tratando de provas nos processos de família, a ponderação e a vedação do excesso são balizas primordiais à manutenção da eficácia dos direitos fundamentais das partes, sendo admitido o uso da prova ilícita em situações de excepcionalidade.

4.3. A colidência de direitos fundamentais e a integridade da prova sob o viés constitucional – art. 371 do CPC/2015

Os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios na ordem jurídica brasileira, por garantirem o mínimo essencial aos indivíduos.

Trata-se de direitos relacionados a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, posto que baseados na dignidade da pessoa humana, conforme enuncia o artigo 1º, inciso III, da CF/1988.

O Princípio da dignidade da pessoa humana é um genuíno valor constitucional, servindo de diretriz à aplicação ou restrição de direitos fundamentais. Isto porque, o princípio da dignidade humana “é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos” (DIAS, 2015, p. 44-45)

Em que pese a elevada posição hierárquica dos direitos fundamentais, como já amplamente abordado neste artigo, os direitos não são absolutos e podem sofrer limitações, especialmente, quando entrar em choque com outros direitos de igual patamar.

Para Moraes (2021) os direitos fundamentais não são absolutos, exatamente em razão da imprescindibilidade de harmonização do sistema jurídico, para melhor atendimento dos anseios sociais, porque os limites estão nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desse modo, havendo colisão de direitos, certamente, algum ou alguns deles sofrerão restrições, a fim de dar prevalência a outro direito fundamental de maior valor constitucional. Recorrendo ao critério da ponderação, o juiz examinará a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, por meio do Princípio da proporcionalidade.

Esta sistemática equilibra as relações de maneira a atingir julgamentos mais justos e equânimes, pois a mera aplicação da lei, sem o uso dos princípios, pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação às partes.

Barroso (2005) dispõe que a ponderação é uma forma de interpretação a ser utilizada quando há colisão de direitos fundamentais, não sendo

possível a resolução do conflito pelos critérios tradicionais de hierarquia, tempo e especialidade.

O Poder Judiciário, no exercício de balanceamento dos direitos fundamentais, possui uma tarefa hercúlea, cujo objetivo é encontrar uma solução adequada, garantindo a unidade e coesão da ordem constitucional.

Nesse passo, levando em conta o cerne deste artigo, observamos que a análise sobre a obtenção e produção das provas será indispensável à realização de um processo de família justo, em razão do conjunto de direitos fundamentais que geralmente são discutidos nas varas judiciais.

O artigo 371 do CPC, com a nova redação dada em 2015, contém grande vertente constitucional, por contemplar elementos ínsitos ao devido processo legal.

Primeiramente, a prova passa a ser do processo e não das partes. Uma vez introjetada ao processo, o juiz a apreciará independentemente de quem a produziu, consagrando-se, assim, o Princípio da integridade das provas.

A prova é, ao mesmo tempo, direito e garantia de efetividade da jurisdição, tanto que pode ser produzida pelo autor ou pelo réu, dado o desenvolvimento regular do contraditório e da ampla defesa, assim como ser provocada pela atividade instrutória complementar do próprio julgador.

Por outro lado, sendo a Constituição Federal o fundamento de validade de toda sistemática jurídica vigente, o julgador não deve perscrutar as provas somente com base nas regras (leia-se legislação infraconstitucional).

Como já tratado anteriormente, os direitos fundamentais permeiam os processos de família, de tal sorte que a solução consentânea se dá com a valoração dos fatos e das provas, conforme os princípios.

Ainda em referência ao citado artigo 371 e, respeitando opiniões doutrinárias divergentes, é preciso esclarecer que no processo civil contemporâneo já não há mais espaço ao livre convencimento do juiz, como era previsto no artigo 131 do CPC/1973.

Houve supressão da palavra “livremente”, cuja alteração legislativa só veio consolidar entendimento largamente propagado pela doutrina, afastando a valoração por meio da persuasão racional e a completa equidistância do juiz no processo.

O artigo 6º do CPC/2015 ressalta a necessidade de cooperação entre todos os sujeitos do processo, com o objetivo de se obter em tempo razoável decisões de mérito mais justas e efetivas.

Frequentemente, encontram-se julgados entendendo que o juiz é o destinatário da prova e, que, portanto, o livre convencimento integra o

exercício da jurisdição. Contudo, de acordo com o atual processo civil, os destinatários da prova são todos os sujeitos do processo e não apenas o juiz. O julgador, evidentemente, é o destinatário direto da prova, mas em contrapartida, os demais sujeitos – autor, réu, interessados – são os destinatários indiretos do mesmo acervo probatório.

Com este novo paradigma, se altera a maneira como as provas são examinadas. As considerações das partes a respeito das provas devem estar referenciadas nas decisões judiciais, até porque, isto dará ensejo a eventuais recursos para reexame da questão (Princípio do duplo grau de jurisdição).

Disso decorre a inafastável obrigatoriedade de cumprimento do Princípio constitucional da motivação dos atos judiciais, previsto no artigo 93, inciso IX, da CF/1988, para se aferir com clareza e objetividade os motivos de decidir e os critérios de valoração utilizados.

O viés constitucional do artigo 371 (CPC/2015), também assegura ao jurisdicionado a exposição fundamentada das razões que porventura levem o julgador à restrição de direitos fundamentais, quando outro de maior preponderância é levado em conta.

De fato, a integridade da prova exige que a construção das decisões seja pautada pelo conjunto do processo e do direito, a fim se evitem excessos e subjetivismos, propiciando, assim, uma prestação jurisdicional de maior qualidade e efetividade, sobretudo, quando se trata de julgamentos envolvendo direitos fundamentais da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizados os estudos e pesquisas neste trabalho abordados, é possível concluir que a tecnologia é uma realidade social, especialmente, nos ambientes domésticos, sendo comum nos dias atuais o compartilhamento constante de dados e imagens entre seus integrantes e terceiros. O uso dos dados digitais e eletrônicos pelas famílias da pós-modernidade, notadamente, depois da edição da LGPD, Lei nº 13.709/2018, apresenta importantes reflexões jurídicas sobre a liberdade dos integrantes desta família, em cotejo com o direito de privacidade e intimidade., tendo erigido os dados pessoais e sensíveis à categoria dos direitos fundamentais, conferindo *status* constitucional à proteção e ao tratamento dos dados.

Ocorre que a utilização das tecnologias digitais não acarreta apenas a exposição da vida íntima e dos dados da família a terceiros. Entre os seus membros já não existe a privacidade de outrora, com acesso indiscrimina-

do a senhas, dados bancários individuais que são acobertados pelo sigilo, mensagens de *WhatsApp*, e-mail etc.

Considerando que o Direito das Famílias envolve a afetividade e questões de valores supremos, é inegável que em algum momento da vida possam surgir conflitos que acabem desaguando no Judiciário, de modo que o compartilhamento da vida passa a ser um problema.

Nesses casos, é comum a utilização dos dados pessoais e sensíveis da parte adversa como meio de prova, exatamente pela comunhão das informações e dos arquivos digitais e eletrônicos da família.

A grande celeuma se dá quando a juntada de tais provas ao processo ocorre sem a devida autorização de seu titular.

O direito à prova, assim como os dados pessoais e sensíveis tutelados pela LGPD, também é considerado um direito fundamental, integrando as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Em contrapartida, a inviolabilidade da vida íntima e privada são igualmente alçados à mesma categoria de direitos.

Assim, em princípio, o uso dos dados pessoais e sensíveis como meio de prova, sem o consentimento de seu proprietário é ilegal e inconstitucional, pois a Carta Magna de 1988 proíbe a obtenção e a produção de provas ilícitas.

Tal proibição alcança todas as áreas do direito, bem como as provas originárias e derivativas, conforme inspiração da teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Porém, a vedação do uso das provas ilícitas é flexibilizada nos processos de família, em razão das delicadas e extremadas situações que obstam a produção de alguma prova, conforme as normas jurídicas.

Nesses casos, o julgador deverá usar o critério da ponderação, a fim de que os direitos de todos os envolvidos sejam resguardados, pois há flagrante colidência de direitos fundamentais a ser rigorosamente examinada.

No momento de valoração dos fatos e das provas, o princípio da proporcionalidade será o vetor na formação do convencimento do juiz para se admitir uma prova ilícita no processo de família.

Além disso, serão sopesados os direitos fundamentais discutidos nos processos, preponderando aquele de maior peso e que atenda, com primazia, o Princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de equilibrar as relações sociais e assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Majoritariamente, a doutrina e as decisões judiciais pesquisadas apontam que a prova ilícita só poderá ser utilizada nos processos de famí-

lia em casos excepcionais, pois a regra do sistema ainda continua sendo a proibição da ilicitude.

Logo, a LGPD, por si só, não tem o condão de afastar o uso das provas ilícitas nos processos de família, quando os dados pessoais e sensíveis forem utilizados, sem o consentimento de seu titular.

Entretanto, importa consignar que o artigo 154-A do Código Penal (CP), com a redação dada pela Lei 14.155 de 27/05/2021, trata dos crimes cibernéticos e dentre as condutas típicas insere-se a obtenção de dados ou informações mediante invasão de dispositivos informáticos, conectados ou não à rede de computadores, ou mediante a violação indevida dos mecanismos de segurança sem a autorização expressa ou tácita de seu titular ou, ainda, instalar vulnerabilidade para obter vantagem ilícita.

Considerando tal dispositivo, é possível que uma prova eletrônica e digital obtida ilicitamente seja usada nos processos de família. Em contrapartida, nada obsta que a parte violadora dos dados seja penalmente processada pelo cometimento de um crime cibernético.

Geralmente, nos processos de família, as partes apresentam-se com sentimentos feridos e são imbuídas por desejos de vingança. Assim sendo, como o crime previsto no aludido artigo 154-A é de ação penal pública condicionada, torna-se muito provável que a discussão se desloque às varas criminais.

A partir disso, conclui-se que o artigo 154-A do CP pode ser um mecanismo capaz de afastar a obtenção e o uso de uma prova ilícita no processo de família, posto que tal decisão demandará profunda análise dos advogados e das partes sobre os riscos, benefícios e consequências do uso dos dados alheios, sem o devido consentimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. T.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3 ed. mod. Atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Organizadores Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, Código Penal. Organizadores Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, Código Civil. Organizadores Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à produção antecipada de provas, testemunha e proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Código de Processo Civil. Organizadores Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200**, de 24 de agosto de 2001 – Institui a Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em 03 ago. 2021

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma reafirma invalidade de prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, on-line, Brasília, 09 mar. 2021. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Sexta-Turma-reafirma-invalidade-de-prova-obtida-pelo-espelhamento-de-conversas-via-WhatsApp-Web.aspx>. Acesso em: 30.set. 2021

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)** - Relator: Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ - Julgamento: 09/02/2021 -

Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Publicação: DJe 10/02/2021. EMENTA: RECLAMAÇÃO. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA FIXADA EM 5 ANOS DE RECLUSÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ACOLHIMENTO. ANULAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO

PROLONGADA QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO RAZOÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. RECLAMAÇÃO JULGADA PREJUDICADA. (STJ; Rcl 36.734; Proc. 2018/0285479-8; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; Julg. 09/02/2021; DJe 10/02/2021). Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 fev. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=118982745&num_registro=201802854798&data=20210216&formato=PDF. Acesso em: 19 mar. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTINHO, Larissa Gonçalves de Oliveira; RANGEL, Tauã Lima Verdan. A aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no processo civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 5223, 28 abr. 2021. Artigos. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89746/a-aplicacao-da-teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada-no-processo-civil>. Acesso em: 16 jul.2021

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas**. Bahia. Editora JusPodivm, 2013, pp. 187-214.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Vitória, ES, 2015. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Enunciados-do-F%C3%B3rum-Permanente-de-Processualistas-Civis.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Prova documental eletrônica como objeto Probatório no contexto do Processo Civil Brasileiro. In: **Revista Interdisciplinar de Direito**. v. 17, n. 2, p.77-98, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/818>. Acesso em 01 ago. 2021

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(RE)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. **IBDFAM**, on-line, 18 nov. 2016. Artigos. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>. Acesso em 06 jul. 2021.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 7. ed. rev e atual, v.2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Princípio da proibição da prova ilícita. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>. Acesso em 03 ago.2021

MEZZAROBBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. 8. ed. **Manual de Metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado: Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. ver. atual. vol. único. Salvador: JusPodivm, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANCHES, Patrícia Côrrea; LAMOSAS, Elisabeth. O direito à privacidade dos dados na seara do Direito de Famílias. **IBDFAM**, on-line, 03 fev. 2020. Artigos. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1375/O+Direito+%C3%A0+Privacidade+dos+Dados+na+Seara+do+Direito+das+Fam%C3%ADlias>. Acesso em 29 jul. 2021

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. ver. e atual. 12ª reimp. São Paulo: Cortez, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de família. *In*: Gustavo Tepedino (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2020. pp. 343-422.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

A INFLUÊNCIA DA BIOTECNOLOGIA NA FILIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 2.294 DE 2021 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

*Verônica Rodrigues Tagliari de Miranda Marques**

1. BREVES NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DA BIOTECNOLOGIA NA FILIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 2.294 DE 2021 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O presente artigo versará acerca da influência da biotecnologia na filiação, notadamente no que tange às presunções de filiação, bem como das ações ligadas à filiação. Com o desenvolvimento da medicina e, por consequência, da biotecnologia, muito se observa a modificação na formação do vínculo parental.

As técnicas de reprodução humana assistida possuem protagonismo nessas mudanças de vínculo, visto que estas proporcionam novas realidades e situações familiares. Restará ainda demonstrado no decorrer dessa análise que as questões atinentes à biotecnologia são determinadas pelos Conselhos Federais e Estaduais de Medicina. Nesse tocante, a recente Resolução 2.294 de 2021 do Conselho Federal de Medicina trouxe inúmeras inovações no regramento da matéria.

* Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito Civil - PUCSP (2013). Especialista em Direito Processual Civil - FADISP (2010). Graduada em Direito - MACKENZIE (2007). Graduada em Letras - habilitação Português - USP (2011). Advogada - Sócia Fundadora do escritório Marques, Ramos & Rodrigues Sociedade de Advogados. Vice-Presidente da Comissão da Jovem Advocacia (CJA) - Subseção de Osasco. Coordenadora dos Acadêmicos do Direito da OAB - Subseção Osasco. Presidente da Comissão de Direito Civil, Família e Sucessões da OAB - Subseção Osasco. Membro Regional Efetiva da Comissão de Direito Civil da OAB - Seccional São Paulo. Sócia Fundadora do Instituto MarquesJur de Aperfeiçoamento e Treinamento LTDA (MARQUESJUR). Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Consultora de Direito de Família da Comissão Nacional de Pesquisas do IBDFAM. Membro-Associado Efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Associada da Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS). Autora de obras jurídicas. Professora Universitária do curso de Direito da UNINOVE e de cursos de Pós-Graduação. Palestrante.

A necessidade da perpetuação da família remonta às civilizações antigas, como bem ilustra Fustel de Coulanges (2011), demonstrando que no contexto antigo, a família, em verdade, tinha por objetivo a propagação da religião:

Em Atenas, a lei encarregava de o primeiro magistrado da cidade de cuidar para que nenhuma família se extinguisse. Do mesmo modo, a lei romana estava atenta para que cessasse nenhum culto doméstico. Lê-se, em discurso de um orador ateniense: “Não é homem quem, sabendo que deve morrer, tenha tão pouco cuidado consigo que queira deixar a família sem descendentes, porque, então, não terá ninguém a prestar-lhe o culto devido aos mortos”. Todos tinham, pois, enorme interesse em ter um filho, convencidos de que, com esse fato, tornavam sua imortalidade feliz. Era mesmo dever do homem para com os antepassados, porque sua felicidade deveria durar tanto quanto durava a família. (COULANGES, 2011, p. 64)

Ter um filho era retratado como um dever moral, sem o qual não haveria o devido respeito para com os antepassados. Como se verifica, um dos traços mais marcantes da família antiga é justamente a sua formação pela religião, na qual se tinha a exigência da sua perpetuação obrigatória, evitando a extinção. Nas palavras de Coulanges (2011, p. 64), “Família desaparecida é culto morto”.

Na pós-modernidade, a necessidade de constituição e manutenção da família não mais advém da religião, mas sim de sua função social, baseada no afeto de seus integrantes, recebendo contornos variados. Ela passa a ser vista, na atualidade, como inserida no espaço de obtenção da realização pessoal e afetiva, no qual as pessoas se unem para ser felizes. Desta forma, surgem novas modalidades de família, bem como se instaura a cultura do planejamento familiar, este previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988.

À afetividade das relações familiares, soma-se ainda uma outra realidade atual, qual seja, a queda da natalidade em grande parte do mundo, fruto de uma modificação do papel da mulher na sociedade, sendo a maternidade cada vez mais postergada, gerando uma diminuição da probabilidade de se engravidar com o avanço da idade.

Além disso, a infertilidade humana, como um problema de saúde e não apenas sob um viés social, com reflexos médicos e psicológicos, passa a receber um olhar da medicina, com os consequentes avanços dos conhecimentos científicos, objetivando-se sanar os problemas de reprodução humana.

Mas não é só. Com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, posteriormente convertida em ADI, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, a partir de 05 de maio de 2011, a união estável homoafetiva como entidade familiar.

É nesse cenário de constantes mudanças sociais que surge a biotecnologia, e seus avanços já são sentidos. Heloisa Helena Barboza (2021) conceitua biotecnologia, afirmando que: “A concepção que parece dar uma ideia geral entende a biotecnologia como um amálgama, uma mistura, uma fusão entre a ciência e a técnica, que faz surgir uma “tecnociência”, na qual ciência e técnica se nutrem reciprocamente.” (BARBOZA, 2021, p. 18).

Assim, a utilização da biotecnologia molda um cenário fértil para o desenvolvimento da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, gerando reflexos diretos na família, e, portanto, nas questões atinentes à filiação. Na verdade, a separação do vínculo genético na parentalidade acabou por desestruturar o instituto da filiação.

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2021) menciona que as técnicas ora referidas refletiram sobremaneira nos conceitos do Direito de família, ao afirmar que: “O progresso da Medicina e da Biologia no âmbito das técnicas de reprodução humana assistida e da possibilidade de manipulações genéticas repercutiu claramente nas famílias, alterando vários conceitos no limiar de um novo Direito de Família.” (GAMA, 2021, p. 81).

É justamente sobre esse tema que o presente artigo se debruçará, passando a trazer uma análise inicial acerca da problemática que envolve a presunção ou a determinação da filiação no contexto da reprodução humana assistida, trazendo, ainda, as ações relativas à filiação.

2. FILIAÇÃO – FORMAÇÃO DO VÍNCULO PARENTAL

Ao se tratar do tema acerca da filiação, importante a menção de que, durante muito tempo, referida temática não possuía campo fértil de discussão, uma vez que se pautava por duas máximas romanas, das quais advinham duas presunções de filiação lógicas, quais sejam, a *mater semper certa est*, na qual se tem a previsão de que a mãe é sempre certa, sendo uma presunção absoluta estabelecida desde o momento do nascimento, através do papel da mãe no parto (presunção da maternidade); bem como a presunção da paternidade com a máxima *pater est quem nuptiae demonstrant* ou então *mater semper certa est pater quem nuptiae demonstrant*, cuja tradução literal seria “a mãe sempre certa, pai é aquele que as núpcias demonstram”.

Diante desse viés histórico, a filiação passou a ser definida, durante muitos séculos, pelo casamento e coabitação, tendo-se igualmente um respaldo na questão da fidelidade da mulher, razão pela qual houve uma modificação no axioma para *mater semper certa est pater semper incertus est*, ou *pater nunquam*.¹

As presunções acima referidas são seguidas pelos ditames do Código Civil de 1916, em seu artigo 332², o qual trouxe o parentesco natural, advinda da consanguinidade, e o parentesco civil, oriunda da adoção, havendo, ainda, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, aqueles procedentes ou não do casamento.

O Código Civil de 2002, a seu turno, trouxe, além do parentesco natural, o civil, mas não mais apenas com a adoção como seu ícone representativo, tornando-se verdadeiro conceito jurídico indeterminado, oriundo de “outra origem”, seja ela, portanto, a adoção, a socioafetividade ou então as técnicas de reprodução humana assistida.³

Diante dessa nova realidade, o que se observa, em verdade, é a denominada desbiologização da relação de filiação, em que se passa a ter valores como a equiparação entre filhos naturais e adotivos, o afeto como centro das relações familiares, o reconhecimento das famílias homoafetivas e a reprodução humana assistida.

Assim, o questionamento que permanece é: Em razão das técnicas de reprodução assistida como ficarão as presunções romanas inicialmente tratadas da *mater semper certa est* e *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*? Tais presunções atualmente parecem estar relativizadas.

3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, AS PRESUNÇÕES DE FILIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 2.294/2021 DO CFM

Como já referido, com as mudanças sociais drásticas observadas nas últimas décadas, associadas ao avanço tecnológico na seara médica, propiciou-se soluções a um problema até antes impossível de se resolver de forma médica, qual seja, a reprodução humana.

¹ Tradução Livre: sempre há certeza de quem é a mãe; o pai sempre é incerto, ou quanto ao pai, nunca.

² Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.

³ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. (CC/2002)

De fato, antes do desenvolvimento da medicina, a procriação somente era possível pela relação sexual. No entanto, com o advento das técnicas de reprodução assistida, tal realidade se modificou. Nesse sentido, Daniela Braga Paiano (2019, p. 93) afirma que “Recentemente, o projeto parental se socorre das técnicas de reprodução assistida, ajudando casais que tenham alguma dificuldade no ato de procriação.”

Para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2020, p. 192): “A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”

Desta forma, a reprodução assistida, também chamada de “fertilização matrimonial, fecundação artificial, fecundação por meios artificiais, impregnação artificial, fertilização artificial, concepção artificial, sementeira artificial e inseminação artificial”, como bem demonstra Genival Veloso de França (2021, p. 383), “é um conjunto de operações que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho genital feminino por meios diferentes da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização *in vitro*”.

O autor ainda aponta que a reprodução assistida, por sua vez, pode se dar de duas formas: a) fecundação intraconjugal, homóloga ou homofecundação; b) fecundação extraconjugal, heteróloga ou heterofecundação.

Existem, ainda, outras situações inseridas no contexto da reprodução humana assistida, tais como a reprodução assistida *post mortem* e a cessão temporária de útero, as quais terão impacto direto no estudo da filiação.

No entanto, o artigo 1.597 do Código Civil/2002⁴ tratou apenas de fazer menção dos dois tipos referidos de inseminação artificial, a homóloga e a heteróloga, nada mencionando acerca das demais situações, muito menos regulamentando de forma pormenorizada as questões relativas às duas principais modalidades de inseminação artificial.

⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Em verdade, a procriação artificial no Brasil não possui um regulamento legislativo nacional, pautando-se apenas por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.294, recentemente publicada em 27 de maio de 2021. Veja, portanto, que a legislação pátria não cuidou da temática, deixando à cargo do Conselho Federal de Medicina fazê-lo.

Diferente do que ocorre em Portugal, cuja lei que regula as técnicas de reprodução assistida foi promulgada em 2006 (Lei nº 32). Na Espanha, desde 1988 já se observa uma legislação específica a disciplinar a matéria, inicialmente com a Lei nº 35/1988, culminando com a mais recente, Lei nº 14/2006.

Para Marta Filipa Galdes Falcão (2013), ao tratar da legislação espanhola, esta traça um panorama histórico do tratamento espanhol da matéria, a fim de demonstrar que há três décadas já se tem um regramento naquele país.

Así, la ley nº14/2006 es precedida por la Ley 35/1988 del 22 de Noviembre, específica, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, además, suficientemente desarrollada y pionera en contexto europeo. Posteriormente, surge la Ley 42/1988 del 28 de Noviembre sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos (desde el día 14 después de la fecundación) con fines reproductivos. Finalmente, pronunciándose sobre el tratamiento de pre embriones críoconservados o congelados, permitiendo así, su utilización para fines de investigación surgió la ley nº 45/2003 del 21 de Noviembre. (FALCÃO, 2013, pp. 105-106)⁵

Resta claro que existem inúmeros regramentos já atinentes à matéria em outros países, mas o Brasil ainda segue sem uma legislação própria. De qualquer forma, as técnicas de reprodução artificial possuem implicação direta na filiação, passando essa a ser questionada, até pelo fato de que a paternidade possui papel fundamental na manutenção, na educação e nos direitos sucessórios dos filhos. Em razão disso, questiona-se, como ficarão as presunções tradicionais de paternidade diante dessas técnicas? É o que se passará a discorrer a seguir.

⁵ Em tradução livre: Assim, a Lei n.º 14/2006 é precedida pela Lei 35/1988 de 22 de novembro, especificamente sobre Técnicas de Reprodução Assistida, além disso, suficientemente desenvolvidas e pioneiras num contexto europeu. Posteriormente, surge a Lei 42/1988, de 28 de novembro, sobre a doação e utilização de embriões e fetos humanos (a partir do dia 14 após a fertilização) para fins reprodutivos. Finalmente, no que se refere ao tratamento de pré-embriões criopreservados ou congelados, permitindo assim a sua utilização para fins de investigação, surgiu a Lei n.º 45/2003, de 21 de novembro.

3.1. Inseminação Artificial Homóloga e a Filiação

A fecundação homóloga é aquela em que o material genético utilizado é do próprio casal, razão pela qual é amplamente aceita por todos, como ocorre em inúmeros casos de impotência sexual, em que a mulher é inseminada com o sêmen do seu próprio marido. Por óbvio, a priori, tal técnica não traz maiores digressões no que tange à filiação, vez que o pai e a mãe geram um filho geneticamente/biologicamente seu, fruto do seu material genético.

Tal modalidade de inseminação gera a presunção de maternidade e de paternidade, já que o filho do casal, havido na constância do casamento, passa a ser visto como sendo daquele casal, mesmo que falecido o marido, conforme determinado pelo inciso III do artigo 1.597 do CC/2002 anteriormente apontado. Importa uma observação nesse tocante, vez que o Código Civil somente mencionou o falecimento do marido, se esquecendo de mencionar que tal presunção irá ocorrer mesmo em decorrência da morte da esposa.

3.2. Reprodução assistida post mortem e a Presunção de Filiação

No que tange ainda à inseminação artificial homóloga, há a possibilidade de que ela se dê *post mortem*, ou seja, de que se utilize o material genético do homem/mulher criopreservado, mesmo após a sua morte.

Novamente, aqui não se verificam disposições do Código Civil relativos à matéria, cabendo à Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021 prever a reprodução assistida *post mortem* no seu item VIII⁶, desde que haja a prévia autorização do (a) falecido (a), trazendo redação no sentido de que será necessária “autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” A legislação que aqui provavelmente a Resolução se refere é a de transplantes, na parte específica acerca de disposição de partes separadas do corpo (Lei nº 9.434/1997).

Apesar do enunciado em questão se referir apenas à mulher, hoje é sabido que também se refere ao homem, devendo ainda se observar a obrigatoriedade da expressa anuência e por escrito do marido para a utilização do seu material genético na ocasião da sua morte.

⁶ VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Para Ana Cláudia Silva Scalquette:

Deve haver autorização expressa do marido para que um filho seja concebido após o seu falecimento? O fato de o marido estar vivendo um tratamento reprodutivo no momento de sua morte pode ser suficiente para dispensar esse consentimento expresso? Caso não haja tratamento para contornar infertilidade, a prova do desejo de ser pai bastaria para que o filho fosse havido como filho do falecido? (SCALQUETTE, 2019, *ebook*)

Outrossim, para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, em seu curso “Programa de Formação Biodireito e Bioética”, essa autorização em questão poderá se dar por intermédio do testamento vital, cuja validade perdura enquanto em vida, em situações drásticas de saúde, tais como em um estado de coma, em que a pessoa pode já deixar autorizado o que poderá ser feito com as partes reparáveis do corpo, incluindo-se o seu material genético, podendo este ser coletado nesse momento (informação verbal).⁷

A referida autora ainda afirma que poderá ser dada a anuência em tela também através do testamento civil, havendo a possibilidade de se determinar o que será feito com o material genético após a morte. De qualquer forma, seja de uma maneira ou outra, certo é que o material genético crio preservado não poderá ser coletado após a morte de alguém caso não se tenha previamente dado essa expressa autorização, sob pena de se violar declarações pessoais de direitos da personalidade.

O Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ainda dispõe, em seu artigo 17, §2º⁸, que para a emissão da certidão de nascimento da criança advinda de reprodução assistida *post mortem*, dentre outros documentos, ainda haverá a necessidade de que se apresente um termo de autorização prévia específica do falecido (a) para o uso do seu material genético crio preservado, que tenha sido lavrado mediante escritura pública ou documento particular com reconhecimento de firma.

⁷ Fala da Professora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf no curso on-line **Programa de Formação Biodireito e Bioética**, em 03 jul. 2021.

⁸ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: (...) § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

O Código Civil também se manteve silente no que tange ao estado civil da mulher ou do homem que deseja se inseminar com material genético crio preservado do cônjuge morto, inclusive para fins de presunção de filiação.

E se a pessoa vier a se relacionar pouco tempo depois com outrem e mesmo assim se utilizar da técnica de reprodução humana assistida com o material genético de cônjuge falecido, seja porque no seu relacionamento atual há algum problema relacionado a reprodução ou mesmo por algum motivo de cunho ainda sentimental?

Nesse tocante, o Enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁹, por ocasião da I Jornada de Direito Civil de 2002, tentou dirimir a questão, trazendo a disposição de que haverá a presunção de paternidade do cônjuge falecido se a mulher permanecer na condição de viuvez ao ser inseminada artificialmente. Apesar do Enunciado em comento, não há, por enquanto, uma resposta no ordenamento jurídico brasileiro que de forma expressa sane tal questão.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça

Em junho de 2021, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, restabeleceu sentença que proibiu a implantação de embriões criopreservados em uma viúva, por entender que tal procedimento, para ser realizado após a morte do cônjuge, dependia do consentimento expresso e inequívoco deste. (BRASIL, STJ, 2021).

O caso em comento, cujo número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial, versou acerca do pedido dos filhos do primeiro casamento do falecido para que fosse impedida a utilização do material genético do pai, cujo falecimento se deu em 2017, pela madrasta viúva. Referido pedido foi sustentado pelos filhos sob a alegação de que não havia documento que comprovasse a autorização dada em vida do pai no sentido que a esposa poderia se utilizar do seu material genético *post mortem*.

O pedido dos filhos foi julgado procedente no primeiro grau, mas sofreu reforma pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de apelação da viúva, uma vez que para o Tribunal paulista, uma vez que o casal celebrou contrato com o hospital encarregado de conservar o material genético a

⁹ Enunciado 106 do CJF: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilizasse material genético após sua morte.

fim de que, em caso de morte de um deles, os embriões congelados ficassem sob a custódia do outro, se estaria tacitamente autorizando o procedimento da reprodução assistida *post mortem*.

Para o Tribunal em questão, os embriões criopreservados são “inseríveis a outra finalidade que não a implantação em útero materno”, e confiar sua guarda à parceira viúva representaria “autorização para a continuidade do procedimento”. (BRASIL, STJ, 2021, p. [2] – grifos do autor).

No entanto, o STJ, através do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu de forma diversa da corte paulista, usando como alguns dos fundamentos em sua decisão a então vigente Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual aduzia a respeito da possibilidade da reprodução assistida póstuma, desde que com a autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico crio preservado.

O Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também foi apontado na decisão do STJ, o qual determina que na reprodução assistida após a morte se apresentará termo de autorização prévia específica da pessoa falecida para o uso de seu material genético, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

3.4. Inseminação Artificial Heteróloga e a Filiação Socioafetiva

A inseminação heteróloga, por sua vez, se utiliza de material genético alheio ao casal, razão pela qual maiores consequências jurídicas são verificadas. Para Genival Veloso de França (2021, p. 384), referida inseminação:

(...) afeta várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo cuidado, a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo (quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).

Veja que diante da assertiva do autor, referida técnica se apresenta mais complexa sob a ótica jurídica, visto que envolve pessoas alheias ao casal que possui a vontade deliberada de procriar, uma vez que terceiros passam a influenciar diretamente nessa relação (o doador, sua esposa, se esta existir, e a sociedade). A sociedade é tratada aqui como uma pessoa moral, na medida em que passará a representar verdadeiro “fiscal” dessa relação que envolvem tantas figuras distintas e na qual as presunções de filiação passam a ser questionadas.

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018), ao tratarem da inseminação artificial heteróloga, informam que:

Nesta modalidade de reprodução artificial residem os maiores conflitos, notadamente no que respeita à determinação das presunções de paternidade e maternidade; além de diversos questionamentos bioéticos, pois a separação do vínculo genético na parentalidade abalou a estrutura do instituto da filiação. (MALUF, C.; MALUF, A., 2018, p. 558)

Em tal modalidade de inseminação, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf apresenta questionamento importante referente ao arrependimento eficaz, com a seguinte indagação: “Até quando pode haver o arrependimento eficaz?”¹⁰, informando que este poderá se dar até o momento da introdução do material genético no útero materno. Com o material genético já introduzido, não poderá mais haver arrependimento do homem, e, por óbvio, não será cabível o ajuizamento de eventual ação de investigação ou negatória de paternidade, pois já é sabido por todos que aquele filho gerado não será biológico do casal, mas sim socioafetivo. E é justamente em razão do surgimento da filiação socioafetiva na técnica de reprodução humana assistida heteróloga que se faz tão necessário o consentimento informado das duas partes, situação essa não ventilada pelo Código Civil/02 e cuja revogação poderá se dar até o momento da introdução do material genético na mulher. A fecundação realizada sem qualquer manifestação de arrependimento ou revogação de consentimento gerará, portanto, a presunção de paternidade *pater est quem nuptiae demonstrant*, mas não mais com base no vínculo biológico, mas agora em razão da socioafetividade estabelecida.

Importante que se analise a situação em que o “pressuposto” pai não foi informado por sua esposa acerca da realização dessa técnica reprodutiva, não tendo, por óbvio, apresentado o seu consentimento informado. Como ficará a situação desse homem, e mais, como ficará a situação da criança que nasceu? Quem será o seu pai? O doador do material genético que por vezes é anônimo ou o marido da mulher que realizou o procedimento?

A fim de se dirimir tal celeuma, muitos países acabaram adotando a regra da não ilegitimidade do filho, vez se ter um olhar voltado ao hipos-

¹⁰ Fala da Professora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf no curso on-line **Programa de Formação Biodireito e Bioética**, em 03 jul. 2021.

suficiente da relação, a criança. Isso se dá com a *Family Law Reform Act* na Inglaterra, em que:

(...) sempre que uma criança nasce como resultado de uma reprodução assistida heteróloga de uma mulher que ao tempo da inseminação achava-se ligada pelo casamento não dissolvido ou anulado, a criança será havida como filho desse casal, não devendo considerar-se filho de qualquer outra pessoa, a não ser que fique judicialmente provado que o marido da mulher não deu o seu consentimento. (FRANÇA, 2021, p. 386)

Como o diploma legal brasileiro não tratou desta temática, o artigo 1.597, em seu inciso III, deve ser interpretado sob essa mesma ótica, se estabelecendo, ao menos a priori, o vínculo socioafetivo de paternidade com o marido da mulher inseminada, não devendo o doador ou quaisquer de seus familiares estabelecerem vínculo de paternidade ou maternidade ou qualquer espécie de direitos. É claro que caberá, ao homem que se sentir prejudicado, o ajuizamento de ação de investigação ou negatória de paternidade, com o condão de se alegar o erro induzido, e, portanto, gerar o afastamento da presunção de paternidade.

Um outro ponto apontado pelo autor Genival Veloso de França (2021) foi a do anonimato das figuras do doador do material genético e da receptora desse material, na medida em que o fato de não se conhecerem gera uma maior lisura no procedimento, evitando conflitos desnecessários.

Maria Helena Diniz (2017) aborda ainda duas visões antagônicas acerca de tal modalidade procriativa, na medida em que afirma que esta, por um lado, possui um condão benéfico, propiciando aos casais a possibilidade de serem pais. Para a autora:

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o direito à descendência, o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, tendo em vista a perpetuação da espécie humana, entusiasmou a embriologia e a engenharia genética (...). (DINIZ, 2017, p. 712)

Por outro lado, essa mesma técnica é vista também com preocupação pela autora, vez que, justamente por utilizar de material genético estranho ao casal (de um deles ou de ambos), gera graves problemas ético-jurídicos

representando verdadeira coisificação do homem, o que, nos dizeres da autora, constitui

(...) um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica (...) trazendo em seu bojo a coisificação do ser humano, sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venha causar. (DINIZ, 2017, p. 712)

Este tema é delicado e de grande dificuldade na atualidade, com reflexos valorativos, jurídicos e éticos dos mais variados, merecendo um olhar detalhado do legislador.

3.4.1. A Filiação em Casais homoafetivos nas técnicas de reprodução assistida

Com o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar desde 2011, e a possibilidade expressa destes casais de utilizarem das técnicas de reprodução humana assistida através do item II (2.) da Resolução 2.294/2021 do CFM¹¹, inúmeros casais homoafetivos procuraram os centros de reprodução humana com a vontade de perpetuarem a família, o que gerou a questão jurídica atinente a filiação. No caso dos casais homoafetivos masculinos, em que apenas um deles concede o seu material genético (o sêmen), a filiação, com o intuito de preservar os interesses da criança, deverá ser observada aos dois genitores, passando a ter o sobrenome dos dois pais no assento de nascimento.

No que tange aos casais homoafetivos femininos, ainda é possível a denominada gestação compartilhada, consistente na utilização do material genético de uma das companheiras para fecundação do óvulo, com a posterior transferência para o útero da outra companheira, para fins gestacionais, consoante determinado pelo item II (3.) da Resolução 2.294/2021 do CFM.¹² Nesta situação, é claro, as duas companheiras serão as mães daquela criança, estabelecendo o vínculo de filiação.

Com relação a mulher solteira que se utiliza do sêmen de um doador em um banco de sêmens, também não haverá problema no tocante à filia-

¹¹ 2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

¹² 3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

ção, pois a criança em questão não terá pai, figurando em seu assento de nascimento apenas um progenitor.

O reconhecimento da filiação nessas situações de homoafetividade já se encontra pacificado, inclusive com relação a questão registral, na medida em que o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com redação dada pelo Provimento 83/2019, estabeleceu, em seu artigo 16, §2º¹³, que no assento de nascimento dessas crianças deverá constar o nome dos dois descendentes, sem qualquer referência à ascendência materna ou paterna.

No cenário jurisprudencial igualmente já se tem consolidadas tais situações, como se pode claramente observar pelo julgado do STJ colacionado, que demonstra que em 2019 já se admitia que “A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil”.¹⁴

¹³ Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. (...) § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência-paterna ou materna.

¹⁴ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fundante.” (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental

3.5. *Gestação Sub-rogada/Cessão Temporária de Útero e a Presunção de Filiação*

A presunção de maternidade, até o advento da técnica em comento, era absoluta, sendo determinada pela gestação e pelo parto, consoante se pode depreender de forma interpretativa do art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT e do art. 242 do CP. Este último, por sua vez, trata como crime a conduta de “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.”

No entanto, a gestação sub-rogada, também conhecida como “barriga de aluguel”, mãe hospedeira ou maternidade em substituição, passa a flexibilizar tal entendimento, correspondendo à cessão de útero para a gestação de filho alheio com material genético de terceiro.

Muito utilizada por mulheres que não podem fecundar, que possuem algum problema no útero, problemas gestacionais, mulheres que tiveram câncer ou que possuem alguma patologia que dificulte ou impeça a gestação, tal possibilidade permite que essa mulher consiga ter filhos.

O procedimento consiste na fecundação do óvulo dessa mulher que possui algum problema de saúde com o espermatozoide do marido em laboratório, sendo (o ovo fecundado) posteriormente implantado em uma mulher denominada “mãe-hospedeira” ou “mães de aluguel”, através da técnica denominada de heteroimplantação ovular.

Referido procedimento deverá ser realizado e aconselhado pelos médicos em situações em que a mulher realmente não possa fecundar ou gestar e não como subterfúgio para se evitar as intempéries de uma gestação. O que a ciência busca, nesse tocante, é “driblar” a natureza, possibilitando a mulheres que não poderiam gerar que tenham a possibilidade de fazê-lo de forma transversa.

de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (Resp 1608005/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

No entanto, apesar do objetivo humanístico e altruístico do procedimento, inúmeros são os questionamentos jurídicos que se colocam diante de tal realidade, uma vez que a maternidade passa a ser repensada. No direito romano, a presunção de maternidade oriunda da gestação e do parto era absoluta, mãe era aquela que gestava e paria.

Na pós-modernidade e com a utilização da biotecnologia nas vidas humanas, algumas máximas passam a ser reanalisadas, de tal forma que mãe passará a ser aquela que o quer ser, que possui de fato a vontade pela maternidade. Motivo pelo qual muitos autores passam a reanalisar os direitos adquiridos pela mãe que se beneficia de tal técnica.

Por óbvio que não se pode olvidar acerca do vínculo afetivo e psicológico nascido entre a mãe-hospedeira e o feto; no entanto, diante da lacuna legal a resolver tal questão, entendeu-se que a maternidade de substituição não é verdadeira maternidade, e o que se observa, em verdade, é apenas a cessão do útero para a gestação de filho alheio.

Até mesmo diante desse vínculo mencionado é que o Conselho Federal de Medicina desaconselha que seja a cedente do útero mulher solteira ou que nunca tenha tido filhos, pois tal sentimento se intensificaria, podendo gerar instabilidade na relação entre a cedente uterina e a beneficiária da técnica.

A Resolução nº 2.294 de 2021 do Conselho Federal de Medicina tratou de regulamentar tal situação em seu item VII, trazendo determinações importantes de como se dará tal técnica. Em sua parte inicial¹⁵, determina que tal método somente poderá ser realizado no caso de existência de algum problema médico da mulher, que a impeça de gestar, ou em casos de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

Outra determinação importante se refere ao número 1 do item VII¹⁶ acima apontado, vez que impõe a regra de que a cedente deverá ser parente de até quarto grau da pessoa que será beneficiada desta cessão de útero. Tal parentesco poderá ser estabelecido em âmbito civil ou parentesco por afinidade, como bem aponta a resolução, trazendo as figuras da mãe/filha, irmãs, tia/sobrinha, sobrinha por afinidade etc.

¹⁵ As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

¹⁶ 1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

Entretanto, no caso de inexistirem possíveis cedentes uterinas na família daquele casal que possui a vontade de ter filhos, deverá ser apresentado um requerimento ao Conselho Regional de Medicina, a fim de que se possa expor os motivos do pedido. Sendo autorizado pelo CRM, a técnica da cessão de útero será denominada de não relacionada, uma vez que trará uma cedente do útero fora da relação parental, com o objetivo de que o casal possa realizar a sua vontade da paternidade e da maternidade.

O número 2 do item VII da Resolução em estudo ainda menciona que: “2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente”, o que demonstra que tal técnica é altruística, gratuita e humanitária, até por isso que se exige a regra do vínculo parental entre as partes cedente e beneficiária, pois uma mãe que faz isso para uma filha ou uma irmã que fará isso para a outra, irá apenas emprestar a sua “casa gestacional”.

Assim, verifica-se que o objetivo da cessão temporária de útero é propiciar à mulher que não pode gerar uma chance de vir a ser mãe biológica, não podendo tal ato ser comercializado. Via de regra, a cedente do útero, parente da beneficiária, o cede de forma altruística, como uma atitude de amor.

O número 3 do item VII¹⁷ da Resolução traz, ainda, a relação dos documentos que serão necessários para a realização da técnica. Nesse rol, há menção da filiação da criança que irá nascer em dois momentos, quando se exige o termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando os aspectos legais da filiação, bem como o termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero, estabelecendo claramente a questão da filia-

¹⁷ 3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente: 3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

ção da criança. Veja a preocupação que a norma do CFM tem com relação à questão da filiação, a fim de não se deixar qualquer margem de dúvida.

Seguindo essa linha de raciocínio, em que todas as partes envolvidas determinarão a relação de filiação da criança com os beneficiários da técnica, toda a documentação do recém-nascido sairá em nome dos pais biológicos, representado aqui por aqueles que efetivamente tiveram a vontade de ter esse filho, expressaram a vontade de ser pai ou mãe. Nesse sentido, o Provimento 63/2017 do CNJ, com redação dada pelo Provimento 83/2019, determina, em seu artigo 17, §1º¹⁸, que no assento de nascimento não deverá constar o nome da parturiente, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela cedente do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Em razão disso é que se aponta para o pacto/contrato de gestação, na medida em que deve haver o consentimento informado de ambas as partes (cedente e beneficiário), bem como do marido/mulher ou companheiro(a) de quem vai ceder o útero e de quem irá usar o útero de outrem, deixando bem claro que não haverá a inversão de papéis familiares.

É justamente nesse ponto que muito já se discutiu acerca da natureza jurídica do contrato de gestação, uma vez que este tinha como objeto um ser humano. A indagação que aqui se coloca é a de se analisar acerca de possível nulidade do contrato em que se transacionasse não apenas parte do corpo humano, mas sim da vida humana. Em razão desse questionamento é que se entendeu pela natureza jurídica de volição ao referido contrato, como um verdadeiro contrato de comportamento, em que se comportam direitos e deveres.

Mas, em se tratando de um comportamento, outra indagação surge no tocante a atuação do magistrado, na medida em que se poderia cogitar se este poderia mandar supervisionar o comportamento da mulher cedente do seu útero, a fim de fiscalizar se esta mantém uma postura saudável diante da gestação, não bebendo, não fumando, não se drogando, mantendo uma dieta saudável, o repouso necessário, dentre outras medidas necessárias para uma boa gestação. Esta mulher está obrigada a seguir eventuais ditames comportamentais prescritos pelo casal beneficiário da técnica? Quais os direitos e obrigações das partes durante a gravidez? E após o parto? É claro que o contrato que ora se analisa não tem esse condão e esse alcance.

¹⁸ Art. 17. (...) §1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Seguindo a análise da natureza jurídica aqui desenvolvida, resta claro que na gestação sub-rogada a maternidade não fica associada à mulher que cedeu o útero, mas sim àquela que teve a vontade de gerar um filho, razão pela qual a filiação aqui será vista apenas entre a criança e os beneficiários da técnica (os que contribuíram geneticamente para esse filho), não possuindo qualquer relação entre àquela e a cedente do útero.

A cedente passa a ser vista apenas como a mulher que propiciou ao feto os elementos nutritivos necessários para o seu bom desenvolvimento; nos dizeres de Genival Veloso de França “Seria apenas uma “ama de sangue”. (FRANÇA, 2021, p. 387).

É claro que esta questão não está pacificada, entendendo muitos doutrinadores o inverso, ou seja, de que a mãe de fato é quem pariu a criança, em razão dos laços afetivos e psicológicos que se verificam entre essa mulher e o feto. Como exemplo de tal posicionamento, o autor em comento menciona o artigo 31 do Código Civil búlgaro, o qual determina que: “A maternidade se determina pelo nascimento, ainda que o filho tenha sido concebido com material genético de outra mulher.” (FRANÇA, 2021, p. 387).

Por fim, ainda merece menção o Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal (CJF), que traz a seguinte redação: “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida pós-tuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja consentimento expresso manifestado em vida pela sua esposa ou companheira.”

3.6. Os embriões excedentários e a sua doação

A questão relacionada ao descarte dos embriões excedentários não possui uma regulamentação nacional, razão pela qual continua a ser tortuosa a temática no Brasil.

No procedimento de fertilização *in vitro* alguns óvulos são obtidos para a fecundação do espermatozoide, gerando, a partir daí, embriões para serem implantados no útero materno. Os embriões que não são implantados passam a ser denominados, portanto, de supranumerários e são criopreservados, a fim de que possam ser implantados em uma futura tentativa de gravidez. Os questionamentos passam a se iniciar a partir daí. Qual a quantidade de embriões que deverão permanecer criopreservados nas clínicas? A fim de se responder a essa indagação, a Resolução 2.294 de maio de 2021 trouxe algumas determinações, impondo o número máximo de 08 (oito) embriões para serem gerados em laboratório, ficando a critério

do casal quantos serão efetivamente implantados, restando os demais para serem criopreservados (item V – 2.)¹⁹.

Ademais, a Resolução em comento ainda determinou que, no momento da criopreservação, o casal deverá manifestar a sua vontade em caso de dissolução do vínculo conjugal ou da união estável ou ainda em situação de falecimento, bem com deverão se manifestar se desejam realizar a doação desses embriões (item V – 3.)²⁰

Qual o período máximo que esses embriões excedentários deverão permanecer criopreservados? O item V – 4. e 5²¹ da Resolução trata dessa temática, ao estabelecer que com 03 (três) anos ou mais o casal poderá, mediante autorização judicial, descartar esses embriões, caso seja essa a sua vontade.

Os embriões criopreservados poderão também ficar abandonados por 3 (três) anos ou mais na clínica ou centro de reprodução humana assistida, sem que esta tenha obtido êxito em contatar o casal, situação na qual, também mediante autorização judicial, poderão ser descartados os embriões pelas clínicas ou centros.

Nesses dois itens duas considerações merecem destaque: 1. A Resolução, ao apontar para a necessidade de autorização judicial para o descarte dos embriões, o fez provavelmente com o intuito de prevenir discussões jurídicas futuras que a destruição dos embriões em tela poderia gerar, legitimando tal ato através da expedição de um alvará judicial, medida que se apresenta como a mais adequada para o caso.

A Resolução apenas tratou da possibilidade de doação dos embriões, deixando a cargo do Legislativo o procedimento adequado para referida doação, legislação esta que, diga-se de passagem, ainda não existe.

¹⁹ V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais. 2. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.

²⁰ 3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

²¹ 4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial. 5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial. 5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.

A questão da doação dos embriões se encontra disciplinado no item IV da Resolução do CFM²², dando um viés não lucrativo para o ato. De qualquer maneira, a filiação relativa a eventual doação dos embriões excedentários não foi apontada na Resolução, mas por óbvio será estabelecida entre o feto e ao donatário/receptor, pautando-se, sempre que possível, pelo sigilo dos doadores.²³

Além da doação desses embriões, outra possibilidade advinda da lei se refere à sua utilização para pesquisas de células-tronco, consoante determinado pela Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105 de 24 de Março de 2005), em seu artigo 5º, o qual dispõe que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas a partir da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia.

O referido artigo pretendeu, até aqui, expor as principais técnicas de reprodução assistida e suas implicações à filiação, não exaurindo a temática. A reprodução caseira, por exemplo, que atualmente vem tomando certa monta nos lares brasileiros, será abordada em outra oportunidade.

3.7. O Projeto de Lei 115/2015 (Estatuto da Reprodução Assistida)

Diante da lacuna legislativa a regular a matéria em discussão, inúmeros projetos de lei surgiram e encontram-se em tramitação no Congresso Nacional, todos com o mesmo objetivo, o de trazer disposições expressas a respeito da reprodução humana assistida.

No entanto, dentre os projetos mencionados, um merece destaque, o Projeto de Lei nº 115/2015, o denominado Estatuto da Reprodução Assistida (originalmente PL 4892/2012), que atualmente se encontra em regime de tramitação prioritária perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde 2015. A origem desse projeto de lei se deu através da iniciativa da Comissão de Biodireito e Estudos sobre a Vida da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Seccional de São Paulo, presidida pelo Professor Rui Geraldo Camargo Viana.

Referido projeto foi elaborado pela Professora Ana Cláudia Scalquette, inclusive fruto de sua tese de doutorado com o mesmo nome do projeto de lei intitulada “Estatuto da Reprodução Assistida”, sob a orientação do

²² IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

²³ 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade.

Professor Rui Geraldo Camargo Viana. Para a autora do projeto, tratar da reprodução humana assistida é se referir, em verdade, a um microsistema multidisciplinar, merecendo um olhar pontual do Direito através de um ordenamento próprio.

No que tange à discussão da filiação na reprodução assistida, referido Estatuto traz, em seu artigo 47²⁴, a disposição geral de presunção de filiação, na medida em que dispõe que o filho nascido pela utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumivelmente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram. O seu parágrafo único ainda aponta para o fato de que não deverá constar do assento de nascimento qualquer dado em que se possa deduzir o caráter da geração.

O artigo 48 do Estatuto²⁵ em questão ainda revela que não haverá vínculo de filiação alguma entre a criança concebida por material genético doado e o doador.

4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS AÇÕES RELATIVAS À PATERNIDADE

Após uma digressão acerca das técnicas de reprodução humana assistida e de como estas impactam diretamente na questão da filiação, com todas as suas implicações práticas, ainda mais diante da ausência legislativa em regular tais questões, deixando a cargo de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e de Provimentos do Conselho Nacional de Justiça, pasará a se analisar as principais ações judiciais relativas ao reconhecimento da filiação tendo-se, como pano de fundo, a reprodução artificial.

4.1. Ações de Investigação de Vínculo Biológico (Paternidade ou Maternidade Biológica)

Os tópicos a seguir irão se aprofundar em ações judiciais específicas relacionadas à reprodução assistida e à paternidade ou maternidade biológica. A ação de investigação de paternidade biológica na reprodução assistida, presente no item 4.1.1, discutirá os aspectos legais e práticos envolvi-

²⁴ Art. 47. O filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram. Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, o assento de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais conterá dados dos quais se possam inferir o caráter da geração.

²⁵ Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto.

dos na busca pelo reconhecimento da paternidade biológica em casos de reprodução assistida. Já o item 4.1.2 abordará a ação de investigação de maternidade biológica no contexto da cessão temporária de útero, destacando as particularidades dessa técnica de reprodução assistida em relação ao reconhecimento da maternidade.

4.1.1. Ação de Investigação de Paternidade Biológica na Reprodução Assistida

Ao pensar em filiação, o que se busca, geralmente, é a verdade biológica, tratando-se, inclusive, como um direito personalíssimo dos envolvidos. Assim, a ação de investigação de paternidade surge no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de se perquirir essa verdade biológica.

A sua primeira menção foi com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, instrumento este que não permitia referida ação de forma expressa²⁶. Assim, a prova da filiação era feita apenas por confissão espontânea no ato do casamento, por escritura ou outro documento oferecido pelo pai.

Apenas com o Código Civil de 1916 é que se passou a permitir o reconhecimento judicial da paternidade através da ação investigatória, mesmo assim limitado a alguns casos, consoante determinado em seu artigo 363²⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.609/1990) trouxe, em seu artigo 27²⁸, a determinação de que a ação de reconhecimento da filiação é imprescritível, indisponível e personalíssimo. Em 1992, a Lei 8.560, conhecida como a Lei da Investigação da Paternidade, trouxe novas formas de reconhecimento da filiação em seu artigo 1º²⁹.

²⁶ Art. 7º, §1º: (...) e a filiação natural paterna também pódé provar-se ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho, feito em escriptura de notas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico, oferecido pelo pae. (sic)

²⁷ Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - Se o tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai. II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela. III- Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

²⁸ Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

²⁹ Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.607 a 1.617, aponta todas as situações decorrentes do reconhecimento da paternidade, sendo este considerado um ato irrevogável e perpétuo, mesmo o feito por testamento. O artigo 1.609 regeu sobre o reconhecimento voluntário de filhos, ao passo que os artigos 1.606, 1.615 e 1.616 disciplinaram acerca do reconhecimento Judicial de filhos.

A ação de investigação do vínculo biológico de paternidade compete ao filho, se vivo, passando a seus descendentes se falecer ou se tornar incapaz, o que representou uma evolução no regramento jurídico nacional, na medida em que, para Ana Claudia Silva Scalquette (2009, p. 219), “Portanto, o filho pode investigar quem acredita ser seu suposto pai sem que haja qualquer limitação por imposição legal, tendo agora, liberdade ampla como bem defendeu Arnaldo Medeiros da Fonseca, para demonstrar sua filiação.”

Há, ainda, a possibilidade do reconhecimento oficioso de Paternidade, determinado pelo Provimento 16/2012 do CNJ em seu artigo 1º³⁰ e pelo artigo 2º da Lei nº 8.560/92³¹, perante os oficiais de Registro de Pessoas Naturais.

Diante da falta de regramento jurídico relativa à ação de investigação de paternidade em sede das técnicas de reprodução assistida, surge o Projeto de Lei nº 120/2003, apensada ao PL 1184/2003, de autoria do deputado Roberto Pessoa do PFL/CE, cuja ementa é justamente dispor sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida, bem como permitir à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, alterando-se, assim, a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Atualmente, o PL 1184/2003 encontra-se aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Por referido projeto, o artigo 2º da Lei 8560/1992 passará a vigorar com o acréscimo do artigo 6º A³². Uma observação importante nesse dispo-

³⁰ Art. 1º. Em caso de menor que tenha sido registrado apenas com a maternidade estabelecida, sem obtenção, à época, do reconhecimento de paternidade pelo procedimento descrito no art. 2º, caput, da Lei nº 8.560/92, este deverá ser observado, a qualquer tempo, sempre que, durante a menoridade do filho, a mãe comparecer pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais e apontar o suposto pai. Art. 2º. Poderá se valer de igual faculdade o filho maior, comparecendo pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais.

³¹ Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

³² Art. 6º A - A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de

sitivo é que pela primeira vez passa-se à menção da investigação de paternidade ou maternidade e não apenas a de paternidade, como tradicionalmente sempre foi realizada.

Nesse mesmo passo, o Estatuto da Reprodução Assistida traz, em seu artigo 19³³, a questão do sigilo do doador do material genético, podendo este ser afastado apenas mediante autorização judicial em sede de ação investigatória em caso de interesse relevante para garantir a preservação da vida, a manutenção da saúde física ou a higidez psicológica e em outros casos graves. Tal direito também possui o doador, nas mesmas situações de saúde.

O artigo 50³⁴ do Estatuto ainda traz o capítulo IV, dedicado às ações de investigação de vínculo biológico e negatória de paternidade, o qual aponta, de maneira expressa, que o conhecimento judicial da origem biológica entre o doador e o nascido não gera qualquer vínculo de filiação entre eles, não gerando, portanto, quaisquer direitos (pessoal ou patrimonial) ou deveres decorrentes do vínculo paterno-filial.

4.1.2. Ação de Investigação de Maternidade Biológica no contexto da Cessão Temporária de Útero

Como visto, a máxima romana *mater semper certa est* decai diante do avanço da biotecnologia, com os casos de cessão temporária de útero. Essa técnica foi anteriormente explanada, trazendo todas as suas problemáticas práticas em razão de sua lacuna legal.

De qualquer forma, à esta ação também se aplicam os artigos 19 e 50 do Estatuto da Reprodução Assistida, relacionadas as questões do sigilo e da justificativa para se pleitear judicialmente tal investigação.

paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos. Parágrafo único A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios.

³³ Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

³⁴ Art. 50. A ação de investigação de origem biológica é permitida nos limites previstos no artigo 19 deste Estatuto. Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

4.2. Ação Negatória de Paternidade da Reprodução Assistida

Trata-se de um direito personalíssimo do pai, esculpido no artigo 1.601 do Código Civil, trazendo a possibilidade de ele contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

A par da discussão da verdade biológica *versus* a verdade socioafetiva, no sentido de qual deverá prevalecer diante de laços afetivos verificados entre as partes, mesmo com a comprovação de inexistência de paternidade biológica, o que se discute aqui é a possibilidade do ajuizamento dessa ação negatória diante das técnicas de reprodução assistida.

O Estatuto da Reprodução Assistida, em seus artigos 51³⁵ e 52³⁶, trata da ação negatória de paternidade em sede de reprodução assistida, trazendo a previsão de que esta será cabível nas situações em que se verificar erro de consentimento quanto à utilização da inseminação heteróloga (vontade viciada do marido que deu o consentimento); na fecundação homóloga, no caso de fraude diante de uma infidelidade do outro genitor ou então de troca de sêmen ou ainda havendo suspeita de que o médico escolhido para a realização da técnica de reprodução assistida não se utilizou daquela escolhida pelo casal no termo de consentimento informado.

Para Ana Claudia Silva Scalquette, a questão do descumprimento pelo médico da técnica escolhida pelo casal merece um olhar detido. Esta afirma que:

Em caso de evidente descumprimento do estabelecido entre médicos e o casal que se submete a qualquer uma das técnicas procriacionais, a responsabilização daqueles é evidente, e, como defenderemos, pode até mesmo alcançar a esfera criminal, contudo, não podemos nos esquecer de que, ainda que haja falha médica, uma criança nasceu e deve ser cuidada pelos pais que a buscaram, ou seja, aqueles que se submeteram às técnicas reprodutivas. (SCALQUETTE, 2009, p. 222)

Além da falha do médico na realização do procedimento escolhido, a conduta maliciosa do outro genitor induz também a possibilidade do ajuizamento dessa demanda.

³⁵ Art. 51. A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga. Parágrafo único. Nos casos acima previstos, caberá à mulher igual direito.

³⁶ Art. 52. A ação negatória também será permitida se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado.

Importante ainda salientar que o mero arrependimento por ter dado o consentimento não serve como um dos fundamentos para a ação negatória, sob pena de se desestabilizar as relações de filiação, dando a oportunidade de arrependimentos futuros.

Ademais, com a utilização da técnica de reprodução homóloga e verificação futura, em sede da ação negatória, de que o filho não é biologicamente do pai autor dessa ação, a consequência será o afastamento da paternidade, como já ocorre mesmo nas situações em que não se recorre às técnicas de reprodução humana; aqui, o fundamento para o afastamento da filiação é o erro induzido.

4.3. Ação Declaratória de Filiação Socioafetiva

A filiação socioafetiva, baseada no afeto, ganha novos contornos na pós-modernidade, principalmente diante da biotecnologia. Para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2012, p. 18):

A afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem. Pode também ser considerado o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

Assim, a paternidade socioafetiva surge no contexto do novo paradigma do princípio da afetividade, em que o afeto passa a ser a base das relações de parentesco e não mais a carga genética, ou seja, o vínculo consanguíneo entre os entes.

Nos dizeres de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013):

A biotecnologia veio revolucionar o conceito de filiação, sendo esta natural ou civil, com liame biológico ou não, e assim, a importância do amor, trasmutado em afetividade, vem ganhando cada vez mais respaldo legal. Ou seja, a socioafetividade, a vontade consciente e verdadeira de pertencer a determinado núcleo familiar, sobrepõe-se no mais vezes à verdade biológica. (MALUF, C.; MALUF, A. 2013, p. 221)

De fato, a biotecnologia modificou sobremaneira a forma como as relações de filiação se apresentam na atualidade, resultado direto das inú-

meras técnicas de reprodução humana assistida. Assim, os autores acima apontados, ao se referirem a paternidade socioafetiva, afirmam em quais situações essa pode se manifestar, apontando que:

A paternidade socioafetiva pode manifestar-se na adoção – também pela adoção homoafetiva e nos estados intersexuais –, na reprodução assistida heteróloga, na posse do estado de filho oriundo da adoção à brasileira e pela adoção informal ou de fato, gênese do chamado *filho de criação*. (MALUF, C.; MALUF, A. 2018, p. 530 – grifos dos autores)

Ainda sobre essa questão, o Enunciado 256 do CJF elucida que “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” Essa ação é personalíssima e pode gerar o reconhecimento da denominada multiparentalidade.

Desta forma, ao se observar que nas técnicas de reprodução assistida heterólogas não se verificam o vínculo filial pela consanguinidade, a questão biológica deixa de ser o centro das relações, passando o afeto ser a base das relações familiares.

4.3.1. Registro Extrajudicial da Filiação Socioafetiva - Provimento 63 do CNJ (2017), com redação dada pelo Provimento 83 do CNJ (2019)

O Provimento 63 do CNJ (2017), com redação dada pelo Provimento 83 do CNJ (2019) instituiu modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, que passaram a ser adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, dispondo, ainda, sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

No que tange ao reconhecimento voluntário da maternidade ou paternidade socioafetivas, o artigo 10 e 10-A do Provimento³⁷ traz o regra-

³⁷ Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. § 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. § 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. § 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

mento de que este somente poderá se dar para pessoas acima de 12 anos, sendo apenas judicial, portanto, para pessoas abaixo dessa idade.

Por fim, ainda resta dizer, com relação às ações judiciais atinentes à temática da filiação, que ainda existe a possibilidade do ajuizamento da ação Declaratória de Ascendência Genética, com o objetivo: ser “reconhecida a origem genética, sem atribuição ou modificação do vínculo de parentalidade nem dos efeitos daí decorrentes.” (DIAS, 2016, p. 177)

O que se busca aqui é a identidade genética, visto como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, inclusive se coadunando com o Princípio Constitucional da Dignidade Humana. O conhecimento do estado de filiação biológico é um direito de personalidade (independe do estado de filiação e respectiva paternidade).

5. PROPOSTA DE ALTERAÇÕES AO CÓDIGO CÍVEL PARA GARANTIR DIREITOS E ATUALIZAR AS NORMAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A partir das pesquisas e reflexões apontadas ao longo deste trabalho, ressalta-se que o Código Civil precisa sofrer alguns ajustes, pois em muitos pontos já ficou ultrapassado, havendo a necessidade, portanto, de alterações pontuais em alguns de seus artigos.

Assim, o artigo 1.596³⁸ deverá ter sua redação alterada, a fim de inserir a ideia de que os filhos, independentemente da origem da filiação, deverão ter os mesmos direitos e qualificações, sem quaisquer discriminações.

O artigo 1.597 do Código Civil também deverá sofrer alterações em alguns de seus incisos. Desta forma, o inciso III do artigo 1.597 aponta a presunção de filiação apenas para os filhos oriundos de fecundação artificial homóloga e mesmo que falecido o marido. Porém, a presunção se dará, inclusive, em outras técnicas de reprodução assistida e mesmo com o falecimento da esposa, razão pela qual merece ter sua redação alterada.³⁹

³⁸ **Redação Atual:** Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. **Proposta de Alteração:** Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, independentemente da origem da filiação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

³⁹ **Redação Atual:** Presumem-se concebidos na constância do casamento e da união estável os filhos: (...) III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;... **Proposta de Alteração:** Presumem-se concebidos na constância do casamento e da união estável os filhos: (...) III - havidos por qualquer método de reprodução assistida, nos termos da legislação especial, mesmo com o falecimento de qualquer um dos casados/conviventes.

O inciso IV ainda do artigo 1.597 se refere à presunção de paternidade dos filhos oriundos de embriões excedentários decorrentes apenas da concepção artificial homóloga, não fazendo menção à heteróloga, motivo pelo qual também deverá sofrer alteração em sua redação original.⁴⁰ Por fim, o inciso V do artigo 1.597 faz menção apenas da autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga, se esquecendo de mencionar a necessidade também do consentimento da mulher, razão pela qual sua redação também terá que sofrer uma alteração⁴¹.

Já o artigo 1.599⁴² do mesmo diploma legal apresenta a regra geral em que a impotência do cônjuge para gerar à época da concepção servirá para se ilidir a presunção de paternidade, porém tal máxima não corresponde mais com a realidade atual, diante da utilização das técnicas de reprodução assistida bem como em razão da paternidade socioafetiva, merecendo uma reformulação geral de sua redação.

Finalmente, o artigo 1.600⁴³ do CC faz menção de que o adultério da mulher não é suficiente para se ilidir a presunção de paternidade. O que se propõe também é uma alteração da redação desse artigo, a fim de se fazer inserir a regra de que a declaração da mulher acerca da paternidade será suficiente para ilidir a presunção de filiação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o discutido no presente artigo, o que se observa é uma total e completa lacuna legislativa no que concerne à temática estudada, visto que apenas um artigo do Código Civil trata, de forma superficial

⁴⁰ **Redação Atual:** IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. **Proposta de Alteração:** IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga ou heteróloga.

⁴¹ **Redação Atual:** V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. **Proposta de Alteração:** V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido e consentimento da mulher.

⁴² **Redação Atual:** A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade. **Proposta de Alteração:** A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, não ilide a presunção da paternidade por si só, devendo ser comprovada a ausência da utilização das técnicas de reprodução assistida bem como a inexistência de filiação socioafetiva.

⁴³ **Redação Atual:** Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade. **Proposta de Alteração:** A declaração da mulher acerca da paternidade é suficiente para ilidir a presunção de filiação.

e genérica, acerca de um assunto delicado e cada vez mais recorrente na pós-modernidade. Como se tratar da filiação na seara das técnicas de reprodução humana assistida apenas por resoluções do Conselho Federal de Medicina e por Provimentos do Conselho Nacional de Justiça? Definitivamente o papel do Legislativo não tem sido exercido a contento!

Nesse sentido, se verifica a necessidade premente da aprovação do Estatuto da Reprodução Assistida, a fim de representar um verdadeiro microssistema que contemple todos os aspectos relacionados ao tema, tais como civis, penais e de controle administrativo, passando a ter uma regulamentação própria, com a compatibilização dos regramentos administrativos atuais para uma sistematização jurídica única.

Diante da sistematização de um corpo normativo próprio a tratar do assunto, sugeriu-se, para além da aprovação do Estatuto, alterações pontuais no Código Civil, em especial nos artigos relacionados à filiação. Sugere-se a alteração do artigo 1.596 para garantir igualdade de direitos aos filhos, independentemente da origem da filiação, e a modificação dos incisos III, IV e V do artigo 1.597 para contemplar outras técnicas de reprodução assistida e garantir a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges. Além disso, propõe-se a reformulação do artigo 1.599 para que reflita a realidade atual e da paternidade socioafetiva, e a inclusão de uma regra na redação do artigo 1.600 para permitir que a declaração da mulher seja suficiente para ilidir a presunção de paternidade.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Repercussões jurídicas da biotecnologia no Código Civil: o papel do biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; SILVA, Eduardo Freitas Horácio da; ALMEIDA, Vitor (org.). **Biotecnologia e relações familiares**. Rio de Janeiro: Processo, 2021. pP. 17-42.

BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (org.). **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena; SILVA, Eduardo Freitas Horácio da; ALMEIDA, Vitor (org.). **Biotecnologia e relações familiares**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Juscelino Rezende Filho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300959. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Provimento nº 16, de 17 de fevereiro de 2012**. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 29, 23 fev. 2012, pp. 31-33. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averba. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, nº 191, 17 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. DJe/CNJ nº 165, de 14 ago. 2019, pp. 8-9. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma: Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa do falecido, decide Quarta Turma. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, on-line, Brasília, 15 jun. 2021. Notícias: Decisão. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuv-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA CFM. **Resolução nº 2.294, de 27 de maio de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. Diário Oficial da União, Brasília, DF,

31 mai. 2017. Disponível em : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 20 jun. 2021.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**: Questões Jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FALCÃO, Marta Filipa Geraldés. **Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico**. 2013. 335 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de Salamanca, Espanha, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. As famílias brasileiras: mudanças e perspectivas frente aos avanços médicos e biotecnológicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; SILVA, Eduardo Freitas Horácio da; ALMEIDA, Vitor (org.). **Biotecnologia e relações familiares**. Rio de Janeiro: Processo, 2021. p. 81-102.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Família na Pós-Modernidade: Aspectos Cíveis e Bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. V. 108. pp. 221-42. jan./dez. 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: Amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação: da possibilidade jurídica de multiparentalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Ações de filiação e paternidade socioafetiva: Com notas sobre Direito Belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *et al* (org.). **Biotecnologia, Biodireito e Liberdades Individuais: novas fronteiras das ciências jurídicas**. Indaiatuba: Foco, 2019. Versão Kindle.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. 348 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TESTAMENTO AUDIOVISUAL: POR UMA ADEQUAÇÃO FORMAL A TEMPOS VIRTUAIS

*Ana Carolina Moraes Aboin Menequelli**

*Dandara de Paula Donato***

1. BREVES NOTAS SOBRE O TESTAMENTO E A ADEQUAÇÃO FORMAL AO AUDIOVISUAL

A sucessão *causa mortis* pode ocorrer de forma legítima, de acordo com os parâmetros previstos em lei segundo a ordem de vocação hereditária, ou de forma testamentária, em que a transmissão dos bens do *de cuius* deriva da sua manifestação de última vontade, via testamento, que deve observar as formalidades legais para garantia de sua validade e eficácia.

O testamento é um documento utilizado para expressar a vontade de uma pessoa em relação à distribuição de seus bens após sua morte, podendo abarcar ainda questões de cunho existencial. De maneira geral, este é um ato revestido de solenidade que deve ser escrito e assinado pelo testador e suas testemunhas. Além dessas exigências gerais, cada modalidade testamentária apresenta seus requisitos específicos.

A pandemia do coronavírus impôs a toda a humanidade uma séria de restrições e limitações, o que fez com que, com o intuito de garantir o distanciamento social necessário para conter a disseminação da doença, fora possibilitado que diversos atos fossem realizados em formato virtual. Nesse sentido, o Provimento CNJ n. 100, de 26 de maio de 2020, regulamentou a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado.

* Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Médico pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra (UC Portugal). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Professora Universitária. Advogada. E-mail para contato: ana.aboin@gmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, Campus Universitário Alta Floresta (UNEMAT). E-mail para contato: dandara.donato8@gmail.com.

Apesar de toda a influência dos avanços tecnológicos no cotidiano da sociedade, as normas atinentes à sucessão testamentária continuam inalteradas, obstaculizando o reconhecimento de novas formas de testar. Assim, acompanhando as novas tendências procedimentais, o presente capítulo analisará o testamento em formato audiovisual, suas implicações legais, bem como viabilidade e validade no ordenamento jurídico, com ênfase na necessidade da adequação de procedimentos formais tradicionais às mudanças tecnológicas.

Para tanto, o trabalho será dividido em três partes, a primeira abordará o testamento e sua solenidade, discorrendo sobre suas formas, formalidades e características; na segunda parte será feita uma análise do testamento audiovisual a partir dos planos da existência, validade e eficácia, e por fim, serão expostos os parâmetros necessários a caminho da compatibilização dos procedimentos formais com os tempos virtuais.

2. O TESTAMENTO ENQUANTO ATO SOLENE DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

O atual Código Civil brasileiro, de 2002, não elenca uma definição de testamento, posicionando-se a doutrina de forma pacífica em relação ao seu conceito. O Código, contudo, traçou as diretrizes gerais e específicas sobre o tema, nos artigos 1.851 a 1.990, postulando quais são os tipos de testamento admitidos no ordenamento brasileiro, suas formalidades, seus sujeitos, além de demonstrar as disposições não patrimoniais que podem ser inseridas de forma válida no testamento (BRASIL, 2002).

O testamento é o instrumento apto para que uma pessoa exerça seu direito à liberdade de dispor de seus bens, definindo a partir de sua vontade a quem estes serão destinados após sua morte. Nesse sentido, Pontes de Miranda (1972, p. 59) definiu tal instrumento como: “ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos”.

Flavio Tartuce (2017, p. 382) define o testamento como um ato de exercício da autonomia privada por excelência, “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte”. Com o mesmo entendimento, Gonçalves (2011) alude que a manifestação de vontade no testamento é emanada exclusivamente pelo testador, sendo possível a participação de terceiro apenas de forma indireta para fins de orientação.

Cabe ressaltar que o testamento é um ato solene, ou seja, somente terá validade se respeitadas as formalidades impostas pela lei, com o intuito de resguardar os direitos do testador de livre disposição de seu patrimônio, respeitando sua vontade, sendo-lhe ainda possibilitado alterar seu testamento, se assim desejar, por ser ato revogável, bem como garante os direitos dos próprios herdeiros, de acordo com os parâmetros legais que impõem determinadas restrições à liberdade de testar.

Do texto da Lei, extrai-se que o testador deve ser capaz, podendo dispor de parte ou da totalidade dos bens patrimoniais ou extrapatrimoniais, resguardando a parte dos herdeiros necessários, que corresponde a 50% (cinquenta por cento) do patrimônio. Trata-se de ato unilateral, personalíssimo e revogável, em que a única vontade admitida é a do testador, podendo ser alterado ou revogado a qualquer momento; é unipessoal, pois pode dispor sobre os bens de uma só pessoa, é gratuito, formal e solene, podendo dispor, ainda, de questões não patrimoniais, como reconhecer filiação, e sua eficácia é *post mortem* (BRASIL, 2002).

O testamento só terá validade se forem observadas todas as formalidades essenciais prescritas na Lei (*ad solemnitatem*). Não podem ser elas preteridas, sob pena de nulidade do ato. Excetua-se o testamento nuncupativo (de viva voz), admissível somente como espécie de testamento militar (CC/2002, art. 1.896). A excessiva formalidade do testamento visa assegurar a sua autenticidade e a liberdade do testador, bem como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando (GONÇALVES, 2021).

A sucessão testamentária não segue um padrão único, pois existem várias formas de testamento, sendo necessária a observação de requisitos específicos de cada modalidade. Os testamentos podem ser especiais ou ordinários, sendo os especiais divididos em marítimo, aeronáutico e militar e os ordinários divididos em público, cerrado e privado.

O testamento público é a forma mais utilizada no sistema brasileiro, trazendo uma maior segurança para as partes envolvidas, pois é lavrado por tabelião que desempenha função pública, diminuindo o risco de anulação, sendo realizado em frente a duas testemunhas e transcrito em um livro de notas (NADER, 2013).

O testamento público é lavrado em livro do Cartório de Notas, sendo ato privativo do tabelião ou seu substituto legal. A redação do testamento será feita de acordo com as declarações livres e espontâneas do testador, que poderá utilizar minuta, notas ou apontamentos. O texto poderá ser escrito manualmente pelo tabelião ou mecanicamente, sendo a vontade

testamentária lançada em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador. As declarações do testador são lançadas no livro de notas e, uma vez lavrado o instrumento, este será lido em voz alta pelo tabelião, ou pelo testador, na presença de duas testemunhas, para que reste comprovada a correspondência entre a vontade manifestada e as disposições inseridas no ato. Após a leitura, o testamento é assinado pelo testador e pelas testemunhas, a um só tempo, desenvolvendo as solenidades em ato contínuo, na presença do tabelião, do testador e das testemunhas. Por se tratar de ato celebrado nas repartições brasileiras, só pode ser realizado na língua nacional. (TEPEDINO, 2021).

Testamento cerrado, secreto ou místico é aquele escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo e por ele assinado, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação ou autenticação lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal, em presença do disponente e de duas testemunhas idôneas (GONÇALVES, 2021).

Partindo para os seus requisitos essenciais, conforme o artigo 1.868 e seguintes do Código Civil de 2002, o testamento cerrado escrito pelo testador, ou por outra pessoa a seu pedido, e por ele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, sob pena de nulidade absoluta. Ainda, devem ser observadas as seguintes formalidades: que o testador entregue o documento ao tabelião na presença de duas testemunhas, declarando que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado; que o tabelião lave, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas e em ato contínuo; que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador. (BRASIL, 2002).

Prescreve o parágrafo único do art. 1.868 do CC/2002 que o testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu testador numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas do documento.

O tabelião deve começar o auto de aprovação logo depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas. Em seguida, o tabelião passa a cerrar e a coser o instrumento aprovado, com cinco pontos de retrós, como vem do costume antigo, sendo o testamento lacrado nos pontos de costura, como preconiza o artigo. 1.869, caput, do Código Civil de 2002. (TARTUCE, 2017).

Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em

que o testamento foi aprovado e entregue. Falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando seu cumprimento, desde que não haja vício externo que o torne maculado de nulidade ou suspeito de falsidade (BRASIL, 2002).

Em relação ao lacre, “seguindo um velho costume, os tabeliães colocam pingos de lacre sobre os nós da linha que utilizaram para coser o testamento. É mera praxe notarial, não havendo exigência legal para tal providência” (RODRIGUES, 2017, pp. 162-163).

É vedado pelo Código Civil/2002 a realização de testamento cerrado por quem não saiba ou não possa ler. É permitido ao surdo-mudo, desde que este o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, pedindo sua aprovação.

Por fim, o testamento particular é a forma mais acessível de testamento, apresentando a menor quantidade de formalidades, não sendo essencial a presença do notário ou tabelião para que seja elaborado. É chamado de testamento hológrafo, já que é escrito pelo próprio testador. Apesar de ser a categoria mais fácil e acessível para ser concretizada na prática, a modalidade particular não tem a mesma certeza e segurança do testamento público. Ademais, existem algumas formalidades que devem ser preenchidas, o que demonstra que o negócio *mortis causa* em questão não é tão acessível assim, pois existe certa burocracia. (TARTUCE, 2017).

De acordo com o artigo 1.876, *caput*, e seguintes do Código Civil brasileiro de 2002, o testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade, sob pena de nulidade absoluta, que seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever, confirmando o ato, em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz. Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de ler na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Dada a morte do testador, o testamento será publicado em juízo, com citação dos herdeiros legítimos. Se as testemunhas forem coerentes sobre o fato da disposição, confirmando as declarações, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e reconhecerem as próprias assinaturas e a do testador, o testamento será confirmado.

3. TESTAMENTO AUDIOVISUAL: UMA ANÁLISE POR MEIO DOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Para se fazer uma análise do testamento a partir dos Planos que constituem o Negócio Jurídico, é fundamental partir da teoria criada por Pontes de Miranda, que desenvolveu uma estrutura única para explicar tais elementos, denominada “Escada Ponteana”. Nessa escada o Negócio Jurídico tem três planos: o da existência, contendo os elementos essenciais, os pressupostos de existência; o plano da validade que trata dos elementos do plano da existência com algumas qualificações; e o plano da eficácia, em que se encontram os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros. São elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres.

3.1. Plano da Existência

O plano da existência é o primeiro passo na Escada Ponteana para o cumprimento dos pressupostos de um negócio jurídico e contém os chamados elementos mínimos ou essenciais no negócio jurídico. Assim, nenhum Negócio Jurídico existirá ante a ausência de algum dos elementos constitutivos essenciais, sendo eles partes, objeto, vontade e forma. Nesse plano surgem apenas substantivos, sem qualquer qualificação. Presentes os quatro substantivos, pode-se dizer que o negócio passa a existir no mundo jurídico (TARTUCE, 2021).

O Código Civil de 2002 não adotou de forma expressa o plano da existência, não existem regras a respeito da inexistência do negócio jurídico. Outrossim, o artigo 104 do Código Civil trata diretamente do plano da validade.

3.2. Plano da Validade

A validade é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. (AZEVEDO, 2010 – grifos nossos).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 104, aponta os requisitos de validade do negócio jurídico, em caráter geral, sendo eles: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Não faz parte do dispositivo menção a respeito da vontade livre, mas é certo que tal elemento está inserido tanto em relação à

capacidade do agente, quanto em relação à licitude do objeto do negócio. (TARTUCE, 2021).

O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável (nulidade relativa ou anulabilidade), como o celebrado por relativamente incapaz ou acometido por vício do consentimento. (TARTUCE, 2021).

A validade do testamento pode ser questionada em razão de dois fundamentos: incapacidade do testador no momento da declaração, ou inobservância de forma ou formalidade legal. (COELHO, 2020).

Conforme Gonçalves (2012), a capacidade do agente se refere à aptidão para intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratário. Trata-se da capacidade de fato ou de exercício, necessária para que uma pessoa possa exercer, por si só, os atos da vida civil, ou seja, aptidão para exercer direitos e contrair obrigações na ordem civil. Esta é adquirida com a maioridade, aos 18 anos, ou com a emancipação, conforme o art. 5º do Código Civil de 2002.

Exige-se, para a validade do testamento, que o testador esteja em seu pleno discernimento, isto é, no domínio das faculdades mentais. Não basta ser capaz para, validamente, dispor sobre a destinação *post mortem* dos próprios bens; é indispensável que não esteja o testador sem consciente controle de sua vontade, conforme disposto pelo art. 1.860 do Código Civil. Retira a capacidade específica do testador qualquer fator que implique ausência de entendimento ou vontade, como, por exemplo, enfermidade, obnubilação passageira da mente, embriaguez, torpor em razão de medicamento ou entorpecente, hipnose. (PEREIRA, 1974. p. 137).

Outro requisito de validade é o objeto. Objeto lícito é aquele não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes. Objeto jurídico, objeto imediato ou conteúdo do negócio é sempre uma conduta humana e consiste em uma prestação: dar, fazer ou não fazer. Objeto material ou mediato são os bens ou prestações sobre os quais incide a relação jurídica obrigacional (GONÇALVES, 2012).

Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho (2020, p. 207):

A existência do negócio jurídico pressupõe um objeto. Trata-se do bem, coisa, atividade, direito, estado ou outro objeto sobre o qual versam as declarações válido o negócio, diz a lei que seu objeto deve atender a três condições: licitude de vontade dos sujeitos participantes da relação negocial. Para ser,

possibilidade e determinabilidade. O objeto é lícito quando os atos necessários à sua realização não são sancionados por norma jurídica.

Assim, no que se refere ao testamento, Anderson Schreiber (2020) destaca que será inválido o negócio jurídico que tenha objeto ilícito, como exemplo, o chamado *pacta corvina*, contrato sobre herança de pessoa viva, vedado expressamente pelo nosso Código Civil de 2002 em seu art. 426.

Além disso, o objeto deve ser possível no plano fático. A impossibilidade pode ser física ou jurídica, manifestando-se a física quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo (TARTUCE, 2021). Um testamento, por exemplo, não pode dispor da totalidade dos bens do agente sem contemplar os herdeiros necessários, destinando a eles, no mínimo, 50% do patrimônio, sendo nulo o ato, resguardando o objeto da herança aos destinatários necessários na porcentagem garantida por lei, sendo livre ao testador dispor somente de 50% da totalidade da herança como lhe aprouver.

Desse modo, o patrimônio do testador que tenha herdeiros necessários divide-se em parte disponível e parte legítima, equivalendo cada uma a metade. A parte indisponível, chamada também de legítima, não pode ser objeto de livre disposição por meio de testamento.

Será ineficaz, no todo ou em parte, a disposição mortuária que alcançar a parte indisponível do patrimônio do testador, não a destinando aos herdeiros necessários (COELHO, 2020). Ainda, o objeto do negócio deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. O Código Civil de 2002 reconhece falha da codificação anterior, afastando o rigor da certeza quanto ao objeto (TARTUCE, 2021).

Por fim, a validade do negócio jurídico também depende de sua forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei. Inicialmente, cabe lembrar que a expressão “não defesa” significa “não proibida”.

Clóvis Beviláqua (1977, p. 386, *sic*) conceitua forma como “o conjunto de solenidades, que devem ser observadas, para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica. É o revestimento jurídico, a exteriorizar a declaração de vontade. Esta é a substância do acto, que a forma revela”. Como regra, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Desse modo, os negócios jurídicos, em regra, são informais, conforme consagra o art. 107 do CC/02, que consagra o princípio da liberdade das formas (TARTUCE, 2021).

Contudo, existem casos em que, visando a segurança do negócio jurídico, a lei prevê a obrigatoriedade de formalidades, relacionadas com a manifestação da vontade. Nessas situações, o negócio não admite forma livre, sendo conceituado como negócio formal. A formalidade constitui a exigência de qualquer forma apontada pela lei, como, por exemplo, a de forma escrita. É o caso do testamento, que deve seguir uma série de formalidades específicas de cada espécie, elencadas no Código Civil de 2002.

Antonio Junqueira (apud?) faz as seguintes ponderações sobre o testamento dentro dos planos da escada ponteana:

Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia depois de sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretende que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como declaração de vontade (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja válido. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é eficaz. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento, projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiro e último ciclo de sua realização. (AZEVEDO, 2010 p. 24).

Dessa forma, como regra geral, o testamento deve ser escrito e realizado na presença de testemunhas que corroborem a livre manifestação de vontade do testador, bem como sua capacidade de testar e deve ser assinado por estas e pelo testador. Cabe ressaltar que cada forma de testar possui

formalidades específicas que devem ser seguidas, sob pena de nulidade do negócio jurídico.

Além do respeito às formalidades, é necessário que se observe a capacidade de testar e de adquirir por testamento do agente, caso contrário, o testamento será nulo. A verificação das duas capacidades acontece em momentos diferentes: a do autor da herança é averiguada quando o testamento é redigido; já a do herdeiro, no momento da abertura da sucessão (DIAS, 2021).

A capacidade de testar, também chamada de capacidade testamentária ativa, é regulada pelo artigo 1.857 do Código Civil de 2002, o qual expõe que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Assim, Fabio Ulhoa Coelho explica:

A ordem jurídica reconhece, dentro de certos limites, o direito de a pessoa física definir, por sua própria vontade, a destinação de seus bens após a morte. É o direito de testar, atribuído a todas as pessoas capazes (CC, art. 1.857) e aos relativamente incapazes (art. 1.860, parágrafo único) que, no momento do ato, gozem de pleno discernimento (COELHO, 2020, p. 178).

Dois pontos deste artigo devem ser destacados. O primeiro é sobre a palavra pessoa, que se refere à pessoa física, assim, somente pessoas físicas podem testar. O segundo é que a capacidade é presumida; portanto, todos aqueles que não estão proibidos por lei podem testar. Exige-se, para a validade da declaração mortuária, que o testador esteja em seu pleno discernimento, isto é, no domínio das faculdades mentais. Não basta, conforme indicado anteriormente, ser capaz para dispor sobre a destinação *post mortem* dos próprios bens, é indispensável que o testador esteja em consciente controle de sua vontade (CC/02, art. 1.860) e sem qualquer fator que afete seu discernimento ou vontade, como enfermidades, embriaguez ou efeitos de medicamentos ou drogas que possam comprometer a sua consciência e livre arbítrio. (PEREIRA, 1974).

Desse modo, o testamento exige a capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos, presentes na Parte Geral do Código Civil de 2002. Sendo assim, desrespeitadas as regras correspondentes, aplica-se a teoria das nulidades constante do livro inaugural da codificação privada.

Fiuza (2016) salienta que a capacidade exigida pela lei também se refere à negocial ou contratual. Exatamente por faltarem características es-

pecíficas para darem validade a determinados atos que algumas pessoas, apesar de capazes, não podem dispor mediante certas formas testamentárias, nesse sentido, aos analfabetos somente é permitido o testamento público. Partindo para os requisitos específicos de capacidade testamentária ativa, enuncia o art. 1.860 do CC/02 que além dos incapazes, tratados pelos artigos 3º e 4º do Código Civil¹, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) definiu que somente os menores de dezesseis anos de idade são absolutamente incapazes. No entendimento de Flavio Tartuce (2021) quanto aos maiores com alguma deficiência, em regra, são capazes, a não ser que demonstrem que, por causa transitória ou definitiva não podiam exprimir a vontade para o ato testamentário em si, hipótese em que se enquadram como relativamente incapazes no novo sistema, artigo 4.º, inciso. III, do Código Civil de 2002. Ademais, são também relativamente incapazes para o testamento os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos, nos termos do mesmo artigo em seu inciso II.

Dias (2021) entende que, apesar de constar a palavra capaz, os relativamente incapazes podem testar, exceto na hipótese do inciso III do referido artigo: "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Veloso (2003) igualmente entende dessa forma ao expressar que não vê impedimento para que ébrios habituais, viciados em tóxico e aqueles que têm discernimento reduzido testem, desde que, no momento da confecção do testamento, saibam exatamente o que estão fazendo.

San Tiago Dantas (2004) informa que o tratamento diferenciado dado aos maiores de dezesseis anos de idade e menores de dezoito se fundamenta no fato de requerer um amadurecimento e melhor compreensão dos negócios para o exercício dos direitos em geral, motivo esse da capacidade civil ser plena a partir dos dezoito anos de idade. Para o testamento, basta a consciência livre e sadia para exprimir a sua vontade. Para que o

¹ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- os pródigos.

testamento seja válido, de acordo com o artigo 1.860 do Código Civil, além da idade mínima, o testador precisa externar a sua vontade e ter discernimento do que esse ato representa. Gonçalves (2020) entende que devem estar presentes os pressupostos de inteligência e vontade.

3.3. Plano da Eficácia

No plano da eficácia estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres das partes envolvidas. De outra forma, pode-se dizer que nesse último plano, ou último degrau da escada, estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas (TARTUCE, 2021. p. 403).

Conforme preleciona Gonçalves:

Levando-se em conta o momento da produção dos efeitos, os negócios jurídicos dizem-se *inter vivos* e *mortis causa*. [...] *Mortis causa* são os negócios destinados a produzir efeitos após a morte do agente, como ocorre com o testamento, o codicilo e a doação estipulada em pacto antenupcial para depois da morte do testador. O evento morte nesses casos é pressuposto necessário de sua eficácia (GONÇALVES, 2012. p. 318).

Ou seja, a eficácia do testamento está condicionada à morte do testador, haja vista que somente após a sua morte as disposições testamentárias produzirão seus efeitos. Além disso, existem testamentos que são realizados com condições ou encargos para a produção de efeitos das disposições, bem como o testamento deve preservar a parte reservada aos herdeiros necessários.

Dessa forma, quem tem herdeiros necessários não pode dispor sobre a metade de seus bens. Essa é a única limitação do direito de testar, que a lei se preocupou em reforçar em mais de um dispositivo (CC, arts. 1.789, 1.846, 1.857, § 1.º, e 1.967). São herdeiros necessários listados na lei o cônjuge, ascendentes e descendentes (CC, art. 1.845).

Assim, está limitada no seu direito de testar a pessoa casada ou que tenha descendência ou ascendência viva. Só pode dispor da totalidade de seus bens quem não tiver cônjuge, filhos, netos, pais, avós etc.

Da mesma forma, o testador pode nomear herdeiro ou legatário sob condição, já que se trata de cláusula exclusivamente derivada de sua vontade. Nesse caso, todas as regras da parte geral do Código Civil de 2002 relacionadas à condição, aplicam-se no âmbito da sucessão testamentária,

que dispõe, no artigo 1.897, que “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.”

Este artigo estabelece que a instituição de herdeiro ou legatário pode ser feita sem nenhuma condição ou encargo, ou pode conter uma condição, ficando a eficácia da nomeação condicionada a um evento futuro e incerto, ou mediante encargo, quando o testador impõe de forma coercitiva, um ônus ou obrigação ao herdeiro ou legatário, e ainda, pode ser feito a termo, quando a eficácia da nomeação fica condicionada a um evento futuro e certo.

De acordo com o artigo 127, do Código Civil, se a condição for resolutiva, enquanto esta se não realizar, o negócio jurídico vigorará, com eficácia imediata, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido, porém, assim que sobrevier a condição, extinguirá o direito a que ela se opõe.

Imposta a condição suspensiva ao testamento, o recebimento do quinhão testamentário está condicionado a algum acontecimento futuro e incerto, e, enquanto não implementada a condição, o herdeiro não faz jus à herança, não produzindo os efeitos do negócio jurídico, nos termos do art. 1923, CC/02.

Da mesma forma, ao passo que o testamento sob encargo só produzirá efeito quando o herdeiro cumprir com o ônus ou obrigação imposta pelo testador, aquele testamento feito a termo só produzirá os efeitos com a ocorrência do evento previsto no testamento.

3.4. O testamento audiovisual

Passa-se então à análise do testamento audiovisual sob a ótica da esca da ponteana. A gravação em vídeo das disposições testamentárias atende os requisitos de existência, já que possibilita a manifestação de vontade, está presente o agente, sendo este o testador do negócio jurídico unilateral, está também presente o objeto, que são os próprios bens do testador, e possui uma forma. Vale lembrar que a existência não comporta os adjetivos desses elementos.

Contudo, quando se alcança o degrau da validade, esbarra-se com as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nada impede que o testamento audiovisual ateste a livre manifestação de vontade do agente, que pode ser gravada na presença das testemunhas, constar em anexo o atestado de capacidade do agente, ou ainda

pode ser realizada por meio de videoconferência com tabelião, na presença das testemunhas, sendo gravada e armazenada em mídia compatível para ser arquivada seguindo o critério referente ao tipo de testamento. Apenas se alteraria a forma de registro da manifestação acerca da disposição dos bens do testador, deixando de ser um documento escrito e passando a ser um arquivo em formato audiovisual, que, seguindo os elementos de validade do negócio jurídico em questão, também se enquadram nos requisitos legais, já que não sofre alteração alguma o objeto do negócio jurídico.

Como visto, o Código Civil prevê que o negócio jurídico deve cumprir a forma prescrita ou não defesa em lei, e nesse sentido, traz disposições acerca do testamento, que apesar de diferentes para cada espécie, mantém as regras atinentes à formalidade: o testamento deve ser escrito de próprio punho ou mecanicamente e deve ser assinado pelo testador. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro não confere validade ao testamento gravado em formato audiovisual.

Nesse sentido, a professora Lisieux Borges afirma ser necessária uma modificação na legislação, para fundamentar sua recepção pela lei civil:

[...] quanto à validade dos negócios jurídicos que surgem destas normas, os testamentos, temos que respeitar o que determina o artigo 104 de nosso Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível determinado ou determinável, forma prescrita, ou não defesa em lei. De acordo com este preceito legal infraconstitucional, facilmente, poderíamos afastar que os testamentos fossem feitos por formas diferentes das expressamente tipificadas, pois, tratam-se de forma prescrita. Aqui, se incluiria, por óbvio o videotestamento. Mas, neste ponto, que temos que trazer a reflexão, mais uma vez, sobre os fundamentos constitucionais de validade, não podemos aceitar que as prescrições legais sobre testamentos reduzam direitos que a própria Constituição deseja ampliar para os seus cidadãos. Com isto, quero dizer, que as prescrições legais específicas sobre o tema de testamento precisam sofrer modificações legislativas que possibilitem que os fundamentos constitucionais sejam devidamente recepcionados pela lei civil. (BORGES, 2020)

Contudo, é importante deixar claro que o videotestamento não se trata de uma nova espécie testamentária, mas sim, uma forma diversa para expressar as disposições testamentárias. Ou seja, representa a aceitação de que as espécies legais de testamentos, que já estão positivadas, sejam instrumentalizadas por outras mídias, diferentes daquela escrita e cartular que

em regra os testamentos são feitos, como por exemplo, as gravações em formato audiovisual.

Assim, se a manifestação de vontade do testador for inequívoca e sem quaisquer interferências por parte de terceiros, os testamentos poderiam ser expressos, sem prejuízo da sua validade, desde que respeitados os requisitos legais exigidos para cada espécie devidamente tipificada, por escrito através de documento cartular, escrito digitalmente, por vídeo, entre outras possibilidades.

Porém, não restam dúvidas que a segurança jurídica em torno da matéria testamentária é essencial para que a vontade do testador seja respeitada, e que permita assim que sua vontade irradie efeitos mesmo *post mortem*. Para tanto, é essencial e irrefutável que os testamentos possuam requisitos mínimos exigidos pela lei, e que quando necessários possam ser de conhecimento de todos os interessados. É preciso, então, que estes testamentos, independentemente do modo que eles foram feitos, possam ser armazenados de forma imodificável. Hoje, com a tecnologização intensa e cada vez maior das práticas sociais, passa a ser ordem do dia, que todos os atos jurídicos, e não apenas os testamentos, sejam pensados e repensados sobre esta ótica da tecnologia e da informatização, que estão hoje à disposição da sociedade.

Destaca-se, aqui, por exemplo, a recente alteração legislativa promovida pela Lei n. 14.382, de 27 de junho de 2022, que dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (SERP), promove alteração em diversos diplomas legislativos, em especial a Lei de Registros Públicos (BRASIL, 2022), pelo que se destaca as alterações promovidas no processo de habilitação para casamento, passando a permitir que os requerimentos e publicação do edital de proclamas seja realizado em formato eletrônico, e prevendo a possibilidade de celebração do casamento, a requerimento dos nubentes, por sistema de videoconferência que permita verificar a livre manifestação da vontade dos contraentes, conforme nova redação dada ao §8º do art. 67 da Lei de Registros Públicos².

² Art. 67. Na habilitação para o casamento, os interessados, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem. (Renumerado do art. 68, pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º Se estiver em ordem a documentação, o oficial de registro dará publicidade, em meio eletrônico, à habilitação e extrairá, no prazo de até 5 (cinco) dias, o certificado de habilitação, podendo os nubentes contrair matrimônio perante qualquer serventia de registro civil de pessoas naturais, de sua livre escolha, observado o prazo de eficácia do art. 1.532 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

Nesse sentido, pode-se inferir que o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que gradualmente, vem reconhecendo a possibilidade de outras formas válidas de manifestação de vontade para além das formas tradicionais.

4. COMPATIBILIZANDO PROCEDIMENTOS FORMAIS A TEMPOS VIRTUAIS

Diante da necessidade humana de conviver em sociedade, surgiu a carência de instrumentos que trouxessem maior harmonia para o corpo social, dentre eles manifestou-se o Direito. Nesse sentido, o Direito pode ser entendido como um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Paulo Nader diz que o Direito é um “conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para realização de segurança, segundo critérios de justiça”, é um sistema de normas complexas, dotado de tecnicidade e formalidades.

Ocorre que esse excesso de cerimônias trazido ao longo dos anos faz com que sejam conservados costumes e regras antigas que se tornam ultrapassados diante da evolução da sociedade, contribuindo com a morosidade dos procedimentos, além de muitas vezes trazer uma percepção de inalcançabilidade do Direito, ante a dificuldade de acesso e compreensão,

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 4º-A A identificação das partes e a apresentação dos documentos exigidos pela lei civil para fins de habilitação poderão ser realizadas eletronicamente mediante recepção e comprovação da autoria e da integridade dos documentos. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 5º Se houver impedimento ou arguição de causa suspensiva, o oficial de registro dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem, em 24 (vinte e quatro) horas, prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo, e, produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes, no prazo de 3 (três) dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em 5 (cinco) dias, decidirá o juiz em igual prazo. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 6º Quando a celebração do casamento ocorrer perante oficial de registro civil de pessoas naturais diverso daquele da habilitação, deverá ser comunicado o oficial de registro em que foi realizada a habilitação, por meio eletrônico, para a devida anotação no procedimento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 7º Expedido o certificado de habilitação, celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar solicitados pelos nubentes e designados pelo oficial de registro. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 8º A celebração do casamento poderá ser realizada, a requerimento dos nubentes, em meio eletrônico, por sistema de videoconferência em que se possa verificar a livre manifestação da vontade dos contraentes. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

o que ocasiona um óbice ao acesso aos procedimentos jurídicos pelos indivíduos, causando cada vez mais o afastamento destes da concretização e efetivação de direitos.

Conforme explica Francisco José Carvalho sobre a função social do Direito:

Quando uma norma produz os efeitos que dela se espera, pode-se dizer que ela cumpriu sua função normativa, apaziguando os conflitos que almeja disciplinar. A função social do direito é o fim comum que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social.[...] A norma jurídica é criada para reger relações jurídicas e nisso a disciplina da norma deve alcançar o fim para o qual foi criada. Se ela não atinge o seu desiderato, não há como disciplinar as relações jurídicas, e, portanto, não cumpre sua função, o seu objeto (CARVALHO, 2013, s.p.).

Espera-se do direito sua eficácia, a sua aplicabilidade no dia a dia. É essa a sua função. Para isso, este deve acompanhar as novas exigências e demandas advindas da modernização através da evolução social. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho defende:

O Direito é para a Sociologia Jurídica uma ciência essencialmente social, oriunda da sociedade e para a sociedade. As normas do Direito são regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as relações sociais; normas ditadas pelas próprias necessidades e conveniências sociais. Não são regras imutáveis e quase sagradas, mas sim variáveis e em constante mudança, como o são os grupos onde se originam (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 17).

A sociedade vive em constante evolução, sob influência de diversos acontecimentos, como uma pandemia global que obrigou toda a população a mudar seus hábitos e costumes. Não é plausível que o Direito venha limitar a transformação social por estar preso a correntes tradicionalistas e ultrapassadas, pois deixaria de cumprir sua função essencial e se reduziria a um mecanismo puramente burocrático.

A principal evolução é a tecnológica. A inteligência artificial e a realidade virtual são partes inerentes do cotidiano das pessoas, com imensa capacidade de conexão e interação, possibilitando maior dinamismo social. O pagamento de contas e declaração de impostos são feitos por via

eletrônica, a aquisição dos mais diversos produtos pode ser realizada pela internet, existem incontáveis serviços públicos que podem ser acessados por meio de sítios virtuais do governo, inscrições em rigorosos certames públicos, são feitas inteiramente por via eletrônica, existem cursos de formação universitária à distância, bem como portais de transparência, a eleição dos governantes é pelo voto eletrônico. Essa inovação vem sendo aplicada em diversos ramos profissionais de uma forma cada vez mais criativa e surpreendente. O próprio processo judicial chegou à esfera eletrônica. Contudo, no setor jurídico, essa modernização caminha a passos mais lentos.

O novo cenário advindo do período pandêmico tornou ainda mais evidente a urgência de adoção de medidas que promovam a facilitação do Direito e desburocratização dos institutos. As relações profissionais tiveram que se adaptar à nova realidade, principalmente na esfera jurídica, obrigando-se a construir uma rotina pautada na interação virtual, o que impulsionou os debates sobre o Direito Digital e trouxe à tona a real necessidade de modernização do Direito como um todo.

Diante do cenário mundial e a necessidade da virtualização dos procedimentos, o CNJ, com o Provimento n. 100, de 20 de maio de 2020, dispôs sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, além de criar a Matrícula Notarial Eletrônica- MNE.

O provimento assim define vídeo conferência notarial: “Art. 2º. Para fins deste provimento, considera-se: V - videoconferência notarial: ato realizado pelo notário para verificação da livre manifestação da vontade das partes em relação ao ato notarial lavrado”.

O ato notarial, por sua vez, é definido como: “Art. 2º. [...] VI - ato notarial eletrônico: conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial”

O ato notarial eletrônico deve cumprir alguns requisitos apontados no artigo 3º do Provimento nº 100 do CNJ:

- Art. 3º – São requisitos da prática do ato notarial eletrônico:
- I – Videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre termos do ato jurídico;
 - II – Concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico;
 - III – Assinatura digital pelas partes, exclusivamente, via e-Notariado;
 - IV – Assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP- Brasil;

IV – Uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital; Parágrafo único: A gravação da videoconferência notarial deverá conter, no mínimo: a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas; o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública; o objeto e o preço do negócio pactuado; a declaração da data e horário da prática do ato notarial; e a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial. (CNJ, 2020)

Assim, caminha o direito na modernização, adentrando a esfera virtual de realização dos procedimentos. Não obstante, cabe incluir a possibilidade de ir além, realizando o testamento de forma totalmente gravada em sistema áudio visual, sem a elaboração de documentos escritos para formalização das disposições.

O direito brasileiro tem progressivamente simplificado a confecção do testamento, a fim de ampliar a sua utilização prática. O Código Civil de 2002 dispensou diversas solenidades exigidas no passado e projetos de lei têm sido apresentados ao Congresso Nacional no sentido de reduzir ainda mais as formalidades exigidas para a realização do testamento. A atual codificação já prevê o processo mecânico na veiculação da vontade do testador, tendo também abolido antigas exigências de declaração “de viva voz” por parte de testador, mas cresce atualmente a demanda pelo reconhecimento do testamento em vídeo.

A evolução legislativa revela, ainda, uma contínua queda do número de testemunhas exigidas nas formas ordinárias de testamento e também a abertura da possibilidade de testar a pessoas anteriormente excluídas, como o cego e o surdo. Toda essa tendência de redução do formalismo acaba se reproduzindo na jurisprudência, que tem mitigado as invalidades decorrentes de vícios formais como meio de garantir a observância da vontade do testador (SCHREIBER, 2020).

Tartuce (2016, p. 1.668) declara que os tribunais têm mitigado as formalidades exigidas para o testamento desde que seja possível inferir do documento a vontade do testador. Contudo, diz ser indispensável a assinatura dele, pois para o autor a falta de assinatura em um testamento é óbice insuperável, visto tratar-se de requisito de sua própria existência, não podendo ser ponderado.

Nesse mesmo sentido o posicionamento judicial exarado a seguir:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. FORMALIDADES LEGAIS NÃO OBSERVADAS. NULIDADE. 1.

Atendido os

pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade – a ausência de uma das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do de cujus –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.677.931/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15-8-2017).

Mesmo que a redação do artigo 1.876 do Código Civil de 2002 seja expressa e taxativa ao expressar que o testamento deve ser assinado por quem o escreveu, o STJ decidiu, no REsp 1.633.254, ser válido um testamento particular que, embora não tenha sido assinado de próprio punho pelo testador, conteve sua impressão digital (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Mário Luiz Delgado indaga que, se o comparecimento pessoal do testador, em “presença física”, para a lavratura dos testamentos públicos, já foi superado pelo Provimento 100 do CNJ, por que não se pensar também em interpretar a referência a “processo mecânico” do artigo 1.876 do CC, por exemplo, como abrangente da gravação de imagem e som por meio de qualquer processo ou plataforma tecnológica, ressaltando a necessidade de que a gravação se faça na presença das testemunhas, que também deverão declarar em áudio e vídeo que a tudo presenciaram e assistiram (DELGADO, 2020).

O autor continua dizendo que:

O art. 1.881 do Código Civil dispõe que toda pessoa capaz de testar pode, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal. Não se compreende por que esse escrito não possa ser

feito em plataforma digital, como se dá com os aplicativos de mensagens, ou mesmo gravado em áudio visual. Todas as referências a “escrito particular”, concebidas à época para uma sociedade não tecnológica, devem ser interpretadas na contemporaneidade como compreensivas das novas plataformas ou suportes digitais por meio dos quais a vontade pode ser manifestada. (DELGADO, 2020, p. – grifos do autor)

Conclui, ainda, o autor, alegando que:

[...] a recente regulamentação, via ato administrativo do CNJ, do uso das novas tecnologias para a prática de atos notariais públicos, com o cumprimento das formalidades e solenidades a eles inerentes, mas sem contornar a imposição do isolamento físico e as restrições de contato social, nos trouxe a consciência de que as plataformas digitais constituem realidades inafastáveis e de que inexiste proibição no ordenamento jurídico vigente à sua utilização para a prática de qualquer ato ou negócio jurídico. (DELGADO, 2020, p.)

Assim, conforme ideia do jurista, o testamento feito em formato audiovisual teria fundamento jurídico no ordenamento civil, por meio de uma interpretação teleológica do dispositivo. Ou seja, uma interpretação que busca adaptar o sentido e o alcance da norma às novas exigências sociais.

No entanto, contrapondo outros ramos do Direito Civil, quando se trata de disposições testamentárias, a necessidade de manter a ordem pública e a segurança jurídica dos testamentos inviabiliza a prática destas interpretações afim de já incluir as novas tecnologias na elaboração dos testamentos, muito embora a Constituição traga fundamentos para tanto garantindo que a norma deve se adaptar a fim de acompanhar as necessidades e evoluções sociais. Contudo, a partir do momento que se passa a compreender que a prática civil deve se aliar a prática social, que é informatizada, fica claro, que a legislação deve ser modificada. Será necessário e inevitável que alterações legislativas sejam feitas no sentido de aceitar estas novas tecnologias em sede de testamentos, como ocorreu recentemente, por exemplo, com a celebração dos casamentos.

Nesse sentido, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS) e idealizado pelo IBDFAM, tramita no Senado o Projeto de Lei nº 3.799/2019, que tem por objetivo alterar e reformular o Livro V – Livro das Sucessões – do Código Civil de 2002. O projeto encontra-se atualmente aguardando designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A

justificativa para a elaboração do Anteprojeto se pauta no fato de que as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002 trouxeram dúvidas e lacunas jurídicas, existindo inclusive decisões judiciais contraditórias. O Anteprojeto discute a importância da inclusão de novas tecnologias, para que haja adequação do Livro de Sucessões ao tempo digital em que a sociedade se encontra. Propõe a alteração, por exemplo, do artigo 1.876 do Código Civil para que passe a permitir a utilização de recurso audiovisual para a feitura do testamento particular. O Projeto de Lei nº 3.799/19 aborda as seguintes propostas acerca do testamento em vídeo:

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, ou pode ser gravado em sistema de som e imagem.

§ 1º [Inalterado]

§ 2º [Inalterado]

§3º Se realizado por sistema digital de som e imagem, deve haver nitidez e clareza na gravação das imagens e sons, bem como declarar a data da gravação, sendo esses os requisitos essenciais à sua validade, além da presença de três testemunhas identificadas nas imagens.

§ 4º O testamento deverá ser gravado em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da celebração do ato, contendo a declaração do testador de que no vídeo consta o seu testamento, bem como a sua qualificação completa e das testemunhas.

[...]

Art. 1.878. Se as testemunhas forem incontestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, ou quando, por programa de gravação, reconhecerem as suas imagens e falas, assim como as do testador, o testamento será confirmado.

Art. 1.878, parágrafo único. [Inalterado]

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas pelo testador, o testamento particular escrito e assinado de próprio punho, ou gravado em qualquer programa ou dispositivo audiovisual pelo testador, sem testemunhas ou demais formalidades, poderá ser confirmado, a critério do juiz. Parágrafo único. Caducará o testamento holografo excepcional, se o testador não morrer no prazo de noventa dias, contados da cessação das circunstâncias excepcionais declaradas pelo testador.

Art. 1.880. O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira ou em braile, contanto que as testemunhas

o compreendam. Parágrafo único. O testamento particular em sistema digital de som e imagem poderá ser gravado em língua estrangeira ou em Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).

Seriam requisitos para o testamento em vídeo: que a gravação seja de boa qualidade; que conste a data da gravação, a declaração do testador de que o vídeo apresenta o seu testamento, a qualificação das testemunhas e do testador; a presença das testemunhas; ser gravado em formato compatível com os programas computadorizados da época da celebração do ato. Assim, entende-se que a gravação de vídeo poderia ser armazenada em pendrive, HD externo, armazenamento virtual (nuvem), dentre outras possibilidades.

É mencionado apenas o testamento particular feito em formato áudio visual. Indo além desse entendimento, abre-se caminho para que qualquer forma de testar seja feita de forma gravada, assim tanto o testamento público como o cerrado poderiam ser feitos de forma gravada, desenvolvendo novas maneiras de garantir suas solenidades, como um banco de dados para que sejam armazenados os testamentos públicos, e os testamentos cerrados em mídias, dentro do envelope a ser fechado e costurado, caso ainda se entenda necessária essa etapa da formalidade prevista atualmente em lei.

Acerca do testamento cerrado em formato audiovisual, Lisieux Borges afirma:

A tecnologia poderia ser uma verdadeira aliada desta forma de testamento, como tenho defendido. Pois, seria possível:1) O testamento cerrado, assim como as demais espécies de testamentos, poderia ser feito em ambiente virtual, tal como já ocorre com o processo judicial eletrônico, 2) A inviolabilidade e o sigilos do conteúdo do testamento cerrado poderiam se dar, através de criptografia, uma vez que a criptografia não aceita adulteração. Para se ter conhecimento do conteúdo criptografado é necessário uma chave decodificadora (senha), de modo que o testamento cerrado não seria invalidado pelo rompimento de seu lacre. 3) Seria possível a criação de bancos de dados públicos, que armazenassem esta espécie testamentária, bem como de sua chave decodificadora, o que permitiria que o referido testamento pudesse ser utilizado, sem o risco de que não fosse encontrado, como acontece, em regra, com a hipótese do testamento cerrado tradicional e físico. 4) Com o armazenamento em banco de dados, seria mais fácil a comu-

nicação e ciência a respeito de existência de dito testamento, principalmente, quanto à feitura deste testamento em outros tabelionatos, permitindo mais facilmente saber sobre a revogação, e validade de qual testamento deveria prevalecer. Neste ponto, o armazenamento de testamentos públicos também seria altamente importante e recomendável. 5) Possibilidade de inclusão e democratização desta espécie de testamento para pessoas que a princípio não poderiam dele se beneficiar. Pois, a pessoa cega, analfabeta, ou por qualquer motivo não possa firmar sua assinatura fisicamente estariam excluídas desta possibilidade testamentária. Com o uso da tecnologia, podem se utilizar assinaturas não físicas, como biometria ou mesmo assinaturas digitais (BORGES, 2020, p.).

Estas possibilidades acima descritas são alguns exemplos de como a tecnologia poderia readequar o testamento cerrado nesta era digital.

Por fim, quanto à possibilidade de o testamento particular ser feito em vídeo, o Anteprojeto explana que

O sistema de audiovisual oferecerá uma maior segurança a respeito do conteúdo das disposições testamentárias, pois estaremos ouvindo a própria voz do testador. É o testador quem vai explicar a sua última vontade, o que vai reduzir a necessidade de utilização de recursos hermenêuticos para a interpretação do testamento (BRASIL, SENADO, 2019, p. 20).

Nesse sentido, o princípio da prevalência da vontade do testador, constante no artigo 1.899 do Código Civil, finalmente alcançará a sua finalidade. Isso em razão de que o testador poderá explicar de forma minuciosa suas disposições, sem a necessidade de grandes questionamentos para compreender a real vontade do falecido. Em consonância, Mustafá Filho e Vitale (2020) acreditam que a proposta legislativa permitirá maior operabilidade do direito sucessório ao se sintonizar com as mudanças tecnológicas.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal que valide o testamento feito fora do padrão formal previsto no Código Civil, ou seja, aquele escrito e cartular. Somente se tem decisões judiciais que validaram testamentos com vícios formais, sendo assim, uma falta de assinatura, testemunha etc., como já expressado anteriormente. Assim, não há que se falar em testamento em vídeo de *lege lata*.

No entanto, o STJ possui um entendimento favorável a virtualização desse procedimento. A jurisprudência dos tribunais superiores se posiciona

favoravelmente a modernização do negócio jurídico, desde que respeitadas as solenidades, como presença de testemunhas, certificação da capacidade do agente, dentre outras.

Não obstante, existem decisões dos tribunais acerca da matéria do testamento gravado em vídeo. A 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), de relatoria do Desembargador Gilberto Clóvis Farias Matos, proferida em dezembro de 2019, confirmou o testamento particular, onde o Relator entendeu que estavam presentes as formalidades, mesmo com eventual irregularidade, que é apenas vício formal, não sendo suficiente para a invalidade do testamento. Destaca-se aqui, a utilização de vídeo da falecida no momento da leitura do testamento às testemunhas presentes:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO PARTICULAR. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. [...] 5. Testamento que existe, foi assinado pela testadora e por quatro testemunhas. Análise que se restringirá à observância dos requisitos previstos no artigo 1.876 do Código Civil. 6. Alegação de que a testadora teria lido o testamento de forma “artificial” e “mecânica”, o que demonstraria que não foi a própria que redigiu o referido documento, não impressiona. A lei não exige que a redação do testamento seja fruto da criatividade própria do testador, mas deve refletir, fielmente, o desejo do testador. 7. Lucidez mental e discernimento da testadora devidamente comprovado por um atestado médico. 8. Versões narradas pela ex-funcionária do lar da testadora que não se revestem de credibilidade, a qual mudou repentinamente sua narrativa, após ter sido descoberto o vídeo filmado por um dos herdeiros no momento em que a falecida leu o testamento para as testemunhas. 9. No vídeo, não há dúvida de que a senhora que lê o testamento é a falecida, e que algumas das testemunhas se encontram, de fato, presentes. Ausência de indícios de constrangimento, descontentamento, nervosismo ou irritação por parte da 64 testadora, ou seja, nada que leve a crer que a mesma não estava lendo o seu testamento por livre e espontânea vontade. 10. Versão da quarta testemunha que destoa de todo o arcabouço probatório. Porém, eventual irregularidade na colheita de sua assinatura não importa na nulidade do respectivo testamento. 11. Lei que exige a subscrição de três e não quatro testemunhas. 12. Vícios relativos à quantidade de testemunhas ou

da ausência da leitura do testamento a todas elas, na mesma ocasião, são puramente formais, que se relacionam essencialmente com aspectos externos do documento que formaliza o testamento. 13. O C. Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, decidiu que as formalidades prescritas em lei, no tocante às testemunhas, devem ser flexibilizadas, quando o documento tiver sido escrito e assinado pelo testador e as demais circunstâncias dos autos indicarem que o ato reflete a vontade do testador. Exatamente esse o caso dos autos. 14. Recursos desprovidos (TJ-RJ - APL: 01322255420158190001, Relator: Des(a). GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS, Data de Julgamento: 10/12/2019, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL).

Em síntese, na gravação de vídeo apresentada na ação, a testadora leu o testamento e manifestou concordância com o escrito, na presença das testemunhas. Mesmo diante da alegação de que a testadora teria sido coagida, devido a uma leitura mecânica, o Desembargador afastou esse argumento, em razão de inexistir prova contrária à lucidez da falecida. A gravação do vídeo trouxe maior clareza quanto à vontade manifesta no documento.

Da mesma forma, na 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), a decisão do Desembargador Relator Luiz Felipe Schuch, proferida em novembro de 2019, entendeu que os vícios puramente formais não invalidam o testamento, além de existir gravação audiovisual que confirma a vontade do testador:

Apelação cível – Sucessão – Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento particular instaurado pela companheira/viúva/beneficiária exclusiva. Pleito inicial que desde logo contempla redução de disposição testamentária a fim de reservar a legítima dos herdeiros necessários. Regularidade do documento impugnada pelos descendentes do de cujus. Sentença de procedência. Insurgência dos filhos do de cujus. Alegação de existência de vícios formais e materiais na cédula. Rigor dos requisitos de validade de testamento particular, previstos no art. 1.876 do Código Civil, flexibilizado pela própria lei nos arts. 1.878 e 1.879. Documento não redigido pelo testador. Ausência de leitura de seu conteúdo perante três testemunhas. Vícios pouco graves e de aspecto externo. Substância do ato de disposição não atingida. Cédula elaborada a pedido do testador e na sua presença. Gravação audiovisual juntada ao feito que confirma a sua lucidez ao ler/revisar em voz alta seu teor. Inexistência de vício formal apto

a invalidar o testamento. Dúvidas levantadas pelos insurgentes acerca da capacidade civil do testador. Não acolhimento. Vontade de dispor devidamente evidenciada nos autos. Prova testemunhal que de forma unânime assevera a lucidez do testador no período de internação hospitalar. Gravação audiovisual que confirma a sua intenção de transferir seus bens à consorte. Ausência de vício apto a contaminar a substância do ato de disposição. Reconhecimento da validade do testamento particular mantida. Razões recursais afastadas. Recurso conhecido e desprovido [grifos da autora] (TJSC – AC 0301788-24.2014.8.24.0007, 22-11-2019, Rel. Des. Luiz Felipe Schuch).

Aqui, o testador pediu a um terceiro que redigisse seu testamento, pois este encontrava-se acamado e debilitado. Após a escrita realizou a leitura do documento na presença de testemunhas, sendo o ato gravado por sistema audiovisual e armazenado em DVD. No acórdão, o Desembargador informa que, apesar do documento não ter sido escrito de próprio punho pelo testador, é nítida a sua veracidade, pois o testamento foi escrito sob sua orientação, momento em que revisou a sua última vontade e assinou o documento. O relator ainda salienta ser possível visualizar no vídeo o testador corrigindo um equívoco da pessoa que subscreveu o documento, como clara demonstração do seu estado lúcido, apesar da enfermidade. Ao julgar dessa forma, o Relator negou provimento ao recurso de apelação e confirmou a sentença proferida pelo juízo de origem, Juiz Cesar Augusto Vivan, da 2ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu, do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Nota-se que todas as decisões se pautam na verificação de documento escrito, servindo os vídeos apenas como prova corroborativa. Isso significa dizer que, apesar de existir uma gravação em sistema audiovisual, o nosso ordenamento jurídico analisa, primeiramente, a validade do testamento escrito. E não poderia ser de outra forma, porque os requisitos do testamento particular estão expressos no Código Civil. Portanto, as gravações de vídeo, nos casos concretos, serviram para verificar a capacidade e a real vontade do testador.

Nesse sentido, para a adoção de outras formas de materialização do testamento, diferentes do documento escrito cartular, como na hipótese de testamento em vídeo, será necessária uma reforma legislativa, que expresse quais as formas possíveis, e seus requisitos mínimos. Vale ressaltar a necessidade de tipificação e previsão legal dos testamentos, ainda que a técnica legislativa se utilize de cláusulas abertas por vezes, já que em sede

de testamento, a certeza da vontade do testador e a segurança jurídica dos atos de vontade praticados por ele são imprescindíveis.

Essa reforma para tipificar novas formas de testamentos é perfeitamente cabível. O desvantajoso é reduzir a uma única forma e expressão ou materialização dos testamentos através de documentos escritos. É necessário que nossa legislação atual acompanhe os modos de expressão que a sociedade vem adotando para suas práticas sociais. E isto significa agregar para o meio jurídico, com as devidas adequações e balizamentos, outras mídias como vídeo, voz, documentos digitais, biometria, entre tantas outras possibilidades, que além de se compatibilizarem com os modos sociais atuais, ainda trazem como benefícios a possibilidade e inclusão de pessoas que a princípio estariam vedadas de praticar os atos de disposição testamentária.

Além disso, a informatização e virtualização, já é, inclusive, uma realidade dentro do Poder Judiciário. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde o ano de 2013 aprovou a implantação do PJe (Processo Judicial Eletrônico), que consiste em um sistema desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parcerias com diversos Tribunais e tem a participação consultiva do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Advocacia e de Defensorias Públicas.

Destaca-se, ainda, o Juízo 100% Digital, regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 345/2020. Trata-se da possibilidade ao jurisdicionado de valer-se da tecnologia para prática de todos os atos processuais, inclusive audiências e julgamentos, que serão realizados exclusivamente de modo eletrônico e remoto, pela internet. Essa opção pode ser adotada pelas partes em processos novos, mas também em processos já em andamento, devendo haver concordância de ambas as partes, pois se trata de um modelo opcional.

Assim, a tecnologia está hoje presente em todos os setores da vida, seja no âmbito público ou privado, representando uma realidade patente, inegável e inafastável.

Pelo exposto, resta evidente que o testamento deve conservar sua solenidade, independentemente de sua forma, mesmo se elaborado por meio de gravação audiovisual. A proposta não vem para mitigar as formalidades a ponto de extingui-las; mas sim adequá-las ao contexto social contemporâneo e às transformações tecnológicas futuras. É injustificável que o ordenamento jurídico se mantenha resistente aos avanços da sociedade, em que a utilização do meio digital cresce em detrimento do meio físico, notadamente em função da efetividade, praticidade e segurança que oferecem ao usuário.

5. BENEFÍCIOS DA ADOÇÃO DO TESTAMENTO AUDIOVISUAL

Abordado o testamento audiovisual em termos de sua validade e aplicabilidade no ordenamento brasileiro, passa-se à investigação de suas possíveis vantagens ao direito sucessório e à sociedade.

Nevarés (2020) acredita que esse tipo de testamento se adequa à rotina digital, trazendo vantagens à população brasileira. No entanto, frisa que a segurança do testamento deve vir em primeiro plano. Quanto a segurança do testamento realizado por meio de gravação audiovisual, Valadares e Coelho (2020) afirmam que o fato de ser gravado possibilita a sua averiguação quando oportuno, não afastando as formalidades, que persistirão ainda que por meios distintos.

Os meios digitais, ainda, promovem maior segurança quanto à manifestação da última vontade. Quanto à capacidade, através da imagem e da fala do testador, pode ser comprovada de modo eficaz. Ainda, sobre a clareza da última vontade, com a possibilidade de se expressar oralmente, o testador poderá detalhar os seus desejos finais (MUCILO; TEIXEIRA, 2020), ao contrário do documento escrito que, por vezes, tem uma linguagem duvidosa. Rizzardo (2019, p. 330) comenta que “vendo-se a imagem de alguém expressar a sua vontade quanto aos bens, não há como negar a autenticidade e o valor, a menos que algum indício de falsidade haja, ou se não for identificado o testador”.

Na mesma linha, Neves (2020) acredita que é esperado que os vídeos façam parte da realidade jurídica, uma vez que todos os procedimentos caminham para a virtualização. Pontua, inclusive, que os negócios jurídicos seguirão a tendência do enquadramento no universo contemporâneo: testamento em vídeo; contrato em vídeo e diversas outras possibilidades em novos formatos de registro.

Tais alterações garantiriam, inclusive, maior acessibilidade a pessoas com deficiência visual, por exemplo, que poderiam se valer da tecnologia em prol de uma maior liberdade para testar. O artigo 1.867 do Código Civil de 2002 é taxativo ao afirmar que somente podem testar pela forma pública. Dessa forma, se o testamento puder ser por gravação em sistema de som e imagem, haverá maior inclusão social, até mesmo com o uso de Libras por aqueles que têm deficiência auditiva, por exemplo. No momento da confirmação do testamento em juízo, bastaria que fosse traduzido por um tradutor público e juramentado, o que já ocorre quando o testamento é realizado em idioma estrangeiro.

Pereira (2020) entende que esse tipo de testamento poderia ser realizado há muito tempo, pois a voz e a imagem seria o modo mais autêntico para alguém expressar sua real e verdadeira vontade. Carvalho (2020) complementa dizendo que o futuro dos testamentos está relacionado à sua maior utilização, sendo facilitado com a feitura dos testamentos públicos e aprovação dos cerrados por meio de videoconferência e aceitação do testamento particular gravado por meio de sistema audiovisual.

Com o mesmo entendimento de Delgado (2020), Neves (2020) propõe uma forma de viabilizar a feitura do testamento gravado em sistema de som e imagem no atual Código Civil de 2002. Para ele, é totalmente coerente que haja interpretação expansiva dos termos “processo mecânico”; “assinatura” e “escrito”, encontrados no mencionado Código referentes aos testamentos particulares. Quanto ao último termo, o jurista comenta que poderia ser interpretado como “gravado” e processo mecânico como a gravação em vídeo.

De modo diverso, Fiuza (2016) afirma que o testamento em vídeo sequer existe no mundo jurídico, pois não contém a forma escrita, elemento essencial expresso no Código Civil de 2002. Nesse ponto é questionado: se o vídeo é autêntico, por que não o reconhecer como válido na manifestação de vontade? Neves (2020) defende esse ponto ao argumentar que, mesmo na inexistência de legislação, essa forma inovadora deveria ser reconhecida como válida se satisfizer o valor material das formalidades. Assim, o negócio jurídico teria uma interpretação finalista e útil.

Sobressaem algumas vantagens dessa forma de testamento, destacando-se a maior segurança na verificação da vontade inequívoca do testador, bem como a possibilidade de se verificar seu estado psíquico no momento da realização do testamento. A viabilização de realizar o testamento por meio de libras, trazendo uma maior inclusão para pessoas com deficiência, além de dar oportunidade aos analfabetos expressarem sua vontade por testamento particular. A adaptação do testamento ao contexto da sociedade atual traz ainda um incentivo da realização do testamento por mais pessoas, já que a desburocratização traria uma maior facilidade para sua elaboração.

Evidente que também existem fragilidades que necessitam de grande atenção afim de garantir a segurança do negócio jurídico. É necessário averiguar se esse meio de testar prejudicaria a função das formalidades previstas no Código Civil. Luiz da Cunha Gonçalves (1956) explica que as formalidades testamentárias desempenham funções preventiva, probató-

ria e executiva. A primeira visa resguardar o testador de possíveis fraudes; a segunda assegura a manifestação da última vontade do testador; e a última possibilita que os herdeiros e demais interessados possam exercer o seu direito de herança.

Mesmo que o testamento particular seja feito por meio de gravação audiovisual, entende-se que as funções das formalidades permanecerão intactas. A tecnologia está em constante aprimoramento para evitar fraudes no seu sistema. Independentemente da forma testamentária, esse risco sempre existiu, e para tanto, existem peritos em caligrafia, por exemplo. Nada impede que na hipótese de dúvida acerca da veracidade do vídeo, sejam chamados ao juízo especialistas em identificar filmagens manipuladas. Para aumentar a segurança no armazenamento do testamento, um estudo interessante seria a viabilidade de uma plataforma integrada ao cartório de registro civil e ao sistema judiciário para guardar os testamentos particulares. Assim, quando do falecimento do testador, essa comunicabilidade facilitaria o procedimento de confirmação do testamento particular ao mesmo tempo em que promoveria a sua segurança.

É irrefutável a força probatória que um vídeo com boa qualidade pode ter. A possibilidade de haver certa obscuridade no conteúdo escrito é mitigada no vídeo pelo fato de o testador conseguir explicar minuciosamente a sua última vontade. Por fim, se cumpridos os requisitos de como realizar um testamento particular por meio de gravação em sistema audiovisual, como aqueles elencados pelo texto do Projeto de Lei nº 3.799/19, o testamento poderia ser confirmado e, portanto, devidamente atendidas as disposições de última vontade do testador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender a importância do testamento audiovisual é de fundamental importância para atingir o verdadeiro objetivo do negócio jurídico, uma vez que juristas debatem sobre a real usabilidade do testamento. Para muitos, a sucessão testamentária pode vir a se tornar apenas uma possibilidade estampada no Código Civil, sem muita utilidade prática, caso não se alinhe às necessidades da sociedade contemporânea. Logo, a relevância da pesquisa se traduz no fato de que o assunto é inovador e necessário, uma vez que não há como negar o impacto tecnológico no meio jurídico, principalmente com a pandemia da covid-19 que virtualizou a grande maioria dos procedimentos.

Verifica-se nessa forma de testar uma necessária adequação dos procedimentos excessivamente formalistas com regras desatualizadas e não condizentes com a evolução da realidade social que caminha a passos largos para a virtualização. Constata-se que o testamento audiovisual traz maior segurança para fins de identificação da vontade inequívoca do testador e a importante possibilidade de se analisar seu estado psíquico no momento da realização do testamento. Ainda, traz a possibilidade de se realizar o testamento por meio de libras, trazendo uma maior inclusão para pessoas com deficiência, além de dar oportunidade aos analfabetos expressarem sua vontade por outras formas de testamento além do público.

Inegável que a burocratização do procedimento afasta a habitualidade do testamento, muitas vezes deixando a impressão de inalcançabilidade devido às dificuldades impostas pelo procedimento excessivamente formal. Dessa forma, a adaptação do testamento ao contexto da sociedade atual traz também um incentivo para a realização do testamento por mais pessoas, já que a desburocratização traria uma maior facilidade para sua elaboração.

Nota-se que o sistema jurídico brasileiro vigente não reconhece, a partir de uma interpretação mais literal, um testamento feito fora do padrão formal previsto no Código Civil, ou seja, aquele escrito e cartular. Somente se tem decisões judiciais que validaram testamentos com vícios formais, sendo assim, uma falta de assinatura, testemunha etc., como já expressado anteriormente.

Assim, não há que se falar em testamento audiovisual, já que todas as decisões se pautam na verificação de documento escrito, servindo os vídeos apenas como prova corroborativa. Isso significa dizer que, apesar de existir uma gravação em sistema audiovisual, o nosso ordenamento jurídico analisa, primeiramente, a validade do testamento escrito. Portanto, as gravações de vídeo, nos casos concretos analisados pelo Judiciário, serviram para verificar a capacidade e a real vontade do testador como prova subsidiária.

No entanto, os tribunais sinalizam um posicionamento favorável à virtualização desse procedimento, com decisões favoráveis à modernização do negócio jurídico, desde que respeitadas as solenidades legais, tais como presença de testemunhas, certificação da capacidade do agente, dentre outras.

Os críticos a essa forma de testar argumentam que o testamento em vídeo poderia abolir a solenidade do testamento, comprometendo sua segurança. Entretanto, conforme se buscou demonstrar, essa alegação é improcedente, uma vez que a sua proposta não é mitigar as formalidades a ponto

de extingui-las, mas sim adequá-las ao contexto social contemporâneo e às transformações tecnológicas futuras. Mesmo diante da introdução tecnológica, constatou-se ser plenamente possível a manutenção da tríplice função das formalidades testamentárias: preventiva, probatória e executiva.

Nesse sentido, para a adoção de outras formas de materialização do testamento, diferentes do documento escrito cartular, como na hipótese de testamento audiovisual, entende-se necessário que haja uma reforma legislativa prevendo expressamente essas outras formas de testas para além da forma escrita, com o intuito de prever quais requisitos devem ser observados para garantia da sua validade e formalidade.

O estudo do testamento audiovisual é de imenso campo temático, dessa forma, abre-se caminho para novos rumos de pesquisa não abordados neste trabalho, como a viabilidade de uma plataforma integrada ao cartório de registro civil e ao sistema judiciário para armazenar os testamentos audiovisuais, o estudo comparado da funcionalidade do testamento particular em vídeo em outros países, e ainda, ampliar o estudo da tecnologia no direito sucessório ao pesquisar sobre a feita do testamento em documento eletrônico e a consequente validade de assinatura via certificado digital.

Por fim, acredita-se que este trabalho possa proporcionar reflexões acerca da inserção da tecnologia no meio jurídico, principalmente no Direito das Sucessões, área com uma aparente imutabilidade. Sabe-se que o Direito é marcado por suas raízes conservadoras, mas o avanço tecnológico tem induzido os juristas a repensarem a real finalidade do Direito: servir à sociedade, fazendo jus a adequação do olhar jurídico ao contexto contemporâneo da sociedade. Há que se entender que ir contra ao avanço tecnológico é fracassar enquanto jurista, porque fazer uso de métodos antiquados quando a sociedade já vem se mostrando adepta a novas tecnologias é ir contra o propósito do direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 100, de 26 de maio de 2020**. Brasil, 2020. DJE Edição nº 100/2020, p. 2. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334> > Acesso em 04 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Estabelece a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022.** Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.799, de 2019.** [...] para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.633.254 - MG (2016/0276109-0)** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=107575683&num_registro=201602761090&data=20200318&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 06 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC: 0301788-24.2014.8.24.0007.** Relator: Desembargador Luiz Felipe Schuch. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em 21/11/2019, DJe 22/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AC: 01322255420158190001.** Relator: Desembargador Gilberto Clóvis Farias Matos. Décima Quinta Câmara Cível. Julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. O futuro dos testamentos. **IBDFAM**, on-line, 24 ago. 2020. Artigos. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1536/O+futuro+dos+testamentos>. Acesso em 02 out. 2021.

CARVALHO, Francisco José. A função social do Direito e a efetividade das Normas Jurídicas. **JURISWAY**, on-line, 09 mar. 2016. Filosofia. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16570

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões, volume 5 [livro eletrônico] 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, Mário Luiz. O testamento em vídeo como uma opção de *lege lata*. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jun. 2020. Processo Familiar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata>. Acesso em 04 jan. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 2 ed em e-book, baseada na 18 ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 5 ed. São Paulo:Saraiva, v 7, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**, vol. 9, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1956.

IBDFAM. Entrevista professora Lisieux Borges sobre Testamentos na Era Digital. 2020. **IBDFAM**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Entrevista_tes.pdf. Acesso em: 06 jan. 2021.

IBDFAM. Idealizado pelo IBDFAM, projeto de lei de reforma do Direito das Sucessões é apresentado no Senado. **IBDFAM**, on-line. 10 jul. 2019. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6992/Idealizado+pelo+IBDFAM,+projeto+de+lei+de+re+forma+do+Direito+das+Sucess%C3%B5es+%C3%A9+apresentado+no+Senado#:~:text=A%20iniciativa%20resultou%20no%20Projeto,discrimina%C3%A7%C3%B5es%20presentes%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20vigente>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil**. Vol. 5 – Família e Sucessões. São Paulo: Atlas, 2014.

MUCILO, Daniela de Carvalho; TEIXEIRA, Daniele Chaves. COVID-19 e planejamento sucessório: não há mais momento para postergar. In: NEVARES, Ana Luiza Maia;

XAVIER, Luciana Pedroso; MARZAGÃO, Sílvia Felipe (coord.). **Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões**. Indaiatuba/SP: Foco, 2020, pp. 333-350.

MUSTAFÁ FILHO, Ricardo Migliorin; VITALE, Marcela Mitiura. O testamento audiovisual e o Projeto de Lei 3.799 de 2019. **ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE**

PRUDENTE. v. 16, n. 16 (2020). Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8515>. Acesso em: 05 nov. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Como testar em momento de pandemia e isolamento social? In: LEAL, Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (coord.). **Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020, pp. 271-281.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Testamento em vídeo, corporificação de testamento em vídeo e disposição testamentária incidente em vídeo: Leituras sob as óticas da instrumentalidade das formas e da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro. In: **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. vol. 38 (marc./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. pp. 51-66.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família – uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil já nasce velho. **FOLHA DE SÃO PAULO**, on-line. 10 ago. 1996. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/10/cotidiano/8.html>. Acesso em: 29 out. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 7.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: vol. Único. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. (Fundamentos do direito civil: volume 7)

VALADARES, Maria Goreth Macedo; COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. O presente e o futuro das formalidades do testamento: impactos de um momento pandêmico. In: LEAL, 83 Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (coord.). **Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020, pp. 271-281.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: Parte especial: Direito das sucessões. v. 21. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

IMPACTOS DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS NA SUCESSÃO

*Ceres Tosold**

1. BREVES NOTAS SOBRE A ESCOLHA DO REGIME DE BENS NA SUCESSÃO

Diante das várias modalidades de regime de bens do casamento, surge a necessidade de esclarecimento de seus efeitos jurídicos, sobretudo de caráter restritivo em vida e na sucessão legítima. O presente estudo visa apontar as variedades de regimes e temas controvertidos na jurisprudência trazendo à reflexão a complexidade do assunto, visto que o regime escolhido ou mesmo imposto por lei no casamento vai nortear a vida patrimonial do casal bem como restringir alguns atos da vida civil, sendo necessário, portanto, conhecer suas espécies e efeitos da comunicação de bens sobretudo na abertura da sucessão.

O regime de bens é um conjunto de normas que regem a relação patrimonial do casal. De acordo com o regime de bens adotado será possível determinar as obrigações patrimoniais dos cônjuges ou conviventes, bem como disciplinar a titularidade, a administração e a disponibilidade dos bens, sejam eles anteriores ao casamento ou união estável, ou adquiridos durante sua vigência.

Não existe casamento ou união estável sem o regime de bens. Isso porque, no silêncio das partes quanto à sua escolha, o Estado determinará como regime legal o da comunhão parcial de bens, mas ocorre que a sociedade em geral não dispõe de conhecimento aprofundado acerca dos diversos regimes de bens previstos em lei, desconhecendo as suas consequências na vigência da união e no seu rompimento, seja pelo divórcio, dissolução da união estável ou falecimento de um dos cônjuges ou companheiro.

* Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito e especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista de Direito, associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e membro da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Advogada.

Tanto é essa necessária a discussão, que o Conselho Nacional de Justiça aprovou em julho de 2021 a Resolução de nº 402, que institui ações de caráter informativo, no âmbito do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais, voltadas a uma melhor preparação para o casamento civil.

Prevê a Resolução a obrigatoriedade de prestar aos interessados em se casar, no momento da habilitação para o matrimônio, as informações jurídicas necessárias à compreensão do casamento, de suas formalidades, de seus efeitos jurídicos e do regime de bens entre os cônjuges, possibilitando aos nubentes a conscientização de seus direitos e deveres e a previsão das consequências jurídicas de suas condutas.

Nessa ordem de ideias, o tema é desenvolvido pela análise pontual dos regimes de bens, seus princípios, pacto antenupcial e questões controvertidas na jurisprudência mormente no que se refere ao regime de separação de bens.

Com o objetivo de fomentar a reflexão sobre os institutos, sobrevém a problemática causada na questão sucessória, levantando a discussão sobre até que ponto o Estado pode interferir na autonomia privada do indivíduo em dispor acerca de seus bens.

2. OS REGIMES DE BENS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 PARA O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil de 2002 apresenta uma série de disposições que regulamentam os regimes de bens aplicáveis ao casamento e à união estável. Esses regimes estabelecem regras fundamentais para a administração e a divisão do patrimônio dos parceiros, e é crucial que eles estejam cientes das implicações jurídicas de cada modalidade. A seguir, serão abordados os princípios que regem o regime de bens, sua natureza jurídica e as modalidades previstas na lei.

2.1. Disposições gerais

Não havendo convenção entre as partes, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará entre os cônjuges o regime da comunhão parcial de bens. Igual regra é aplicável às uniões estáveis em que, na falta de contrato escrito, aplica-se às relações patrimoniais a comunhão parcial de bens. A comunhão parcial de bens é o regime legal desde a entrada em vigor da Lei 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio. Antes da referida lei, o regime legal era o da comunhão universal de bens, à luz do Código Civil de 1916.

No casamento, o regime de bens começa a vigorar na data das núpcias e na união estável no início da convivência ou na data estipulada em contrato.

A separação de fato, contudo, põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e companheiros, determinando o fim da solidariedade familiar.

A regra geral em nosso ordenamento jurídico é a liberdade de escolha, cabendo aos nubentes ou companheiros optar pelo regime que melhor lhes aprouver, sendo possível, inclusive, criar um regime híbrido, combinando as regras dos regimes previstos em lei.

2.2. Princípios que regem o regime de bens

Os regimes de bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro são norteados pelos sete princípios relacionados a seguir.

Princípio da variedade: refere-se ao fato de a lei brasileira prever quatro tipos de regime de bens.

Princípio da comunicabilidade dos bens adquiridos durante o casamento: os bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável só não se comunicarão nos casos em que a lei, o pacto antenupcial ou a escritura pública ou contrato de convivência os exclui expressamente.

Princípio da autonomia privada: é a liberdade para se fixar as cláusulas do pacto antenupcial, da escritura pública de união estável ou contrato de convivência, e escolher qualquer um dos regimes previstos em lei ou ainda, estabelecer um regime híbrido.

Princípio da isonomia: o regime deve ser igual em direitos e deveres para ambos os cônjuges ou companheiros.

Princípio da indivisibilidade: o regime deve ser único, o mesmo do começo ao fim. É nula a cláusula que impõe limite temporal ao regime de bens, se aplicando outro regime no termo estipulado, por exemplo, a comunhão parcial, depois de 5 anos, muda-se para comunhão universal.

Princípio da imediatidade: o regime de bens é eficaz desde o dia do casamento, inclusive. É nula a cláusula que prevê uma vigência antes ou depois do casamento.

Princípio da mutabilidade justificada: é o que permite a alteração do regime de bens por sentença judicial desde que haja requerimento assinado por ambos os cônjuges em petição inicial fundamentada em razões relevantes.

O princípio da mutabilidade, conforme Pereira (1997, p. 92) tem como base o art. 734 do Código de Processo Civil (2015) e autoriza a alteração do

regime sob certo controle, havendo motivos justificáveis, acautelados os interesses de terceiros, especialmente dos credores, a tendência que se está universalizando é a de admitir os pactos pós-nupciais, modificando-se depois do casamento o estatuto patrimonial dos cônjuges.

2.3. Natureza jurídica do regime de bens

Pode-se afirmar que a natureza jurídica do regime de bens se reveste das regras contratuais e estas, acrescidas das necessidades patrimoniais da família, geram um negócio jurídico, associado às regras cogentes, somadas às características existentes apenas na família e no que tange ao seu patrimônio, resulta, destarte, em um negócio jurídico familiar. (BRANDÃO, 2007).

Podemos ainda, conforme Gagliano (2012) dizer que é o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento.

2.4. Modalidades de regime de bens

Dentro das modalidades de regime de bens previstas no Código Civil de 2002, cada uma estabelece regras específicas para a administração e a divisão do patrimônio dos parceiros. A seguir, serão apresentados os cinco regimes de bens previstos na legislação.

2.4.1. Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens é o regime legal supletivo previsto no Código Civil de 2002, pois no silêncio dos nubentes ou no caso do pacto antenupcial se mostrar nulo ou ineficaz, este é o regime que irá reger a vida patrimonial do casal.

Também na união estável, em não havendo contrato que estabeleça regime de bens diferenciado, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, conforme previsão no art. 1.725 do Código Civil/2002.

O regime da comunhão parcial de bens se caracteriza pela comunhão de bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável. Trata da comunhão de bens futuros, visto os bens que cada cônjuge ou companheiro possuíam antes de se casarem permanecerem no patrimônio individual de cada um.

Assim, ocorre a divisão do patrimônio da seguinte forma: os bens pertencentes a cada um dos cônjuges ou companheiro; os bens comuns amealhados pelo casal durante a vigência da união, observados os bens excluídos previstos no art. 1.659 do Código Civil/2002.

2.4.2. Regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal de bens se caracteriza pela comunhão de todos os bens preexistentes ao casamento ou união estável, bem como todos aqueles adquiridos na vigência do relacionamento.

Neste regime será formada uma universalidade de bens, fundindo-se todos os anteriores, bem como os adquiridos à título oneroso ou gratuito, seja por doação ou herança. Assim, cada cônjuge ou companheiro se torna meeiro de todo o acervo patrimonial, caracterizando o estado de mancomunhão.

Esclarece Maria Berenice Dias (2020) que este é o único regime em que há verdadeira troca de titularidade do patrimônio, sem que ocorra a mudança no registro, nem o pagamento de impostos, configurando-se uma verdadeira doação entre os cônjuges. Cada um se torna titular da metade dos bens que o outro possuía em razão do casamento.

2.4.3. Regime da separação convencional de bens

No regime da separação convencional de bens, não há qualquer comunicação de patrimônio, seja anterior ou posterior à união, ficando cada cônjuge ou companheiro com a titularidade exclusiva de seus bens próprios.

Desta forma, a divisão do patrimônio se caracteriza pela existência de dois acervos patrimoniais distintos, composta pelo patrimônio próprio de cada um dos cônjuges ou companheiros.

Vale consignar que nada impede os integrantes do relacionamento regido pelo regime em comento adquirirem bens em conjunto. Neste caso, será estabelecido entre eles um condomínio quanto a estes bens comuns, devendo ser estabelecida a fração pertencente a cada um.

2.4.4. Regime da separação obrigatória de bens

Trata-se de um regime que contraria a liberdade de escolha dos nubentes quanto ao regime de bens a ser adotado, uma vez que é imposto nos casos previstos no art. 1.641 do Código Civil/2002.

Desta forma, pessoas que se casarem contrariando uma das causas suspensivas do casamento, os maiores de 70 anos e todos que dependerem de suprimento judicial para se casar, suportarão a imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Cumprе salientar que a constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos está pendente de jul-

gamento por ocasião do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.309.642 cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário (Tema 1.236).¹

Acerca do assunto é o enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 47)²

Conforme o enunciado 261, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pela aplicação da separação obrigatória de bens aos septuagenários que constituírem união estável.

2.4.4.1. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Não obstante a imposição legal do regime de separação obrigatória de bens a determinadas pessoas, o que implica na incomunicabilidade dos bens, a jurisprudência vinha reconhecendo a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da imposição legal, sob o fundamento da presunção de esforço comum.

Assim, ocorre algo similar ao regime da comunhão parcial, pois existe a comunicabilidade dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento, caracterizando uma separação relativa. Visa-se, sobretudo, evitar-se o enriquecimento sem causa conforme o art. 884 do Código Civil/2002.

No entanto, a presunção do esforço comum vem sendo mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem exigido a prova do esforço comum na aquisição de bens nas uniões constituídas sob o regime da separação obrigatória de bens. Acerca desse entendimento, confira-se o Julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.623.858/MG da Relatoria do Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 23/05/2018 cuja ementa passa a expor:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

¹ Até a conclusão deste artigo, o Recurso se encontrava conclusos ao Relator Ministro Roberto Barroso. Link de acesso: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>

² Desde a edição da Lei 12.344 de 2010 a idade é de 70 anos.

(CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DE ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

O Informativo de jurisprudência n. 628 do Superior Tribunal de Justiça, de agosto de 2018, também destaca que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (aquestos), desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

O entendimento é que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que provado o esforço comum, cabendo ao interessado demonstrar que teve efetiva e relevante participação, ainda que não financeira, para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união.

Maria Berenice Dias (2020) interpreta a referida súmula:

Assim encontra-se justificado seu enunciado: a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum. Portanto, a jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial de bens para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado. (DIAS, 2020, p. 232).

Por outro lado, entende Pablo Stolze Gagliano (2012) que a súmula 377 do STF não se aplicaria à separação convencional de bens, uma vez que a opção da independência patrimonial, neste último caso, derivou da livre estipulação de vontade do casal, afastando, nessa situação, a impositiva comunicabilidade derivada do enunciado jurisprudencial, abstraída a já analisada hipótese de demonstração, no caso concreto, do esforço comum dos cônjuges para a específica aquisição de determinado bem.

Outra questão diz respeito à possibilidade do afastamento da aplicação da súmula 377, evitando a comunicação dos bens adquiridos na cons-

tância da união, mediante a previsão expressa em pacto antenupcial ou contrato de convivência.

Este é o entendimento aprovado no Enunciado 634 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (2018, p. 10):

É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.

Nesse sentido a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece a possibilidade aos nubentes de, mediante pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal:

REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastamento a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível. (Recurso Administrativo nº 1065469-74.2017.8.26.0100)

Igualmente o Tribunal de Justiça de Pernambuco, pelo art. 664-A do Provimento 8/2016, estabelece que, no regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial.

Deste modo, o casal pode optar pelo afastamento da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal para proteger seu patrimônio, sem deixar de obedecer à regra imposta no regime da separação obrigatória de bens.

2.4.5. Regime da participação final nos aquestos

Este regime se caracteriza por uma separação convencional de bens durante a vigência da união, assemelhando-se ao regime da comunhão parcial de bens quando de sua dissolução.

Cada cônjuge ou companheiro possui seu próprio patrimônio na vigência da união, sendo responsável exclusivo por sua administração, podendo, inclusive, deles dispor livremente, em havendo previsão no pacto antenupcial.

Esse regime de bens não é muito utilizado tendo em vista a sua complexidade e dificuldade prática. A esse respeito, vale mencionar a lição de Silvio Venosa (2013, p. 358):

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá vasto campo ao cônjuge de má-fé.

Os regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 para o casamento e a união estável são de extrema importância para garantir a segurança jurídica dos parceiros em relação ao patrimônio adquirido durante a vigência da união. Cada modalidade de regime possui suas particularidades e é fundamental que os cônjuges ou companheiros estejam cientes das implicações de cada uma delas antes de optarem por um determinado regime que se adeque à realidade e aos objetivos do casal.

3. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA E ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

No Código Civil de 2002, os noivos ou companheiros podem escolher o regime de bens que melhor se adequa às suas necessidades, além de poder alterá-lo durante a união, desde que respeitadas os procedimentos legais. Neste tópico serão abordadas as possibilidades de escolha e alteração do regime de bens aplicáveis ao casamento e à união estável, bem como seus respectivos efeitos.

3.1. Escolha do regime de bens

Em decorrência do princípio da autonomia privada, antes da celebração do casamento, podem os nubentes escolher um dos regimes de bens existentes ou ainda, criar um modelo de regime de bens próprio, por meio do pacto antenupcial.

Aos companheiros é cabível a mesma conduta, que pode ocorrer antes do início da união estável ou a qualquer tempo, durante sua vigência.

A exceção à regra, que torna obrigatório o regime da separação de bens, diz respeito às pessoas que se casarem contrariando uma das causas suspensivas do casamento, os maiores de 70 anos e todos que dependerem de suprimento judicial para casar.

A escolha do regime de bens que irá reger as questões de ordem patrimonial é uma manifestação da autonomia da vontade das partes. Esta autonomia, no entanto, é relativa, não podendo afrontar disposição absoluta de lei.

A escolha do regime de bens mediante a elaboração do pacto antenupcial, escritura pública ou contrato de convivência são ferramentas utilizadas como forma de planejamento patrimonial, tendo em vista que possibilitam definir as questões de cunho patrimonial na ocorrência da dissolução do relacionamento ou da morte de um do par.

3.1.2. Pacto antenupcial

O pacto antenupcial é um contrato formal e solene pelo qual o casal institui a forma de gestão das questões patrimoniais decorrentes do casamento. Como todo negócio jurídico está sujeito a requisitos de validade e eficácia.

A respeito da natureza jurídica, Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 208) leciona: “A natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivada antes do casamento.”

Pontes de Miranda (2011, p. 335) ensina que pacto antenupcial é figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente comunhão, de administração, ou do que quer que se convencie; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento.

Como condição de sua validade, a lei exige que o pacto antenupcial seja feito por escritura pública, sob pena de nulidade, dispondo também a lei que o pacto será ineficaz se não lhe seguir o casamento. Caracteriza-se,

portanto, como um negócio celebrado sob condição suspensiva, uma vez que só começa a produzir efeitos com o casamento.

Como o próprio nome já evidencia, o pacto antenupcial tem cabimento somente no casamento, e deverá ser realizado sempre que os nubentes desejarem adotar regime diverso do regime legal, que é o da comunhão parcial de bens.

Nada impede que o pacto antenupcial contenha cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar, conforme preleciona o Enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. (2018, p. 11)

A nulidade da cláusula do pacto antenupcial não prejudica todo o ato, devendo ser excluída, resguardando-se o restante, em respeito ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.

As convenções antenupciais somente terão efeito *erga omnes* após o registro, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, conforme previsto em lei, bem como perante o Registro Público de Empresas Mercantis, caso um ou ambos os nubentes seja empresário.

3.1.3. Escritura Pública ou Contrato de Convivência

Os instrumentos aptos a reger as questões patrimoniais nas uniões estáveis são formalizados por Escritura Pública perante o Tabelião de Notas, e o Contrato de Convivência, que pode ser firmado de forma particular.

À exemplo do pacto antenupcial, as convenções podem conter cláusulas existenciais, desde que não afrontem disposição de lei, nem violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os conviventes ou da solidariedade familiar.

Diferentemente do que ocorre com o casamento, no qual os nubentes devem realizar o pacto antenupcial antes do casamento, a manifestação por escrito da vontade dos companheiros pode se dar a qualquer momento da relação.

3.2. Alteração do regime de bens

Previsto o §2º do artigo 1.639 do Código Civil, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges ao juiz e, ressalvados os interesses de terceiros, a alteração do regime de bens possibilita a reestruturação da vida patrimonial do casal.

O enunciado 113 da I Jornada de Direito Civil, entende ser “admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando” o pedido, devi-

damente motivado e assinado por ambos os cônjuges”, seja “objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 28)

Para Conrado Paulino da Rosa (2020), a alteração do regime de bens se assemelha ao pacto antenupcial, com a diferença de que é realizado no curso da relação matrimonial, oportunidade em que os cônjuges já possuem maior intimidade e maturidade decorrentes da convivência.

De acordo com o Enunciado 260 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, “a alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”, ou seja, sob a vigência do Código Civil de 1916. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 46).

A possibilidade da alteração do regime de bens também existe na união estável, porém sem o formalismo exigido para a alteração do regime de pessoas casadas. Isso porque, os companheiros podem, a qualquer tempo e imotivadamente, modificar o regime de bens, mediante a elaboração de novos contratos.

O procedimento para a alteração do regime de bens está disciplinado no Código de Processo Civil de 2015 e se trata de uma ação de jurisdição voluntária, de competência das Varas de Família. Se faz obrigatória a participação do Ministério Público e a publicação de editais, podendo o juiz sentenciar somente após 30 dias do 1º edital.

No que se refere à motivação do pedido, a jurisprudência tem mitigado o rigor sobre a prova da motivação por considerar exigência que afronta a autonomia do casal.

Em julgado recente concluiu-se que a melhor interpretação é no sentido de não se exigir justificativas ou provas exageradas, sob o risco de tolher indevidamente a liberdade dos cônjuges no que concerne à faculdade de escolha da melhor forma de condução da vida em comum (STJ, REsp 1.904.498/ SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/05/2021, DJe 06/05/2021).

Outra questão relevante se refere à possibilidade de alteração do regime de bens quando desaparecer a causa suspensiva que impôs a aplicação do regime da separação obrigatória de bens.

Com efeito, o Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, “esclarece que a obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos” incisos I (inobservância das causas sus-

pensivas) e III (dependência do suprimento judicial) “do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 47)

No entanto, em relação ao inciso II que impõe aos maiores de 70 anos a separação obrigatória de bens, não é dado o mesmo entendimento, considerando, quanto a estes, a imutabilidade.

Não há na lei qualquer previsão quanto à possibilidade ou necessidade de se realizar a partilha do acervo patrimonial. No entanto, quando a alteração implicar na modificação de um regime de comunhão de bens para um regime de separação, indispensável a definição quanto a titularidade de cada bem, para que seja possível a administração dos bens próprios pertencentes a cada um dos cônjuges.

Atualmente a alteração do regime de bens de pessoas casadas somente é possível mediante o ajuizamento da ação cabível. Porém, o Projeto de Lei 2285/2007, conhecido como Estatuto das Famílias, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM) propõe que seja possível esta alteração do regime de bens de forma extrajudicial.

3.3. Efeitos da alteração de Regime de Bens

Entre os cônjuges, a posição dominante é que a mudança tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do casamento, por força do princípio da indivisibilidade sendo este o entendimento de Maria Berenice Dias (2020).

Uma segunda corrente sustenta que, havendo requerimento de ambos os cônjuges, a mudança poderia ser *ex nunc*, ou seja, a partir da sentença, porém a modificação do regime de bens somente irá surtir efeitos perante terceiros a partir da averbação da mudança no registro de casamento e nos registros imobiliários, ou seja, perante terceiros a mudança é *ex nunc*.

Assim, transitada em julgado a sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, em sendo empresário um ou ambos os cônjuges, também ao Registro público de Empresas Mercantis.

Na ocorrência de prejuízo a terceiros, a alteração do regime de bens será ineficaz em relação a este, mas valerá entre os cônjuges.

4. COMUNICABILIDADE DOS BENS

Rege-se o regime de bens pelo princípio da comunicabilidade do patrimônio que for amealhado pelo casal na vigência do casamento ou da união estável.

Isso porque, o casamento e a união estável determinam a comunhão de vidas, e dever de solidariedade entre o casal, com a presunção de comunhão de esforços na aquisição dos bens durante o relacionamento. Tal presunção se justifica para evitar o enriquecimento indevido de um dos cônjuges frente ao outro.

Para que seja afastada esta presunção do esforço comum, é necessário a manifestação das partes, mediante pacto antenupcial, escritura pública ou contrato de convivência, nas quais seja estipulado pelas partes o regime da separação de bens.

4.1. Bens particulares

Bens particulares são aqueles de propriedade exclusiva de um dos cônjuges ou companheiros no regime da comunhão parcial de bens, em razão de terem sido adquiridos em momento anterior ao casamento ou à união estável, ou mesmo na vigência da união, mas havidos por doação ou sucessão, ou em razão da sub-rogação desses bens particulares.

Também são bens particulares os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Estes bens não se comunicam com o outro cônjuge ou companheiro uma vez que constituem propriedade exclusiva de um do par.

Para que seja considerada a sub-rogação é indispensável fazer constar na escritura pública de compra e venda ou na documentação do bem, que se trata de aquisição com a utilização de bens anteriores ao casamento ou união estável. Isso porque é necessária prova cabal da existência da sub-rogação para que seja possível excluir o bem da partilha.

Também são considerados próprios os frutos vencidos anteriormente ao casamento ou união estável, mas percebidos em sua vigência, por constituírem bem já pertencente ao acervo patrimonial particular do cônjuge ou companheiro antes do início da relação.

Conforme bem esclarece Maria Berenice Dias (2020), no âmbito do direito de família, a regra é a comunicabilidade dos frutos, tanto dos bens comuns, como dos bens particulares de cada um dos cônjuges. Isso significa que mesmo que os bens sejam incomunicáveis, os frutos são divisíveis.

4.2. Bens comuns

Conforme disciplina o Código Civil de 2002, entram na comunhão e, portanto, são comuns, os bens adquiridos na constância do casamento por

título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (art. 1660, CC/2002)

Nos relacionamentos celebrados sob o regime da comunhão parcial ou universal de bens, as verbas trabalhistas e os saldos depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS comunicam-se. Este entendimento foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça na edição nº 113 da ferramenta “Jurisprudência em Teses”, publicada em 2018, sob os números 3 e 4.

No regime da comunhão universal de bens, comunicam-se os bens anteriores, presentes e futuros à celebração do casamento ou união estável. Assim, há uma comunicação total ou plena nos aquestos. Porém esta comunicação não é absoluta, pois existem bens incomunicáveis descritos no art. 1.668 do Código Civil/2002.

4.3. Dívidas

A seguir serão abordadas as dívidas que podem impactar o patrimônio dos cônjuges ou companheiros, incluindo aquelas contraídas antes e durante a vigência da união, bem como suas implicações jurídicas.

4.3.1. Dívidas contraídas anteriormente ao casamento ou união estável

Dívidas anteriores ao casamento não se comunicam em nenhum regime de bens, exceção as despesas com casamento e dívidas em prol da família que, nesses casos, se comunicam no regime da comunhão universal de bens.

4.3.2. Dívidas contraídas durante o casamento ou união estável

Comunicam-se as dívidas contraídas na comunhão universal ainda que em razão de ato ilícito. Nos demais regimes, só se comunicam as dívidas contraídas em favor do casal.

A súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

5. RESTRIÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE OS CÔNJUGES

A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges ou companheiros e, sempre que for necessária a participação de ambos, a lei determina essa obrigatoriedade de forma inequívoca.

Tanto é assim, que há previsão expressa no Código Civil de 2002 quanto aos atos e negócios jurídicos que exigem a outorga conjugal, restringindo a autonomia privada de cada membro do par.

Conforme previsão do art. 1.647 do CC/2002, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos, prestar fiança ou aval ou fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

No entendimento de Flávio Tartuce (2019), a outorga conjugal envolve legitimação, estando no plano da validade dos atos e negócios ali previstos.

Somente no regime da separação absoluta de bens será permitido a qualquer dos cônjuges ou companheiros praticar os atos e negócios jurídicos elencados na norma sem a anuência do outro.

5.1. Alienação de imóveis

Ainda que o imóvel pertença exclusivamente ao cônjuge, a alienação depende da autorização do outro, salvo no regime da separação absoluta de bens e se houver cláusula expressa no Pacto antenupcial dispensando essa autorização no regime da participação final nos aquestos. Nos demais regimes, é nula a cláusula do pacto antenupcial que dispensa essa autorização.

O Empresário individual pode alienar sem autorização do cônjuge os imóveis de sua empresa a teor do artigo 978, Código Civil.

5.2. Constituição de direitos reais sobre imóveis

Enfiteuse, superfície, hipoteca, usufruto, uso, habitação, compromisso de compra e venda e servidão dependem de autorização do cônjuge salvo no regime da separação absoluta.

5.3. Propor ações reais sobre imóveis

A ação possessória pode ser proposta sem autorização do cônjuge, salvo comprove por ambos os cônjuges e quando se tratar de ato praticado por ambos.

5.4. Fiança

Sem autorização do cônjuge, não gera nulidade relativa, mas absoluta e não apenas para preservar a meação do cônjuge que não autorizou. Confira-se a súmula 332 do STJ a esse respeito: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

5.5. Doação de bens móveis

É preciso autorização do cônjuge salvo doação remuneratória feita para pagar serviços prestados e não cobrados até o valor do serviço. Nesse caso, dispensa-se autorização do cônjuge. Para pequenas doações não se necessita de autorização do cônjuge.

Nas hipóteses mencionadas, dispensa-se autorização do cônjuge no regime da separação absoluta de bens o que, para uma corrente doutrinária, abrange apenas a separação convencional, enquanto para outra corrente abrange tanto a separação convencional quanto a separação legal. Acerca do assunto dispõe o art. 1687, CC/2002: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

A prática do ato sem autorização do cônjuge o torna anulável e não nulo. A ação anulatória só pode ser proposta pelo cônjuge e, se este vier a falecer, seus herdeiros necessários, no prazo decadencial de 2 anos contados da dissolução da sociedade conjugal.

No regime de participação final nos aquestos, em relação às doações feitas para o cônjuge, o cônjuge que não autorizou tem duas opções: a) mover ação anulatória da doação ou; b) computar o valor do bem doado como crédito que deverá receber quando dissolver o casamento. Nos demais regimes de bens, só existe a opção da anulação.

5.6. Autorização

É a permissão dada pelo cônjuge antes da prática do ato. Deve adotar a mesma forma que a lei prevê para o negócio. Por exemplo, a venda de imóvel acima de 30 salários-mínimos exige escritura pública, logo a autorização deve ser feita por este documento. Sempre que possível, a autorização deve constar do mesmo instrumento do negócio principal. O suprimento judicial é cabível em caso de recusa injustificada e na impossibilidade de autorização do cônjuge, por exemplo se estiver em coma, em viagem ao exterior etc.

5.7. Ratificação

É o fato de o cônjuge que não autorizou confirmar o negócio realizado sem a sua autorização. É feita após o negócio, por instrumento público ou particular autenticado.

Em caso de venda de imóvel acima de 30 salários-mínimos a autorização do cônjuge deve ser por escritura pública, isto é, deve ter a mesma forma que a Lei prevê para o negócio, mas a ratificação pode ser por instrumento particular autenticado.

6. CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS DO REGIME DE BENS NO DIVÓRCIO, NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E NA SUCESSÃO

O fim do relacionamento afetivo pelo divórcio ou dissolução da união estável pode dar ensejo à partilha dos bens adquiridos na constância do relacionamento.

É o que ocorre nas uniões celebradas sob o regime da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens e na participação final nos aquestos, sendo estes os bens comuns adquiridos pelo casal.

Assim, somente após o término da relação que nasce para o cônjuge ou companheiro o direito à meação sobre os bens comuns, sob os quais havia, até então, apenas uma expectativa de direito.

Meação não se confunde com herança, pois a meação é instituto do Direito de Família que depende do regime de bens adotado e o tempo da aquisição de cada bem. Já herança é instituto do Direito das Sucessões, que decorre do falecimento de um do par.

6.1. Partilha de bens no divórcio e na união estável

No regime da comunhão parcial de bens, os bens comuns adquiridos na constância do relacionamento formam os aquestos, sobre os quais o outro cônjuge ou companheiro tem direito à meação quando da dissolução do casamento ou da união estável. Assim, extinto o casamento ou a união estável, cada um fica com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Para os casais cujo regime é o da comunhão universal de bens, quando do divórcio ou da dissolução da união estável o acervo patrimonial composto por uma universalidade de bens será dividido igualmente, à título de meação.

No regime da separação convencional de bens não ocorre a comunicação dos bens, permanecendo cada cônjuge ou companheiro como titu-

lar de seu patrimônio próprio. Assim, não existe a formação de aquestos e o direito à meação. Portanto, quando da separação, nada há a dividir, ficando cada um com seus bens individuais.

Nos casos de união sob o regime da separação obrigatória de bens, embora a regra seja a incomunicabilidade dos bens, insta observar a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece os bens adquiridos na constância do casamento serem partilhados mediante a comprovação do esforço comum, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No regime da participação final nos aquestos, rompido o relacionamento, é necessária uma verdadeira análise contábil para averiguar quais os bens pertencentes a cada um dos cônjuges ou companheiros, tendo em vista que quando da separação, cada cônjuge ficará com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes ou durante o relacionamento, e a metade dos bens adquiridos pelo casal na constância do vínculo conjugal.

6.2. Sucessão Legítima

Questão tormentosa reside na hipótese de sucessão uma vez que o art. 1829, I, do Código Civil de 2002 estabelece a concorrência sucessória do cônjuge com os demais herdeiros necessários, a depender do regime de bens.

Conforme o artigo indicado, o cônjuge sobrevivente, que fora casado em regime de separação convencional, concorrerá com os descendentes do *de cuius* na sucessão. De acordo com esse dispositivo, quem fora casado em separação obrigatória ou legal (art. 1.641, CC/2002) não teria este direito concorrencial. Situação diversa ocorre com a separação convencional ou realizada por pacto antenupcial.

É como se, em vida, houvesse uma separação patrimonial – escolhida pelo casal – e, após a morte de um dos cônjuges, uma forçada comunhão de direitos – determinada pela própria Lei. (GAGLIANO, 2012). Equivale a considerar que dissolução do matrimônio em vida no regime da separação convencional é tratado como manda o pacto antenupcial, porém a sucessão é legítima e concorrente.

É nesse ponto que reside a controvérsia jurisprudencial e toda a ce-leuma da sociedade. No julgamento do REsp nº 992.749 – MS, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi afastada a concorrência sucessória do cônjuge supérstite casado no regime da separação convencional de bens conforme trecho da ementa:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. (...) Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer os citados dispositivos. (...)” (Deram provimento ao recurso especial por unanimidade, 3ª Turma do STJ, julgado em 01/10/2009)

Em julgamento envolvendo a mesma questão, a Terceira Turma do STJ adotou entendimento diverso conforme trecho da ementa a seguir proferido no julgamento do REsp nº 1.472.945-RJ de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO, RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. (...) 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988) (...)” (Terceira Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial por maioria, julgado em 23/10/2014)

Note-se que a jurisprudência do C. STJ não é uníssona acerca da inclusão do cônjuge casado no regime da separação convencional no acervo hereditário, gerando insegurança jurídica a quem opta pelo regime em vida, sabendo-se que após a morte, outra solução seria dada aos bens que declaradamente não foram contemplados no Pacto antenupcial.

Nos relacionamentos norteados pelo regime da comunhão parcial de bens, com o falecimento de um do par, o outro concorre com os descendentes do falecido somente em relação aos bens particulares.

Caso o falecido não tenha deixado nenhum bem particular, a herança será integralmente destinada aos descendentes, cabendo ao supérstite somente a metade dos bens adquiridos pelo casal a título de meação.

O regime da comunhão universal de bens se caracteriza pela formação de um acervo patrimonial único, pertencente em sua totalidade a ambos do casal. Ocorrendo o falecimento de um do par, o sobrevivente não herda, tendo direito somente à meação dos bens adquiridos.

Isso porque o regime da comunhão universal de bens se encaixa em uma das exceções estabelecidas pelo inciso I do art. 1.829 do CC/2002, que dispõe sobre a ordem de vocação hereditária, sendo a herança deferida aos descendentes.

Nas uniões celebradas sob o regime da participação final nos aquestos, o cônjuge ou companheiro sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes do falecido.

Na falta de descendentes, o cônjuge ou companheiro concorre na herança com os ascendentes do falecido, não importando o regime de bens. Isso porque o regime de bens adotado no casamento interfere somente na sucessão do cônjuge ou companheiro com os descendentes do falecido.

A sucessão será exclusiva do cônjuge ou companheiro supérstite quando não houver descendentes ou ascendentes do falecido, cabendo àqueles a totalidade da herança, qualquer que seja o regime de bens.

6.3. Sucessão Testamentária

Testamento é um documento que contém a manifestação de última vontade de alguém, para ser atendida depois de sua morte. É o negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou disciplina aspectos não patrimoniais, com reflexos somente após o seu óbito. Embora produzido em vida pelo testador, em estado de lucidez, os efeitos patrimoniais e reais das disposições testamentárias somente se operam após o falecimento do testador. (HIRONAKA, 2008)

Atualmente, a legítima é preservada aos herdeiros necessários, podendo o testamento contemplar apenas metade do patrimônio do testador. E conforme o art. 1850 do CC/2002, caso não existam herdeiros necessários, poderá dispor da totalidade de seus bens.

7. FRAUDE CONTRA CÔNJUGE OU COMPANHEIRO NA PARTILHA DE BENS

Por vezes é necessária a utilização da desconsideração inversa da personalidade jurídica para afastar casos de fraude à partilha de bens do casal. Hodiernamente, tal situação se tornou comum nas Varas de Família e existem mecanismos dispostos na legislação civil que visam proteger o cônjuge lesado, garantindo a justa distribuição dos bens.

O STJ, no Recurso Especial nº 1.522.142/PR de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, julgado em 13 de junho de 2017, reafirmou a posição do Tribunal Superior no sentido de se admitir a desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros se utilizar da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal. Trata-se de fraude à partilha de bens no divórcio ou união estável. Neste caso concreto, a sócia da empresa – que se pretendia desconsiderar – teria sido beneficiada por transferência fraudulenta de cotas sociais por um dos cônjuges, dias antes da separação de fato.

Nesses casos, o cônjuge prejudicado necessita formular pedido ao juiz para impedir os efeitos da ação fraudulenta com vistas à preservação de sua meação.

São variados os atos fraudulentos como a formatação de uma sociedade empresária sem nenhuma atividade produtiva, mas constituída unicamente para administrar os bens conjugais que estão aportados para esta empresa. Outra situação muito comum é a simulação de dívidas para aumentar ficticiamente o passivo conjugal ou de uma sociedade empresária e cujo passivo o cônjuge fraudador pretende que seja suportado pelos bens conjugais, para só dividir o remanescente. (MADALENO, 2020).

No que se refere à fraude na união estável, a dificuldade no controle da dilapidação dos bens reside na informalidade que não exige registro público obrigatório, tampouco restrição para alienação de bens, já que o art. 1.647 do Código Civil de 2002 é uma norma restritiva e por essa essência não cabe analogia à união estável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora não seja unanimidade, grande parte da população amealha bens após o casamento ou a constituição da união estável que, de acordo

com o regime de bem adotado, terá destinação diferenciada em havendo o rompimento da relação.

Comumente existe pobre interpretação dos regimes de bens, suas características e consequências na vida patrimonial. Os casais se surpreendem com o fim da relação, seja no divórcio ou dissolução da união estável, seja em razão do falecimento, momento em que surgem uma série de dúvidas e, porque não dizer, decepções, com a destinação que o acervo patrimonial amealhado pelo casal durante o curso do relacionamento irá tomar.

Diante dessa realidade, foi criada a Resolução nº 402/2021 que estabelece ações informativas no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais para preparação de interessados em se casar e exige que informações jurídicas essenciais sobre o casamento, suas formalidades, efeitos jurídicos e regime de bens sejam fornecidas obrigatoriamente, possibilitando o conhecimento dos direitos, deveres e possíveis consequências jurídicas da conduta dos nubentes.

Assim, diante dos breves apontamentos, podemos extrair a dificuldade de manejar os regimes de bens de acordo com a vontade das partes. A maior parte das pessoas desconhece os efeitos e restrições a que se refere a lei e por isso é necessário o esclarecimento prévio afim de preservar a autonomia da vontade privada mesmo que inevitavelmente sofra interferências estatais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e partilha**: teoria e prática. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 402, de 20 de julho de 2021**. Institui ações de caráter informativo no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais, voltadas a uma melhor preparação para o casamento civil. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 jul. 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_cnj_402_20072021_1626960335.pdf. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Aprova o Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 15 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3071compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 251**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_19_capSumula251.pdf. Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 332**. Disponível em: vol.28.indd (stj.jus.br) . Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>. Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses: edição nº 113. **Superior Tribunal de Justiça** (STJ), on-line. Brasília: 31 out. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11361/11490>. Acesso em: 29 mar. 2023

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 – direito de família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.). **Direito das sucessões**; 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Editora: Forense, 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 2: direito de família**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família, V. 5. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 16 ed., 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família: volume 6**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e Partilha**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 9 ed. São Paulo: Método, 2019. VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.